

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO - PPG DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIMENSÕES DO PODER E RELAÇÕES SOCIAIS

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM BENS PÚBLICOS SOB
A ÓTICA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

MARCELO MICHEL PORTELLA

Passo Fundo - RS, dezembro de 2021

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO - PPG DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIMENSÕES DO PODER E RELAÇÕES SOCIAIS

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM BENS PÚBLICOS SOB
A ÓTICA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

MARCELO MICHEL PORTELLA

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Passo Fundo - RS, dezembro de 2021

CIP – Catalogação na Publicação

P843r Portella, Marcelo Michel

A regularização fundiária em bens públicos sob a ótica da hermenêutica constitucional / Érico Marcelo Michel Portella. – 2021.

114 f. : 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo.

Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2021.

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direitos fundamentais.
3. Bens públicos. I. Araújo, Luiz Ernani Bonesso de, orientador. II. Título.

CDU: 340.132

Catalogação: Bibliotecário Luís Diego Dias de S. da Silva – CRB 10/2241

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE BENS PÚBLICOS SOB A
ÓTICA DA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL”**

Elaborada por

MARCELO MICHEL PORTELLA

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito - Área de
Concentração – Novos Paradigmas do Direito”

APROVADO em: 31/05/2021

Pela Comissão Examinadora em: 31/05/2021



Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador

p/ 

Dr. Agostinho Oli Koppe
Membro externo



Dra. Cleide Calgaro
Membro externo



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito
Membro interno



Me. Edmar Viane Marques Daudt
Diretor Faculdade de Direito



Mesmo que tu tenhas feito uma longa caminhada,
há sempre um caminho a percorrer.

Santo Agostinho

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Janaína Leite Portella, pelo apoio e companheirismo, por estar sempre ao meu lado auxiliando para que meus sonhos se tornem realidade, mesmo diante das adversidades. Meu agradecimento pelo seu amor, dedicação, pela família que construímos e por tudo o que você significa em minha vida.

Agradeço ao meu filho, João Lucas Leite Portella, meu orgulho, pela dedicação aos estudos, empenho em tudo que realiza, pela parceria no exercício da profissão e na vida. Agradeço à minha filha, Júlia Marjana Leite Portella, minha princesa, pela pessoa amável, atenciosa e caridosa, qualidades que se destacam na sua personalidade, que possamos sempre compartilhar alegrias e brincadeiras. Meus filhos, gratidão pela oportunidade de compartilhar a vida com vocês. Família, razão da nossa existência, amo vocês.

Ao meu orientador Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo, pelas orientações que direcionaram meu estudo, demonstrando o caminho a seguir, sem tolher a liberdade da busca pelo conhecimento, pelo que agradeço a confiança.

Ao Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto sensu em Direito da Universidade de Passo Fundo, pelo acolhimento e atenção dispensados, meus sinceros agradecimentos.

Aos professores e professoras meu agradecimento por todas as trocas de conhecimento proporcionadas, pelo crescimento pessoal e acadêmico.

Aos meus colegas, pela amizade formada ao longo da caminhada, pela forma como fui acolhido pela turma, pela troca de conhecimento, pelos incentivos em momentos difíceis, que possamos manter acesa a chama da amizade.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha mãe, Nancy Michel Portella, professora brilhante, empenhada em transmitir conhecimento aos seus alunos, por sempre exigir da minha pessoa atenção aos estudos; e, mesmo nas horas difíceis, direcionar uma palavra de incentivo, apoio e perseverança. Meu muito obrigado. Ao meu falecido pai, Marcial Ortiz Portella, pelos ensinamentos de vida, exemplo de caráter e dedicação à família, meu eterno agradecimento.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo, dezembro de 2021.

Marcelo Michel Portella

Mestrando

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
1 O PODER PÚBLICO E AS OCUPAÇÕES IRREGULARES BENS PÚBLICOS...	14
1.1 Da questão legal inerente às populações beira-trilhos	14
1.2 Da função social da propriedade o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana	18
1.3 A função judicante e a função jurisdicional na ambiência social em que se insere o ordenamento jurídico	34
2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL	45
2.1 Hermenêutica Principiológica	45
2.2 Interpretação Jurídica	57
2.3 Hermenêutica Constitucional	64
3 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE BENS PÚBLICOS	83
3.1 A evolução legislativa inerente a regularização fundiária de bem públicos	83
3.2 Da usucapião e os mecanismos de regularização fundiária para tutela de direitos e interesses legítimos	89
3.3 A regularização fundiária como elemento de ponderação para solução do problema social de ocupação de bens públicos pela população beira-trilho na cidade de Passo Fundo – RS	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	107

RESUMO

O estudo pauta-se em evidenciar que, no panorama atual, a regularização fundiária em bens públicos deve ser aplicada sob a ótica dos direitos fundamentais, que integram a própria estrutura do direito de propriedade, delineando seu conceito, seu exercício e tutela. Para tanto, aqui, necessária a contextualização com a hermenêutica constitucional, objetivando lançar mínimos, mas significativos, referenciais teóricos que tratam de questões fundamentais para o entendimento do direito à moradia e suas implicações sócio-econômicas. Observa-se, inicialmente, o significado de interpretação e hermenêutica, para após, compreender o âmbito da hermenêutica constitucional, dotada de peculiaridades que conferem distinção da hermenêutica geral. Mencionam-se, singelamente, os teóricos Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Peter Häberle, Luigi Ferrajoli e Miguel Carbonell, dentre outros, pontuando-se os principais aspectos de seus pensamentos quanto à interpretação e aplicação de normas constitucionais. As evoluções desses pensamentos conduzem para uma certeza: a Constituição deve ser interpretada sistematicamente, abarcando-se os valores dominantes, respeitados e presentes no seio da sociedade, mas, não olvidando a necessária proteção do núcleo essencial da Constituição – as regras materiais, sob o primado dos princípios da supremacia e unidade constitucionais. Em termos de metodologia o estudo supõe fundamentalmente a pesquisa bibliográfica, utilizando como método de abordagem o sintético, possibilitando breves avaliações e considerações pessoais sobre a hermenêutica constitucional para desempenho de pesquisa aprofundada sobre a regularização fundiária em bens públicos.

Palavras-chave: hermenêutica constitucional – interpretação – regularização fundiária de bens públicos

ABSTRACT

The study is based on showing that, in the current panorama, land regularization in public goods should be applied from the perspective of fundamental rights, which integrate the very structure of the right to property, outlining its concept, exercise and Tutelage. To this end, here, it is necessary to contextualize with the constitutional hermeneutics, aiming to launch minimum but significant references that deal with fundamental issues for understanding the right of property and its socio-economic implications.

Initially, the meaning of interpretation and hermeneutics is observed, and then to understand the scope of constitutional hermeneutics, end-of-the-case peculiarities that distinguish general hermeneutics. The theorists Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Peter Häberle, Luigi Ferrajoli and Miguel Carbonell, among others, are mentioned, punctuating the main aspects of their thoughts regarding the interpretation and application of norms Constitutional. The evolution of these thoughts lead to certainty: the Constitution must be interpreted systematically, encompassing the dominant values, respected and present within society, but not direling the necessary protection of the essential core constitution – the material rules, under the primacy of the principles of constitutional supremacy and unity. In terms of methodology the study fundamentally assumes bibliographic research, using synthetic approach as a method of approach, enabling brief evaluations and personal considerations on constitutional hermeneutics for future performance research on land regularization in public goods.

Keywords: constitutional hermeneutics - interpretation - land regularization of public goods

INTRODUÇÃO

A análise do problema da regularização fundiária de bens públicos relativo às restrições sobre o direito fundamental de propriedade, configurado pelo princípio da função social da propriedade e direito à moradia, exige uma contextualização no âmbito da dogmática da hermenêutica constitucional, tão somente, objetivando-se lançar alguns referenciais teóricos que tratam de questões fundamentais para o desenvolvimento do estudo da garantia institucional da propriedade e suas implicações sócio-econômicas.

A regularização fundiária de bens públicos torna-se indispensável uma vez que a legislação vigente não acolhe a possibilidade de incidência da prescrição aquisitiva em se tratando de bens públicos, como forma de efetivação dos direitos fundamentais à moradia e dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 segue a orientação do constitucionalismo ocidental arrolando os direitos e garantias individuais e coletivos e gravando-os à categoria de cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º, IV, na perspectiva de tutelar juridicamente esses direitos para o asseguramento de um Estado Democrático de Direito. O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. A par destas garantias existem instrumentos processuais constitucionais que na jurisdição constitucional buscam estabelecer critérios para garantir a efetividade jurídica desses direitos¹.

De fato, a preocupação na análise do problema referente a regularização fundiária de bens públicos enfrenta questões como imposição de restrições ao direito fundamental à moradia e a impossibilidade de incidência da prescrição aquisitiva em se tratando de bens públicos, do que decorrem implicações em realção ao reconhecimento e efetivação do princípio da função social da propriedade e dos direitos fundamentais à moradia e dignidade da pessoa humana. A Constituição como norma fundamental, que impera com supremacia, requer, conseqüentemente,

¹ BRASIL, Constituição Federal 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

interpretação sistemática do todo da Constituição sob o postulado da unidade material do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, para uma abordagem coerente do que se propõe investigar, é aconselhável situar o trabalho na dogmática constitucional quanto às principais teorias da interpretação constitucional relativas aos direitos fundamentais.

