

**DANIEL BRENNEISEN MACIEL**

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E A EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS SOCIAIS – MORADIA**

**Monografia apresentada ao curso de  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial para a obtenção do título  
de bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar  
Filho**

**CURITIBA**

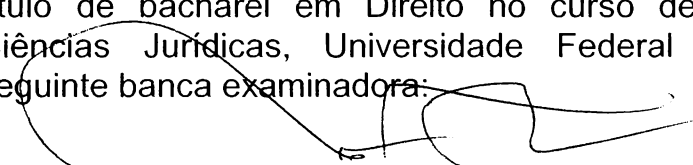
**2005**

## TERMO DE APROVAÇÃO

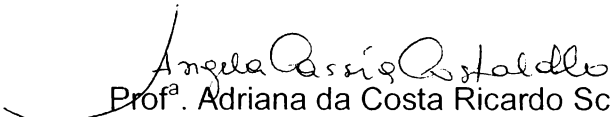
DANIEL BRENNEISEN MACIEL

### INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS – MORADIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: ~~Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho~~  
Departamento de Direito, UFPR

  
Prof.<sup>a</sup>. Dra. Ângela Cássia Costaldello  
Departamento de Direito, UFPR

  
Prof.<sup>a</sup>. Adriana da Costa Ricardo Schier  
Departamento de Direito, Unibrasil

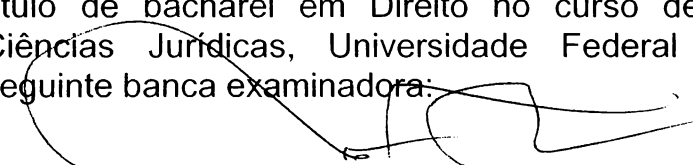
Curitiba, 14 de outubro de 2005

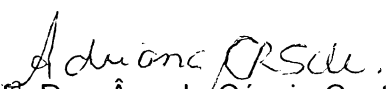
## TERMO DE APROVAÇÃO


DANIEL BRENNEISEN MACIEL

### INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS – MORADIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: ~~Prof. Dr. Roméu Felipe Bacellar Filho~~  
Departamento de Direito, UFPR

  
Prof. Dra. Ângela Cássia Costaldello  
Departamento de Direito, UFPR

  
Prof.ª Adriana da Costa Ricardo Schier  
Departamento de Direito, Unibrasil

Curitiba, 14 de outubro de 2005

## Sumário

<b>RESUMO</b> .....	i
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 DIREITO A PROPRIEDADE</b> .....	3
2.1 CONCEITO DE DIREITO A PROPRIEDADE.....	3
2.2 PROPRIEDADE PRIVADA: DIREITO ABSOLUTO?.....	6
2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.....	9
<b>3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE URBANA PRIVADA</b> .....	16
3.1 CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA.....	17
3.2 FINALIDADE.....	22
3.3 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE.....	25
3.4 CARACTERÍSTICAS.....	26
3.5 INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO.....	29
<b>4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b> .....	32
4.1 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	38
4.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	46
4.4 DIREITO A MORADIA.....	62
4.4.1 Fundamento do Direito a Moradia.....	63
4.4.2 Conteúdo do Direito à Moradia.....	66
4.4.3 Eficácia do Direito a Moradia.....	68
<b>5 INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA POLÍTICA URBANA</b> .....	73
5.1 O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROGRAMÁTICOS.....	73
5.2 PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO E UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS...	76
5.3 IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO.....	79
5.4 DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA.....	80
5.5 USUCAPIÃO ESPECIAL.....	81
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	83

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>86</b>
--	-----------

## **RESUMO**

Análise dos diversos ramos do ordenamento jurídico relacionados com a eficácia do direito fundamental a moradia, a partir da propriedade urbana, tendo em vista as alterações em seu regime causada pela função social da propriedade, enfocando os interesses, público e privado, presentes em tal relação, e a possibilidade do Estado direcionar o exercício e reconhecimento de direitos subjetivos ao atendimento de finalidades públicas. Enfatizando a legitimação e as ferramentas a dispor da Administração Pública para atuar frente ao caso concreto, com base na supremacia do interesse público e em seu dever de efetivar os direitos fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

A importância do direito à moradia pode ser verificada, não só ao nos depararmos com o art. 6º, da Constituição Federal, que o consagra, mas, sobretudo, com a problemática social que tal direito suscita nos dias atuais.

Os motivos que levaram o legislador ordinário a elevar o direito a moradia à categoria de direito fundamental podem ser encontrados, não só, nos dispositivos de nosso ordenamento e nos tratados internacionais, mas de maneira mais explícita no cotidiano dos grandes centros urbanos de nosso país. A má utilização e subutilização do solo urbano, somada com o fenômeno da emigração e urbanização desordenada, transformou cidades de nosso país em locais caóticos, onde a riqueza e o desenvolvimento contrastam com a miséria e a exclusão social sem precedentes. Tal situação acabou gerando uma massa de moradores de rua, e levando parcela da população a residir em favelas cujas moradias não atendem a um mínimo adequado à vida humana.

Na busca de soluções para a temática apontada, teceremos, aqui, alguns apontamentos, acerca de possíveis caminhos a serem trilhados para a efetivação do direito a moradia, a partir da intervenção do Estado na propriedade urbana privada. Todavia, como bem asseverou Luís Roberto BARROSO, em conferência proferida no Teatro Guairá, nesta cidade, em meados de outubro de 2004, a Constituição não deve ser compreendida e utilizada como o único meio, e, talvez, a última esperança do operador jurídico na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Muito mais relevantes que os meios com os quais se busca a proteção a um direito é a própria razão de ser deste direito.

Deste modo, seja através dos instrumentos constitucionais em vigência, ou não, o operador jurídico deve procurar a máxima efetivação dos valores necessários para uma vida digna, sem se limitar ou acomodar com instrumentos que estão a seu dispor. Neste sentido, estamos obrigados a manejar com precisão as ferramentas que estão ao nosso dispor, sem deixar de propugnar a criação de novos meios, mais capazes de satisfazer as necessidades coletivas.

Nesta ótica, sem desprezar e ansiar pelas inovações que estão por vir, analisaremos, em um primeiro momento, a problemática da propriedade urbana a partir das alterações ocorridas em nosso ordenamento civilista com o advento da

Constituição de 1988. Assim, trataremos das mudanças ocorridas no direito da propriedade, na sua passagem de um direito absoluto a um direito que deve cumprir uma função social.

Posteriormente, nos atentaremos para a posição do Estado acerca da função social da propriedade, bem como sua legitimidade para intervir na propriedade particular que não atende às finalidades coletivas previstas no plano diretor.

A partir desta perspectiva de ambos os pólos de interesse existentes no que tange o direito de propriedade, teceremos algumas considerações sobre os direitos fundamentais, ressaltando o direito a moradia.

Finalmente trataremos dos instrumentos a dispor da Administração Pública para a intervenção na propriedade urbana, tendo como fundamento o interesse público devidamente configurado, bem como a possibilidade de efetivar direitos fundamentais, sobretudo o direito à moradia.

## 2 DIREITO A PROPRIEDADE

O estudo da intervenção estatal na propriedade não pode prescindir de uma análise prévia dos temas atinentes inseridos no âmbito do direito civil. Desse modo, antes de adentrarmos no tema específico da intervenção estatal na propriedade particular e a possibilidade de efetivação dos direitos sociais, devemos observar até que ponto o direito de propriedade, consagrado constitucionalmente, pode ser exercido.

Adiamos para um momento posterior, o exame da perspectiva estatal, sem, contudo, descartar a importância da temática para os fins desse estudo. A intervenção na propriedade traz a tona dois pólos de interesses diversos. Dependendo do enfoque adotado, podemos reconhecer de um lado o Estado, que com base no interesse público devidamente configurado pode restringir e direcionar o exercício da propriedade para o atendimento do bem comum. De outro lado, encontramos o particular, proprietário, que tende a usufruir de seus bens para atender interesses pessoais.

Primeiramente, abordaremos a perspectiva do particular com relação ao exercício do direito de propriedade, especialmente no que diz respeito ao seu conceito, aquisição e perda, bem como os limites do exercício de tal direito.

### 2.1 CONCEITO DE DIREITO A PROPRIEDADE

O direito de propriedade encontra-se regulado em nosso Código Civil entre os artigos. 1228 e 1237. Nossa Carta Maior também traz algumas disposições sobre tal direito nos art. 5º e entre os artigos. 170 a 191.

O exame dos elementos, que guardam relevância com a intervenção na propriedade, deve ser precedido de um conceito, ainda que sumário, do direito de propriedade e as principais características dos direitos reais.

Orlando Gomes traz alguns apontamentos interessantes sobre os direitos reais, afirmando que tais direitos se caracterizam como o poder dos homens sobre os bens e o seu modo de utilização econômica. Sustenta que os direitos reais diferem dos pessoais de acordo com o exercício de ambos os direitos.

O titular de direitos reais pode efetiva-los diretamente, sem que haja necessidade de participação de outro sujeito titular de direitos e obrigações. Assim, pode praticar os atos necessários para exercer seu domínio diretamente sobre a coisa, sem que sua efetividade dependa da participação de outrem.

Os direitos reais tendem à perpetuidade, ou seja, não se esgotam ou se esvaem com o decorrer do tempo, não estão propensos à extinção como os direitos obrigacionais. São relações jurídicas que se perpetuam no tempo, sem uma data específica para se extinguirem como os direitos obrigacionais.

Outra característica dos direitos reais é o fato de gerarem uma obrigação de não intervenção contra todos, de tal modo que não podemos identificar o polo passivo da relação proprietária até o momento de sua violação.

Destacamos que o sentido que se dá a essa obrigação passiva difere de uma obrigação pessoal, aquela se aproximaria mais de uma regra de conduta do que uma obrigação no sentido da palavra. Tal característica se revela no direito de seqüela, ou seja, a prerrogativa do titular do direito real reaver seu bem contra qualquer pessoa que se apoderou indevidamente dele.<sup>1</sup>

A propriedade é o mais amplo direito real. Orlando GOMES se utiliza de três critérios para definir o direito a propriedade: (1) o critério sintético que pressupõe a submissão de um bem, em todas as suas relações, à somente um titular de direitos; (2) critério analítico que consiste na possibilidade de usar, fruir e dispor de uma coisa e da capacidade de reavê-lo de qualquer indivíduo que o houver ilegalmente usurpado; (3) e o critério descritivo que compreende o direito a propriedade como um direito complexo, caracterizado como um direito absoluto, perpétuo e exclusivo, onde o bem fica submetido à vontade do proprietário nos limites da lei.<sup>2</sup>

Sintetizando os três critérios Orlando GOMES afirma que "a propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto".<sup>3</sup>

Como direito absoluto a propriedade confere ao seu titular a possibilidade de usar ou não o bem, abandoná-lo, aliená-lo, destruí-lo, ou limitá-lo, constituindo sobre

---

<sup>1</sup> GOMES, O. *Direitos Reais*. 19º ed. rev. atual. e aumentada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2004, p. 15-16.

<sup>2</sup> GOMES, O. *ibidem*, p. 109.

eles outros direitos reais em benefício de terceiros. Tal característica atribui ao seu titular uma oponibilidade *erga omnes*, ou seja, a possibilidade deste resistir a qualquer intervenção de terceiros em seu bem.

Todavia, embora a doutrina clássica tenha consagrado o direito a propriedade como a base de todo o direito civil, e, conseqüentemente, como direito intransponível, deixamos claro, desde já, que adotaremos o conceito constitucional do direito de propriedade, ou seja, onde a aquisição e utilização da propriedade estão voltados a satisfazer não só os interesses do titular do direito individual, mas, também, interesses coletivos.

Gustavo TEPEDINO esclarece que apesar das inúmeras transformações introduzidas pela nova Constituição, grande parte da doutrina civilista não as incorporou, limitando-se a introduzir mudanças pontuais no que diz respeito ao direito de propriedade.<sup>4</sup>

Neste sentido, ressalta o renomado civilista carioca:

Ao observador comparatista poderá parecer estranho – e até certo ponto chocante – a insensibilidade dos civilistas diante de um texto tão inovador, inspirado por ótica solidarista e permeado por valores não patrimoniais, que impõe um feixe de deveres dirigidos ao cumprimento da função social da propriedade. A questão, a rigor, diz com a incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas e, em termos metodológicos, remete ao comportamento da doutrina em face da Constituição.<sup>5</sup>

Um recorrente equívoco cometido por nossos civilistas é a freqüente inversão da hierarquia do sistema legal brasileiro, pois interpretam a Constituição a partir do Código Civil e não o contrário.

TEPEDINO alega que a doutrina civilista normalmente define o direito a propriedade a partir de dois critérios estruturais. O primeiro critério é o dos poderes internos inerentes do domínio, como a faculdade de usar, gozar e dispor. Este critério também aborda os elementos externos ligados ao domínio, ou seja, a possibilidade de reaver o bem. Assim sendo, abordam os aspectos estruturais do direito à propriedade, nada dizendo acerca de seu aspecto funcional.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> GOMES, O. obra citada, p. 109.

<sup>4</sup> TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 268.

<sup>5</sup> TEPEDINO, G. *ibidem*, p. 274-275.

<sup>6</sup> TEPEDINO, G. *ibidem*, p. 269.

O aspecto funcional relaciona-se com o papel que a propriedade desempenha nas relações sociais. Desse modo, podemos dizer que a propriedade sempre exerceu uma função dentro da sociedade, seja para expansão da burguesia, ora como objeto de supremacia do capital frente ao trabalho, ou como ferramenta de construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A propriedade passou a exercer uma função dentro da sociedade no momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que seu exercício deveria atender, não somente os interesses do proprietário, mas, também, e especialmente, os demais interesses coletivos.

Nesta visão, o direito à propriedade deixa de ser conceituado privilegiando somente seus aspectos estruturais, e passa a valorizar, sobretudo, seus aspectos funcionais de acordo com as finalidades econômicas e sociais que o Administrador Público pretende proteger.

## 2.2 PROPRIEDADE PRIVADA: DIREITO ABSOLUTO?

O direito a propriedade sofreu diversas alterações com o decorrer dos tempos. Anteriormente à época romana, nas sociedades primitivas, a propriedade só existia com relação às coisas móveis, objetos de utilização exclusivamente pessoal, como roupas ou instrumentos de caça e pesca.

A utilização do solo era coletiva, pertencia à comunidade ou à família. Não havia, nesta época, interesse na propriedade privada do solo, pois a agricultura e a pecuária eram atividades de toda a tribo, não se concebia sua utilização individual e exclusiva. Quando os recursos naturais do solo eram esgotados toda a comunidade se mudava para outra localidade.

Com a ficção do homem em determinado território, e a correlata ligação da utilização do solo por determinada tribo, e, posteriormente, o vínculo de certa parcela de terras a uma determinada família, a concepção de propriedade coletiva perdeu força para a propriedade individual.<sup>7</sup>

Pouco a pouco, a utilização comum do solo perdeu espaço para a utilização privada. Com o advento da sociedade romana a propriedade individual ganhou um

---

<sup>7</sup> VENOSA, S. de S. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 203.

requite teórico, pois foi consagrada a idéia de que cada coisa tem apenas um dono. Nesta ótica, nasce o conceito de propriedade privada, onde sua utilização seria exclusiva, podendo o titular de tal direito se opor à ação de terceiros sobre sua propriedade.

Os poderes do proprietário seriam, nesta visão, amplos e irrestritos. O titular deste direito possuía poderes ilimitados sobre o solo, e tudo aquilo que estivesse na sua superfície e subsolo, bem como em toda sua altura e profundidade.

O critério absoluto do direito de propriedade foi, aos poucos, sofrendo alterações, admitindo que fossem atribuídos outros direitos, que não ao titular da propriedade, como a servidão e o usufruto.

Com o decorrer dos tempos, o critério absolutista passou a perder espaço para um critério social, permitindo o exercício da propriedade nos limites impostos pela lei.

A ampliação do Império Romano fez surgir o instituto chamado *jus in agro vectigali*, que corresponderia, grosso modo, à nossa atual locação ou arrendamento, onde particulares passaram a utilizar as terras do Estado, dos Municípios e Associações Religiosas mediante um pagamento pré-determinado.<sup>8</sup>

Na época medieval fracionou-se o conceito de direito de propriedade, na medida em que foram consagradas as figuras do domínio eminente e o domínio útil. Assim, o domínio foi dividido em propriedade de direito, que era do senhor feudal, e propriedade útil relegada ao servo ou vassalo.

O Capitalismo resgatou o conceito unitário do direito à propriedade, reforçando sua concepção individualista, trouxe de volta a tona um direito irrestrito e absoluto.

O conceito de propriedade passa a ser visto a partir do direito natural. Destarte, a propriedade passa a ser compreendida como um direito inerente à própria natureza humana, sendo elevada quase que à categoria de um direito fundamental.

---

<sup>8</sup> PIETRO, M. S. Z. di. Direito de Superfície. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. DALLARI, A. A. FERRAZ, S. (coordenadores). 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 173-174.

O Estado Liberal Capitalista consagrou a autonomia da vontade, trazendo a liberdade de contratar e o direito de propriedade privada como direitos interdependentes.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, advinda da Revolução Francesa, trouxe o direito à propriedade como um direito sagrado e inviolável, considerando que tal direito seria reflexo da personalidade humana.

O Estado Social de Direito alterou profundamente esta concepção individualista de propriedade, rompendo com o modelo individualista que até então vigorava. Compromissado com a justa distribuição dos bens materiais existentes, tendo em vista a crise social existente, esta forma de governo criou uma série de instrumentos capazes de vincular o direito de propriedade a finalidades não só individuais, mas também, públicas e sociais.

A partir deste momento, o fundamento do direito de propriedade passa a ser regido por diversas leis que atendem ao interesse público e ao princípio da isonomia. Assim sendo, o Estado passa a agir ativamente para a melhora da qualidade de vida de sua população, coibindo o uso abusivo da propriedade, bem como sua utilização descompromissada com finalidades sociais.

Sobre este assunto, Orlando GOMES faz a seguinte observação:

O uso do solo urbano sofre nos dias de hoje limitações que atingem o direito de propriedade e se inspiram no seu novo conceito. Na linha deste, admitem-se desapropriações para evitar e impedir práticas especulativas ou nocivas ao interesse público, preconizando-se o emprego de novas técnicas jurídicas introduzidas pelo direito predial e a instituição de direitos reais, tais como o direito de superfície e o de concessão de uso.<sup>9</sup>

Dentre os inúmeros instrumentos legislativos que limitam e condicionam a utilização da propriedade, abordaremos a função social da propriedade disciplinada tanto no Título II de Nossa Lei Maior (direitos e garantias fundamentais), como nos arts. 182 e 183 que tratam da Política Urbana. Destacaremos, oportunamente, a Lei 10.257 de 2001 que traz uma série de instrumentos de política urbana.

Todavia, antes de adentrarmos na análise mais específica da intervenção do Estado na propriedade e de seus instrumentos, nos deteremos, brevemente, no estudo dos principais aspectos relacionados com a função social da propriedade, e como tal instituto alterou o próprio fundamento e exercício do direito à propriedade.

### 2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

O constituinte de 1946 trouxe, pela primeira vez, normas voltadas à função social da propriedade. Vislumbramos que estava se formando uma nova espécie de Estado, relegando-se os ideais liberais, e comprometendo-se com políticas voltadas ao bem estar social. Tais características marcaram diversos países, tendo em vista as peculiaridades do momento histórico posterior à 2ª Guerra Mundial.

Desta maneira, o Estado passou a adotar medidas intervencionistas, de restrição à propriedade privada e dirigismo econômico, com o intuito de promover a distribuição de riqueza e diminuir as mazelas sociais.

Em 1967 o constituinte também se mostrou preocupado com a utilização da propriedade privada, consagrando a função social da propriedade dentro do rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXII). Nossa Lei Maior de 1967 incluiu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, equivalendo a verdadeiro direito fundamental, tanto no que se refere a sua aplicabilidade como ao seu valor interpretativo.

Nossa Constituição de 1988 assegura o direito a propriedade no caput do art. 5º, afirmando que é garantida a inviolabilidade à propriedade. Embora tal dispositivo pareça, em uma primeira leitura, tratar a propriedade como direito absoluto, logo em seguida, nos incisos XXII a XXVI do mesmo artigo, vincula a propriedade a uma finalidade social.