Busca o presente trabalho, após estudo das disposições constitucionais e legislativas, alicerçado na interpretação jurídica e hermenêutica constitucional, apresentar uma solução ao problema jurídico das ocupações urbanas irregulares de bens públicos.

CAPÍTULO 1

1. O PODER PÚBLICO E AS OCUPAÇÕES IRREGULARES DE BENS PÚBLICOS

É de conhecimento geral que ao longo dos último anos a União abandonou o fomento à utilização de meios de transporte e escoamento da produção através de hidrovias e ferrovias, com isso, cedeu a exploração do transporte ferroviário para concessionárias, o que ocorreu também em relação a Malha Sul do País.

Em complementação a concessão firmada restou firmado contrato de arrendamento de bens vinculados à prestação do serviço de exploração das ferrovias. Decorre do contrato de concessão para exploração dos serviços ferroviários e arrendamento de bens a responsabilidade legal das concessionárias de investimento, manutenção e preservação da malha ferroviária e demais imóveis arrendados.

1.1 DA QUESTÃO LEGAL INERENTE ÀS POPULAÇÕES BEIRA-TRILHOS DE PASSO FUNDO

As áreas localizadas à margem das ferrovias, tidas como faixa de domínio, tratam-se de áreas de pequena extensão, variável ao longo da ferrovia; e, por força do artigo 4º da Lei nº 6766/79, constituem-se faixa não edificável a largura de 15m (quinze metros) posteriores à faixa de domínio.

Os imóveis não operacionais da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. RFFSA, foram transferidos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes DNIT à União, e, por força do Decreto 7.929 de 18 fevereiro de 2013², constituem reserva técnica os bens imóveis não operacionais constantes da faixa de domínio das ferrovias integrantes do Sistema Federal de Viação. O § 2º do artigo 1º do referido Decreto preceitua que faixa de domínio constitui-se por: “porção de terreno com largura mínima de quinze metros de cada lado do eixo da via férrea, sem prejuízo das dimensões estipuladas nas normas e regulamentos técnicos vigentes, ou definidas no projeto de desapropriação ou de implantação da respectiva ferrovia.”.

² BRASIL. **Decreto nº 7.929 de 18 de fevereiro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7929.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

Por sua vez as concessionárias do serviço público promovem ações judiciais para proteção dos bens públicos sob sua gestão, em especial postulando judicialmente a reintegração de posse de áreas que foram objeto de ocupação por famílias, em especial nas áreas urbanas por onde passam os trilhos da malha ferroviária. Ocorre que as áreas objeto da concessão, em especial nos perímetros urbanos, estendem-se muito além da faixa de domínio.

A lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766/79³, ao dispor sobre os requisitos urbanísticos para loteamentos reporta que ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica. Ocorre que além da referida área de segurança, as ações de reintegração de posse estendem-se a toda área pertencente a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, onde existem bairros formados por edificações familiares, como é o caso da Comunidade Santo Expedito na cidade de Passo Fundo - RS.

Importante a delimitação traçada pelo Artigo 2º do Decreto 7.929 de fevereiro de 2013, como segue:

Art. 2º Não constituem reserva técnica os bens imóveis:

I - que tenham sido objeto de regularização fundiária, urbanística e ambiental ou de outras destinações, pela Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, até a data de publicação deste Decreto;

II - integrantes da carteira imobiliária da extinta RFFSA;

III - remetidos ao Fundo Contingente da Extinta RFFSA - FC até a data de publicação deste Decreto;

IV - inseridos em trechos erradicados não integrantes do Sistema Federal de Viação; e

V - ocupados por famílias de baixa renda.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput aos imóveis situados integral ou parcialmente na faixa de domínio das ferrovias, cuja ocupação ou utilização por particulares coloque em risco a vida das pessoas ou comprometa a segurança ou a eficiência da operação ferroviária.

§ 2º Não sendo possível o desmembramento de parcela contida em faixa de domínio, o imóvel será considerado integralmente como reserva técnica.

§ 3º Os imóveis referidos nos incisos do caput poderão ser excepcionalmente indicados para constituir a reserva técnica desde que:

I - o Ministério dos Transportes demonstre a inexistência de alternativa técnica ou locacional que atenda às condições previstas no art. 1º ;

³ BRASIL. Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

- II - o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT transfira à União imóvel oriundo da extinta RFFSA com valor igual ou superior ao daquele retirado do FC, quando se enquadrarem no inciso III do caput;
- III - sejam garantidos pelo DNIT os direitos adquiridos das famílias ocupantes, quando se enquadrarem no inciso V do caput ; e
- IV - o DNIT assumira os ônus pelo cancelamento ou rescisão de contratos de transferência de domínio, posse ou uso firmados pela extinta RFFSA ou pela União. (grifo nosso)

Resta demonstrado que a própria legislação reconhece o caráter social do direito à moradia, quando classifica como não integrante da reserva técnica os imóveis ocupados por famílias de baixa renda; bem como também admite a regularização fundiária, urbanística e ambiental.

Muitas das famílias residentes no local possuem a posse mansa e pacífica de suas áreas a mais de trinta anos, restando configurados os requisitos legais para forma extraordinária da usucapião. Muitos dos imóveis possuem testada para uma das avenidas municipais, distando mais de 300m (trezentos metros) da área de segurança, sendo lindeiros de outros lotes que foram desafetados e alienados para empresas privadas.

Na concepção clássica, por força do artigo 98 do Código Civil Brasileiro⁴, os imóveis pertencentes à União são bens públicos; classificado, conforme artigo 99, inciso II do Código Civil Brasileiro como dominicais; ou seja, que não estão afetados pelo uso comum do povo ou uso especial. Assim, as áreas urbanas referidas no presente estudo ajustam-se a denominação de bens públicos dominicais, pois há muitos anos não recebem qualquer destinação.

Não se pode olvidar que em se tratando de bens públicos restam abrangidos pelo atributo da imprescritibilidade, não podendo ser adquiridos pela usucapião, nos termos do artigo 102 do Código Civil Brasileiro, o que tem norteado as decisões judiciais acerca do tema.

A Constituição Federal/88, no artigo 5º⁵, garante o direito de propriedade impondo que esta atenda sua função social, respaldada na efetiva necessidade e uso do imóvel para a moradia familiar em situação de vulnerabilidade; todavia § 3º do

⁴ BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 dez. 2020.

⁵BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 dez. 2020.

artigo 183 dispõe expressamente que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Decorre da Constituição Federal de 1988 o direito à moradia, devendo a função social da propriedade nortear as políticas públicas de ocupação urbana e rural. Os bens que pertencem a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios são bens públicos, sendo classificados como bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

Embora o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 10 de junho de 2001⁶, estabeleça que em decorrência do interesse social regulamenta-se o uso da propriedade urbana. O Código Civil Brasileiro vigente atento às diretrizes constitucionais acolhe o princípio da função social da propriedade ao conceito do direito à propriedade, sendo reconhecida a função social da propriedade como cláusula geral; também mantendo a restrição da aquisição da propriedade de imóveis públicos pela usucapião.

1.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, O DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A propriedade, sob o ponto de vista civilista, é um direito subjetivo que assegura ao titular deste direito o monopólio da exploração do bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente se oponham.

Define José Cretella Júnior⁷, em um conceito lato, ser o direito de propriedade todo e qualquer direito patrimonial, sendo irrelevante o fato de incidir — ou não incidir — sobre bem corpóreo, incorpóreo, direito real⁸.

O direito de propriedade, assim, é considerado um dos mais importantes e mais sólidos direitos subjetivos outorgados ao indivíduo, sendo a projeção humana no domínio das coisas, representando condição de existência e de liberdade de todo o

⁶ BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei 10.257 de 10 de junho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 24 dez. 2020.

⁷ JUNIOR, José Cretella. **Dos Atos Administrativos Especiais**. São Paulo: Forense 1998. p. 48.

⁸ JUNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense 1998.p. 300.

homem⁹.

A teoria da ocupação dos bens justifica o fundamento da propriedade na apropriação de bens livres – *res nullius*, ainda não ocupados, conduzindo o homem sobre a natureza e, esta ao enriquecimento da nação. Contudo, criticada é a exposição, vez que se entende que haveria necessidade da existência de lei prevendo a ocupação como forma de aquisição da propriedade. Mas, a ocupação como modo de aquisição não basta para justificar o direito de propriedade, vez que os modos de adquirir um direito pressupõem a preexistência desse direito. Ademais, redundaria no aumento da violência, vez que as invasões de terras são cada vez mais frequentes, não havendo a ocupação tranquila e interrompendo as transmissões regulares¹⁰.

Para a teoria que vê na lei o fundamento da propriedade, a exemplo de Montesquieu, Bentham e outros, tem-se a propriedade como instituição de direito civil, existindo em razão da lei que a criou e garante. Em que pese ter sido essa teoria positivo-legalista acolhida no século XVIII e início do século XIX, observa-se a sua fragilidade, vez que o direito de propriedade não pode ficar atrelado ao alvedrio do legislador que a cria, pois este mesmo legislador poderia ser levado à suprimi-la¹¹.

A teoria da especificação, propagada pelos economistas, vê no trabalho o fundamento da propriedade, não havendo uma mera apropriação do bem da natureza, mas a transformação desse objeto por meio do trabalho humano, constituindo-se título legítimo para a propriedade. Dessa forma, teria direito de propriedade imóvel quem trabalhasse a terra, cultivando-a e colhendo os frutos. Também criticada é esta fundamentação, vez que se entende que o trabalho deve ser recompensado com o salário e não com o objeto por ele produzido. Ainda, a divisão do trabalho de várias pessoas concentrado na produção de um bem daria origem a múltiplas propriedades sobre o mesmo, acarretando dificuldades de solução na atribuição do direito de propriedade, além de ocasionar o despojamento do proprietário dos meios de produção, que não participou diretamente do processo de produção¹².

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3. p. 1-20.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3. p. 80-90.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 83.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 83.

Historicamente, as Constituições de 1824, de 1891 e de 1937 reconheciam ao direito de propriedade em sua integralidade, não sendo considerado um direito social, onde somente seria possível sua relativização por força de utilidade pública. Com a Constituição de 1946 surge o embrião da denominação de interesse social associado à propriedade, com destinação ao atingimento do bem-estar social. A Constituição de 1967 passa a tratar da ordem econômica, e o direito de propriedade é essencialmente econômico e social.

Com a Constituição Federal de 1988, ao direito de usar, gozar e dispor de forma livre da propriedade passa a sofrer limitação da denominada função social, gerando um sentimento de que a propriedade passa a ter o dever de atender sua função social, independente da intervenção estatal.

A função social da propriedade está associada ao reconhecimento da posse como elemento de promoção da justiça social, promovendo a grantia da aquisição da propriedade pelo que fazer uso da terra, garantindo moradia e vida digna.

As cidades estão em constante evolução e crescimento, tornando necessário garantir a todos os seus habitantes uma moradia digna, o que demanda uma urbanização planejada. Inegável o surgimento de ocupações irregulares e de famílias vivendo em terrenos irregulares o que demanda uma atuação firme por parte das autoridades.

No contexto da urbanização, com o crescimento das cidades, em muitos municípios ocorre que áreas pertencentes à União acabem se inserindo no perímetro urbano. Os cidadãos que passam a acoupar áreas abandonadas pela União, terras devolutas, chegam a organizar verdadeiros bairros, construindo suas casas e obtendo a colaboração dos municípios, porém permanecem em constate insegurança frente a iminente possibilidade de ser interpeladas judicialmente com ações possessórias.

A pretensão da carta maior é compatibilizar o direito à moradia com um meio ambiente sustentável e com o desenvolvimento urbano, para que a propriedade atenda sua função social e finalidade econômica, assegurando a todos o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Para o desenvolvimento adequado das cidades e um regime capitalista é

necessário atentarmos para o trinômio moradia/trabalho/consumo¹³, demandando um agir ordenado pelo ente públicos para assegurar a efetivação das determinações constitucionais.

Dentre os direitos sociais temos o direito à moradia assegurado no plano constitucional; mas, não somente a simples moradia, mas a moradia adequada o que inclui a segurança de não ser importunado ou despojado, ficando em condição de vulnerabilidade social.

O direito à moradia mantém interligação com os demais direitos sociais, inclusive devendo ser assegurado proteção contra violação, tornando-se um direito básico do cidadão, assegurado pelo poder público. Assim como o Estado deve assegurar o direito de propriedade e o direito à posse, deve viabilizar a todos a aquisição de moradia e acesso para efetivação do referido direito. Assim como o direito à moradia e aquisição de propriedade pela prescrição aquisitiva é assegurado aos cidadãos quando a relação é gerida pelo direito privado, também o deveria ser quando a relação é gerida por normas de direito público, o que não ocorre por expressa vedação constitucional e da legislação pátria.

A lei 10.257 de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade – delimita a denominada política urbana, que deve ordenar o desenvolvimento das cidades, gestando a propriedade urbana, formando um conjunto de normas de direito urbanístico.

Resta vedado o retrocesso social, de maneira que o Estado deve viabilizar a efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas, em especial assegurando o direito à moradia. Não se sustenta no panorama atual a manutenção das garantias instituídas para garantir proteção aos bens públicos, em especial quando afrontam direitos sociais garantidos na constituição.

Morar sob condição de insegurança frente a possível reivindicação da propriedade pelo ente público impede a efetivação dos direitos constitucionais, impondo a adoção de soluções administrativas, urbanísticas e jurídicas que assegurem a regularização e o direito à propriedade aos cidadãos que por ocuparem

¹³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Natureza jurídica da favela no direito ambiental brasileiro e sua tutela vinculada ao meio ambiente artificial.** Disponível em: <<http://www.fiorillo.com.br/site/conteudo/artigos/artigof3.htm>>. Acesso em: 10 Jan. 2021.

áreas de propriedade do Estado, estão alocados de forma irregular no contexto das cidades.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966 em seu artigo 11¹⁴ estabelece:

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

Passa a moradia a integrar o padrão de vida digna, sendo direito de todos uma moradia adequada, cuja posse reste assegurada, com acessibilidade e integrante de cidades desenvolvidas e devidamente urbanizadas, o que impõe constante evolução da legislação, em especial quanto ao tratamento dado aos bens públicos, que também devem cumprir com sua função social.

A política urbana, como disposto no Estatuto das Cidades, deve garantir o direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Os entes federativos devem atuar em cooperação para garantia de que a propriedade cumpra com sua função social, encontrando solução legal para efetivação do direito à moradia diante da vedação de incidência da prescrição aquisitiva sobre terras públicas e expressa proibição da utilização das diversas formas de usucapião para aquisição da propriedade.

A posse de bens associada ao decurso do tempo conduz presunção de renúncia da propriedade, o que não resta acolhido pelo ordenamento jurídico quando a mesma é exercida sobre bens públicos, deixando de ser valorizada a posse, em especial a posse para fins de moradia.

O direito de propriedade não um direito ilimitado, estando diretamente relacionado com os direitos fundamentais e com a sua função social. A usucapião se

¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

torna instrumento eficaz na efetivação da função social da propriedade; porém não se aplica aos bens públicos.

Com o advento do Estatuto das Cidades, passou a ser dever da administração pública ofertar condição para que as pessoas tenham oportunidade de acesso e instrumentos para suprirem suas necessidades básicas, dentre as quais se inclui o direito à moradia digna.

A Constituição Federal consagra os princípios da função social da propriedade e da justiça social de forma que as pessoas consigam habitar as cidades de forma digna, assim a previsão constitucional de que toda a propriedade deve se submeter ao princípio da função social atrai os bens públicos.

Passa a ser dever do Estado propiciar meios, sejam legais, administrativos ou judiciais para que as pessoas tenham garantido o direito à moradia digna; associado a cidades sustentáveis.

O direito à moradia digna é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, impondo ao poder público o controle do crescimento irregular das cidades, em especial por força do Estatuto da Cidade.

Como princípio fundante da Constituição de 1988 e transcendental de todos os direitos fundamentais, a dignidade humana, enquanto valor e norma, opera sua transcendentalidade como condição de possibilidade para o acontecer do Estado Democrático de Direito.

Desde o Estado Moderno é apresentada como fundamentação da organização política da comunidade social e pressuposto do Estado de Direito o valor democrático¹⁵. Nessa esteira, os Constituintes brasileiros, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, instituíram que o Brasil é “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”¹⁶. Para

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Democracia, inclusão social e igualdade**. Quartier Latin. São Paulo. 2008. p. 166.

¹⁶BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

tanto, definiram como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, inc. I a V, CF/88), e constituíram como objetivos fundamentais construir¹⁷ uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. I a IV, CF/88). Tudo sob a regência da estruturação dos poderes independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF/88), o que conduz o Estado e a sociedade civil brasileira a pautarem suas ações pelos ditames constitucionais estabelecidos.

A concepção que se desentranha do Título I, denominado “Dos Princípios Fundamentais”, é que a Constituição Federal de 1988 centra-se no elemento nuclear da dignidade humana, que orienta as normas-princípios positivadas constitucionalmente. Essa base nuclear, centrada no homem enquanto fim em si mesmo¹⁸, conduz à compreensão de que o princípio da dignidade humana confere

¹⁷ SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Schwartz, na obra *A Constituição, a Literatura e o Direito*, procede a uma análise quanto à conexão entre a Constituição e a literatura. Os princípios e objetivos fundamentais que são expressos enquanto fins a serem atingidos pelo Estado e sociedade brasileira, enlaçam experiências do passado e perspectivas para o presente e o futuro da história brasileira, no plano de intenções a serem perfectibilizadas, sem o que ficariam apenas no plano utópico, o que, por consequência, tornaria o pacto social, tão-só, um documento formal e estrutural dos poderes. Um plano de objetivos a serem atingidos se faz imprescindível, funcionando como mola propulsora para o alcance dos mesmos, o que conduz à exigência da dinâmica social para a mudança do *status quo*. Interessante a observação do autor ao referir: “A projeção dos mundos possíveis que uma Constituição traz para os seus destinatários é uma forma arraigada, antropológicamente, ao pensamento humano. A construção de mitos criadores de determinada sociedade sempre foi fato no sistema social. Quer seja ele um texto religioso (Bíblia), quer seja ele um personagem sobre-humano (Hermes), sua função perpassa a normatividade em verdadeira expectativa (de futuro, de passado e de presente). Significa dizer que a ficção constitucional é tão importante quanto sua força normativa. O papel de seus personagens, cujos atos de interpretação se constroem ao longo da vida da Lei Fundamental, é vista pelo povo como uma novela.”. SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a Literatura e o Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. Conforme Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade. Nessa abordagem, o filósofo assenta o entendimento de que o homem possui um fim em si mesmo, não sendo passível de tomado por objeto (meio) para propósito de outros fins. Esclarece sua base de pensamento da seguinte forma “O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento [*Affektionspreis*]; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.”. (grifo nosso) KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 65.

unidade¹⁹ ao horizonte de sentidos expressados na Constituição, pois, ao ser trazido no artigo 1º, inciso III, como seu fundamento, exige, conseqüentemente, a observância e o atendimento dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos²⁰ do cidadão diante dos objetivos fundamentais a serem perseguidos e alcançados no Estado brasileiro.