Neste sentido, o constituinte de 88 submeteu o direito a propriedade ao atendimento de um fim social, afastando-se da concepção civilista clássica, que considera tal direito absoluto, e deste modo inviolável. A atual definição de propriedade não tolera que seu titular a utilize para fins especulativos ou prejudiciais a terceiros, seu uso deve beneficiar tanto o titular de tal direito, como também para o restante da sociedade.

A Constituição Federal em vigor alterou profundamente o conceito individualista, predominante até então, do direito a propriedade, trazendo em uma série de dispositivos instrumentos de intervenção estatal na propriedade privada

---

<sup>9</sup> GOMES, O. obra citada, p. 116.

como o parcelamento e a desapropriação, dentre outros meios, voltados ao atendimento de sua função social.<sup>10</sup>

Gustavo TEPEDINO contribui com o assunto asseverando:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.<sup>11</sup>

Desse modo, nosso constituinte de 88 reformulou o conceito de propriedade ao concebê-la não a partir de um ponto de vista individualista e patrimonialista, mas fruto de valores sociais e existenciais da pessoa humana, não somente os proprietários, mas, sobretudo pensando no bem estar de toda a sociedade.

Neste intuito, podemos encontrar o sentido da função social da propriedade urbana, almejado pelo constituinte, no art. 182, § 2º, de nossa Carta Magna, que dita que será cumprida a função social da propriedade urbana quando esta efetivar as exigências fundamentais de ordenação da cidade, presentes no plano diretor. Tal determinação, ao nosso ver, vincula a propriedade com a proteção à dignidade da pessoa humana, ou seja, o uso da propriedade deve atender aos princípios gerais de proteção à pessoa humana, no intuito de reduzir os conflitos sociais e garantir um mínimo de dignidade a todos os cidadãos.

O legislador infraconstitucional, ao estabelecer normas que tratam do direito de propriedade e de sua função social, também não pode se esquivar dos princípios e objetivos fundamentais da República, estabelecidos nos artigos 1º a 3º de nosso ordenamento constitucional. Diante disto, o direito de propriedade deve ser exercido em respeito à dignidade da pessoa humana; com o intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantindo o desenvolvimento nacional; erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e

---

<sup>10</sup> TEPEDINO, G. obra citada, p. 272.

<sup>11</sup> TEPEDINO, G. *ibidem*, p. 280.

regionais. Além disso, deve promover o bem comum, sem fomentar preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>12</sup>

Assim sendo, a Constituição atribui ao Estado poderes para intervir na propriedade urbana não edificada, subutilizada, ou não utilizada, cujo titular não atenda aos requisitos necessários ao ordenamento da cidade estabelecidos no plano diretor.

Como bem observou Romeu BACELLAR FILHO:

A tendência de intervenção no direito de propriedade cujo início deu-se com o reconhecimento dos direitos de vizinhança, foi experimentando gradual ampliação no sentido de condicionar, cada vez mais, esse direito com o interesse social. O direito de propriedade não podia ser entendido tão unilateralmente a ponto de sobrepujar o interesse público.<sup>13</sup>

Nesta ótica, entendemos que a propriedade que não cumpre sua função social não é merecedora de tutela jurídica, podendo sofrer intervenção estatal por se transformar em um verdadeiro obstáculo à efetivação dos objetivos e finalidades da República. Para exemplificar tal situação, tomemos o caso de uma propriedade produtora de riqueza, mas que para isso agrida o meio ambiente, tal propriedade não atende de forma alguma sua finalidade social sendo suscetível de intervenção estatal para que atenda esta determinação.

Neste sentido, afirma Silvio de Salvo VENOSA:

Destarte, o Estado não pode omitir-se no ordenamento sociológico da propriedade. Deve fornecer instrumentos jurídicos eficazes para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em seu proveito, de sua família e de seu grupo social. Deve, por outro lado, criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil. Bem não utilizado ou mal utilizado é constante motivo de inquietação social. A má utilização da terra e do espaço urbano gera violência.<sup>14</sup>

Tepedino acrescenta que não podemos compreender a propriedade a partir de um conceito abstrato, que leva em consideração somente os poderes do titular deste direito. Para o civilista carioca, o direito a propriedade deve ser entendido a partir de uma noção pluralista, que não vê na propriedade uma situação de poder

---

<sup>12</sup> TEPEDINO, G. obra citada, p. 272.

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, R. *Direito Administrativo*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

<sup>14</sup> VENOSA, S. de S. obra citada, p. 254.

abstrata, mas uma relação jurídica complexa relacionada com outras, e que terá sua legitimidade definida de acordo com a situação em que se insere.<sup>15</sup>

Não podemos perceber o conceito de propriedade como uma relação entre o indivíduo e um bem (direito real absoluto), onde o titular gozaria de um direito pleno e absoluto, exercendo suas atividades sobre a coisa sem qualquer limitação.

A determinação do conteúdo da propriedade deverá levar em conta não só interesses legítimos de seu titular, mas interesses que extravasam essa esfera. Neste sentido, assume especial relevância os interesses dos não proprietários, mas que de algum modo, estão envolvidos em alguma relação jurídica com o titular do direito de propriedade.

Assim sendo, não podemos conceber a função social da propriedade tendo em vista somente os interesses do proprietário. Sua formulação deverá levar em conta não só estes interesses, como também, aqueles do restante da sociedade, já que ambos estão envolvidos na relação jurídica concernente à propriedade.

Não visualizamos um conteúdo pré-determinado da função social da sociedade, este será concretizado de acordo com as peculiaridades dos interesses em jogo, caracterizando-se como um conceito jurídico indeterminado, amoldando-se ao caso concreto.

A função social da propriedade legitimará face o caso concreto os poderes de seu titular, estabelecendo os limites nos quais pode exercer todas as suas atribuições de proprietário. Este é o sentido inovador trazido pelo constituinte, uma vez que, não podemos compreender a função social da propriedade como uma limitação aos poderes de seu titular, tal visão, encontra-se nitidamente ultrapassada, posto que vinculada com a doutrina civilista anterior à vinculação da propriedade com sua função social. O direito à propriedade urbana, analisado a partir do ordenamento constitucional, deve encontrar sua legitimação na função social contida no plano diretor, de tal modo que a propriedade que não cumpri com os objetivos e finalidades traçados neste plano, não pode ser merecedora de tutela jurídica.

Como bem sustenta Gustavo TEPEDINO:

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento

---

<sup>15</sup> TEPEDINO, G. obra citada, p. 280.

funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu “perfil interno” e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá se direcionar para um “massimo sociale”.<sup>16</sup>

Ressaltamos aqui que a determinação do conteúdo do direito de propriedade não é uma disputa entre os interesses do proprietário e de outro lado os interesses da sociedade. Tal contradição poderia ser fruto de um período anterior à publicação de nossa Constituição vigente, onde existia um conflito entre as aspirações dos movimentos sociais, que exigiam um Estado mais intervencionista, e a tradição civilista liberal que pregava um direito absoluto de propriedade.

Entretanto, a Constituição de 88 provocou uma ruptura em tal conflito ao condicionar o direito de propriedade ao cumprimento de uma função social. A propriedade constitucional, denominação utilizada por TEPEDINO, não consiste em uma diminuição gradativa dos poderes do proprietário, mas em uma determinação conceitual qualitativamente diversa, tendo em vista que a relação jurídica da propriedade deve ser compreendida a partir de interesses proprietários e não proprietários.<sup>17</sup>

Neste ínterim, contribui José Afonso da SILVA:

É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o *regime de atribuição do direito* e o *regime de seu exercício*. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito.<sup>18</sup>

O direito a propriedade, com a atribuição de uma função social, deixou de ser um direito neutro ou indiferente à temática social, abdicou de albergar somente os interesses mesquinhos do proprietário e passou a atender objetivos sociais. Podemos afirmar, neste rumo, que o direito à propriedade passou por uma reformulação em seu fundamento, abrangendo os interesses do proprietário que somente serão legitimados pelo atendimento de objetivos fixados no plano diretor municipal, que trará fins voltados à melhoria de vida de toda a coletividade.

---

<sup>16</sup> TEPEDINO, G. obra citada, p. 281-282.

<sup>17</sup> TEPEDINO, G. *ibidem*, p. 286.

<sup>18</sup> SILVA, J. A. da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 68.

A função social da propriedade urbana subordina o interesse do proprietário a interesses públicos e sociais, de tal modo, que somente terá um direito subjetivo legítimo, aquele proprietário que cumprir com as metas e objetivos traçados pelo administrador público municipal no plano diretor.

Pedro Escribano COLLADO traz importante contribuição para a conceituação do direito de propriedade urbana ao mencionar o aparente conflito entre a função social da propriedade, que traz uma idéia de vinculação, e a atribuição de um direito subjetivo ao proprietário, que guarda consigo a idéia de uma liberdade.<sup>19</sup>

Afirma, o citado autor, que este aparente antagonismo desaparece ao analisarmos o significado da função social para o direito de propriedade. Devemos conceber a função social como o fundamento de atribuição do direito subjetivo. O ordenamento jurídico somente protegerá o direito subjetivo do proprietário contra ingerências de terceiros quando este for legítimo, ou seja, quando esta propriedade atender seu objetivo social.<sup>20</sup>

Neste sentido, afirma COLLADO:

A função tem, em princípio, um sentido muito semelhante ao que em outras ocasiões se tem atribuído. Neste sentido, apresenta uma natureza causal, de tal modo que vem a constituir o fundamento da atribuição do direito subjetivo.<sup>21</sup>

Desta maneira, observamos que a função social da propriedade alterou o fundamento do direito de propriedade, abandonando o conceito egoísta dos civilistas para se transformar em um conceito de propriedade constitucional, na feliz expressão de TEPEDINO.

A função social introduziu no fundamento do direito de propriedade interesses, que podem não coincidir com os interesses do proprietário. Convivem intrinsecamente dentro deste direito interesses individuais e coletivos, ambos

---

<sup>19</sup> COLLADO, P. E. *La Propriedada Urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Editorial Montecorvo, p 116.

<sup>20</sup> COLLADO, P. E. *ibidem*, p 116.

<sup>21</sup> La función tiene, em princípio, um sentido muy semejante al que em otras ocasiones se le ha atribuído. Em este sentido, presenta una naturaleza *causal*, em cuanto viene a constituir el fundamento de la atribución del derecho subjetivo. COLLADO, P. E. *ibidem*, p 117.

constituindo, inseparavelmente, o fundamento da atribuição do direito subjetivo de propriedade.<sup>22</sup>

Assim sendo, o conceito atual de propriedade não abrange todos os interesses de seu titular, excluindo somente aqueles que causarem prejuízo a outrem. Atualmente, engloba interesses sociais, conjuntamente com privados, ao estabelecer objetivos a serem alcançados pelo proprietário.

Outra problemática acerca da função social da propriedade versa sobre a sua identificação com uma simples limitação à propriedade. Tal tese confunde a *ratio* das leis restritivas com seu texto. A limitação atinge diretamente o exercício do direito de propriedade e não o seu fundamento.

Desse modo, a função social da propriedade não possui valor normativo, uma vez que não se cristaliza em normas restritivas do direito de propriedade, constitui, pelo contrário, o próprio fundamento do direito de propriedade.

José Afonso da SILVA advoga a mesma tese, ressaltando que parcela da doutrina tende a confundir a função da propriedade com os sistemas de limitação da mesma. Destarte, arremata:

Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo... ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função social, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenado fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu gozo e disposição.<sup>23</sup>

Neste rumo, o art 5º, XXIII, de nossa Constituição determina que a propriedade deverá atender à sua função social. Mais adiante no texto constitucional o art 182, § 2º, determina que a função social da propriedade será alcançada quando esta alcançar as exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor.

O constituinte colocou nas mãos do legislador infraconstitucional, que elabora o plano diretor, a determinação dos objetivos a serem alcançados pela

---

<sup>22</sup> COLLADO, P. E. obracitada, p 118.

<sup>23</sup> SILVA, J. A. da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 65.

utilização da propriedade privada. A Administração Pública Municipal, de acordo com a Lei 10.257/2001, elaborará o plano diretor, podendo estabelecer as diretrizes fundamentais que regulamentam o uso do solo urbano.

José Afonso da SILVA, nesta ótica, sustenta:

Com as normas do arts. 182 e 183, a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica; realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e de *circulação* humana, realizar, em suma, as funções sociais da cidade (CF, art. 182)

A utilização do solo urbano fica sujeita às determinações de leis urbanísticas e do plano urbanístico diretor. Isso decorre do disposto no art. 182 quando faculta ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob *pena*, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.<sup>24</sup>

Cabe, neste momento, a análise dos demais pressupostos que legitimam o Poder Público intervir na propriedade urbana privada, zelando pelo adequado cumprimento de sua função social, bem como coibindo qualquer espécie de utilização que fuja desses fins.

### **3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE URBANA PRIVADA**

A propriedade privada urbana envolve outro aspecto além da já abordada faceta que trata do interesse dos particulares titulares do direito de propriedade. Abrange, também, a possibilidade da Administração Pública intervir no direito individual no intuito de preservar o interesse público, seja impondo condutas omissivas ou ativas aos particulares.

Tendo em vista a função social da propriedade urbana, a utilização do solo deve estar voltada ao atendimento de interesses particulares e coletivos, conforme ressaltado no capítulo anterior. Abordaremos, neste capítulo, as possibilidades do Estado intervir na propriedade que não alcança seu fim social. Como frisamos no capítulo anterior, a propriedade que não cumpre sua função não pode ser protegida pelo ordenamento jurídico. Desse modo, examinaremos quais as ferramentas que

estão a dispor do administrador público, para constranger o proprietário a atingir os objetivos públicos de sua propriedade.

Assim sendo, analisaremos o conceito, a legitimação, e posteriormente os instrumentos que caracterizam esse poder estatal de atuar frente aos privados coibindo uma utilização da propriedade descompromissada com sua finalidade social.

É imperiosa uma abordagem do conceito, amplitude e das prerrogativas que legitimam a intervenção da Administração Pública na propriedade urbana privada. No próximo tópico examinaremos o Poder de Polícia e suas conseqüências.

### 3.1 CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA

As origens do poder de polícia são remotas, chegando a se confundir, em alguns momentos, tais atribuições com a própria natureza do Estado. A palavra polícia tem origem na palavra grega *politeia* e está ligada ao vocábulo política. Durante a Idade Média atribuiu-se o significado de “boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa da competência exclusivamente eclesiástica”.<sup>25</sup> ao vocábulo polícia. Posteriormente a palavra polícia passou a designar o direito do soberano e do senhor feudal zelar por pelo bem estar de seus súditos ou vassalos.

Assim, o conceito geral de polícia se desenvolveu até abranger a atividade estatal voltada a harmonizar a convivência humana dentro da sociedade, de modo a coibir atividades privadas que ameaçassem ou perturbassem a ordem pública.

José CRETELLA JÚNIOR especifica as atividades englobadas pela atividade de polícia:

Garante a *polícia* o Estado e os demais entes públicos, a coletividade, os indivíduos; tutela os interesses ideais e os bens materiais. E, assim, para os indivíduos tutela o corpo para que tenha saúde, protege a integridade, a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio e, em geral, todos os direitos e interesses que na sociedade são considerados como dignos de respeito e que pertencem aos homens não apenas como particulares, mas também como parte da referida coletividade ou ente público. Para o Estado e para os entes públicos, concebidos em sua personalidade jurídica, a *polícia* tutela a livre função dos órgãos públicos, a honra, o patrimônio e todos os demais direitos e interesses respeitáveis, ao

---

<sup>24</sup> SILVA, J. A. da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 67.

<sup>25</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. ver. E at. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 521.

mesmo tempo garante, principalmente, a própria existência do Estado e de sua forma de governo.<sup>26</sup>

Aponta, o citado autor, as diferentes abordagens que podemos ter da noção de polícia. Neste sentido, o conceito de polícia pode abranger, em um primeiro momento, inúmeras atividades diferentes. De todo modo, podemos afirmar que consiste em um conjunto de regras estatais, voltadas aos cidadãos, com o intuito de disciplinar suas condutas. Nesta visão ampla, podemos considerar toda norma jurídica como fruto do poder de polícia.

A atividade de polícia pode ser vista, em um conceito mais restrito, como um conjunto de atos estatais voltado ao cumprimento de regulamentos e das leis, tal visão, como será analisado posteriormente, levará à distinção entre o poder de polícia judiciária e administrativa.

Um terceiro foco dado ao conceito de polícia nos leva aos agentes públicos, assim o poder de polícia atribuiria aos funcionários públicos poderes reservados à execução das leis e dos regulamentos.<sup>27</sup>

Na tentativa de conceituar o poder de polícia José CRETELLA JÚNIOR se socorre da doutrina alienígena, especialmente da francesa, italiana e alemã, trazendo a tona as contribuições de Leon Ameline, Oreste Ranelletti, Guido Zanobini, e Fritz Fleiner.

Desta maneira, relembra a contribuição de Leon Ameline que considera a atividade de polícia como “o organismo de defesa interior da coletividade que tem por objetivo manter a ordem pública, proteger as pessoas e salvaguardar os bens”.<sup>28</sup>

Traz a contribuição do italiano Oreste Ranelletti para quem a polícia pode ser conceituada como:

... o modo da atividade pública, no campo da administração interna, que se desdobra – limitando ou regulando a atividade de particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e, eventualmente, se necessário, por meio da coação – com o objetivo de garantir o todo social e suas partes contra danos que possam advir da atividade humana.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. obra citada, p. 522.

<sup>27</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. ibidem, p. 525.

<sup>28</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. ibidem, p. 526.

<sup>29</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. ibidem, p. 527.

CRETELLA, também, se refere às lições de Guido Zanobini que define polícia como atividade administrativa voltada a assinalar, sem qualquer espécie de sanção penal, as limitações impostas por lei à liberdade dos particulares no interesse superior da ordem pública.<sup>30</sup>

Por último, alude ao autor alemão Fritz Fleiner que considera a atividade de polícia uma atividade administrativa voltada a impor, unilateralmente à liberdade e à propriedade dos particulares, restrições necessárias para a manutenção da ordem pública.<sup>31</sup>

Passemos agora ao estudo de nosso ordenamento jurídico. Este atribui uma série de direitos aos cidadãos, incumbindo à Administração Pública zelar para que o exercício destes direitos seja compatível com o bem estar social. A liberdade e a propriedade individuais não podem se transformar em uma barreira à efetivação dos objetivos públicos e dos direitos fundamentais.

Celso Antonio Bandeira de MELLO afirma que a atuação da Administração Pública não implica em uma limitação a direitos subjetivos, uma vez que estas limitações integram o próprio conteúdo do direito. Desse modo, os direitos individuais apresentam seus contornos e limites nas próprias normas que os legitimam, de tal modo que não se pode falar em uma posterior limitação realizada pelo Estado.<sup>32</sup>

Dentro destes limites traçados pelo legislador nacional cabe, em alguns momentos, à Administração Pública analisar, face o caso concreto, a extensão que determinados direitos possuam, em virtude de seu grau de abstração. Todavia, esta atividade do administrador não pode ser considerada uma limitação, visto que compete ao legislador o poder de criá-las.

As restrições e limitações aos direitos individuais são, por vezes, inflexíveis, contudo, em alguns casos tais restrições são relativas, podendo ser afastadas pela Administração Pública de acordo com sua avaliação.

Não obstante, mesmo que inexista esta margem de discricionariedade da Administração Pública no tocante aos limites dos direitos individuais, cabe a ela zelar

---

<sup>30</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. obra citada, p. 527.

<sup>31</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. ibidem, p. 528.

<sup>32</sup> MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 706.

pelo adequado cumprimento desses limites, no intuito de preservar o respeito ao bem comum.

Tal interferência estatal na esfera privada deve respeitar as exigências de nosso ordenamento jurídico, sendo ilegal a intervenção que não tenha como fundamento o respeito à legislação aplicável ao caso concreto. Outro aspecto relevante dessa intervenção é que grande parte delas não onera o titular do direito, posto que só há uma definição das fronteiras do exercício de seu direito.