Sarlet propõe uma conceituação jurídica (norma e princípio) da dignidade humana, destacando uma dimensão objetiva e subjetiva, que denomina de “relacional” quanto aos simultâneos aspectos negativo (defensivo) e positivo (prestacional).

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹

Existe, entretanto, uma realidade que precisa ser enfrentada: a dogmática jurídica ainda produzida (e que se produz) assentada nos alicerces do paradigma liberal, na concepção lógico-dedutivista, que anseia atender aos conflitos interindividuais, mas não atende aos complexos conflitos transindividuais da sociedade contemporânea. Como bem questiona Streck, o sistema jurídico-

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização** Nesse sentido, refere Binenbojm: “A ideia de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. À *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo.”. (grifo nosso) BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. p. 50.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Mancuso menciona a intencional função dos interesses coletivos a serem protegidos, diante do interesse comum dos homens, “Dado que o homem é gregário, os interesses individuais tendem, naturalmente, a aproximar-se de outros interesses individuais compatíveis, com vistas à proteção mútua e melhoria das possibilidades de sucesso para todos. Quer dizer, o processo de formação de interesses coletivos é constante e inevitável. Seria, mesmo, um instinto ou tendência do homem.”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 32.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 60. Também, Nunes refere que “a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.” NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

dogmático brasileiro produz o instrumental do direito – normas (leis/regras) e jurisprudência (decisões).²²

O princípio da dignidade da pessoa humana, tida a expressão por “reconhecidamente um conceito indeterminado.”²³, exige maior esforço da hermenêutica jurídica para apontar as condições de possibilidade do existir do homem, não somente observando o aspecto individual, mas o social, que, necessariamente, no paradigma democrático, propõe a atingimento da igualdade substancial, pois, como refere Ohlweiler,

na medida em que o modo de pensar kantiano acabou por alicerçar uma fundamentação liberal, fundada primordialmente na liberdade como ponto fundamental de reflexões éticas. Obviamente, não que a questão atinente à liberdade não seja importante, mas o grau de complexidade dos problemas invocando a dignidade, com certeza, determina a busca de nova fundamentação hermenêutica.²⁴

É nesse ponto – a dignidade – que a interpretação constitucional precisa pautar sua atuação para auxiliar o acontecer do Estado Democrático de Direito. Apesar de restar asseverado no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e verificar-se que o tratamento dispensado aos direitos sociais previstos nos artigos 6º e 7º é uma constante nos capítulos seguintes que compõe o texto constitucional, o problema que a sociedade brasileira enfrenta é a efetivação desses direitos.

A consequência dessa realidade traduz-se no avolumado número de problemas sociais cada vez mais graves e na constatação da preocupação em reduzir índices negativos, visto que o Estado sequer tem condições de atender às mínimas necessidades que envolvem a vida do ser humano em sociedade.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** p. 17.

²³ OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, 5, p. 163, anual, 2007.

²⁴ OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, 5, p. 163, anual, 2007.

A despolitização das massas contribui para que o questionamento quanto à legitimidade da atividade administrativa do Estado seja exercida por uma fragmentada e pequena parcela da sociedade civil, que, por meio dos instrumentos possibilitados e admitidos formalmente como idôneos para canalizar as manifestações, trata de sanar as deficiências já sofridas, como uma espécie de meio curativo, mas não preventivo²⁵, o que seria alcançado através dos espaços participativos de gestão dos interesses comunitários.

Ainda nessa realidade, a sociedade civil se depara com uma retroprojeção de dogmas que na época se fizeram necessários diante do contexto histórico-social, mas que na realidade atual não expressam o horizonte de sentidos do Estado Democrático de Direito²⁶, e que fazem sentir a necessidade de verdadeiras batalhas em tribunais brasileiros, nem sempre bem-sucedidas, mas que avançam para a chamada da atenção à necessidade de observância dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Salienta-se que, antes da compreensão do conteúdo do princípio da dignidade humana, preliminarmente, terá o intérprete de se conscientizar da significação de estar inserido no contexto histórico do Estado Democrático de Direito. Essa significação norteia-o para o conteúdo do Estado, como instituição política e jurídica, no sentido de orienta-lo para o distanciamento de uma interpretação individualista dos direitos fundamentais, conduzindo-o, obrigatoriamente, à escolha da interpretação que atenda, em melhor grau, às necessidades sociais²⁷, tudo como consequência do processo ponderativo.

²⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Perfis democrático-procedimentalista da jurisdição comunitária**: uma possibilidade para o Brasil. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 5, p. 239, anual, 2007.

²⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Perfis democrático-procedimentalista da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil** Essa dificuldade de mudança paradigmática no desenvolvimento das atividades da Administração Pública e que leva, por consequência, à solicitação de manifestação do Judiciário para a salvaguarda de direitos demonstra que os poderes ainda possuem arraigadas práticas alicerçadas em dogmas que orientaram o agir do Estado em outro contexto social – o Liberal. Nesse sentido, Leal refere: “Esta matriz liberal vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação dos poderes que informa o constitucionalismo moderno, a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração e competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento político destas questões, atribuindo-lhe, tão-somente, feições tecno-burocráticas.”. LEAL, Rogério Gesta. **Perfis democrático-procedimentalista da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil**. p. 239.

²⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito**: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. p. 181.

Para Comparato a dignidade humana, como justificativa na religião, reside na posição de evidência do ser humano na ordem de criação pelo Deus, único e transcendente; na filosofia, em decorrência de o homem ser dotado da característica da racionalidade, e, na ciência, dada a verificação de que o homem se assenta no ápice da cadeia evolutiva das espécies de seres vivos. Contudo, salienta que é a partir do período axial – séculos VIII e II a. C. – que o homem passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como dotado de liberdade e razão, a despeito das tantas circunstâncias envoltas na figura humana, como sexo, raça, religião, costumes sociais, que perfilaram os “devidos” critérios distintivos de considerações a serem aplicados individualmente. Todavia, apesar de todo o desenvolvimento em todas as áreas do saber, necessária foi “a passagem de 25 séculos”²⁸ para que o mundo manifestasse que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, afirmativa esta constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹.

Foi a partir da filosofia kantiana, tomando o homem como ser racional, dotado de vontade e liberdade, que a concepção da dignidade humana passou a influenciar no Direito³⁰. Na realidade, com Kant é que ocorreu significativa expressão quanto à concepção de dignidade humana, com a racionalidade, característica exclusiva dos seres humanos, conferindo a expressão de autonomia da vontade a estes para se regularem a si mesmos e agirem em conformidade com as leis próprias que criam. Constitui-se como fundamento a dignidade da pessoa humana por ser o homem um fim em si mesmo, não o meio para o atingimento do arbítrio de outros. Assim, refere Kant:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.³¹

²⁸ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Para análise sobre a dificuldade de aplicação dos direitos fundamentais no século XVIII na Europa Ocidental, especialmente na Alemanha, quando ocorreu a Revolução de 1848, pós-Revolução Francesa, e a Declaração dos Direitos Humanos dela advinda, conforme GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. p. 77-91.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**: p. 1-11.

³⁰ OHLWEILER, Leonel. **A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico**. p. 162.

³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. p. 65.

Quanto aos postulados éticos kantianos, Comparato assinala:

disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus³².

Esse pensamento compartilha, ao lado dos direitos e liberdades individuais, os direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, como os prescritos nos artigos XXII a XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ademais, na tarefa da realização da democracia substancial constitucional, a dignidade da pessoa humana não representa uma concepção alicerçada na dogmática jusnaturalista ou uma abstração puramente utópica, mas representa a “autonomia ética dos homens concretos, das pessoas humanas”³³, que, em outras palavras, são admitidos a participar do círculo de intérpretes da Constituição, no pleno objetivo de garantir efetividade aos direitos fundamentais.

Verificado que a interpretação constitucional é tarefa a ser desempenhada de modo a se conseguir a efetividade da Constituição, Verdu ressalta que, para o desempenho dessa tarefa, é necessário estender-se o “valor jurídico” aos princípios da ordem político-social e econômica, ditas, convencionalmente, como normas programáticas, que compreendem os direitos sociais fundamentais³⁴.

Para essa compreensão, o autor estabelece três premissas a serem examinadas, as quais envolvem os direitos sociais³⁵: a) sua articulação, enquanto expressão lingüística, é revestida de conteúdo e significados referenciados pela constituição, enquanto código de significantes indeterminados e que requerem uma interpretação mais árdua, especialmente pela textura aberta que possuem; b) por

³² KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Apud. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p.2

³³ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Apud. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p.2

³⁴ VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica. Madrid: Réus, 1985. p. 116.