Celso Antonio Bandeira de MELLO critica a denominação de poder de polícia para tratar da possibilidade do Estado dimensionar os limites de exercício da liberdade ou propriedade, bem como os atos administrativos pelos quais se concretizam essas atividades, pois englobam institutos completamente distintos.<sup>33</sup>

Afirma o renomado autor que podemos compreender o Poder de Polícia como a possibilidade do Estado condicionar a liberdade e a propriedade ao atendimento de objetivos públicos.

Romeu BACELLAR FILHO discorrendo acerca do conteúdo do poder de polícia advoga o seguinte entendimento:

O poder de polícia é uma prerrogativa conferida à Administração Pública para condicionar, limitar, restringir, excluir ou impor o dever de uso ou gozo de bens ou de direitos individuais ou coletivos no intuito de assegurar o bem-estar da coletividade. É conferida uma certa discricionariedade ao administrador no que se refere ao momento de agir (...) em síntese, são três os elementos essenciais caracterizadores do poder de polícia: a presença do Estado como elemento subjetivo, o conteúdo, que se traduz na restrição à liberdade individual direcionando ao fim, que é, necessariamente, o interesse público.<sup>34</sup>

Marçal JUSTEN FILHO conceitua o poder de polícia como “competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.<sup>35</sup>

O citado autor sustenta a tese que o poder de polícia consiste em uma atividade com o intuito de evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados acarretem ofensas aos direitos de terceiros, sejam públicos ou privados.

---

<sup>33</sup> MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 708.

<sup>34</sup> BACELLAR FILHO, R. obra citada, p. 160.

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.385.

Diante disto, podemos afirmar que a natureza do poder de polícia consiste em conformar o exercício de direitos individuais com a finalidade de satisfazer necessidades alheias. Assim o titular de direitos pode ser condicionado a se abster de tomar determinadas atitudes, bem como constrangido a praticar medidas positivas.

Tal atividade engloba em sentido amplo a possibilidade do Poder Legislativo e Executivo regular o exercício da liberdade e da propriedade, sobretudo através de normas legislativas que delimitam os direitos privados.

O poder de polícia pode ser compreendido em um sentido mais restrito, englobando intervenções gerais ou abstratas do Poder Executivo como regulamentos e licenças destinadas a impedir que as atividades privadas contrariem os interesses sociais. Esta atividade, mais específica do poder de polícia seria denominada polícia administrativa.

A polícia administrativa será o foco de nosso estudo no momento, tendo em vista que nos interessa investigar quais as possibilidades do Poder Executivo condicionar o exercício da liberdade e da propriedade, com a finalidade de satisfazer os direitos sociais.

Neste sentido, faz-se necessário diferenciarmos as atividades de polícia prestadas pelo Estado, ou seja, as distinções entre a polícia administrativa e a polícia judiciária.

Parte da doutrina compreende a polícia administrativa a partir de seu caráter preventivo, sobretudo, pois almeja impedir que o exercício da liberdade e da propriedade pelos indivíduos contrarie ou cause dano ao interesse social.

A polícia judiciária, por outro lado, teria um caráter repressivo, já que está voltada a reprimir atividades delinquentes contrárias ao interesse público de segurança. Estas atividades marginais colocariam em risco o bem estar da comunidade, seriam desse modo, reprimidas pela polícia criminal que capturaria infratores das leis penais.

No entanto, esta distinção conceitual entre a polícia administrativa e judiciária pode acarretar em confusões face aos casos concretos, tendo em vista que muitas vezes a polícia administrativa acaba tomando medidas de caráter repressivo. Tomemos, como exemplo, a hipótese da Administração Pública impedir que um particular continue a exercer uma atividade, já em andamento, que contrarie o

interesse público. Por exemplo, quando retira do comércio medicamentos que foram vendidos a particulares e já causaram dano.

A distinção entre as duas polícias, judiciária e administrativa, deve levar em conta sua principal finalidade. Assim sendo, a polícia administrativa tem por finalidade primordial impedir ou interromper uma atividade que contrarie o interesse social, enquanto a polícia judiciária, de outro lado, tende a responsabilizar os indivíduos que violaram o ordenamento jurídico.

Desse modo, podemos afirmar que o principal traço que diferencia ambas as atividades de polícia é que a polícia administrativa caracteriza-se por impedir ou paralisar atividades que contrariem o interesse social, enquanto a polícia judiciária se preocuparia em responsabilizar os indivíduos cujas práticas contrariem o interesse coletivo. Neste sentido, a polícia judiciária é regida por normas de direito penal enquanto a polícia administrativa é regulamentada por normas administrativas.

Nesta visão, a polícia administrativa tende a regular o comportamento dos cidadãos, direcionando-as com o objetivo de atingir a harmonia social e a proteção dos interesses coletivos. Por outro lado, a polícia judiciária tem por finalidade punir os infratores de nossas leis penais.

### 3.2 FINALIDADE

A Administração Pública exerce o poder de polícia administrativa em virtude de seu dever de executar as leis administrativas. Nesta ótica, o Poder Executivo tem a possibilidade de intervir nas atividades privadas. Este poder é fruto de um dever imposto por lei, visto que somente ocorrerá a intervenção estatal quando esta for motivada por uma ofensa legal, e conseqüentemente ao interesse coletivo, ou quando o grau de abstração dessas leis conferirem margem discricionária ao Estado delimitar a liberdade e a propriedade privadas.

Hely Lopes MEIRELES sustenta que a finalidade do poder de polícia é a regulamentação, controle e contenção de todo bem ou direito individual que possa afetar a coletividade. Dessa maneira, a Administração Pública “pode condicionar o exercício de direitos individuais, pode delimitar a execução de atividades, como pode

restringir o uso de bens que afetem a coletividade em geral, ou contrariem a ordem jurídica estabelecida ou se oponham aos objetivos permanentes da Nação”.<sup>36</sup>

Marçal JUSTEN FILHO advoga a tese que a atividade de polícia administrativa é voltada para a realização de direitos fundamentais de toda a coletividade. Sustenta que a os direitos individuais devem ser limitados de modo a evitar que as liberdades individuais ilimitadas de alguns acabem por reduzir a liberdade de outros indivíduos.<sup>37</sup>

Parte da doutrina tende a caracterizar o poder de polícia como um poder negativo, pois adotam a tese que o poder de polícia tende a evitar que o exercício de um direito acarrete em um dano ao interesse coletivo.

Tratar o poder de polícia como uma atividade, ora positiva, outrora negativa do Estado frente ao privados depende do ângulo utilizado para visualizar essa atividade. Tomemos o exemplo das leis de zoneamento do Município, podemos dizer que se trata de um instrumento do poder de polícia eminentemente negativo, na medida que impede que as dimensões dos lotes em determinada área sejam menores que os limites estipulados em lei. Por outro lado, podemos afirmar que tais limitações impõem atividades positivas ao cidadão, pois o obrigam a subdividir seu terreno de acordo com as dimensões estipuladas na lei de zoneamento.

Desse modo, podemos caracterizar o poder de polícia como uma atividade que conforma o exercício dos direitos individuais a uma finalidade pública. Esta atividade pode ocorrer seja através de uma abstenção (como em geral se caracterizam a atividades de polícia), seja por atividades positivas. Exemplos desta última são a obrigação de parcelar ou edificar presentes no Estatuto da Cidade e daquelas as limitações ao direito de construir.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que o poder de polícia se caracteriza por abstenções do privados. Todavia, nosso ordenamento jurídico admite exceções a esta característica geral, vinculando o exercício dos direitos individuais a atividades positivas, neste rumo afirma:

---

<sup>36</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 452.

<sup>37</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 386.

Convém dizer, entretanto, que há uma ordem de casos em que se excepciona esta característica 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. Enquadram-se na caracterização de leis de polícia as que imponham ao proprietário uma *atuação em prol de ajustar o uso de sua propriedade à função social*. Isto decorre não apenas do art. 5º, XXIII, da Constituição, mas, sobretudo, do art. 182, § 4º, incluso no Capítulo “Da Política Urbana”. De conseguinte, serão de “polícia administrativa” os atos infralegais previsto no § 4º dos incisos I e II do art. citado. **Através deles impõem-se ao proprietário de imóvel atuações positivas**, ou seja, que proceda ao parcelamento ou efetue edificação, se área incluída no Plano Diretor do Município estiver subutilizada ou não utilizada, tudo conforme disposto na lei federal 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade). [grifo nosso]<sup>38</sup>

Marçal JUSTEN FILHO também adota esta posição ao afirmar que apesar das concepções clássicas afirmarem que o poder de polícia se caracteriza por impor abstenções aos indivíduos, a evolução social acabou por tornar tal medida insuficiente para atender o interesse coletivo.

Sustenta, o citado autor, que a disciplina da propriedade e da liberdade individual através dos atos de polícia abrange não só condutas omissivas, mas inclusive condutas ativas. Neste sentido, acrescenta:

A evolução social conduziu à insuficiência da mera abstenção privada. A promoção da ordem pública envolve também deveres de colaboração ativa. A funcionalização dos direitos e garantias individuais e sociais exige que os sujeitos adotem cautelas omissivas e também não omissivas, sem as quais se coloca em risco a integridade alheia.<sup>39</sup>

O papel do cidadão frente ao interesse coletivo foi alterado. Assim, não basta que o particular não exerça seus direitos sem causar danos a terceiros, a proteção e o reconhecimento de alguns direitos individuais, ou seja, sua legitimação, como a propriedade, analisada no capítulo anterior, dependem do cumprimento de interesses individuais e coletivos.

Neste sentido, podemos afirmar que o indivíduo deve contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, algumas vezes tomando atitudes omissivas, outras positivas. Tomemos como exemplo o respeito aos limites de zoneamento que restringem o direito de construir com o objetivo de segurança (conduta negativa), ou o dever de parcelar ou edificar (conduta positiva).

Destarte, cabe à Administração Pública, especificamente ao Poder Executivo, condicionar a utilização da propriedade urbana privada ao atendimento

---

<sup>38</sup> MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 708.

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, M. obra citada, p. 389.

do interesse coletivo. Caso sua utilização não corresponda à sua função social, determinada no plano diretor, cabe ao Estado, com base no poder de polícia administrativa a ele atribuído, tomar as medidas necessárias para condicionar o exercício da liberdade e da propriedade ao atendimento desta função, através de inúmeros instrumentos de política urbanística como o parcelamento e a edificação.

Frisamos, que conforme o entendimento de Celso Antonio Bandeira de MELLO e Marçal JUSTEN FILHO abordado anteriormente, que a Administração Pública pode exigir dos particulares uma atuação positiva voltada ao atendimento de finalidades públicas, mesmo que estas contrariem seu interesse particular.

Neste sentido, podemos afirmar que o Estado deve atuar frente aos particulares, exigindo que suas condutas sejam voltadas ao atendimento de um fim coletivo. Exemplo mais gritante dessa possibilidade foram as transformações que o direito de propriedade sofreu com as alterações introduzidas pelo constituinte de 88, que vinculou o reconhecimento do direito de propriedade ao atendimento de objetivos sociais.

Tendo em vista que o Estado possui o dever de zelar pelo adequado cumprimento das leis, cabe a ele em caso de ofensa ao ordenamento jurídico que regula a propriedade urbana, utilizar-se do poder de polícia para que este direito seja exercido de acordo com as finalidades coletivas fixados em plano diretor.

Assim sendo, o Estado possui uma série de instrumentos voltados à atividade de polícia, principalmente no tocante à política urbanística, como podemos encontrar no Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), e que serão abordados oportunamente.

### 3.3 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

Os pressupostos de validade dos atos de polícia administrativa são os mesmos dos demais atos administrativos, ou seja, a competência do agente que emite o ato administrativo, a finalidade que deve estar voltada ao atendimento de uma necessidade coletiva, bem como a atuação nos limites da lei que regula tal ato.

A validade do ato de polícia também está vinculada à forma determinada pelo legislador, de tal modo que, se o legislador não deixou nenhuma margem à arbitrariedade do administrador, um ato de polícia que foge desses limites é inválido.

Por outro lado, existem atos de polícia que possibilitam certa discricionariedade por parte do administrador.

A proporcionalidade entre o ato de polícia administrativa (ou a sanção imposta) e o interesse social salvaguardado é outro pressuposto de validade dos atos de polícia.

Como bem lembra Hely Lopes MEIRELES:

Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida. Desproporcional é também o ato de polícia que aniquila a propriedade ou atividade a pretexto de condicionar o uso do bem ou de regular a profissão. O poder de polícia autoriza limitações, restrições, condicionamentos; nunca supressão total do direito individual ou da propriedade particular, o que só poderá ser feito através de desapropriação. A desproporcionalidade do ato de polícia ou seu excesso equivale a abuso de poder e, como tal, tipifica ilegalidade nulificadora da sanção.<sup>40</sup>

Marçal JUSTEN FILHO afirma que os atos de polícia administrativa só serão válidos se forem adequados, necessários e compatíveis com nosso ordenamento jurídico. Adequados de modo a existir uma ligação lógica entre o ato administrativo tomado e a finalidade que a justifica.<sup>41</sup>

Necessários tendo em vista que o administrador deve adotar o ato que alcance a finalidade desejada e que produza menor restrição ao direito individual.<sup>42</sup>

Tais atos não podem ofender os direitos e valores consagrados em nossa Carta Magna, bem como não podem contrariar as demais leis a que se sujeitam.<sup>43</sup>

Os meios utilizados pelo administrador público para impor os atos de polícia também devem ser legítimos, no sentido que o administrador só poderá utilizar os meios previstos em lei para atuar com o poder de polícia, sob pena de invalidade.

### 3.4 CARACTERÍSTICAS

Podemos apontar como principais traços caracterizadores do poder de polícia administrativa a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercitibilidade.

---

<sup>40</sup> MEIRELES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 124-125.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, M. obra citada, p.387.

<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, M. idem.

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, M. idem.

A discricionariedade se traduz na possibilidade da Administração Pública, utilizando um juízo de oportunidade e conveniência dentro dos limites traçados em lei, exercer o poder de polícia administrativa, seja aplicando sanções, ou se utilizando de instrumentos que permitam alcançar o objetivo público.

Sob este aspecto ressaltamos que os limites da discricionariedade estatal dependem diretamente de atribuições legais, bem como da competência que é atribuída à autoridade, não podendo o administrador fugir destes limites, caso contrário, o ato administrativo deixará de ser discricionário tornando-se arbitrário, e, assim, sendo suscetível de declaração de invalidade por parte do Poder Judiciário.

A atitude abstrata ou específica tomada pelo Administrador no uso do poder de polícia deve ser pautada em um juízo de proporcionalidade e correspondência com a finalidade social almejada.

Não podemos nos esquecer que embora haja margem para discricionariedade em grande parte dos atos realizados pela administração pública, muitas vezes essa liberdade é restringida pela minúcia de nosso legislador, de tal modo que a realização de alguns atos do poder de polícia encontra-se vinculada com o modo e a forma estipulados legalmente.

Marçal JUSTEN FILHO acrescenta que em um Estado democrático os atos de poder de polícia devem ocorrer frente ao caso concreto. Tais atos são pré-estipulados legalmente, não obstante, grande parte deles possibilitam que o administrador utilize certa discricionariedade, de tal modo que a legislação em geral funciona como uma moldura delimitadora das decisões administrativas. Afirma que o surgimento de situações imprevistas legalmente não afasta o dever do Estado atuar. Nesta ótica, aduz o citado autor:

... com o surgimento de situações imprevistas, não contempladas expressamente na lei. A natureza dos direitos e garantias individuais e sociais propicia o surgimento de novas atividades e outras manifestações não expressamente disciplinadas. A ausência de previsão legislativa expressa não significa que o direito não regule a situação existente, nem significa impossibilidade de exercício do poder de polícia.

O poder de polícia compreende competências extraídas tanto expressa ou implicitamente das leis. Manifestações inovadoras de liberdades podem ser reguladas pela Administração Pública em vista dos princípios jurídico fundamentais.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, M. obra citada, p.393

A auto-executoriedade dos atos de polícia administrativa significa que a administração possui a faculdade de decidir e tomar as medidas necessárias para concretizar tais atos, sem que seja necessário a atuação do Poder Judiciário para convalidá-los.

Tal faculdade leva em consideração a natureza do poder de polícia, que em sua maioria, não suportaria a demora das vias burocráticas sem que se sacrificasse o interesse público tutelado. Desse modo, os atos de poder de polícia devem ser aplicados imediatamente sob pena de sua ineficácia.

Nada obsta, entretanto, que o particular que se sente prejudicado pelo ato administrativo ingresse no Poder Judiciário almejando que tal medida cesse, seja revogada ou que lhe seja conferida uma indenização.

A coercibilidade consiste na possibilidade da Administração Pública impor coativamente determinado ato administrativo aos particulares. Todo ato de polícia é imperativo, ou seja, vincula o seu destinatário a seu atendimento. O administrador tem a seu dispor, nos casos em que seja indispensável, a possibilidade de impor os atos de polícia através do uso da força física.

Não há ato de polícia facultativo ao particular, todo ato de polícia é obrigatório, e vincula o particular ao seu cumprimento. A Administração Pública, ao utilizar a força física, deve ater-se às medidas necessárias ao cumprimento dos atos de polícia, sob pena de se cometer abuso de poder.

Abordaremos os instrumentos pelos quais o Estado utiliza o poder de polícia administrativa para regular a conduta dos particulares, em um momento posterior. Tendo em vista, que para fins didáticos do presente estudo, é necessário examinarmos, anteriormente, a eficácia dos direitos fundamentais, bem como tecer algumas considerações sobre o interesse público.

Por esta forma, analisaremos neste momento algumas características do interesse público e do interesse privado, assim como a prevalência do primeiro frente ao segundo. Tendo em vista que o interesse público é um pressuposto necessário para os atos de polícia e para a intervenção da Administração Pública na propriedade.

### 3.5 INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO

Até este momento, falamos muito no papel do Estado como guardião do interesse público face o interesse mesquinho do particular. Todavia, a expressão “interesse coletivo ou público” nos parece um tanto quando abstrata, sendo necessário neste momento, nos socorrendo das lições de Celso Antonio Bandeira de MELLO, tecer algumas considerações sobre ela, a fim de delimitarmos, na medida do possível, seu conteúdo.

Normalmente se conceitua o interesse público em contraposição ao interesse individual. Contudo, tal visão pode colocar o interesse coletivo como algo com uma existência autônoma ao interesse individual, o que não é o caso, pois o interesse do todo não pode ser estranho às partes que o compõem.

Neste sentido, podemos afirmar que o interesse público é composto pelo interesse do conjunto da sociedade, sem se afirmar que corresponda à somatória de todos os interesses individuais. O interesse público está intimamente ligado com o interesse particular, mas com este não se confunde. O que deve ser ressaltado é que o interesse público consiste em uma manifestação qualitativamente diversa do interesse individual, mas, nem por isso, autônoma deste.

Embora possamos conceber um interesse público que seja conflitante com alguns interesses individuais presentes na sociedade, não podemos visualizar um interesse coletivo que se choque com o interesse de cada um dos membros da sociedade.

A faceta individual do interesse público pode ser localizada a partir do exame dos interesses e expectativas do cidadão dentro da sociedade. Tal interesse difere de seus interesses enquanto ser individual e não inserido em uma relação social, visto que o indivíduo pode tomar decisões que digam respeito tão somente à sua esfera pessoal.

Por outro lado, o indivíduo também possui interesses que estravazam esta esfera individual, tais interesses dizem respeito às suas expectativas e vontades como cidadão dentro da sociedade. Deste modo, a definição do interesse público deve levar em consideração os interesses do indivíduo como membro atuante da sociedade em que está inserido.

Nesta direção, contribui Celso Antonio Bandeira de MELLO:

... o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto participe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.<sup>45</sup>

Tomemos o exemplo da figura da desapropriação. O indivíduo pode ter o interesse de não ser desapropriado. Contudo, isso não quer dizer que seja contrário à existência do instituto da desapropriação, tendo em vista que tal ferramenta lhe é útil enquanto membro da sociedade. Diante disto, o indivíduo em sua perspectiva privada não possui o interesse que o instituto da desapropriação seja usado em seu desfavor, por outro lado apoia que tal instrumento seja utilizado em proveito da sociedade em que está inserido, para a construção de uma obra pública, que lhe beneficiará, por exemplo.

Podemos vislumbrar com o exemplo utilizado, duas espécies de interesses do indivíduo, um privado que privilegia conveniências acerca de sua vida íntima, e outro, também pessoal, mas que leva em consideração sua participação como integrante de uma sociedade, isto é, interesses que não privilegiaram somente a si mesmo, mas toda a sociedade.