³⁵ VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica. Madrid: Réus, 1985. p. 117-119.

serem preceitos constitucionais, são considerados mandatos que dispõem, impõem e exigem que sejam concebidos como vontade do Estado; c) possuem conexão de sentido sistemático com as demais normas constitucionais e que, à parte da sua capacidade organizadora da realidade social, econômica e cultural, estão influenciados por uma ideologia e tendem a transformar a realidade social de modo a efetivar o alcance dos objetivos a que o Estado se propõe, pois

la sumisión de todas las funciones publicas a la Constitución es garantía de la eficacia igual de todas las normas constitucionales. La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1) y el propósito constitucional de establecer una sociedad democrática avanzada lo exigen. De este modo, los preceptos constitucionales conectan con la conciencia y el sentimiento constitucionales de la sociedad civil.³⁶

Segundo Krell, os direitos sociais são direitos fundamentais³⁷, contudo ressalta a impossibilidade de se igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, pela simples razão de que se definem por condições e pressupostos econômicos diferenciados³⁸. Desse modo, aduz que problemas de desemprego e falta de moradia digna não possuem o grau de densidade prevalente em relação aos direitos à saúde e à educação, que possuem uma alta densidade normativa e configuram-se como pressupostos mínimos para a existência digna da pessoa. Por isso, conclui:

A questão aqui parece ser muito mais de vontade política e organização administrativa. Nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes, por parte de municípios, dos estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais.³⁹

Sustenta Sarlet a existência de uma dimensão dúplice da dignidade. Numa dimensão assume expressão de autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria

³⁶ VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica. p. 119.

³⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. p. 49.

³⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. p. 54.

³⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**.p. 56.

existência), bem como assume a necessidade de sua proteção (assistência), a ser prestada por parte da comunidade e pelo Estado, quando fragilizada ou, principalmente, quando ausente a capacidade de determinação⁴⁰. Por outro lado, ainda assume uma dimensão comunitária (social), pelo fato de a dignidade encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não podendo ser descartada de cada pessoa ou de todas as pessoas, pela circunstância de convivência social e pela fórmula contida na Declaração Universal de 1948 de serem todos iguais em dignidade e direitos⁴¹.

A posição de respeito e atendimento à dignidade humana, considerado o homem em sua individualidade, sua liberdade de decisão e sua consciência interior, como expressão de racionalidade, coloca-o frente aos demais homens e à natureza, enquanto sujeito capaz de perceber, julgar e resolver acerca das necessidades que possui, sejam materiais, sejam abstratas, de modo que nenhuma coerção alheia possa romper com sua dignidade, tomando-o como um ser a mais, útil e em proveito de outros. Isso porque de sua “racionalidade e independência interior resulta que ele se conhece e governa a si mesmo e que é um ente autônomo, que não pode ser considerado como um puro objeto, como coisa que outro ser do mundo possa possuir ou destinar para um fim qualquer.”⁴².

Entretanto, alude Monreal a primazia do bem humano coletivo sobre o individual, de modo que o direito de um só homem é tão sagrado – digno – como o de milhões, razão pela qual a dignidade da pessoa humana deve ser entendida no contexto comunitário, não sendo

obstáculo ao cumprimento de medidas que se destinem ao bem da humanidade inteira ou do conjunto humano que constitui a sociedade civil, porquanto o bem do organismo social mesmo compreende e supera o dos indivíduos que dele fazem parte e, assim, deve ser considerado prevalente ao de uma só pessoa ou de um grupo de pessoas.⁴³

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 49.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 52.

⁴² MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 84.

⁴³ MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. p. 84.

O princípio da dignidade humana, basilar do sistema constitucional brasileiro, não pode ser esvaziado da sua dimensão comunitária – social – e econômica, sob pena de se comprometer o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Importa dizer que, enquanto no paradigma liberal os direitos de liberdade, propriedade, igualdade, segurança jurídica e representação política seguem a lógica formal e individualista, no Estado Democrático de Direito não somente tais direitos são assegurados como ocorre o comprometimento do Estado em dar conteúdo material para torná-los efetivos⁴⁴.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do sistema constitucional pátrio, a par dos princípios da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, é elevada ao mais elevado grau hierárquico do ordenamento jurídico, sendo reconhecida como a norma das normas. Nessa linha, sustenta Andrade que a base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados decorre do princípio da dignidade humana, visto que haverá apenas diferenciação quanto ao grau de vinculação daqueles direitos a este princípio, de modo que alguns direitos são explicitações da ideia de dignidade e outros, decorrentes desta⁴⁵.

Esse norteamento impõe-se na sociedade, estabelecendo sua observância e respeito diante das ações estatais e de particulares, protegendo os direitos humanos fundamentais contra os abusos de poder e arbitrariedades. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana opera em todas as variáveis facetas dos direitos humanos, em todas as dimensões (gerações) e, em razão disso, sofre com as tensões e crises das instituições do Estado Democrático de Direito.

Cumprido referir que os direitos fundamentais⁴⁶ são a expressão de valores básicos, de conteúdo axiológico que restaram positivados pela Constituição e que

⁴⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. p. 122.

⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 102.

⁴⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Cabe salientar que existem posicionamentos na doutrina de que os direitos fundamentais decorrem de uma concepção subjetiva. Cita-se, a título de exemplo, Martins Neto, o qual refere que o ordenamento constitucional brasileiro abarcou um amplo catálogo de direitos fundamentais, que, “[...] (enquanto direitos subjetivos péticos), serão somente aqueles que: a) configurarem relações de atribuição entre bens e pessoas geradas segundo normas jurídicas positivas, nessa medida incorporando todas as propriedades logicamente implicadas nesta idéia: prerrogativa de aproveitamento, correlação com um dever e possibilidade de reação coativa; b) e, além disso, estiverem ao abrigo da cláusula de rigidez absoluta prevista no art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil de 1988, que declara inadmissível a proposta de emenda constitucional

integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais da Constituição, o núcleo substancial de bens, valores, direitos e garantias que afeiçoam o Estado Democrático de Direito⁴⁷, como reporta Sarlet:

[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.⁴⁸ (grifo nosso)

Dessa verificação resulta admitir que o princípio da dignidade humana, como previsão normativa positivada na Constituição Federal e dotada de ‘textura aberta’, é condição para a existência de vida social harmônica, somente alcançada se o termo possui o significado “não só em cada aplicação de uma dada regra, mas sempre que aparece em qualquer regra do sistema jurídico”⁴⁹. Como acentua Hart, essa “textura aberta” da norma-princípio em evidência – a dignidade humana – importa na significação de que “há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”⁵⁰.

Constitui poder-dever funcional do Estado promover e proporcionar o efetivo Estado Democrático de Direito, o que implica uma postura ativa comprometida para com a concretização do princípio da dignidade humana, de modo que, se a Administração Pública e o Judiciário se permitirem uma postura branda e inerte,

tendentes a abolir ‘direitos e garantias individuais’.”. Posiciona-se o autor contrário à possibilidade de exclusão dos direitos sociais da proteção conferida no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, pelo que, acredita que a interpretação adequada é de que todas as posições subjetivas asseguradas no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) estão abrigadas pela conceituação. MARTINS NETO, João dos **Passos. Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 123. De fato, nesse específico sentido, concorda-se com a posição defendida por Martins Neto, pois a fundamentalidade dos direitos constitucionais está na materialização do princípio da dignidade humana, configurando o Estado Democrático de Direito e vinculando os poderes públicos em sua observância, estando os direitos sociais em linha de fundamentalidade para propiciar a consecução de outros direitos fundamentais de ordem individual.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 70.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 72.

⁴⁹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. p. 143.

⁵⁰ HART, Herbert. **O conceito de direito**. p. 148.

descomprometida, a Constituição ter-se-á como um documento formal imposto aos cidadãos. Isso porque a vigência, validade e eficácia não são questionadas, pois tais categorias são institutos de controle sistemático do Legislativo, preocupado tão-somente com a adequação procedimental para utilização dos aplicadores da norma jurídica⁵¹.

A questão reporta-se à efetiva atuação dos poderes públicos, que, diante de interesses conflitantes, necessariamente, haverão de proceder à ponderação de modo a identificar qual o interesse público mais relevante na questão, o qual, uma vez observado, assegura com maior propriedade a finalidade constitucional, verificando se atos administrativos em análise são válidos e eficazes, no aspecto substancial, para o fim a que se almeja.

Com isso, ao Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição por nele residir a função primordial de controle de constitucionalidade, compete expressar, ou melhor, afirmar a força normativa da Constituição, ao analisar o conflito trazido ao seu conhecimento por instrumentos processuais constitucionais, amparando e fazendo cumprir, efetivamente, a observância de direitos que garantem “o valor e a dignidade da pessoa humana”⁵², de modo a proporcionar o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade⁵³.

1.3 A FUNÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA AMBIÊNCIA SOCIAL EM QUE SE INSERE O ORDENAMENTO JURÍDICO

Como princípio fundante da Constituição de 1988 e transcendental de todos os direitos fundamentais, a dignidade humana, enquanto valor e norma, opera sua

⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito**: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. p. 230.

⁵² CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. p. 34.

⁵³ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. Tradução de: E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: IBRASA, 1976. O direito possui caráter social propulsor para o desenvolvimento do indivíduo e, conseqüentemente, à sociedade por ser um sistema de disciplinamento social que se funda em valores da natureza humana. Conforme Pound: “Soubemos sempre que o processo judicial não está em absoluto de acôrdo, em todos os tempos e em todos os lugares e em todos os sentidos, com o ideal que dêle formamos. Apesar de todos os contrôles com que o cercamos, não se mostra em tôdas as ocasiões inteiramente como o desejaríamos. Mas lutar pelo ideal – repito – muito contribui para que o realizemos”. POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. Tradução de: E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 97-98. Logo, a luta pelo “ideal” advém dos valores que se mantêm vivos na sociedade e que são interpretados como de fundamental importância para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do homem.

transcendentalidade como condição de possibilidade para o acontecer do Estado Democrático de Direito.

O Estado apresenta, desde sua existência, a configuração do poder e a forma de sua dominação.

Sabe-se que em épocas remotas a condição pessoal do indivíduo perante a sociedade em que estava inserido, como o sexo, a idade, a religião, a descendência familiar, traçavam um grau distintivo de prestígio e hierarquia social, delimitadores do exercício do poder na intrincada relação entre os membros da sociedade, situados em posições antagônicas – superioridade/inferioridade, mando/obediência.

As normas jurídicas criadas eram concebidas como desdobramento do direito já existente, com o intuito de concretização ou contemplação, mas sem a possibilidade de revogação. Tal sistema persistiu por séculos, enquanto as relações sociais ditadas pelo direito e expressadas na força da vinculação às verdades religiosas não fossem questionadas. O processo de legitimação da ordem jurídica fundava-se, pois, na origem divina⁵⁴.

Assim, o Estado Moderno apresenta-se com governo soberano, que expressa sua autoridade com autonomia sobre um determinado povo, situado em delimitado território. Por isso, o Estado deixa de ser patrimonial⁵⁵ (onde monarcas, marqueses, condes, barões possuíam a propriedade sobre o território e tudo que se apresentava sobre ele) e passa a ter o exercício do poder de forma despersonalizada na titularidade do Estado, havendo identificação absoluta entre o Estado e o monarca na expressão da soberania estatal. É da conjugação desses fatores, como a centralização do poder, a burocratização e a unificação territorial, jurídica e econômica, que decorre a instalação do Estado Moderno⁵⁶.

Sinteticamente, Sundfeld enumera as principais características do exercício do poder político no Estado Absolutista:

⁵⁴ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. p. 06.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 225.

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 24-27.

- a) O Estado, sendo o criador da ordem jurídica (isto é, sendo incumbido de fazer as normas), não se submetia a ela, dirigida apenas aos súditos. O Poder Público pairava sobre a ordem jurídica.
- b) O soberano, e, portanto, o Estado, era indemandável pelo indivíduo, não podendo este questionar, ante um tribunal, a validade ou não dos atos daquele. Parecia ilógico que o Estado julgasse a si mesmo ou que, sendo soberano, fosse submetido a algum controle externo.
- c) O Estado era irresponsável juridicamente: le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong. Destarte, impossível seria exigir ressarcimento por algum dano causado por autoridade pública.
- d) O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. Daí referirem-se os autores, para identificar o Estado da época, ao Estado-Polícia, que impunha, de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades particulares. Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir do outro indivíduo a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas).
- e) Dentro do Estado, todos os poderes estavam centralizados nas mãos do soberano, a quem cabia editar as leis, julgar os conflitos e administrar os negócios públicos. Os funcionários só exerciam poder por delegação do soberano, que jamais o alienava.⁵⁷

Entretanto, o desenvolvimento do estado nacional aliou-se ao poder que exercia a ideia da necessidade de exercício da “função”, para tanto, era necessária a força a ser imprimida para ter a possibilidade de ser obedecido. Daí surgiram a dicotomia público-privado, ou dita sociedade civil e sociedade política, e a separação entre o poder político e o poder econômico, mais especificamente, a separação das funções: administrativas, políticas e da sociedade civil. Nesse desenvolvimento histórico é que se precisa o abandono da forma estatal medieval, passando-se para o Estado Moderno⁵⁸.

O fundamento para o surgimento do Estado de Direito está no reconhecimento dos direitos do homem além da esfera privada, atingindo, assim, as relações de poder entre o príncipe e seus súditos, momento em que surgem os denominados “direitos públicos subjetivos”, como acentua Bobbio:

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público. Fundamentos de direito público.** 4. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34-35.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** p. 28.

privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.⁵⁹

A garantia de igualdade de todos perante a lei não se revelou útil diante da crescente massa operária, carente de todas as possíveis necessidades básicas conferidoras de uma vida digna. A lógica da igualdade perante a lei, na qual patrões e operários estariam num mesmo patamar de igualdade de direitos, apresentava significativa discrepância na medida em que aos patrões era outorgada margem de liberdade para a estipulação de salários e condições de trabalho e a lei conferia a todos, independentemente do sexo, idade e classe social, a possibilidade de autoadministração para proverem a subsistência e enfrentarem as vicissitudes da vida num doutrinamento de disciplina e hábito de poupança⁶⁰.

A consequência dessa realidade implantada pelo absolutismo do contrato, da propriedade e das leis de mercado foi uma crise econômico-social de proporções consideráveis, consequência de uma ideologia liberal-individualista promotora da defesa de acumulação de capitais e da liberdade de mercado, própria dos anseios da classe burguesa. As reivindicações das classes trabalhadoras levaram a que as estruturas político-governamentais reordenassem os fins do Estado num processo de socialização dos direitos, relegando sua postura não interventiva e passando a assumir a de interventor na economia, com o objetivo de promover a diminuição das desigualdades socioeconômicas.

Nesse sentido, Streck e Moraes pontuam que o desenvolvimento do *État Providence*, ou Estado de Bem-Estar, pode ser creditado a duas razões:

A – Uma de ordem política, através da luta pelos direitos individuais (Terceira Geração), pelos direitos políticos e, finalmente, pelos direitos sociais, e
B – Outra de natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial, pois “o desenvolvimento industrial parece a única constante capaz de ocasionar o surgimento do problema da segurança social...”.⁶¹

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 61.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 52.

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 71.

Foi assim o início do século XX, marcado pela luta pelos direitos sociais (educação, saúde, previdência social, relações de trabalho, segurança, lazer), quando se esperava do Estado o atingimento das demandas de políticas públicas de inclusão social, exigindo-se da estrutura e atividade da Administração Pública ações regulatórias, interventivas e fiscalizatórias para a implementação dos direitos sociais. Tudo isso é reflexo do processo de democratização⁶² e exige que o aparato administrativo exista para a consecução dos fins aos quais o Estado se propõe, pois toma para si a função de tutela dos interesses públicos, objetivando a defesa de direitos sociais, sem deixar de continuar a atender aos anseios da burguesia, na promessa de pleno desenvolvimento.

Note-se que não se trata de aniquilar o Estado Liberal, mas de transformá-lo no Social⁶³. A alternativa decorreu das pressões sociais e ideológicas do marxismo, que pregava o socialismo. Com efeito, “não podia, pois, a Sociedade liberal achar outra fórmula de sobrevivência senão a que apontava para os termos participativos, consensuais e pacíficos da democratização progressiva da cidadania”⁶⁴, na tentativa de manter a sobrevivência da democracia limitada e representativa.

O Estado do Bem-Estar Social – *Welfare State*⁶⁵, ou Estado-Providência⁶⁶, apresenta uma concepção de superação do conceito liberal-burguês então instalada no Estado Moderno e que, evoluindo para a contemporaneidade, concebe um Estado interventivo socioeconomicamente, implementador de políticas públicas sociais e distributivas, conduzidas e realizadas por instituições públicas. Com isso, *Welfare State* seria o *modus* de Estado que garante ao cidadão, independentemente de sua posição socioeconômica, “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”⁶⁷.

⁶² TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. p.25-27.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 37.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. p. 37.

⁶⁵ O termo popularizou-se com a divulgação do livro *Citizen and Churchmen* (1941), do autor William Temple, arcebispo de Canterbury.

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum** O termo é referido por Boaventura, que afirma ser um período concebido como de “reconhecimento de externalidades sociais do desenvolvimento capitalista”, que resultou do pacto social “entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado”. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. v. I. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 148.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 416.

À medida que os direitos coletivos foram sendo reconhecidos e aplicados, a sociedade civil, de forma lenta mas gradativa, começou a se fazer presente nas discussões e no processo de tomada de decisões, tendo como fatores determinantes para essa participação “o reconhecimento de suas instituições próprias – partidos, sindicatos – que se inseriram no Estado (a diferença do ocorrido no período bélico, quando se aplicavam políticas de perseguição-repressão das instituições dos trabalhadores)”⁶⁸.

Assim, o Estado Social, interventivo na economia e na sociedade, objetivou proporcionar o desenvolvimento nacional, com o auxílio de mecanismos regulatórios, para garantir condições de vida digna à população.

A implantação do Estado Social deu-se nos países baseados numa democracia pluralista e num regime de economia capitalista. O mundo ocidental experimentou, assim, um período de considerável desenvolvimento, decorrente do acesso ao consumo pelas grandes massas da população e do crescimento do “aburguesamento” do proletariado, da aceitação de profundas reformas nos partidos de esquerda, do agigantamento burocrático do Estado, de suas competências e da sua capacidade de investimento na área econômica.