Assim, o interesse público só encontrará legitimação quando voltado a satisfazer os interesses dos cidadãos enquanto partícipes da sociedade. Não se pode conceber o interesse público como algo concernente unicamente ao Estado. Nesse sentido, um ato administrativo que não esteja vinculado com o interesse público gera um direito subjetivo aos particulares, para que estes atuem no sentido de o invalidá-lo ou alterá-lo. Tendo em vista, que estes atos podem agredir diretamente os interesses dos particulares, causando prejuízos, ou impedindo que os mesmos obtenham as vantagens que decorreriam da correlata vinculação de tal ato com o interesse público<sup>46</sup>.

Caso ocorra um choque entre o interesse público e o privado, o primeiro sempre prevalecerá, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público. Não há em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo que consagre expressamente este princípio. Todavia, sua existência é de suma importância para a

---

<sup>45</sup> MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 51-52.

ordem social, podendo ser encontrado de maneira implícita em inúmeros instrumentos jurídicos, como o da desapropriação.

O Estado, que representa o interesse público, pode obrigar o particular a tomar medidas ativas ou passivas para que tal interesse prevaleça, para isso, conta com uma série de instrumentos jurídicos que regulam tal atividade.

Neste sentido, podemos afirmar que o estado possui o dever de zelar pelo interesse público e pela efetivação dos direitos fundamentais, de tal modo que lhe é atribuído uma série de poderes para que alcance tal meta.

Neste sentido, a brilhante lição de Celso Antonio Bandeira de MELLO:

Isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. (...) os “poderes” administrativos – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados.<sup>47</sup>

Tais considerações acerca do interesse público possuem profunda relevância com a temática do presente estudo, uma vez que estamos abordando a intervenção na propriedade urbana que não cumpre sua função social. Nesse interim, compreendemos tal finalidade social como fundamento de aquisição do direito de propriedade, bem como limitações a seu exercício, de tal modo que o direito de propriedade deve abranger não só os interesses do particular, titular do direito subjetivo, como também os interesses públicos presentes na sociedade.

A importância do interesse público para a elaboração do plano diretor, que define as finalidades sociais que condicionam a propriedade urbana, é sem dúvida alguma de suma relevância. Podemos afirmar, neste sentido, que qualquer ato administrativo, como os atos de polícia já abordados, que não corresponda ao interesse público para o caso em análise carece de validade.

Tendo em vista que cabe ao administrador zelar pelo interesse coletivo, evitando que a liberdade e a propriedade constituam barreiras para a efetivação dos

---

<sup>46</sup> MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 50-60.

<sup>47</sup> MELLO, C. A. B. de. *ibidem*, p. 88-90.

direitos fundamentais, cabe, neste momento, tecermos algumas considerações acerca dos direitos fundamentais tutelados pelo Estado.

#### **4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

A efetivação dos direitos fundamentais se apresenta à Administração Pública como um dever a ser perseguido, de tal modo que todos os atos do administrador devem ser voltados à máxima efetivação destes direitos. Compete ao Estado, neste sentido, zelar por seus atos e também fiscalizar e orientar os atos dos particulares para que estes não ofendam os direitos e garantias fundamentais, bem como o interesse público defendido pelo Estado.

Neste sentido faz-se necessário examinarmos as características de tais direitos fundamentais para delimitarmos os deveres impostos ao Estado.

##### **4.1 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Antes de iniciarmos o exame dos direitos fundamentais, passaremos pela sua diferenciação dos direitos humanos. Esta distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais é necessária, pois em muitos casos, ambas as expressões são utilizadas para se referir ao mesmo objeto, o que, por si só, não demonstra uma contradição, posto que ambos os temas estão relacionados.

Podemos definir os direitos fundamentais como os direitos humanos reconhecidos e positivados no ordenamento constitucional de determinado Estado. Assim, os direitos fundamentais se aplicam somente aos cidadãos e residentes neste Estado.

Os direitos humanos seriam, por outro lado, aqueles direitos reconhecidos pela comunidade internacional, através de tratados, ou outras espécies de documentos de eficácia internacional. Tais direitos atribuem aos seres humanos em geral uma série de garantias, independentemente da sua vinculação com determinado Estado, ou seja, sua vinculação aos direitos fundamentais. Os direitos humanos, nessa visão podem ser considerados direitos de eficácia universal, pois se aplicam universalmente.

Deste modo, os direitos humanos podem ser compreendidos como aplicáveis ao ser humano, enquanto os direitos fundamentais se destinam às cidadãos de determinado Estado.

Os direitos fundamentais são fruto de uma evolução histórica. Já na antiguidade encontramos alguns antecedentes históricos dos direitos fundamentais, como a liberdade e igualdade do homem na democracia ateniense; a igualdade de todos os homens em dignidade presente na doutrina cristã; e, sobretudo nas doutrinas jusnaturalistas, que limitaram e orientaram o exercício do poder estatal.

São Tomas de Aquino, como bem relembra Ingo Wolfgang SARLET, teve grande influência na concepção de igualdade cristã, contribuindo para o posterior desenvolvimento dos direitos fundamentais ao diferenciar o direito natural do direito positivado. Sustentava que a ofensa ao direito natural pelas normas positivadas poderia justificar o direito de resistência pela população. A dignidade da pessoa humana já estava presente em seu pensamento que assegurava que “a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem”.<sup>48</sup>

Todavia, tais antecedentes históricos não se amoldam ao conceito atual de direitos fundamentais, por não serem positivados no ordenamento jurídico e aplicáveis a todos os cidadãos. Assim sendo, não podem ser considerados como verdadeiros direitos fundamentais, embora já tragam, implicitamente, certa vinculação com estes.

O reconhecimento dos direitos fundamentais no direito positivo teve início no séc. XVIII. Entretanto, mesmo antes desta época, podemos verificar alguns direitos consagrados no ordenamento jurídico de determinados Estados que se aproximam da positivação dos direitos fundamentais.

A *Magna Carta* firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra positivou uma série de privilégios, como regalias da nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos, dentre outros. Todavia, não encontramos no exemplo dado a primeira manifestação dos direitos fundamentais, posto que não se

---

<sup>48</sup> SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2004, p. 45.

tratavam de direitos comuns a todos os cidadãos, somente parcela da sociedade usufruía destas vantagens.

As declarações de direitos inglesas do século XVII (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*) resguardaram direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, como o princípio da legalidade penal, a vedação de prisões arbitrárias, o direito de petição, dentre outros. Resultaram de uma progressiva limitação ao poder monárquico da coroa inglesa e da ascensão do Parlamento Inglês. Devido à não vinculação do Parlamento aos direitos e liberdades, estas declarações não podem ser consideradas autênticos direitos fundamentais, pois somente os Poderes da Monarquia foram limitados.

A Declaração de Direitos do povo de Virgínia, de 1776 foi o marco inicial do início dos direitos fundamentais constitucionais. Incorporou os direitos e liberdades reconhecidos pelas declarações inglesas, vinculando todos os poderes públicos e positivando direitos de eficácia universal.

A Declaração Francesa de 1789 foi o segundo marco da positivação dos direitos fundamentais na esfera constitucional. Ambas as declarações, Francesa e Americana, trazem profunda inspiração jusnaturalista, “reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”<sup>49</sup>.

Modernamente, podemos relacionar os direitos fundamentais com as características do próprio Estado Democrático, posto que se encontram vinculados com a própria legitimação do poder estatal. Os direitos fundamentais não só limitam o poder do Estado como passam a atribuir validade ao poder estatal, na medida que esse poder só será tido como válido quando voltado à realização dos direitos do homem e aos ideais de justiça social.

Neste sentido, aponta Ingo SARLET relembrando a obra de Grimm:

A imbricação dos direitos fundamentais com a idéia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidade), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de

---

<sup>49</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 51.

participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade

Nossa Carta Constitucional de 1988 traz um extenso rol de direitos fundamentais em seu Título II e inúmeros dispositivos dispersos no restante do texto Constitucional. Tal modo de positivação, que contém uma regulamentação detalhada é fruto do período histórico na qual nossa Carta Magna foi elaborada.

Advinda de um período posterior a um longo regime ditatorial, o constituinte de 88 optou por resguardar o maior número possível de direitos, numa tentativa de impedir eventuais retrocessos.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos em dois aspectos relacionados com a proteção destinada a esses direitos. Desse modo, podemos falar em fundamentalidade formal e material.

A fundamentalidade formal está vinculada com a positivação de certos direitos no ordenamento constitucional. Isso elevaria tais direitos a um patamar superior com relação aos direitos positivados no ordenamento infraconstitucional, posto que as normas constitucionais encontram limites formais e materiais mais rígidos para sua alteração (clausulas pétreas art. 60 de nossa Constituição), e em nosso ordenamento possuem aplicabilidade imediata, conforme o dispositivo do § 1º, art. 5º, de nossa Constituição.

A fundamentalidade material pode ser compreendida como decisões acerca da estrutura do Estado e da sociedade. Tal estrutura é formada por direitos que devido a sua especial importância aos indivíduos, vão formar um rol de direitos voltados para sociedade como um todo e para a formação do próprio Estado.

Sob esta análise dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang SARLET traz a seguinte contribuição:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 89.

Acrescenta Ingo Wolfgang SARLET mencionando as lições de Alexy, que trazem a seguinte classificação: “os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado a livre disposição do legislador ordinário”.<sup>51</sup>

Outro relevante aspecto de nosso ordenamento constitucional, no tocante aos direitos fundamentais, guarda relação com os direitos implícitos e decorrentes, advindos da interpretação do art. 5º, § 2º de nossa Carta Magna.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

José Afonso da SILVA, com fundamento no art. 5º, § 2º, da Constituição classifica os direitos fundamentais em três grupos: (1) direitos fundamentais expressos, aqueles positivados em nossa Constituição; (2) os direitos implícitos, que são aqueles subentendidos da interpretação dos direitos fundamentais expressos; (3) e os direitos decorrentes do regime de princípios e dos tratados internacionais.<sup>52</sup>

A exegese do art. 5º, § 2º, de nossa Constituição nos leva a constatação que o constituinte admitiu a existência de direitos fundamentais não escritos no catálogo dos direitos fundamentais (Título II, CF). Acolhendo, desta forma, como fundamentais, os direitos deduzidos pela via interpretativa das normas integrantes de nossa Constituição, como os direitos decorrentes do regime de princípios constitucionais.

Acerca da interpretação do § 2º, do art. 5º, de nossa Constituição, Ingo Wolfgang SARLET traz a importante contribuição de Carlos Maximiliano e Paulino Jacques:

A Constituição “não pode especificar todos os direitos, nem mencionar todas as liberdades. A lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência complementam a obra. Nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo. Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados”.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 89.

<sup>52</sup> SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 193.

<sup>53</sup> SARLET, I. W. op. cit., p. 98-99.

(...) o Legislador-Constituinte, ao referir os termos 'regime' e 'princípios', quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da 'equidade' e da 'construção jurisprudencial', que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o 'regime', quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os 'princípios' da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos.<sup>54</sup>

Desse modo, o constituinte não restringiu os direitos fundamentais somente aos casos enumerados no corpo do Título II de nossa lei maior, possibilitando que outros direitos fossem abrangidos. Adotou, assim, um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, resguardando a possibilidade de reconhecimento pela jurisprudência de direitos fundamentais não escritos, ou seja, decorrentes dos princípios constitucionais, bem como a identificação de direitos fundamentais nos tratados internacionais e nas demais normas do corpo de nossa lei maior.

Nos deteremos, por alguns momentos, no exame do regime de princípios apontado no art. 5º, § 2º, da CF. Tal regime estaria contido no Título I, arts. 1º a 4º onde estão expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que norteiam a República Federativa Brasileira.

Dentre tais princípios destacamos o da dignidade humana, que pode ser compreendido como uma qualidade intrínseca do ser humano, que o distingue dos demais animais, sem a qual o indivíduo estaria desprovido de sua própria humanidade. Esta dignidade corresponde à garantia de um mínimo de direitos, dos quais o ser humano não poderia renunciar ou alienar, e que deve ser protegido e respeitado pelo Estado e pelos demais indivíduos.

Não almejamos trazer um conceito abstrato da dignidade da pessoa humana, mas alguns elementos que possibilitem a sua proteção. Assim sendo, a proteção à dignidade da pessoa deverá ocorrer sempre face o fato concreto.

Nesse sentido, analisemos a lição trazida por Ingo Wolfgang SARLET baseada nos estudos do alemão Durig:

... a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 99.

<sup>55</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 117.

A dignidade da pessoa humana abrange uma série de direitos como a proteção da integridade física, a garantia das condições mínimas de sobrevivência para o indivíduo e sua família, a garantia da isonomia dos indivíduos (coibindo tratamentos discriminatórios e arbitrários), bem como garantias aos direitos de personalidade.

O respeito a este princípio não consiste apenas em um dever negativo de não submeter outrem a condições humilhantes, mas, também, possui um aspecto positivo ligado à possibilidade de pleno desenvolvimento da personalidade humana.

O Estado, nesta visão, tem por finalidade proteger a dignidade da pessoa humana, disciplinando seus atos e dos cidadãos para esta não seja desrespeitada. Por outro lado, o Estado tem o dever de criar meios que possibilitem a efetividade da dignidade da pessoa humana, para aqueles cidadãos que não forem capazes, por si só, de alcançarem as condições mínimas para uma vida digna.

A interpretação dos direitos fundamentais com base na dignidade humana atribui unidade e coerência ao sistema formado pelos direitos fundamentais, de tal forma, que não podemos dissociar os direitos fundamentais do princípio da dignidade humana. Diante disto, este princípio se torna uma ferramenta a dispor do operador jurídico, para interpretar e aplicar os direitos fundamentais ao longo do tempo, tendo em vista as peculiaridades do momento histórico e do caso concreto.

## 4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antes de adentrarmos na análise específica dos direitos fundamentais sociais a prestações, cabe uma análise dos direitos sociais face os demais direitos fundamentais.

Nesse intuito, a análise da localização dos direitos sociais dentro das diversas dimensões dos direitos fundamentais é válida para compreendermos suas peculiaridades.

Os direitos sociais da segunda dimensão surgiram a partir de dilemas sociais e econômicos advindos após a Segunda Guerra Mundial. Tais problemas trouxeram a constatação que os direitos fundamentais de primeira dimensão, os chamados de direitos de defesa, que garantem uma série de liberdades, e criam uma zona de não

intervenção estatal, não bastavam para garantir aos indivíduos o adequado respeito à dignidade humana.

Assim, as limitações à intervenção estatal na autonomia individual de seus cidadãos já não possibilitavam a fruição dos direitos fundamentais já consagrados.

A crise gerada pela devastação nazista na Europa trouxe um novo cenário aos seus cidadãos, que já não dispunham de condições de sobreviverem de maneira digna sem auxílio.

Deste modo, o temor dos tempos liberais, onde o Estado consistia em um empecilho ao efetivo gozo das liberdades, visto que intervinha arbitrariamente na autonomia individual, foi superado. Diversas Constituições já haviam consagrado o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Entretanto, a garantia de uma esfera de não intervenção já não bastava para que os cidadãos, por si só, sobrevivessem de maneira condizente com a dignidade humana.

A crise pós-guerra levou os Estados a consagrarem constitucionalmente direitos a prestações materiais que atendessem às novas demandas sociais, conhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão. Caracterizam-se, em sua grande maioria, como direito a prestações como assistência social, saúde, educação, trabalho, moradia, etc.

A transição do Estado Liberal ao Estado Social intervencionista marcou a passagem de um momento onde a consagração de direitos fundamentais se limitava à garantir a autonomia privada, para um segundo momento onde a participação do Estado junto aos indivíduos é necessária para que os cidadãos tenham sua dignidade resguardada.

Encontramos os direitos sociais no Título II, Capítulo II, de nossa Constituição, mais especificamente nos artigos 6º a 11º. Aparentemente, tal localização parece desprovida de significância, entretanto a compreensão que os direitos sociais também fazem parte do rol dos direitos fundamentais não é tão simples assim.

Fruto de uma visão liberal, na qual o indivíduo necessitava proteger-se do arbítrio estatal, trazemos quase que inconscientemente a idéia de que os direitos fundamentais são, tão somente, os direitos e garantias individuais e coletivos.

Relegamos, dessa maneira, as demais dimensões dos direitos fundamentais (direitos sociais, de solidariedade e à democracia) a um segundo plano, face às

profundas marcas que o pensamento liberal burguês deixou em nossa cultura jurídica.

Tal visão é incompatível com o atual Estado Social de Direito em que vivemos, visto que os direitos e garantias individuais não bastam, frente aos problemas econômicos e sociais, como direitos fundamentais que resguardam um conteúdo mínimo de direitos, sem os quais o cidadão perde sua personalidade humana.

Nesta conjuntura, os direitos fundamentais passaram a admitir não somente uma perspectiva subjetiva, que relegava uma série de direitos e garantias de cunho negativo aos cidadãos (direitos de defesa). Passaram a englobar uma faceta objetiva, na qual o Estado está vinculado a atingir certos fins e a efetivar certos direitos, isto é, impondo-lhe a obrigação de concretização e realização dos direitos fundamentais.

Desse modo, a partir dos problemas gerados com a industrialização e com o pós-guerra, diversas Constituições em todo o mundo passaram a trazer dentro do rol dos direitos fundamentais os direitos econômicos, sociais e culturais, denominados direitos da segunda dimensão.

José Afonso da SILVA define 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 realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>56</sup>

Nosso direito constitucional pátrio possui algumas peculiaridades ao trazer dentro dos direitos sociais, não só direitos a prestações, como também, direitos de defesa. O constituinte optou por consagrar, sob a manta dos direitos sociais, direitos a prestações materiais e direitos de defesa.

No que diz respeito aos direitos de defesa sociais, trouxe uma série de direitos de cunho negativo, ligados principalmente ao trabalhador, garantindo uma zona de não intromissão do Estado, como o direito à greve e a liberdade sindical.

---

<sup>56</sup> SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 285-286.

Consistem tais direitos de defesa dos trabalhadores, englobados dentro dos direitos sociais, em uma verdadeira subespécie dos direitos sociais. Tal fato ocorre tendo em vista as profundas desigualdades que marcam as relações entre trabalhadores e empregadores.

Todavia, tendo em vista o enfoque da presente pesquisa, trataremos especificamente dos direitos sociais a prestações, sem desprezar, contudo, os direitos sociais de cunho negativo, entre os quais encontramos inúmeros direitos sociais voltados aos trabalhadores.

Os direitos sociais, em sua grande maioria, caracterizam-se como direitos a prestações do Estado para o indivíduo, que possuem a mesma dignidade dos direitos e garantias individuais, e, neste sentido, não podem ser transgredidos pelo Estado ou por terceiros.

Ressaltamos que não há antagonismo entre os direitos sociais (a prestações) e os direitos de liberdade (defesa), tendo em vista que ambos se complementam, visto que se fundamentam na idéia que somente com uma maior liberdade e com a redução de privilégios, o Estado poderá oferecer a seus cidadãos uma existência digna.

Essa relação de completude entre os direitos fundamentais sociais e individuais é mais nítida quando verificamos que um determinado direito pode conter uma faceta de cunho negativo e, de outro lado, um aspecto positivo.

Assim, quando analisamos, por exemplo, o direito a moradia, podemos reconhecer, por um lado um direito de defesa (de cunho negativo) relacionado à inviolabilidade de domicílio, proibindo a violação da moradia, seja pelo Estado ou por terceiros. De outro lado, podemos analisar o direito a moradia a partir de um direito social (a prestações), onde cabe ao Estado oferecer aos seus cidadãos os meios necessários para satisfazerem as necessidades materiais com moradia, seja através de programas de financiamento e construção de residências, ou através de programas que garantam a urbanização de bairros onde não haja condições dignas de moradia.

O compromisso do Estado com o bem estar de sua população está intimamente ligado aos direitos sociais. Tendo em vista, que todos os indivíduos, por si só, não possuem condições de exercer seus direitos e liberdades fundamentais, a

omissão estatal frente a estas limitações dos indivíduos, acarreta a impossibilidade de efetivação das garantias constitucionais por grande parcela da população.