Na verdade, o Estado do Bem-Estar Social não formou um lastro sólido por falta de estrutura gerencial da Administração Pública, apresentando-se inócuo diante do que garantia formalmente aos cidadãos e do que, efetivamente, deveria e deve cumprir para assegurar vida digna.

Surgiu, então, uma sociedade pós-industrial, produto da revolução tecnológica⁶⁹, que alterou profundamente a cultura e a tradição dos povos, dando origem ao que se nomina de “sociedade informatizada”, na qual onde a criação e o processamento da informação são fontes de produção, gestão e poder. A “terceira onda revolucionária” propiciou a criação de novos mercados, com o que a ideia de indústria do período liberal tornou-se obsoleta, acarretando a redistribuição do tempo de trabalho e lazer. Caracterizada pelo acesso à informação e ao desenvolvimento das telecomunicações, maximizou a difusão, a miscigenação e, mesmo, crises de

⁶⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, p. 92.

⁶⁹ Conforme Capella, a modificação das relações entre capital e força de trabalho, a potencialidade dos novos meios de produção e o impacto sobre o meio ambiente instaura a denominada “Terceira Revolução Industrial”, na qual se criam novas condições de exploração do capitalismo, pós crise dos anos setenta e apresenta um Estado em permanente privatização. p. 99-104.

culturas, como o caso do comunismo, que não suportou as profundas mudanças no cenário econômico, político e cultural.

De toda forma, o Estado Social representou uma significativa atuação dos poderes públicos no cumprimento de sua função⁷⁰ para com a sociedade civil, impulsionando a atividade administrativa para o desenvolvimento dos direitos sociais coletivos. Assim, onde não mais bastava o asseguramento dos direitos fundamentais no plano formal, havia a nítida necessidade de atuação concreta do Estado na prestação desses para o atingimento de uma igualdade substancial entre os indivíduos que compõem a sociedade. No marco histórico, o Estado Social foi a melhor defesa da dignidade humana de todos tempos por assegurar direitos civis e políticos aos cidadãos e ser sensível aos direitos econômicos e sociais, dos quais a classe social menos favorecida era – e é – a mais carecedora de sua implementação, em contraposição ao modelo liberal-capitalista do início do século.

O Estado Liberal instala-se sobre a legalidade, o Social, funda-se na legalidade, porém é na democracia que se reafirmam valores e princípios constitucionais que, segundo Bonavides, por serem considerações superiores de mérito, governam e fundamentam o Estado Democrático de Direito.⁷¹

A conformação política atual⁷², anunciada expressamente no texto da Constituição de 1988 – Estado Democrático de Direito –, é uma promessa de aperfeiçoamento das anteriores conformações – Estado Liberal e Estado Social –, tomando a tarefa de inclusão social mais árdua, dada a necessidade de manter a estrutura estatal como uma relação positiva entre democracia e burocracia.

A Constituição de 1988 apresenta em seu texto uma promessa de atendimento do mínimo existencial do cidadão, na propositura de quebra da desigualdade social,

⁷⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 419. Conforme Bobbio, a crise do Estado Social propiciou a verificação de que “o desenvolvimento e consolidação do Estado assistencial nos últimos cem anos constituem um processo tão profundo, distanciam tanto esta instituição das que a precederam que tornaram amplamente inadequado o esquema conceptual elaborado pelas teorias clássicas para definir o Estado e as suas funções.”

⁷¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 419. BOBNAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 257.

⁷² Sobre os fatores históricos endógenos e exógenos que influenciaram a criação da Constituição de 1988, bem como os percalços decorrentes da globalização e que afetaram sua implementação na década de 90, ver FÁRIA, José Eduardo. Globalização, soberania e direito. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 135-154.

justamente por ser promulgada numa fase de necessidades sociais significativas a serem implementadas.

Não se tem dúvidas de que o Estado brasileiro necessita realizar sua função social, cumprindo com as promessas da Constituição de 1988, sem deixar de assegurar transparência, eficiência, economicidade e publicidade⁷³ no desenvolvimento de sua atividade pela Administração Pública. Ocorre que, para tanto, a burocracia, enquanto modelo técnico, apresenta uma extensa composição de regras que auxiliam e exigem a observância dos princípios constitucionais.

O atual paradigma – Estado Democrático de Direito – representa a superação dialética do Estado Liberal de Direito e do Estado Social do Direito, sem ignorar as conquistas e avanços na ordem individual e social, já garantidos no contexto constitucional da história.

A sociedade contemporânea, inserida no Estado Democrático de Direito, requer que valores individuais e sociais sejam disciplinados para viabilizar a compatibilização desses interesses privados ou públicos, sem que em nome de um ocorra o total sacrifício do outro.

As condições da vida no meio social são configuradas pelo agir humano interdependente. Nesse meio setores específicos exercem efeitos em tantos outros setores também nele inseridos, como na cultura, na educação, no lazer, na economia, na sociologia, etc., que objetivam a satisfação de necessidades comuns do corpo social. Contudo, para o atingimento das mínimas condições necessárias de bem-estar social aos indivíduos do corpo social é imprescindível uma atividade política – denominada aqui de função de governo – centrada nos princípios da igualdade e solidariedade.

Diante da normatização pela Constituição dos direitos individuais e sociais (coletivos, difusos e transindividuais) sob a configuração de Estado Democrático de Direito, apoia-se a ideia de sua força normativa⁷⁴, pela qual o Estado, em sua funcionalidade (Poderes), assume o dever de observá-los e concretizá-los. Como assevera Mongin, “não podemos abrir mão da política e tampouco devemos renunciar

⁷³ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. p. 23.

⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. Título original: Die normative Kraft der Verfassung.

à 'força do direito'. Sobretudo não devemos nos impressionar com uma ideologia do direito que afirma que a idade do direito participa da desconstrução da política."⁷⁵

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana exerce um delineamento à Administração Pública quando do exercício de sua função política, para sua intervenção nas necessidades existenciais observadas no meio social. Como observa Grimm:

Nessa situação, passa caber aos direitos fundamentais um papel cada vez mais forte como corretivo em relação ao estreitamento de visão e ao ofego da função política. Onde a política se deixa aprisionar pelo benefício de curto prazo para a próxima eleição, os direitos fundamentais lembram-lhe suas diretrizes de objetivos e obrigações de longo prazo, superiores aos interesses partidários. Onde a política cede à pressão de poderosos interesses ou tem preferência por sua clientela, os direitos fundamentais lembram o preceito da igualdade de tratamento. Onde a política muda, em sequências cada vez mais curtas, suas tentativas legais de comando de desenvolvimentos sociais, ela é exortada pelos direitos fundamentais a honrar a confiança depositada pelos envolvidos na existência de regulamentações legais que os levaram a disposições correspondentes.⁷⁶

Com isso, a atividade administrativa – no sentido político – apresenta-se legítima quando o produto final da decisão política possui correspondência com os valores consagrados constitucionalmente, admitidos como válidos em determinada sociedade, ou seja, a legitimidade se confere na medida do respeito que o corpo social manifesta quanto à ação administrativa em concreto.

É sabido que o Estado Democrático brasileiro não foi capaz de efetivar plenamente o modelo social, sendo necessário visualizar que a construção dos direitos humanos fundamentais, em suas tantas dimensões, não forma um conjunto de regras absolutas, cujo conteúdo possa ser compreendido e aplicado de uma vez por todas, como se depreende de Bobbio:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos

⁷⁵ MONGIN, Olivier. Confusions Présentes. **Esprit**, n. 186, 1992. p. 32. Apud CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Wernnck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 19.

⁷⁶ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. p. 279.

poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁷⁷

Dessa forma, há que se ter em mira o caráter de historicidade para corroborar a tentativa de explicar o que vem a ser a dignidade humana na ambiência da positivação dos direitos, constitucionalizados por fundamentais, posto que “los derechos fundamentales son en su esencia derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo”⁷⁸.

Os direitos de primeira dimensão, tidos por direitos civis e políticos⁷⁹, que expressam direitos de liberdade do homem e que se apresentam como oposição à atuação estatal (tida por liberdade negativa).

Nesta dimensão, a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade são direitos assegurados aos homens, positivamente, na ótica do pensamento liberal-burguês frente ao Estado, marcadamente de cunho individualista, e que, na sequência, exigem ampliação quanto às liberdades de expressão coletiva (imprensa, manifestação, reunião, associação) as quais abarcam, por via oblíqua, a participação política, reflexo do processo de democratização, em que se instala a forma representativa (direito de voto)⁸⁰.

Os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, culturais e econômicos) rompem com a lógica liberal do Estado mínimo, que passa à postura intervencionista para atender às necessidades do homem, pelo que se dá o chamado *Welfare State* nas primeiras décadas do século XX. A busca pela igualdade substancial de direitos entre os membros da sociedade exige do Estado atuação positiva, como acentua Sarlet: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”⁸¹.

Ressalta-se, porém, que ainda se está na ambiência individual – o indivíduo – na qual os direitos requeridos possuem cunho prestacional, resultado das

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 5.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales. In: ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 26.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 54-55.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 55-56.

reivindicações para o alcance de uma igualdade substancial imputada ao Estado no sentido de atender e possibilitar pelo princípio da justiça social⁸².