De tal modo que a participação ativa do Estado, criando as condições necessárias para que os cidadãos exerçam seus direitos e garantias individuais, é um pressuposto para que seja garantido um mínimo existencial, sem o qual os cidadãos ficam desprovidos de sua dignidade humana. Cabe ao Estado, nesta concepção, assegurar a distribuição e redistribuição das riquezas existentes, seja através do fornecimento de prestações materiais não existentes, ora melhorando as prestações existentes, ou regulando o exercício dos direitos individuais, minimizando, dessa maneira, as desigualdades sociais.

Deste modo, acrescenta Ingo Wolfgang SARLET:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellineck, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)<sup>57</sup>

Diferentemente dos direitos e garantias individuais cuja efetivação ocorre, na maior parte dos casos, por uma prestação negativa estatal, ou seja, o Estado não atua dentro da autonomia privada do indivíduo, os direitos sociais são marcados pela atuação positiva do Estado, que cria as condições materiais para a efetivação de tais direitos.

Esta atividade positiva pode ser realizada diretamente pelo Estado que cria programas estatais voltados a efetivar os direitos sociais, como programas de construção de moradias, como também pode ser realizado como o direcionamento da conduta dos particulares. Assim sendo, o Estado pode voltar o exercício dos direitos individuais à satisfação de interesses públicos como a já citada função social da propriedade. No uso das atribuições do poder de polícia administrativa o Poder

Público pode obrigar os particulares, através de instrumentos como o parcelamento e a edificação, a satisfazer os direitos fundamentais. Verificaremos essas possibilidades mais detalhadamente no último capítulo do presente estudo.

Tomemos como exemplo, para esclarecermos as características dos direitos a prestações os diferentes aspectos que envolvem o direito à habitação. Enquanto o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI CF) é efetivado pela ausência do Estado ou de terceiros dentro da autonomia privada do domicílio, o direito a moradia só será efetivado, para aqueles que não possuem condições dignas de habitação, através de uma prestação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais sociais estão nitidamente ligados aos direitos e garantias individuais, na medida que aqueles constituem em grande parte instrumentos de redução de desigualdades sociais, onde o Estado, através de um comportamento ativo, possibilita que os cidadãos exerçam uma igualdade e liberdade materiais e não apenas formais.

Nesta ótica, esclarece Ingo Wolfgang SARLET:

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.<sup>58</sup>

Os direitos sociais a prestações estão ligados a atividades de melhoria e distribuição dos recursos existentes, criam, também, bens essenciais à dignidade humana não disponíveis a toda população.

Analisaremos sumariamente as espécies de prestações que o Estado pode prestar ao indivíduo. O direito a prestações é utilizado, freqüentemente, em sentido amplo, como sinônimo de direito a participação, possibilitando a participação do indivíduo na formação da vontade estatal. São os direitos políticos, onde o cidadão toma parte em procedimentos decisórios, esse tipo de direito não envolve o fornecimento de uma prestação material direta.

---

<sup>57</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 200.

<sup>58</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 214.

O vocábulo prestação, em sentido estrito, assume outro sentido quando ligado ao objeto da prestação, afasta-se do sentido dos direitos à participação voltados à possibilidade de tomar parte nos procedimentos decisórios, e vincula-se a uma prestação material (fática) direta, como por exemplo, os direitos à saúde e à educação de qualidade.

Os direitos a prestações em sentido estrito estariam ligados à atuação positiva estatal como expressão do Estado Social, pois se vinculam ao fornecimento, criação de instrumentos, e à distribuição de prestações materiais. Por outro lado, os direitos a prestações em sentido amplo abrangem os direitos à participação, na organização e nos procedimentos decisórios estatais, guardando relação com o Estado de Direito, tendo em vista o respeito à liberdade e igualdade.

Outra distinção relevante acerca dos direitos a prestações versa sobre os direitos originários a prestações e os direitos derivados dos direitos originários a prestações. Por direitos derivados a prestações subentendemos o direito a isonomia, segundo o qual deve ser garantido a todos os cidadãos igual acesso às prestações estatais. Esta prestação deve ocorrer na medida da capacidade existente, bem como na igualdade de utilização das instituições estatais. Os direitos derivados estão ligados à realização dos direitos originários a prestações, na medida que sua efetivação não deixe margem para tratamentos desiguais.

Encontramos os direitos originários a prestações diretamente positivados nas normas constitucionais, onde localizamos o objeto a ser fornecido pela prestação, bem como os meios para que essa ocorra, independentemente de normas infraconstitucionais que criem um sistema de oferta de tais prestações.

Canotilho sustenta que podemos reconhecer a perspectiva subjetiva dos direitos sociais através dos direitos originários a prestações. Verificamos esta possibilidade quando a própria Constituição impõe ao Estado a criação de meios capazes de efetivar tais direitos. Caso o Estado não aja ativamente, criando os meios para que os direitos originários a prestações sejam efetivados, nasce o direito subjetivo a prestações, através do qual o cidadão pode exigí-las.<sup>59</sup>

Como tais direitos dependem de uma atuação direta do Estado para sua efetivação, ou seja, não são auto-executáveis como os direitos e garantias

---

<sup>59</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 473.

individuais, parte da doutrina não os considera como verdadeiros direitos fundamentais.

A teoria alemã da reserva do possível foi incorporada em nossa doutrina como um modo de condicionar a efetivação dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros, tal teoria reduz a efetivação dos direitos sociais à arbitrariedade do legislador infraconstitucional.

A adoção desta teoria coloca o Estado em uma posição privilegiada, de tal forma que este não estaria vinculado a efetivar os direitos fundamentais sociais. Tendo em vista que a garantia dos direitos sociais a prestações traz custos aos cofres públicos, ao elaborar programas que efetivem estas garantias, ao contrário dos direitos individuais de defesa, o legislador, através de manobras no orçamento público poderia sempre repassar recursos a áreas diversas daquelas que efetivem os direitos sociais, relegando-os ao ostracismo.

Esta doutrina advoga contra a própria natureza dos direitos fundamentais, que não podem ser reduzidos ao arbítrio do legislador, pois trazem consigo valores inatos à dignidade da pessoa humana.

A inércia estatal perante a efetivação dos direitos fundamentais sociais pode ocasionar a inconstitucionalidade por omissão. Neste passo, importante salientarmos que não pretendemos atribuir aos direitos fundamentais sociais a auto-executividade presente nos direitos e garantias individuais, visto que sua efetivação depende da criação de programas através de leis infraconstitucionais. Nesta ótica, não existe, por exemplo, um direito a saúde, mas uma série de normas que garantem sua efetivação. Contudo, a efetivação dos direitos fundamentais sociais a prestações não pode ficar reduzida ao arbítrio do legislador.

Não pretendemos que o Estado preste aos seus cidadãos, toda e qualquer garantia que possa ser interpretada como um direito fundamental social. Todavia, não podemos deixar de buscar elementos para que estes direitos sejam aplicados. Deste modo, a efetivação dos direitos sociais deve ser vista a partir do mínimo social, de maneira que cabe ao Estado garantir as mínimas condições de vida a seus cidadãos.

Passemos, agora, ao estudo da possível eficácia e dos principais problemas relacionados com a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

#### 4.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988 consagra a eficácia imediata dos direitos fundamentais em seu art. 5º, § 1, com o seguinte texto: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

A localização do citado dispositivo no art. 5º de nossa Constituição poderia levar à conclusão que a sua aplicabilidade refere-se tão somente aos direitos e individuais e coletivos do art. 5º.

Todavia, o próprio texto do dispositivo consagra a expressão genérica “direitos e garantias fundamentais”, ou seja, uma mera interpretação gramatical nos revela que a aplicabilidade imediata trazida no § 1, do art. 5º, estende-se a todos os direitos resguardados no Título II de nossa Lei Maior.

Uma interpretação sistemática e teleológica também nos conduz à mesma conclusão. O constituinte, ao consagrar o § 1º, do art. 5º, da CF, pretendeu o aplicar não só aos direitos individuais e coletivos, mas, também, aos direitos políticos, sociais e de nacionalidade, visto que estão todos cobertos pelo manto da fundamentalidade e possuem a mesma dignidade.

Neste sentido, podemos sustentar que todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, pois são garantias imprescindíveis à manutenção da dignidade humana. Deste modo, todos os direitos constantes do catálogo, ou seja, os direitos consagrados no Título II de nossa Constituição, presentes entre os arts. 5º e 17, bem como os direitos fundamentais presentes em outras partes de nossa Constituição e em Tratados Internacionais, de acordo com a interpretação do § 2 do art. 5º, da CF, possuem aplicabilidade imediata.

Sobre esta temática, não podemos deixar de mencionar a recente Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que inseriu um § 3º, no art. 5º de nossa Constituição, que traz o seguinte dispositivo:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Deste modo, a citada emenda, na esteira do que parcela da doutrina já sustentava, consagrou a superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre

direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional. Nesta ótica, é perfeitamente possível, advogarmos a tese de que os direitos fundamentais, presentes no Título II de nossa Constituição, encontrados no restante do texto constitucional, bem como decorrentes de Tratados Internacionais, formam um sistema, protegido pelas cláusulas pétreas, e sujeito à aplicabilidade imediata constante no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição.

Todavia, indaga-se se o dispositivo constitucional teria a capacidade de transformar todos os direitos fundamentais em imediatamente aplicáveis, já que muitos deles não possuem uma densidade normativa para gerarem todos os seus efeitos essenciais. Dependem, neste sentido, de uma intervenção legislativa infraconstitucional para se tornarem aplicáveis. Tais questões serão abordadas ulteriormente, após a análise de outras relacionadas com a eficácia dos direitos fundamentais.

A análise da expressão eficácia aceita duas definições: a eficácia jurídica e a social. A eficácia social pode ser utilizada como sinônimo de efetividade, ou seja, sua observância e aplicação no plano dos fatos. A eficácia jurídica pode ser compreendida como a possibilidade da norma produzir efeitos jurídicos, regulando comportamentos, todavia, esta regulação de comportamentos pode não ser respeitada no plano fático, embora, haja a possibilidade de sua aplicação.

A noção de eficácia jurídica aproxima-se da noção de aplicabilidade das normas, na medida que a aplicabilidade consiste na possibilidade de emprego das normas aos casos concretos. Assim, a eficácia jurídica deve ser compreendida como a possibilidade de determinada norma produzir efeitos no mundo fático.

Há entre os dois conceitos de eficácia íntima ligação, de tal modo que a eficácia jurídica constitui um pressuposto para a eficácia social.

Ao estudarmos da eficácia dos direitos fundamentais sociais passaremos pela análise das normas constitucionais de acordo com certas posições clássicas, mais especificamente, a distinção entre as normas auto-aplicáveis e as não auto-aplicáveis.

As chamadas normas auto-aplicáveis, ou auto-executáveis, são aquelas que estão aptas a gerar todos os seus efeitos independentemente da atuação do legislador infraconstitucional, de maneira que contêm todos os elementos necessários para alcançar seus fins.

As normas não auto-aplicáveis, ou não auto-executáveis, são aquelas carentes de intervenção do legislador infraconstitucional para determinar os meios de ação essenciais ao exercício e efetividade de tais direitos. Cabe ao legislador infraconstitucional revestir as normas constitucionais dos preceitos necessários para sua aplicabilidade, seja atribuindo competências e poderes, ou definindo seu conteúdo.

A aplicabilidade das normas constitucionais está vinculada ao seu conteúdo. Algumas normas são incompletas, dependem, assim, de uma concretização legislativa. Outras podem, desde já, ser aplicadas pelo Poder Judiciário, pois não carecem de uma intervenção do legislador para alcançarem sua eficácia.

Podemos classificar, adotando uma concepção clássica utilizada por José Afonso da SILVA, as normas constitucionais em três grupos de acordo com sua eficácia. As normas de eficácia plena podem ser aplicadas diretamente, integralmente, e imediatamente, de acordo com os objetivos do constituinte, sem necessidade de intervenção legislativa ulterior.<sup>60</sup>

As normas de eficácia contida são as normas que podem ser aplicadas direta e imediatamente, todavia não integralmente, visto que o constituinte reservou certa parcela de discricionariedade para o legislador infraconstitucional. Tais normas possuem uma carga legislativa que as tornam aplicáveis, mas há certo espaço de atuação para o legislador infraconstitucional.<sup>61</sup>

Por último, as normas de eficácia limitada se caracterizam por sua aplicabilidade reduzida e indireta. Não contêm uma normatividade suficiente para gerarem seus principais efeitos, necessitando de uma intervenção legislativa para tanto.<sup>62</sup>

Todavia, esta classificação encontra-se superada, não se admite que haja normas constitucionais desprovidas de aplicabilidade. Do contrário, se admitiria normas equivalentes a meros conselhos ou avisos desprovidas de qualquer força vinculante.

Todas as normas constitucionais possuem algum tipo de eficácia, mesmo que diversas entre si, não podemos admitir que uma norma constitucional seja

---

<sup>60</sup> SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Melhoramentos, 1982, p. 79.

<sup>61</sup> SILVA, J. A. da. *idem*.

desprovida de um mínimo de eficácia. Deste modo, podemos afirmar que sua eficácia varia entre um mínimo e um máximo.

A eficácia das normas constitucionais varia de acordo com sua carga legislativa, algumas produzem desde sua publicação todos os efeitos almejados pelo constituinte, pois possuem uma normatividade suficiente para alcançar tais fins. Outras não estão aptas a produzir todos os seus efeitos, porque necessitam de uma intervenção legislativa infraconstitucional.

Entretanto, mesmo que a norma constitucional não disponha de todos os elementos necessários para alcançar todos os objetivos para quais foi concebida, não podemos asseverar que tal norma está desprovida de eficácia. Se este argumento fosse aceito tais normas estariam relegadas a uma posição de meras opiniões, desprovidas de qualquer serventia para a população.

Neste sentido o entendimento da Corte Americana:

Os preceitos da Constituição não são adágios gastos pelo tempo ou contra-senhas destituídas de sentido. São princípios vitais e vivos, que autorizam e limitam os poderes governamentais em nossa nação. Eles são regras de governo. Quando a constitucionalidade de um ato do Congresso é questionada perante este Tribunal, devemos aplicar estas regras. Se não o fizermos, as palavras da Constituição nada mais serão do que bons conselhos.<sup>63</sup>

Ressaltamos, desta maneira, que uma norma constitucional possui capacidade para gerar todos os seus efeitos essenciais de acordo com a técnica legislativa aplicada. Tendo uma normatividade suficiente, pode gerar todos os efeitos almejados pelo constituinte. Neste sentido, acrescenta Ingo SARLET acerca da problemática da eficácia das normas constitucionais:

(...) a idéia de que uma mesma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, normatividade suficiente para tanto, não há como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a da eficácia (e aplicabilidade) da norma.<sup>64</sup>

A análise do dispositivo normativo assume relevância quando tratamos de sua eficácia. Neste sentido, podemos sustentar que a completude da norma assume caráter de verdadeiro pressuposto para sua aplicabilidade e eficácia. Encontramos, assim, normas de alta densidade normativa que produzem todos os seus principais

---

<sup>62</sup> SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 73.

<sup>63</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 236.

efeitos (normas de eficácia plena), pois independem de intervenção legislativa. Outras, porém, possuem baixa densidade normativa (de eficácia limitada) e dependem de uma intervenção legislativa ulterior para gerar seus principais efeitos, sem, contudo, deixarem de possuir uma aplicabilidade, mesmo que mínima.

Retomamos, nesse momento, as questões levantadas no início do capítulo acerca da aplicação do § 1º, do art. 5º, da Carta Magna, a todos os direitos fundamentais, tendo em vista as diferentes densidades normativas que irão influir em sua eficácia.

Parte da doutrina afirma que o dispositivo do § 1º, do art. 5º, não teria a capacidade de tornar imediatamente aplicáveis os direitos fundamentais carentes de concretização legislativa. Somente após esta intervenção legislativa o titular do direito adquiriria um direito subjetivo, o qual não existe até o momento dessa concretização.

Celso Ribeiro de BASTOS vai, em sentido contrário da corrente acima citada, e afirma que, em princípio, todos os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis. Excetuando dois casos: (1) onde o constituinte tiver determinado expressamente a concretização legislativa infraconstitucional; (2) e, quando a norma que consagrou o direito fundamental não contiver os elementos mínimos necessários à sua aplicabilidade, no tocante a seus efeitos principais, sem que seja necessária que o Judiciário assumira os poderes reservados ao Legislativo.<sup>65</sup>

Outra posição, adotada por Eros GRAU, advoga a tese da inexistência de normas programáticas em nossa Constituição. O constituinte, nessa visão, teria consagrado a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e em caso de omissão legislativa e dos demais órgãos da Administração Pública, consagrou como instrumentos de aplicação dos direitos fundamentais, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.<sup>66</sup>

Entretanto, os instrumentos apontados não possuem a capacidade de tornar as normas constitucionais imediatamente aplicáveis, suprimindo suas carências

---

<sup>64</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 244.

<sup>65</sup> BASTOS, C. R. e MARTINS, I. G. da S. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II, p. 393.

<sup>66</sup> GRAU, E. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322.

legislativas, tais instrumentos demonstram, ao contrário, que há normas dependentes de intervenção legislativa para alcançarem sua eficácia principal.

Outra corrente sustenta que o dispositivo do § 1º, do art. 5º, de nossa Constituição, supriria a utilização do Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão na efetivação dos direitos fundamentais. Assim, a Administração Pública, deparando-se com um direito fundamental carente de concretização legislativa, poderia, desde já, tomar as medidas necessárias para a aplicação do direito referido, não sendo necessário a intervenção legislativa, muito menos a utilização do Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.<sup>67</sup>

Embora as duas últimas correntes tragam uma visão otimista, que tende a estender a aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, ambas se fundamentam na inexistência de normas programáticas em nossa Constituição vigente, o que pro si só contribui para a superação de tais visões.

Nossa Constituição vigente traz inúmeros dispositivos que se enquadram na classificação de normas programáticas, ou seja, regras que definem fins e tarefas do Estado, carentes de uma concretização legislativa para alcançarem sua eficácia integral.

Outra parcela da doutrina sustenta que toda a administração pública e os particulares estão vinculados ao § 1º, do art. 5º de nossa Constituição. Deste modo, os Poderes Públicos estariam incumbidos de aplicar os direitos fundamentais, e os cidadãos teriam que cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo.<sup>68</sup>

Neste sentido, o Poder Judiciário teria a competência de aplicar as normas de direitos fundamentais aos casos concretos revestindo-as de plena eficácia. Aplicando as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais, sejam elas dotadas de uma densidade normativa suficiente para gerar seus principais efeitos, ou suprimindo as lacunas e omissões legislativas existentes. Nesta concepção, o Judiciário estaria obrigado a atribuir plena eficácia aos direitos fundamentais, tendo como fundamento o § 1º, do art. 5º da CF, e o dispositivo do art. 4º, da Lei de

---

<sup>67</sup> PERTENCE, S. Mandado de Injunção nº 438 In: *Revista de Direito Administrativo* nº 201. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 166.

Introdução ao Código Civil, que atribui aos magistrados a possibilidade de suprir omissões legislativas através da analogia, dos costumes, e dos princípios gerais do direito.

Ingo Wolfgang SARLET adota uma posição cautelosa, que nos parece mais adequada, acerca da exegese do art. 5, § 1º, da Constituição. Sustenta o citado autor que este dispositivo possui cunho principiológico, de tal modo que deve ser aplicado como um mandado de otimização, onde a Administração Pública estaria obrigada a atribuir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.<sup>69</sup>

Assim sendo, acrescenta:

... o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem um *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo.<sup>70</sup>

Os direitos fundamentais, de acordo com sua natureza, gozam de uma posição privilegiada dentro de nosso ordenamento constitucional, principalmente, no que diz respeito à sua eficácia e aplicabilidade, o que não significa, contudo, que tais direitos não apresentem diferentes graus de eficácia, variando de acordo com sua densidade normativa.

Outro relevante aspecto acerca da efetividade dos direitos sociais, passa pela atribuição a essa categoria de direitos de uma perspectiva subjetiva e ou objetiva.

Os direitos subjetivos atribuem ao indivíduo, titular do direito, a possibilidade de impor a terceiros, mediante tutela jurisdicional, determinado comportamento.

ALEXY conceitua os direitos subjetivos fundamentais a partir de três concepções: (1) os direitos a qualquer coisa, sejam ações negativas ou positivas do

---

<sup>68</sup> GRAU, E. R. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

<sup>69</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 264-265.

Estado ou de terceiros (direitos de defesa e prestacionais); (2) liberdades, vedação a proibições e negações; e, (3) os poderes de competências e autorizações.<sup>71</sup>

Ingo Wolfgang SARLET ainda aponta a contribuição de Georg Jellinek com relação à posição do indivíduo frente ao Estado, seja como titular de deveres ou direitos.<sup>72</sup>

Relembra que existem quatro posições dos indivíduos frente ao Estado. Na primeira, denominada *status passivo (status subjectionis)* o indivíduo estaria subordinado ao Estado, sendo mero detentor de deveres. Assim, o Estado poderia, através de sua competência, estipular mandamentos e proibições aos indivíduos.<sup>73</sup>

O *status negativus* atribui ao indivíduo direitos vinculados à sua personalidade, de tal modo que o Estado estaria impedido de interferir em certa esfera de liberdade individual, consiste em uma limitação ao *jus imperii* estatal.<sup>74</sup>

O *status positivus* confere aos cidadãos a possibilidade de exigir, juridicamente se necessário, determinadas ações positivas do Estado, bem como a utilização das instituições estatais.<sup>75</sup>

Por ultimo, o *status activus* que assegura aos cidadãos a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade estatal, através do sufrágio e outros instrumentos democráticos, por exemplo.<sup>76</sup>

Joaquim José Gomes CANOTILHO ao discorrer sobre as teorias dos direitos fundamentais, mais precisamente a teoria social, acrescenta mais um dever do cidadão dentro da conceito de *status activus* abordado por Jellinek, ressaltando a vinculação dos particulares com a efetivação dos direitos sociais. Neste contexto, afirma:

... muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento. Daí a problemática dos *direitos sociais* [grifo do autor] que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção publica estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um *limite* [grifo do autor] mas como um *fim* [grifo do autor] do Estado. A socialidade passa a ser considerada como um *elemento constitutivo* da

---

<sup>70</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 264-265.

<sup>71</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 163.

<sup>72</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 165-169.

<sup>73</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 167.

<sup>74</sup> SARLET, I. W. *idem*.

<sup>75</sup> SARLET, I. W. *idem*.

<sup>76</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 169.

liberdade e não como limite meramente externo da mesma. **Mas não basta exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais, se não configuramos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis* [grifo do autor] (Häberle). Intervem aqui a terceira dimensão assinalada aos direitos fundamentais: a *componente processual* [grifo do autor] permite aos cidadão participar na efetivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus*. [grifo nosso]<sup>77</sup>**

Ressaltamos que a definição do *status activus processualis* utilizada por CANOTILHO e o *status positivus* adotado por Jellinek merecem destaque, visto que ambas se encontram vinculadas com a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

A eficácia dos direitos dos direitos fundamentais seria a possibilidade do indivíduo exigir do Estado que este o proteja contra a ofensa de seus direitos por terceiros, seja outros indivíduos, seja o próprio Estado. De acordo com o art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna, os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, impondo ao Estado o reconhecimento e proteção dos direitos revestidos pela fundamentalidade constitucional.

O Estado, nesta ótica, está obrigado a adotar medidas de cunho negativo e positivo voltadas à efetividade das normas constitucionais. Negativas no sentido de garantir que Ele próprio, ou terceiros, não ofendam tais direitos. E atitudes positivas com o intuito de garantir a eficácia dos direitos prestacionais, através da criação de instrumentos para sua efetivação, condicionando o exercício de direitos particulares ou elaborando programas de prestações estatais diretas.

Nesse sentido, aponta Ingo Wolfgang SARLET:

Neste contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da idéia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências endividas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e ate mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.<sup>78</sup>

O dever estatal de proteção aos direitos fundamentais surge apenas quando a ameaça a este for irreparável, e o indivíduo, por si só, não consiga exercer tal direito. Desse modo, o bem juridicamente tutelado, objeto da proteção estatal, deve ser valorado de acordo com os direitos fundamentais vigentes. Apura-se se o direito

---

<sup>77</sup>CANOTILHO, J. J. G. obra citada, p. 1381.

<sup>78</sup>SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 206-207.

a ser assegurado no caso concreto, é um direito fundamental merecedor de proteção, e, se tal direito está realmente sob ameaça. Contudo, os modos de efetivação de tais direitos estão restritos à arbitrariedade estatal, que analisa os meios que tem a sua disposição, bem como a critérios de proporcionalidade e igualdade.

Nesta ótica, contribui Ingo Wolfgang SARLET sobre a obrigação do Estado proteger os direitos fundamentais:

Problemática se revela, ainda no que concerne aos deveres de proteção do Estado, a viabilidade do reconhecimento – para além da faceta objetiva impositiva da ação estatal - de um direito subjetivo correlato à proteção. Neste sentido, a doutrina refere à necessidade de o Estado implementar medidas que alcancem, na sua função protetiva, um mínimo de eficácia, não sendo exigível uma exclusão absoluta da ameaça que se objetiva prevenir. De acordo com o entendimento de Konrad Hesse, o reconhecimento de um direito subjetivo a uma atividade protetiva do Estado se encontra, contudo, na dependência de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito, limitando-se, de regra, ao dever de agir do Estado, sem que lhe seja, no entanto, imposto o “como”, de tal sorte que uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero.<sup>79</sup>

Outro importante aspecto relacionado com a eficácia dos direitos fundamentais sociais está ligado com os aspectos econômicos dos direitos de cunho negativo e positivo, tendo em vista que ambos geram encargos à Administração Pública.

Os direitos de cunho negativo geram inúmeros encargos à Administração Pública. Verificamos este fato ao analisarmos, por exemplo, o direito à adequada tutela jurisdicional e certas liberdades e garantias. Nestes casos, percebemos a necessidade do Estado criar um Poder Judiciário eficiente, bem como um Sistema de Segurança Pública que possam garantir o exercício pleno das liberdades e garantias. Deste modo, em última análise, podemos concluir que os direitos de cunho negativo demandam do Estado prestações positivas que oneram os cofres públicos.

Tal argumento acaba trazendo a tona a indivisibilidade dos direitos fundamentais, que admitem apenas uma diferenciação relativa quanto ao seu objeto específico. Não há, desta maneira, nenhum antagonismo, ou contradição entre os

---

<sup>79</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 208.

direitos fundamentais de cunho positivo ou negativo, sendo ambos, muitas vezes interligados ou complementares.<sup>80</sup>

Neste contexto, acrescenta Ingo Wolfgang SARLET:

Com efeito, ninguém ira questionar seriamente (tomando apenas este aspecto para ilustrar o ponto) a impossibilidade de um Juiz –uma vez presentes os pressupostos– deixar de conceder uma ordem de *Habeas Corpus* ou recusar-se a assegurar o direito à vida, propriedade, ou privacidade contra alguma violação, pelo simples fato de não haver uma estrutura adequada disponível ou com base no argumento de que o Estado não dispõe de recursos suficientes. Por outro lado, não são poucos os que se voltam contra o reconhecimento, pelo Poder Judiciário e especialmente quando da ausência de lei específica, de direitos subjetivos a prestações materiais contra o Estado. Com efeito, a circunstância de que um direito negativo também tem um “custo” – o que assume destaque no plano da sua efetividade - não afasta a possibilidade de sua imediata aplicabilidade e justiciabilidade, o que, em princípio, como já referido, é controverso no caso da dimensão prestacional.<sup>81</sup>

A perspectiva econômica dos direitos sociais foi utilizada para criar a tese da reserva do possível, que restringe a eficácia dos direitos prestacionais à existência de condições econômicas para sua efetivação.

Os defensores desta teoria afirmam que a efetividade de tais direitos estaria vinculada à disponibilidade de recursos no orçamento da Administração Pública, pois o objeto das prestações onera diretamente os cofres públicos, que tem que criar instrumentos para a distribuição de bens materiais.

Os direitos de defesa, para aqueles que advogam a tese da reserva do possível, seriam determinados por uma conduta omissiva do Estado e dos particulares, podendo ser assegurados juridicamente, independente das circunstâncias econômicas. Deste modo, não estariam vinculados à existência de recursos públicos como os direitos a prestações.

Entretanto, todos os direitos fundamentais, inclusive os de defesa, demandam uma conduta positiva do Estado. Desta forma o Estado ao efetivar os direitos de liberdade e defesa necessita de um conjunto de medidas positivas que demandam a utilização de parcela significativa do orçamento público, tomemos, por exemplo, o aparato existente para a segurança pública.

Não podemos negar, como evidenciado, que a garantia de todos os direitos fundamentais, independentemente de sua espécie ou categoria, demanda um custo

---

<sup>80</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 219-220.

<sup>81</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 220.

para o Estado. Assim sendo, não descartamos a teoria da reserva do possível, pois não só os direitos sociais a prestações possuem um aspecto econômico.

Deste modo, a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada como empecilho para a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Nesta ótica, não podemos vincular a garantia jurisdicional de todos os direitos fundamentais à existência de recursos.

Outro aspecto pertinente à problemática da reserva do possível diz respeito aos limites à exigência destas prestações. Tais prestações devem corresponder a um critério de razoabilidade, ou seja, daquilo que o cidadão pode exigir da sociedade. A disponibilidade estatal de efetivar determinado direito à prestação deve ser pautada pelo critério da razoabilidade. Não há sentido, a título de exemplo, que o Estado conceda o benefício da assistência social ao indivíduo que por si só possui rendimentos adequados ao seu sustento.

Outra classificação pertinente ao estudo da eficácia dos direitos sociais é a que classifica os direitos sociais como direitos programáticos. Estes direitos atribuem, nesta classificação, objetivos, metas e programas que devem ser realizados pelo Estado através da intervenção do legislador infraconstitucional. Todavia, são normas de baixa densidade normativa, destituídas de possibilidade de gerar seus principais efeitos sem que haja intervenção legislativa.

Nestes casos, há margem à discricionariedade do legislador infraconstitucional que estabelece as minúcias necessárias para tornar os programas eficazes. Esta intervenção legislativa infraconstitucional extrapola a determinação do conteúdo da norma, abrangendo os demais requisitos para sua efetividade, como os meios pelos quais estas prestações públicas serão efetivadas.

De todo modo, os direitos programáticos mesmo que dotados de pouca densidade normativa, geram efeitos jurídicos. O primeiro e mais simples efeito gerado pelos direitos programáticos é a revogação das normas contrárias ao seu conteúdo. Outra característica é o caráter vinculante de tais normas, onde a Administração Pública fica obrigada a atender os objetivos de tais programas, criando, se necessário, os pressupostos materiais para que atinjam sua plena eficácia.

O legislador infraconstitucional também se vincula às normas programáticas, seja através da obrigação de concretizar as normas de pouca densidade normativa,

que trazem expressamente a necessidade de complementação legislativa, seja através da imposição de limites à tarefa legislativa, onde não poderá ocorrer ofensas aos fins e parâmetros definidos pelo constituinte. A discricionariedade do legislador encontra-se ligada ao grau de abstração do constituinte, quanto maior for o grau de abstração da norma constitucional, maior será a liberdade legislativa.

Os direitos constitucionais programáticos possuem uma função interpretativa para a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, na medida que trazem princípios, diretrizes e fins que condicionam diretamente os Poderes Públicos.

Outro ponto fundamental acerca dos direitos fundamentais sociais a prestações refere-se à possibilidade de se atribuir direitos subjetivos aos seus titulares. Neste sentido, frisamos que o objeto da pesquisa tentará relacionar os direitos fundamentais sociais originários, ou seja, decorrentes da aplicação do próprio texto constitucional, sem que tenha ocorrido a complementação legislativa, bem como os direitos fundamentais derivados, aqueles onde a citada complementação legislativa já ocorreu.

Ressaltamos que o reconhecimento de direitos subjetivos aos direitos originários é um tema controverso na doutrina, o que não ocorre com os direitos derivados, tendo em vista a complementação legislativa já presente.

De todo modo, mesmo os direitos fundamentais com uma baixa carga normativa têm o seu conteúdo definido, de tal sorte que mesmo nos direitos sociais programáticos podemos identificar nos fins e diretrizes constantes das normas o conteúdo ao qual se pode atribuir um direito subjetivo.

No entanto, mesmo que grande parte dos direitos sociais originários tenham sido positivados reconhecendo direitos subjetivos, como o direito à moradia, não se pode atribuir aos cidadãos a possibilidade de ingresso frente ao Poder Judiciário exigindo uma casa, por exemplo. Devemos ter em mente que tais direitos englobam os chamados direitos programáticos, ou seja, direitos dependentes de um complexo sistema estatal que criará condições para efetivar tal direito, como programas de construção e financiamento de moradias populares.

Caso seja reconhecido um direito subjetivo originário este terá o condão de possibilitar que seu titular tenha acesso a prestações já existentes ou que a Administração Pública crie instrumentos que possibilitem o respeito aos direitos

sociais, como o caso de concessão de remédios gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde para os doentes de aids, tendo por base o direito fundamental a saúde.

O reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais esbarra em uma série de posições doutrinárias contrárias.

Celso Antonio Bandeira de MELLO sustenta que o caráter vago das principais normas que tratam dos direitos sociais não impede que atinjam plena eficácia e que tenham aplicabilidade imediata. Mesmo que sejam normas com preceitos abstratos, sempre se poderá aplicá-las caso se possa identificar seu conteúdo central e incontroverso, independente de complementação legislativa. Caso contrário, estaríamos atribuindo uma força maior às normas infraconstitucionais que aos direitos consagrados em nossa Lei Maior.<sup>82</sup>

O renomado administrativista reconhece a possibilidade de se atribuir um direito subjetivo individual caso o conteúdo da norma definidora do direito fundamental seja suficientemente determinado e caso os procedimentos necessários para a efetivação de tal direito estejam definidos, expressamente ou implicitamente, em nossa Constituição.

Fioranelli Júnior, conforme aponta SARLET, sustenta que os direitos sociais de cunho prestacional são verdadeiros direitos subjetivos, com base no arts. 5, § 1º e XXXV, da CF. Advogando a tese que os preceitos constitucionais citados autorizariam o Poder Judiciário a fornecer, face o caso concreto, a prestação objeto do direito social.<sup>83</sup>

Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma autuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.<sup>84</sup>

Contudo, o próprio Celso MELLO admite que nem todos os direitos os direitos a prestações podem conceder aos particulares direitos subjetivos. Desse modo, afirma que os particulares não estarão investidos de um direito subjetivo quando a norma constitucional estipular apenas um fim a ser alcançado, mas se

---

<sup>82</sup> MELLO, C. A. B. de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público* nº 57/58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 244.

<sup>83</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 302.

<sup>84</sup> SARLET, I. W. *ibidem*, p. 302-303.

calar quanto aos meios para alcançá-lo.<sup>85</sup> Vincula a eficácia da norma constitucional com sua forma de positivação, de tal modo que as normas de baixa densidade normativa, onde somente podemos localizar o conteúdo essencial do direito protegido, mas não encontramos os meios para alcançá-lo, seja na própria norma em análise ou no restante do ordenamento jurídico, estão destituídas de eficácia imediata e não podem gerar direitos subjetivos até o momento que haja uma intervenção legislativa.

Tal argumento advoga a tese que em certos momentos o constituinte atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de criar os meios para efetivar direitos consagrados em nossa Lei Maior, e somente após esta intervenção o direito se tornará exigível.

Um argumento contrário ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sustenta que os limites econômicos tornariam tais prestações inexigíveis. A tese da reserva do possível afirma que os direitos prestacionais sociais ficam na dependência da disponibilidade de recursos estatais e da possibilidade do Estado dispor dessas verbas para efetivar os direitos sociais.

Compete ao legislador ordinário aprovar os orçamentos públicos, inclusive o orçamento do Poder Executivo. Sendo que este último detém a maior parte dos instrumentos públicos de efetivação dos direitos a prestações. Desta maneira, cabe ao Poder Legislativo infraconstitucional a última palavra acerca da destinação dos recursos públicos voltados às prestações sociais.

Para aqueles que defendem a teoria da reserva do possível, a outorga ao Poder Judiciário do poder de concretizar os direitos sociais prestacionais é uma ofensa ao princípio da separação dos poderes.<sup>86</sup>

Todavia, não podemos adotar esta tese, pois o Poder Judiciário ao aplicar um direito social prestacional se utiliza de mecanismos jurídicos, suprindo eventual indeterminação ou abstração, o que não acarreta em uma ofensa à separação dos poderes.

Caso se optasse por uma positivação dos direitos sociais prestacionais que viesse a ter um alto grau de determinação, logo ocorreria a superação de tal norma,

---

<sup>85</sup> MELLO, C. A. B. de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público* n° 57/58, p. 245.

<sup>86</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 304.

visto que as condições sociais estão sujeitas a mudanças constantes. Um certo grau de abstração dos direitos sociais prestacionais se faz necessário para que possam ser adaptados às diferentes condições sociais existentes ao longo do tempo.

Por outro lado, não podemos adotar a tese em que a eficácia dos direitos sociais prestacionais fique sujeita à liberação de recursos pela Administração Pública. Sustentar que tais direitos não possuam nenhum caráter vinculante, sujeitando-os ao livre arbítrio do Administrador Público que os efetivaria ou não, de acordo com seu juízo de conveniência seria relegá-los a meros conselhos.

Desta maneira, o reconhecimento de um direito subjetivo à prestações deverá levar em consideração diversos aspectos, sobretudo sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

Relembramos que compete ao Estado não só não tirar a vida, mas principalmente protegê-la. Deste modo, nosso ordenamento jurídico impôs ao Estado o dever de defender ativamente a vida, constituindo este dever um verdadeiro pressuposto para sua existência.

Assim, onde há risco de vida caso o Estado não atue ativamente, deve ser reconhecido o direito subjetivo a prestações. Contudo, mesmo onde este risco eminente não existe a Administração Pública não está desincumbida de garantir condições mínimas para a existência digna. Neste contexto contribui Ingo Wolfgang SARLET:

O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. (...) onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de formulas vazias de sentido.<sup>87</sup>

A atribuição de um direito subjetivo a prestações deve se pautar na avaliação dos valores em jogo no caso concreto, isto é, através de um juízo de proporcionalidade. Assim, onde houver risco ou ofensa ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente aos padrões mínimos de existência, o direito social prestacional deverá prevalecer frente aos demais valores em análise.

Não queremos aqui, outorgar ao Estado o a obrigação de assegurar a toda a população os direitos sociais, tendo em vista que cabe aos indivíduos certa

autonomia para conduzirem sua própria existência. Contudo, o Estado não pode se furtar de atuar frente à população desprovida de condições de, por si mesmas, alcançarem um patamar mínimo de fruição de direitos necessários para uma existência digna, devendo nesses casos atuar ativamente.

Ressaltamos, neste sentido, que com base nas normas constitucionais vigentes, bem como no princípio da dignidade humana, cabe ao Estado conceder aos indivíduos que necessitem, prestações indispensáveis para a existência dentro de um patamar mínimo de dignidade.

Analisaremos no próximo tópico o direito a moradia e as possibilidades de sua efetivação, tendo em vista sua vinculação com o direito à propriedade, bem como com a posterior análise dos instrumentos urbanísticos de intervenção no solo urbano.

#### 4.4 DIREITO A MORADIA

Passaremos, no presente tópico, a tecer algumas considerações sobre o direito fundamental social a moradia. Pretendemos focar a posição do Estado e sua vinculação com tal direito, bem como o papel do particular, a possibilidade de atribuir de um direito subjetivo, como também a sua sujeição ao limites impostos à propriedade pelo Estado.

A escolha da presente temática levou em consideração a crise de eficácia que os direitos fundamentais, principalmente os sociais vem enfrentando em nossa sociedade. Tal crise coloca em risco a legitimidade de nosso ordenamento constitucional, com a crescente exclusão social que o país atravessa, o Estado possui extrema dificuldade em assegurar os direitos e garantias fundamentais consagrados no texto da Carta Magna.

Os centros urbanos de nosso país comprovam tal fato, a crescente marginalização de parcela da sociedade aumenta a passos largos. Torna-se nítida a diferença entre aqueles que tem acesso às condições mínimas de qualidade de vida, podendo ser assim considerados cidadãos, e aqueles que vivem a margem, não

---

<sup>87</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 346.

podendo ser realmente considerados sujeitos de direitos, pois não tem acesso aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Neste rumo, aponta Ingo SARLET:

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. (...) constata-se, com efeito, uma crescente descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros 'privilégios' de certos grupos(...)<sup>88</sup>

A legitimidade de um Estado Democrático de Direito está intimamente ligada ao seu comprometimento com a justiça social, tendo em vista que exclusão social e democracia caminham em sentidos contrários, são categorias antagônicas e incompatíveis.

Desse modo, nossa escolha por abordarmos especificamente o direito a moradia foi motivada pelo crescente problema que tal direito, e aqueles que decorrem diretamente dele, suscita na vida e administração dos grandes centros urbanos.

Contudo, antes de iniciarmos tal empreitada, devemos passar pelo conceito de direito a moradia, sua vinculação com os direitos fundamentais, como, também, a recepção de tal direito em nosso ordenamento jurídico.

#### 4.4.1 Fundamento do Direito a Moradia

O reconhecimento do direito a moradia ocorreu, primeiramente, no plano internacional. Podemos apontar a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU como primeira manifestação neste aspecto, consagrando em seu art. 25, 1, parcela dos direitos econômicos, sociais e culturais:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao **alojamento**, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos

---

<sup>88</sup> SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2004., p. 424.

de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. [grifo nosso]

Posteriormente, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, houve uma maior determinação de tal direito. Em seu art. 11º estipulou que os Estados signatários de tal pacto, o Brasil é um deles, reconhecem a toda pessoa o direito a uma vida adequada, para si e sua família, abrangendo, neste sentido, o direito a moradia.

Duas conferências da ONU merecem destaque devido a sua influência na inserção deste direito em nosso ordenamento, são elas, a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos de 1976 conhecida como Habitat I, e a Habitat II realizada na Turquia em 1996 que resultou na Agenda Habitat II da qual o Brasil é signatário.

A Declaração de Vancouver vinculou o direito a moradia com a dignidade da pessoa humana. A Agenda Habitat II foi além, trazendo uma definição mais criteriosa sobre o seu conteúdo e extensão, bem como da responsabilidade do Estado para com sua efetivação.<sup>89</sup>

A Constituição Portuguesa, como aponta José Afonso da SILVA, foi a que melhor o definiu em seu art. 65:

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.
2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:
  - a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;
  - b) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução;
  - c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria;
3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.

---

<sup>89</sup> SARLET, I. W. SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador), p. 428.

4. O Estado e as autarquias locais exercerão efectivo controlo do parque imobiliário, procederão às expropriações dos solos urbanos que se revelem necessárias e definirão o respectivo direito de utilização.<sup>90</sup>

Relembramos que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, incluiu um § 3º no art. 5º de nossa Constituição Federal. Esta alteração atribuiu aos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Congresso Nacional, a condição de emendas constitucionais. Neste sentido, podemos dizer que os Tratados Internacionais, acima citados, passaram a integrar a própria Constituição, estando protegidos contra alterações através de leis ordinárias, e formando um sistema com os demais direitos fundamentais.

A incorporação por nosso ordenamento constitucional do direito a moradia ocorreu após a promulgação da Constituição de 88, através da Emenda Constitucional n. 26 de 2000, que o incluiu dentro do rol dos direitos fundamentais em seu art. 6º. Todavia, mesmo antes da citada Emenda, podemos encontrar dispositivos que tratam indiretamente deste direito, como os artigos. 23, IX, e 7º, IV, que tratam, respectivamente, da competência dos entes federados promoverem programas voltados à habitação, e da obrigação do salário mínimo suprir despesas com a moradia.

As alterações que nosso ordenamento constitucional introduziu nos direitos reais, principalmente no que concerne ao direito de propriedade, também trazem a tona o compromisso do constituinte com o direito a moradia. Verificamos tal aspecto em diversos dispositivos, como a função social da propriedade (artigos. 5º, XXIII, 170, III e 182, §2º), e o usucapião (artigos. 183 e 191).

Tendo em vista a localização do direito a moradia dentro de nosso ordenamento constitucional, bem como suas raízes históricas no direito internacional, passaremos agora ao estudo, ainda que sumário, de seu conteúdo.

#### 4.4.2 Conteúdo do Direito à Moradia

Os direitos a prestações, decorrentes dos direitos fundamentais sociais, estão voltados a garantir ao cidadão condições mínimas para uma existência digna. Neste contexto, estão relacionados com o combate à miséria e exclusão social, bem

---

<sup>90</sup> SILVA, J. A. da, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 341-342.

como com a promoção de uma sociedade mais justa e solidária, de acordo com os princípios e objetivos fundamentais da República, estabelecidos nos artigos. 1º a 3º de nossa Constituição.

O direito a moradia é um desses direitos sociais, estando intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, visto que seu conteúdo se mostra voltado à garantia de condições mínimas de existência, sem as quais o indivíduo estaria desprovido de sua própria humanidade.

Ingo Wolfgang SARLET sustenta que o direito à habitação é uma das expressões do direito à vida:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.<sup>91</sup>

Podemos afirmar, nesta ótica, que o direito a habitação é um pressuposto para o exercício de uma série de outros direitos fundamentais. Como o indivíduo pode efetivar seu direito à saúde se dorme nas ruas exposto às mazelas do tempo e a inúmeras doenças? Como terá resguardado o direito à vida de si próprio e de sua família se está à mercê do ataque de marginais ou grupos organizados, como ocorrido meses atrás no centro da cidade de São Paulo? Como poderá garantir a seus filhos educação e um futuro melhor? Enfim, como poderá ser considerado, ou adquirir a consciência de que é sujeito de direito, e que o Estado, que se intitula democrático, existe para garantir a ele a toda sociedade uma vida digna.

A determinação do conteúdo do direito a moradia nos leva necessariamente, pela sua distinção do direito à propriedade. O elemento que traz a tona a autonomia de ambos os direitos são suas formas de efetivação. O direito a moradia pode ser efetivado independente da aquisição da propriedade, através de uma locação, por exemplo. Por outro lado, também, a efetivação do direito à propriedade não depende necessariamente da moradia, salvo alguns casos específicos, como o de sua aquisição por usucapião.

---

<sup>91</sup> SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador), p. 432.

O indivíduo que possui um imóvel e o utiliza como sua residência, não tem seu direito a moradia necessariamente garantido caso este não proporcione condições adequadas de vida. Assim, caso resida em um barraco nas encostas de um morro sujeito a deslizamento, ou não haja coleta de esgoto, ou tratamento de água, o direito à moradia está sendo ofendido, embora não haja nenhuma ameaça ao direito de propriedade.

José Afonso da Silva contribui para a problemática sustentando que o direito a moradia não se confunde com o direito a uma residência própria. Defende a tese que o direito a habitação deve ser compreendido como a garantia de um teto onde o indivíduo e sua família possam se abrigar de modo permanente.<sup>92</sup>

Devemos ter em mente que o direito a moradia é um direito complexo, pois engloba uma série de direitos como saneamento básico, uma construção segura e que propicie a seus ocupantes um ambiente saudável e confortável, dentre outras necessidades indispensáveis para uma vida saudável. Tal direito não é assegurado com a simples aquisição de um imóvel, possui objeto e conteúdo autônomo ao direito de propriedade.

Ingo Wolfgang SARLET discorrendo sobre o conteúdo do direito a moradia traz elementos, estabelecidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômico, Sociais e Culturais, que devem ser atendidos para a satisfação deste direito:

- a) segurança jurídica para a posse independentemente de sua natureza e origem;
- b) disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.);
- c) as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;
- d) a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes;
- e) acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência;
- f) localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;
- g) a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 313.

<sup>93</sup> SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador), p. 436.

A determinação do conteúdo preciso do direito a moradia deve respeitar as diretrizes gerais contidas tanto no plano internacional, como no ordenamento constitucional. Entretanto, nosso legislador não esgotou as possibilidades de determinação do conteúdo do direito à moradia, ao possibilitar que o administrador público municipal legislasse sobre as peculiaridades dos diferentes locais de sua efetivação. Deste modo, garantiu que as diversas necessidades das diferentes regiões do país possam ser levadas em consideração na elaboração do conteúdo do direito a moradia.

O art. 29, I, de nossa Constituição atribuiu ao Município a possibilidade de legislar sobre os interesses locais. De outro lado, o Estatuto da Cidade traz uma série de instrumentos que possibilitam a intervenção do estado na propriedade urbana para o atendimento de finalidades públicas. A Administração Pública Municipal ocupa local de destaque na efetivação do direito a moradia, visto que tem a sua disposição uma série de instrumentos que possibilitam a determinação de seu conteúdo, bem como sua efetivação.

Nesse ínterim, cabe, agora, o estudo da eficácia do direito a moradia.

#### 4.4.3 Eficácia do Direito a Moradia

Conforme abordado anteriormente, podemos encontrar nos direitos fundamentais sociais deveres e direitos de cunho positivo e negativo. O direito a moradia não foge desta regra, sendo possível localizar, em seu conteúdo, os assim chamados direitos de defesa e prestacionais, voltados tanto para o Estado como para os demais indivíduos.

O direito a moradia possui aspecto de direito de defesa na medida que é protegido contra toda e qualquer intervenção de terceiros. Desta maneira, é vedada qualquer violação a moradia, tanto por parte do Estado como dos particulares, podendo o titular de tal direito ingressar em juízo opondo-se ao desrespeito deste direito.

A eficácia do direito a habitação vista a partir de seu aspecto negativo, ou seja, o dever de terceiros não intervirem na autonomia pessoal do titular de direito, não suscita muitas controvérsias. Tendo em vista que se trata da imposição de um

comportamento omissivo, sem necessidade de complementação legislativa ou de prestações materiais, trata-se de um direito plenamente eficaz.

Podemos afirmar neste sentido, que não há maiores discussões acerca da aplicação do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que versa sobre a aplicabilidade imediata das normas que consagram direitos e garantias fundamentais.

Todavia, não podemos esquecer que o direito a moradia, como o direito a propriedade, não é um direito absoluto. O legislador previu uma série de situações onde o direito a moradia será restringido. O direito urbanístico, especialmente com o advento do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) prevê uma série de dispositivos que possibilitam que o administrador intervenha, desde que justificada e motivadamente, na propriedade e conseqüentemente no próprio direito a moradia.

Nas situações entre particulares podem ocorrer conflitos entre direitos fundamentais que envolvam o direito a moradia. Um caso comum dessa situação são os litígios entre locadores e locatários, onde se evidencia uma colisão entre o direito à propriedade e o direito a moradia.

Outro exemplo dessa problemática é o conflito entre o direito a moradia, marcadamente individual, e o interesse público, como é o caso da preservação do meio ambiente.

Esta controvérsia será superada através da aplicação, frente ao caso concreto, do princípio da proporcionalidade. Não é inoportuno lembrarmos que compete ao Estado zelar por todos os direitos fundamentais, não existindo entre eles nenhuma espécie de hierarquia. Nestes casos, o administrador realizará um exame dos direitos em conflito optando pela solução de menor restrição de ambos, preservando seu conteúdo. Nesta tarefa, assume importância o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser utilizado na solução do conflito, de tal modo que deverá prevalecer, em outra concepção, a hipótese mais condizente com a dignidade humana.

Ingo Wolfgang SARLET chama a atenção para o princípio da proibição do retrocesso do direito a moradia. Acrescenta que o citado princípio não possui por finalidade impedir as limitações necessárias a tal direito, tendo em vista que não se trata de uma garantia absoluto, mas traz a tona que devido à sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, este direito não pode mais ser suprimido de nossa Carta Constitucional. Na visão do citado autor, o direito à moradia integra,

implicitamente, os limites materiais de nossa Constituição, não podendo ser eliminado de seu texto, nem ter seu núcleo essencial restringido, seja através de Emenda Constitucional, seja por outro instrumento.<sup>94</sup>

Por outro lado, ao analisarmos o direito à moradia partir de seu cunho positivo, enfocamos a possibilidade de ser atribuído ao cidadão, através de prestações materiais estatais, uma habitação digna.

Tal perspectiva traz a tona a problemática de definirmos, mesmo que sumariamente, até onde vai o dever do Estado disponibilizar em todo ou em parte habitação, e os limites de exigência desse pretense direito subjetivo.

José Afonso da SILVA relembra que a efetivação do direito social a moradia, compreendido como um direito a prestações estatais positivas, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, CF), ou seja, constituir uma sociedade justa e solidária, erradicando a marginalização. Sustenta que não existe maior prova de exclusão social que não possuir um teto para si e sua família, de tal modo que o Estado está incumbido de zelar pelo bem estar da população o que, ao seu ver, pressupõe no mínimo ter onde morar dignamente.<sup>95</sup>

Conforme já citado, os direitos sociais de cunho positivo vem sendo classificados como normas constitucionais programáticas, no sentido de impor ao Estado, fins, tarefas e objetivos. O direito à habitação, como norma programática, impõe ao Estado uma atuação ativa na realização dos direitos fundamentais, assegurando moradia digna para todo aquele que dela não dispuserem.

Nessa busca pela efetivação do direito a moradia o Estado pode, através do legislador ordinário, buscar a concretização do conteúdo deste direito, tendo em vista sua baixa densidade normativa. Isto não significa que o direito à moradia esteja destituído de efetividade e que não gere efeitos jurídicos desde já.

Todavia, o dispositivo constitucional por si só não traz elementos suficientes para sua plena eficácia. Assim, compete à Administração Pública buscar elementos dentro da Constituição, bem como em nosso ordenamento jurídico para sua efetivação. Caso esta busca se mostre insuficiente, nada impede que o Estado, através do Poder Legislativo, crie novas normas voltadas para a satisfação desse

---

<sup>94</sup> SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador), p. 452-453.

direito. Deste modo, estas normas podem regular a autonomia privada direcionando-a para a efetivação do direito à moradia, a edificação e o parcelamento, presentes no Estatuto da Cidade, são exemplos dessa possibilidade. Por outro lado, o Estado também pode criar programas de prestação materiais, como é o caso dos financiamentos de imóveis voltados à moradia popular.

A baixa densidade normativa do direito à habitação não impede que seja atribuído ao titular desse direito um direito subjetivo. Todavia, devemos avaliar as peculiaridades do caso concreto e alguns pressupostos, como bem aponta Ingo Wolfgang SARLET, lembrando a contribuição de Robert Alexy. Aduz o jurista gaúcho que poderá ser reconhecido um direito subjetivo a prestações quando tal atitude for indispensável para o princípio da liberdade fática ou quando o princípio da separação dos poderes e outros princípios materiais forem atingidos de maneira diminutiva.<sup>96</sup>

Os direitos fundamentais sociais preenchem esses pressupostos, pois correspondem, em sua grande maioria, a garantias mínimas para a existência humana. O direito à habitação digna assegura a seu titular um complexo de direitos como o direito à integridade física, segurança, saúde dentre outros. Deste modo, podemos afirmar que a ausência de moradia coloca a própria vida do cidadão em risco, assim, a Administração pode em alguns casos reconhecer o direito subjetivo à moradia.

Por outro lado, não é possível sustentarmos que o direito a moradia atribui a toda a população a possibilidade de exigir do Estado uma habitação. A natureza principiológica de nossa Constituição outorga ao Estado o dever de maximização dos direitos fundamentais, de modo que cabe a ele tomar medidas, ora ativas, ora passivas, para tornar todos os direitos fundamentais o mais eficazes possível.

A determinação dos padrões mínimos de vida sobre os quais pode ser reconhecido o direito subjetivo a prestações deve levar em consideração não somente situações que coloquem em risco a vida humana, mas principalmente o princípio da dignidade humana. Esse princípio, basilar de nossos direitos

---

<sup>95</sup> SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 314

<sup>96</sup> SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador), p. 459-460.

fundamentais, deve ser utilizado como parâmetro para a delimitação de um padrão mínimo de existência.

Neste rumo, acrescenta Ingo Wolfgang SARLET acerca da possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo a prestações:

... verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação (hierarquização) dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá, em princípio, a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações...<sup>97</sup>

Deste modo, consideramos ser perfeitamente viável o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações quando a dignidade da pessoa humana estiver ameaçada, no sentido de garantir um padrão existencial mínimo para a existência digna.

Não desejamos que seja atribuído um direito subjetivo a toda a população. Contudo, não podemos deixar de frisar o dever de nosso Estado Democrático buscar a máxima efetivação dos direitos sociais prestacionais, sobretudo para as camadas da população menos favorecidas, que não tem sequer um mínimo de seus direitos fundamentais efetivados.

Dessa maneira, consideramos que o direito fundamental a habitação, principalmente nos grandes centros urbanos, é um pressuposto inicial para a fruição de inúmeros direitos fundamentais, de tal modo que a Administração Pública deve zelar para sua máxima efetivação. Nessa busca, analisaremos, mesmo que sumariamente a análise dos principais instrumentos de política urbana que possibilitam a intervenção na propriedade urbana, e sua vinculação com a efetivação dos direitos fundamentais.

## **5 INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA POLÍTICA URBANA.**

No presente capítulo, trataremos os principais instrumentos existentes no Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), que possibilitam que o Estado intervenha no solo urbano. Tendo em vista as prerrogativas do poder de polícia, a Administração Pública, com base no interesse público devidamente fundamentado, poderá direcionar o exercício do direito de propriedade ao atendimento de determinados fins. Estes objetivos, conforme abordado anteriormente, estão vinculados com os deveres que o próprio Estado está incumbido, ou seja, o dever de zelar pelos interesses coletivos e pela efetivação dos direitos fundamentais.

Diante disto, compreendemos que os instrumentos política urbana, presentes no Estatuto da Cidade, são ferramentas a dispor do administrador com as quais se pode efetivar os direitos sociais, condicionando a utilização do solo urbano à fins coletivos, sobretudo o direito à moradia.

### **5.1 O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROGRAMÁTICOS**

O advento do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, inovou o planejamento urbano ao trazer uma série de instrumentos que possibilitam um melhor ordenamento das cidades. Suas normas regulamentam o uso da propriedade urbana em prol do bem estar coletivo, da segurança e do meio ambiente.

O Administrador Público, sobretudo o municipal, ao qual foi atribuído grande parcela de competência para determinar as políticas urbanas, possui uma seleta gama de ferramentas que possibilitam a transformação da realidade social dos centros urbanos.

---

<sup>97</sup> SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: Crise e Desafios da Constituição. SAMPAIO, J. A. L. (coordenador), p. 461.

Dentre estes instrumentos merece destaque, dentro da presente temática, a análise, de alguns de seus principais instrumentos e de que modo estão vinculados com a efetivação dos direitos sociais, mais especificamente, a moradia.

Nesse ínterim, analisaremos, primeiramente, o Plano Diretor que estabelece as finalidades que a propriedade urbana deve cumprir para ter sua função social cumprida, bem como o plano de desenvolvimento do Município.

O Plano Diretor estipulará as exigências que a propriedade urbana deve atender para cumprir sua função social, bem como as prioridades e o planejamento para o desenvolvimento da cidade. Os arts. 39 e 2º da Lei 10.257/01 trazem as diretrizes gerais que a propriedade urbana deve cumprir:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei

(...)

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – 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;

(...)

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

(...)

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

(...)

f) deterioração das áreas urbanizadas;

(...)

XIV – 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, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; [grifo nosso]

O Estatuto da Cidade traz uma série de objetivos que a propriedade urbana deve alcançar, nesta ótica, podemos sustentar que tais fins devem estar, obrigatoriamente, vinculados com os próprios deveres do Estado. Deste modo, compete ao Estado zelar pela eficácia dos direitos fundamentais através de atitudes ativas ou passivas. Com relação às obrigações passivas, está proibido de intervir na autonomia privada além dos limites legais, devendo conformar as atividades de terceiros neste sentido, também. Por outro lado, compete à Administração Pública

em alguns momentos agir ativamente, seja através da criação de programas voltados a prestações estatais diretas, ou regulando a conduta dos particulares para tais fins.

A Lei 10.257 de 2001 é o instrumento pelo qual o administrador sujeita a propriedade particular, não somente aos interesses do proprietário, mas também ao interesse público. Não pretendemos que tal sujeição se demonstre apenas em um aspecto negativo, de modo a não ofender as garantias constitucionais fundamentais, mas, sobretudo que a utilização do solo urbano esteja voltada à satisfação dos direitos fundamentais, do proprietário e da coletividade.

O Administrador Público, ao elaborar o Plano Diretor, deve analisar as necessidades específicas das diversas localidades da cidade, traçando metas e planos que atendam as peculiaridades de cada região. O Plano Diretor possui papel central no desenvolvimento da cidade, pois estabelecerá as prioridades da atuação da administração municipal, bem como direcionará a aplicação dos recursos públicos e privados.

Neste sentido, o Plano Diretor está intimamente ligado com a urbanização da cidade, podendo trazer metas que efetivem os direitos sociais, como construção de moradias populares, obras de saneamento básico, regularização e urbanização de áreas ocupadas desordenadamente pela população, bem como a regulação do uso do solo urbano.

A importância fundamental do plano diretor na intervenção do Estado na propriedade urbana está na regulamentação dos limites que esta deve ocorrer. Ao estabelecer de que modo a propriedade urbana cumpre sua função social, a Administração Pública cria parâmetros que legitimam a intervenção estatal para coibir o uso inadequado desta. Desse modo, o Plano Diretor constitui um pressuposto necessário para que o Estado intervenha, através dos instrumentos urbanísticos, na propriedade particular.

Vera Scarpinella BUENO acrescenta que o plano diretor é necessário para que o Município exija o cumprimento da função social da propriedade:

Sem o plano diretor o Município não pode exigir do proprietário que ele cumpra o princípio constitucional da função social da propriedade. Isto porque cabe ao plano diretor – como lei introdutória de normas básicas de planejamento urbano – a delimitação das áreas urbanas onde poder ser aplicados o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a infra-estrutura e a demanda para utilização.

(...)

Isto é, cabe ao plano diretor indicar as áreas em que o não cumprimento dos objetivos por ele previstos compromete todo o planejamento urbano por ele realizado, justificando, portanto, a sanção na hipótese de descumprimento.<sup>98</sup>

Sobretudo no que diz respeito ao direito à moradia, o Plano Diretor pode trazer planos e normas voltados para sua efetivação. Ao regular a utilização do solo urbano, o administrador público pode sujeitar a propriedade particular ao atendimento de determinados fins, regulando a autonomia privada do particular e direcionando-a ao atendimento do direito à moradia, através de instrumentos como edificação e a usucapião. Pode, por outro lado, elaborar programas e metas para a construção de moradias e regularização de áreas degradadas, estabelecendo programas públicos que estipulem prestações para a satisfação do direito à moradia.

Uma vez não satisfeitos as finalidades da propriedade urbana, o Administrador dispõe de instrumentos para condicioná-la ao atendimento de sua função social, analisaremos neste momento os principais instrumentos que possibilitam a efetivação do direito à moradia através da intervenção estatal.

## 5.2 PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO E UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS

O fundamento do parcelamento, da edificação e da utilização compulsória se encontra no art. 5º da Lei 10.257 de 2001 que dispõe:

Lei Municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º. Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

§ 2º. O proprietário será notificado pelo Poder Executivo Municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

O citado artigo decorre diretamente de nossa Constituição (art. 182, § 4º) que prevê a possibilidade do Estado impor ao particular o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória. Esta situação pode ocorrer, como assevera Vera

---

<sup>98</sup> BUENO, V. S. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. DALLARI, A. A. FERRAZ, S. (coordenadores). 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

Scarpinella BUENO, pois “os proprietários de imóveis urbanos, em área incluída no plano diretor, não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas têm o dever de dar adequada utilização aos imóveis, destinando-os à função social que são obrigados a atender, sob pena de lei municipal fixar-lhes prazo para tanto”.<sup>99</sup>

Desse modo, todos os proprietários de imóveis urbanos, situados dentro da área abrangida pelo plano diretor, devem direcionar sua utilização ao atendimento das finalidades estipuladas nesta lei, sob pena de lei municipal específica obrigá-los a tanto.

O administrador pode, dessa maneira, regular o uso do solo urbano estabelecendo finalidades para que atenda o interesse coletivo e promova o bem-estar de toda a população através do plano diretor. Caso a utilização do imóvel urbano seja incompatível com essas finalidades pode, através da edição de uma lei municipal específica, obrigar o proprietário a utilizá-la adequadamente. Essa lei municipal específica trará a delimitação da área atingida por essa obrigação e a eventual sanção para seu não cumprimento, bem como o prazo e as condições para a sua satisfação.

O conteúdo da obrigação não pode ser por demais específico sob risco de restringir demasiadamente a autonomia do particular, o que tornaria a propriedade em si, inútil. Acerca dessa situação manifesta-se Vera Scarpinella BUENO:

Não nos parece aceitável, salvo em casos excepcionais, que o Poder Público indique ao possuidor exatamente qual a utilização a ser dada, determinando, por hipótese que se instale um açougue ou que se construa prédio residencial de alto padrão. O meio mais adequado de impor a utilização é o estabelecimento de zonas de uso, onde haja a previsão de usos (genéricos) possíveis, facultada ao administrado, dentre ele, a escolha daquele que melhor atenda a seu interesse pessoal. A obrigação seria, então, de instalar estabelecimento comercial ou construir imóvel residencial.<sup>100</sup>

Relembramos que a função social da propriedade não anula o interesse do proprietário, tão somente faz que tal interesse se harmonize com o interesse público, de tal modo que a utilização do solo urbano compatibilize interesses do particular e do restante da sociedade.

A Administração Pública Municipal buscando satisfazer o direito à moradia pode determinar, a título de exemplo, que os imóveis comerciais desocupados na

---

<sup>99</sup> BUENO, V. S. obra citada, p. 88.

<sup>100</sup> BUENO, V. S. obra citada, p. 94.

área central do Município, sejam adaptados de modo a comportarem moradias, tendo em vista a subutilização dos mesmos e a ampla disponibilidade de serviços públicos na região. A autonomia privada não é exaurida desse modo, somente é condicionada ao atendimento de um fim público. Os particulares sujeitos a esta obrigação podem cumpri-la da maneira que lhes convier, seja reformando-os e alienando-os, seja estabelecendo convênios com a iniciativa privada, por exemplo.

Caso não haja o cumprimento voluntário das finalidades estipuladas no plano diretor e nas leis municipais específicas o administrador pode se utilizar do parcelamento, da edificação e da utilização compulsórios.

O parcelamento consiste no processo de urbanização da propriedade, isto é, na redefinição das dimensões do terreno, para que atenda os fins determinados no plano diretor, através de uma nova divisão em parcelas menores ou na redefinição das parcelas já existentes. Sobre a presente temática José Afonso da SILVA tece os seguintes comentários:

O parcelamento urbanístico do solo caracteriza-se por vários tipos de operações materiais juridicamente reguladas, que consistem na execução de planos de arruamento, planos de loteamento, em desmembramentos, em desdobro de lotes ou ainda em reparcelamento.<sup>101</sup>

O administrador, tendo em vista as peculiaridades de determinada área da cidade, pode ordená-la, com base no plano diretor e em lei específica, exigindo que os terrenos dessa área possuam certas dimensões. Essas medidas estariam voltadas às finalidades que o administrador planejou para a área, áreas residenciais teriam suas glebas dimensionadas para a construção de moradias de poucos andares. Áreas destinadas à produção industrial necessitam de terrenos de dimensões maiores que comportem a construção de grandes indústrias.

A edificação pode ser compreendida como a realização de uma obra destinada a um fim específico, como por exemplo, para a habitação, ao comércio, ao ensino.

A utilização pode ser compreendida como o ato municipal onde se exige que o titular do imóvel o utilize, do modo que lhe convier sua propriedade, seja edificando-a, habitando-a, alugando ou vendendo, por exemplo.

---

<sup>101</sup> SILVA, J. A. da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 378.

Caso o particular não atenda essas obrigações impostas pela Administração Pública, se sujeita a sanções como o IPTU progressivo e a desapropriação.

O parcelamento, a edificação e a utilização são, ao nosso ver, ferramentas que o administrador dispõe para compelir o particular ao uso adequado do solo urbano, de tal modo que atenda ao interesse público e promova o bem-estar coletivo. Tais instrumentos, se utilizados adequadamente, podem promover o reordenamento da cidade, direcionando a utilização do solo urbano para a satisfação do interesse público e conseqüentemente dos direitos fundamentais.

### 5.3 IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana progressivo pode ser utilizado como sanção ao descumprimento das obrigações contidas no art. 5º do Estatuto da Cidade, visto anteriormente, de acordo com o art. 182, § 4º, da CF, incorporado posteriormente no art. 7º, da Lei 10.257 de 2001.

Como possui natureza de sanção só pode ser aplicado depois de constatada a ocorrência do ilícito, ou seja, caso não seja cumprida os prazos, condições e etapas da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar a propriedade.

Para que seja aplicado o IPTU progressivo deve ser previsto em Lei Municipal que defina as formalidades necessárias para a verificação do inadimplemento da obrigação. As demais formalidades para a aplicação do imposto podem ocorrer através medidas administrativas.

Outro fator relevante é o fundamento da progressividade do imposto durante os cinco anos que pode ser aplicado. O IPTU progressivo para fins urbanísticos possui fundamento diverso do IPTU que não é utilizado como sanção. Enquanto este guarda relação com o valor do imóvel, o IPTU previsto no Estatuto da cidade está vinculado com o não atendimento da função social da propriedade, como bem explicita Fernando Dias Menezes de ALMEIDA:

Nota-se que o fundamento dessa progressividade é diverso do da progressividade hoje prevista no art. 156, § 1º, I: este é simplesmente o valor do imóvel; aquele é o não-atendimento da função social da propriedade refletido no descumprimento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do solo urbano não edificado, subutilizado ou não

utilizado. Frise-se: (cf. CF, art. 182, § 2º), mas desatendimento que reflita no descumprimento dessa obrigação.<sup>102</sup>

Essa sanção encontra limites temporais e percentuais na própria lei que a regula (art. 7º, § 1º, do citado diploma), estipulando o limite máximo de 15%, não podendo a majoração do tributo atingir o dobro do valor cobrado no ano anterior. Esta sanção deve ser cobrada pelo prazo de cinco anos podendo ser mantida em sua alíquota máxima caso a obrigação não seja cumprida.

O IPTU progressivo previsto no Estatuto da Cidade constitui um estímulo para que o particular cumpra as obrigações impostas pelo administrador através dos instrumentos previsto no art. 5º, do citado Estatuto. Possibilita, desse modo, que o planejamento urbano seja cumprido através de inúmeros instrumentos que direcionam a conduta do particular ao atendimento da função social da propriedade.

#### 5.4 DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA

A desapropriação para fins de reforma urbana é a próxima ferramenta que o administrador dispõe para o ordenamento da cidade, caso o particular não cumpra a função social da propriedade, após os cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, consistindo em uma segunda sanção aplicada ao particular (art. 8º da Lei 10.257/2001).

Ressaltamos que o uso da desapropriação é um ato discricionário da Administração Pública Municipal, que fará um juízo de conveniência e oportunidade sobre a real necessidade da desapropriação ou da manutenção do IPTU progressivo (art. 7º, § 2º da lei 10.257 de 2001).

A indenização pela desapropriação será paga com títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos em parcelas anuais iguais e sucessivas. Esta indenização deve corresponder ao valor real do imóvel, isto é, mesmo se tratando de sanção deve obedecer a critérios de justiça, observando a base de cálculo do IPTU para a definição de valores compatíveis para a aquisição de um imóvel semelhante em outra região.

---

<sup>102</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes e MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade Lei 10.257, de 10.07.2001 Comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86.

Como bem frisou o inciso I, do § 2º, do art. 8º, do Estatuto da Cidade, ressaltamos que o proprietário que não utiliza seu bem, conforme os fins estipulados pela Administração Pública, não pode ser beneficiado por obras que valorizem seu imóvel, no momento da estipulação do valor da indenização. Desse modo, o administrador pode abater do montante da indenização, a valorização que o imóvel obteve decorrente de obras públicas nas proximidades.

O § 4º, do art. 8º, do citado diploma, determina que a Administração Pública promoverá o adequado aproveitamento do imóvel no prazo de cinco anos, ou seja, nesse período promoverá seu parcelamento, edificação ou utilização. Durante este lapso temporal o próprio Estado pode cumprir tais obrigações, ou pode delegar essa atividade à iniciativa privada, seja através da alienação, ou de uma locação, por exemplo.

## 5.5 USUCAPIÃO ESPECIAL

A usucapião especial de imóvel urbano é uma forma de aquisição da propriedade urbana, foi introduzida em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988 e posteriormente incorporada pelo Estatuto da Cidade nos arts. 9º a 14º.

Possibilita que os detentores de terreno ou construção urbana, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, adquiram seu domínio, após cinco anos de sua posse. Para isso, a posse deve ter como única finalidade a moradia. Esta forma de aquisição está sujeita a alguns requisitos impostos pela lei.

Os requisitos objetivos para esta forma de aquisição da propriedade são os seguintes: (1) posse para fins de moradia, ininterrupta e sem oposição, pelo prazo de cinco anos; (2) área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados.

Encontramos ao lado desses requisitos objetivos outros pressupostos pessoais: (1) não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; (2) não ter adquirido a propriedade de outro imóvel através da usucapião especial.

Destacamos que a usucapião especial urbana surgiu como um instrumento voltado a solucionar, ou ao menos minorar, o problema da defasagem de moradias nos grandes centros urbanos. Permite que os cidadãos que já utilizam um imóvel

para sua moradia e de sua família, possam adquiri-lo caso preencham os requisitos anteriormente citados. Como bem salienta Carlos Bastide HORBACH:

A posse que requer a usucapião especial de imóvel urbano tem, igualmente, outra qualificação, esta relativa à finalidade da ocupação. A *ratio* inspiradora dessa usucapião foi a busca de uma solução para o problema aparentemente insolúvel da moradia nas grandes cidade, direcionando os imóveis urbanos para a realização da função social da propriedade. A usucapião sob enfoque é, destarte, uma usucapião *pro casa*, *pro habitatio* ou *pro morare*, em perfeita harmonia com o art. 6º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional 26/2000.<sup>103</sup>

Podemos localizar nesta situação um conflito entre o direito de propriedade e o direito à habitação que já foi dirimido pelo constituinte através do princípio da proporcionalidade. De tal modo que se privilegia o direito à moradia daquele que detêm a posse de imóvel que não lhe pertence, em face do direito do proprietário cujo imóvel não cumpre sua função social.

O art. 10 do Estatuto da Cidade trouxe uma inovação ao tratar da usucapião coletiva. Esta ferramenta apresenta requisitos semelhantes à usucapião analisada, como a posse ininterrupta, por cinco anos, para fins de moradia, dentre outros explicitados no próprio artigo. Contudo, exige que essa ocupação seja coletiva, deste modo, este instrumento possibilita a satisfação do direito à moradia de toda a população da área invadida, desde que preenchido os requisitos legais.

A contagem do período da posse também trouxe uma inovação, pois possibilita que seja adicionada ao prazo de cinco anos a posse do antecessor do imóvel, desde que pacífica e contínua.

---

<sup>103</sup> HORBACH, C. B. Dos Instrumentos de Política Urbana. In: *Estatuto da Cidade Lei 10.257, de 10.07.2001 Comentários*. ALMEIDA, F. D. M. e MEDAUAR, O., p. 132.

## 6 CONCLUSÃO

Como vimos, no decorrer dos breves apontamentos traçados, a propriedade urbana engloba interesses de duas esferas diversas, mas não conflitantes, isto é, deve harmonizar interesses tanto de seu titular como do restante da coletividade. Neste sentido, podemos afirmar que a propriedade deve exercer uma função. Como função compreendemos uma finalidade, um objetivo, assim, é possível concluir que a propriedade deve atender a finalidades tanto do particular, titular do direito, como, também, interesses públicos, consagrados no plano diretor municipal.

Nesta busca de conciliar interesses particulares com públicos a Administração Pública dispõe do poder de polícia administrativa. Este poder possui como principal característica evitar que o exercício de direitos individuais causem prejuízo a terceiros e à própria Administração Pública. Contudo, não é este aspecto que mais nos interessa dentro deste estudo, mas a possibilidade do Estado, no uso do poder de polícia administrativa, zelando pela efetivação do interesse público devidamente configurado e motivado, impor aos particulares condutas positivas e não somente atitudes omissivas.

A Administração Pública pode determinar, deste modo, que os particulares atuem positivamente no intuito de salvaguardar o interesse público. Nesta ótica, é possível dizer que ao particular não cabe somente atuar dentro de um limite que não ofenda o interesse público, ou seja, adotando condutas omissas em certos momentos. O Estado, utilizando-se do poder de polícia, possui a capacidade de constranger o particular, no exercício de um direito subjetivo, a realizar condutas ativas que atendam aos interesses coletivos. Tal imposição não tem o condão de tornar um direito subjetivo inútil, anulando a autonomia individual, mas possibilita direcionar o exercício de um direito individual ao atendimento de interesses não só do próprio particular, mas, também, coletivos.

Quando analisamos mais atentamente o interesse público, verificamos que o Estado tem a incumbência de efetivar os direitos fundamentais presentes em nossa Constituição em seu Título II. Para que cumpra esta finalidade dispõe de uma série de poderes, ou seja, os deveres que deve cumprir ensejam poderes (deveres - poderes na feliz expressão de Celso Antonio Bandeira de Mello).

Deste modo, ao analisarmos as possibilidades de efetivação do direito à moradia, vinculando-o com a função social da propriedade, verificamos que o Administrador Público possui a seu dispor várias ferramentas presentes no Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001) para intervir no solo urbano.

Assim, propomos que estes instrumentos de política urbana sejam utilizados não só para a adequada ordenação da ocupação do solo, mas, sobretudo, para o atendimento dos interesses públicos e para a efetivação dos direitos fundamentais.

Neste sentido, o Estado, através do plano diretor municipal e de leis específicas, pode impor aos cidadãos proprietários de imóveis, condutas positivas voltadas a interesses que podem não coincidir com os interesses desse particular. Para que isso aconteça, o Estado, utilizando-se de um juízo de proporcionalidade, deve analisar os interesses que estão em jogo no caso concreto, e dentro de um juízo de discricionariedade, adotar aquela opção que estiver mais de acordo com a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, em se tratando de um direito social, consideramos que o Estado tem o dever de agir toda vez que não estiverem presentes as condições mínimas para uma existência digna.

Nesta ótica, toda vez que o Estado se depara com um interesse particular, como, por exemplo, o da propriedade que se encontra subutilizada, e direitos coletivos como a ausência de moradia em quantidades satisfatórias, devem prevalecer os direitos voltados a assegurar condições mínimas à vida digna. Deste modo, buscando satisfazer o direito a moradia, o Estado tem a obrigação de intervir na propriedade urbana que não atenda à sua função social, impondo condutas ativas aos particulares, através de instrumentos urbanísticos, como o parcelamento e a edificação, para que a estrutura urbana já existente satisfaça os direitos sociais.

Entendemos que os direitos programáticos, dentre os quais se encontra o direito à moradia, ensejam condutas ativas do Estado. Estas condutas podem ser compreendidas tanto através de prestações estatais imediatas, por meio de programas voltados ao fornecimento de um determinado bem, como, por exemplo, a criação de um programa de financiamento para a aquisição de casas próprias, como a atuação do Estado frente aos particulares, direcionando o exercício de certos direitos ao atendimento de uma finalidade pública. Em ambos os casos o Estado atua criando os meios necessários para a satisfação dos direitos sociais, ora

fornecendo, ele mesmo, estes meios, ora direcionando o exercício de direitos individuais ao atendimento de interesses públicos.

Concluimos, nesta visão, que a atuação da Administração Pública determinando a adequada utilização do solo urbano deve ser pautada pela satisfação dos interesses públicos, bem como com a efetivação dos direitos sociais, especialmente o direito a moradia.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes e MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade Lei 10.257, de 10.07.2001 Comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. e MARTINS, Ivens Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II.

BUENO, Vera Scaroinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórias da Propriedade Urbana. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. (coordenadores). 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COLLADO, Pedro Escribano. *La Propriedada Urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Editorial Montecorvo

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19º ed. rev. atual. e aumentada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Ceiso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Ceiso Antonio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público nº 57/58*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

PERTENCE, Sepúveda. Mandado de Injunção nº 438. In: *Revista de Direito Administrativo nº 201*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito de Superfície. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. (coordenadores). 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental a Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: *Crise e Desafios da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Melhoramentos, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5.