Bonavides ainda assevera a existência da quarta dimensão de direitos, na qual os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo emergem não como asseguramento de direitos das outras dimensões, mas como qualificação para a concretização universalizada no Estado Social, posto que “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.”⁸³. Como decorrência dessa garantia de bem-estar social e promoção da qualidade de vida do homem surge o conceito de Estado Democrático de Direito, no qual permanece a questão do atendimento “ao social”, mas alicerça-se o primado do princípio da igualdade, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal “um conceito de transformação do *status quo*”⁸⁴. Aqui, se situa o atual debate acerca da democracia substantiva, somente atingida pela participação dos cidadãos diretamente na construção e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Ainda, Oliveira Junior anuncia uma quinta dimensão de direitos, proveniente do desenvolvimento tecnológico da cibernética, como “direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet, por exemplo.”⁸⁵.

Não basta, entretanto, conferir direitos devidamente reconhecidos pelo Estado no âmbito formal do ordenamento jurídico – Constituição; há que se atribuir efetividade prática no seio social, tendo observância material às tantas dimensões em que se apresentem. Daí que se verifica a atual realidade do Estado e, desta, as crises que vivencia pela inefetividade dos valores que consagra.

Concebe-se que a Administração Pública que pauta sua atuação na Constituição protege os direitos fundamentais, mas, sobretudo, promove-os pela adoção de políticas públicas. Como observa Ana Paula Barcellos:

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 56.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 572.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. p. 59-64.

⁸⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 100.

Em um Estado Democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral.

[...]

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica, e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma, não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.⁸⁶

No Brasil, onde o desenvolvimento do Estado Social não atingiu seu pleno desenvolvimento e persiste a premente e contínua necessidade de o Estado, como agente principal para implementação de políticas sociais⁸⁷, lançar estímulos para a redução do analfabetismo, é difícil abarcar, prioritariamente, a tese procedimentalista, de formação de opinião de cidadãos livres e “iguais”, quando os níveis de desigualdades sociais separam ricos e pobres, numa espécie de Belíndia⁸⁸.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. p. 92.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.**, p. 26.

⁸⁸ A expressão foi utilizada na década de 70 pelo economista Edmar Bacha para criticar a significativa desigualdade social que separa ricos de pobres no Brasil, numa exótica mistura de uma pequena e rica Bélgica, formada pelos detentores de poder econômico e uma imensa e pobre Índia, onde milhões de brasileiros integram as classes de baixa renda.

CAPÍTULO 2

2. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

É importante ressaltar que o processo interpretativo não é aleatório, possuindo métodos aplicáveis aos enunciados que provêm da Constituição e das normas infraconstitucionais.

Assim, a interpretação das normas infraconstitucionais segue a orientação da aplicação dos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático, do que decorre a vinculatividade do intérprete ao texto⁸⁹, que deverá ser interpretado segundo o prisma constitucional.

2.1 Hermenêutica Principlológica

Apesar de o ordenamento jurídico se propor a apresentar as possíveis soluções para problemas surgidos no meio social, com a exposição de uma pluralidade de normas destinadas a regular os comportamentos sociais, essa pretensão não se consuma na realidade pelo fato de que a dinâmica social impossibilita a regulação de todas as possíveis condutas e situações desenvolvidas, sendo uma realidade a existência de antinomias e lacunas.

Com essa constatação, compete aos poderes públicos, desempenharem a tarefa de interpretar e aplicar o Direito, cumprindo com a função de atualização e renovação do ordenamento jurídico, pois “através da interpretação torna-se possível a adaptação das normas jurídicas às mudanças ocorridas no seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo o surgimento de novos valores e ideologias.”⁹⁰.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 8. Sobre os métodos de interpretação, especialmente, teleológico e sistemático, ver capítulos sobre a coerência e completude do ordenamento jurídico em BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 71-160.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 157.

Ainda, recorre-se, para a solução dos conflitos antinômicos entre normas infraconstitucionais (normas-regras), à orientação da clássica lição de Bobbio: *a)* o cronológico, o qual orienta que diante de leis em conflito a lei posterior prevalece sobre a lei anterior (*lex posterior derogat priori*); *b)* o hierárquico, que determina que no conflito de leis aquela que estiver em ordem gradual mais elevada apresenta-se prevalente à que estiver em ordem gradual inferior (*lex superior derogat inferiori*); *c)* o da especialidade, o qual reporta que, em caso de conflito entre leis, a lei mais especial prevalece diante da mais geral (*lex specialis derogat generali*)⁹¹.

Deflagrou-se uma “nova interpretação constitucional”⁹², decorrente da constatação pacífica da dogmática constitucional, no sentido de verificar que, quando o problema não é somente entre regras (norma-regra), mas, entre princípios constitucionais (norma-princípio), os critérios não se mostram adequados para demonstrar a resposta correta, ou melhor, a devida proteção do direito fundamental que deva prevalecer em relação a outro direito fundamental.

Nesse contexto, desenvolveu-se uma teoria de direitos fundamentais que apresenta a constatação de que no meio social alguns direitos cedem na presença de outros direitos, tão quanto importantes e fundamentais, em decorrência da impossibilidade de ambos se realizarem simultaneamente, em plenitude e de forma harmoniosa⁹³. Diante da necessidade de se proceder à solução de conflitos entre princípios constitucionais, impõe-se a utilização de critérios de sopesamento de bens jurídicos, que, ao final, presente, em razão do princípio da supremacia da Constituição, a proteção ao bem jurídico de maior relevância.

Essa teorização objetiva, por meio da distinção preliminar entre princípios e regras, apontar para o método interpretativo mais adequado para a solução do conflito

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 92-97.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil** Como adverte Barroso, a dogmática constitucional não está a abandonar os métodos até então desenvolvidos, referindo não se tratar de uma situação de derrota ou mesmo superação. Constata que, ao contrário, é com a utilização dos métodos interpretativos e de solução de antinomias tradicionais que a maior parte dos problemas que envolvem questões jurídicas é resolvida. Todavia, ressalta que os “operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à **realização da vontade constitucional**.”. (grifo nosso) BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 8.

⁹³ Toma-se como expoente Robert Alexy, que teve a publicação da obra, que tem por título original *Theorie der Grundrechte*, em 1986. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**.

que se apresenta entre direitos fundamentais. Assim, Dworkin concentra-se na existência de princípios, políticas e outros tipos de padrões, sendo política os objetivos a serem alcançados nos aspectos econômico, político ou social da sociedade, e princípio, os padrões adotados pela sociedade como exigência de justiça, equidade ou moralidade⁹⁴.

Para assentar sua base teórica, Dworkin diferencia princípios de regras jurídicas, referindo que estas são aplicadas se aceitas e tidas por válidas; no entanto, se a resposta que a regra oferece não contribui para a solução do caso, é tida por não válida. Mediante a orientação do sistema jurídico, lança-se a utilização de critérios de exceção, como o cronológico, o hierárquico e o da especialidade, para a decisão de qual é válido; já aqueles, possuem dimensões que as regras não comportam: “a dimensão do peso ou importância”⁹⁵.

Assim, os princípios podem ser tratados como regras jurídicas, possuindo alguns obrigatoriedade de lei e sendo admitidos pelo julgador quando da tomada de decisão sobre obrigação jurídica; ou pode ser negada a sua obrigatoriedade como regra, da mesma forma que algumas regras não são admitidas como válidas para determinados casos, diante da liberdade do julgador de acolhê-lo pela relevância que apresenta, pois

somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão numa direção embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem.⁹⁶

Tanto numa situação como noutra ocorre a incidência do poder discricionário do julgador, que se traduz na liberdade de este escolher normas que auxiliam a tomada de decisão formulada com fundamento no sistema jurídico, com vistas a alcançar um resultado equitativo, justo e razoável às circunstâncias que a situação concreta apresenta.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 42.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 57.

Seguindo essa orientação, Alexy elabora a teoria estrutural⁹⁷ das normas jurídicas, referindo a existência de uma distinção qualitativa entre princípios e regras. Leciona que os princípios possuem uma dimensão de peso e não apresentam situações predeterminadas, como o que ocorre com as regras, em que é necessária a subsunção dos fatos à regra normativa, bem como que as regras são determinações que não podem nem devem ser ponderadas, pois estipulam obrigações definitivas, já que não superáveis por outras normas, vigorando a ideia da validade ou não para solução do caso concreto. Assim, reporta que

el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. El cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerce exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁹⁸

Ademais, as regras são determinações que não podem nem devem ser ponderadas⁹⁹, pois estipulam obrigações definitivas, já que não superáveis por outras normas, vigorando a ideia da validade ou não para solução do caso concreto.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 81-172.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 86-87. Importante destacar que outros doutrinadores seguem a linha de distinção inaugurada por Dworkin e mais bem desenvolvida por Alexy. A título exemplificativo cita-se Borowski, que, didaticamente, aponta os critérios distintivos: “Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas um deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. A las reglas les hace falta la dimensión de peso, propia de los principios. Las reglas son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en um grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios.”. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 48-49.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1123. Nessa conjuntura, Canotilho também se dedica à distinção de regras e princípios, referindo que “regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem,

Nessa linha, os princípios não só expressam valores, mas normas de dever-ser¹⁰⁰. Em caso de colisão de direitos fundamentais, os princípios são valorados diante da realidade fática, devendo ter precedência aquele que possuir maior peso. No caso de regras que tratem de direitos fundamentais e que venham a colidir, aduz que a solução será a aplicação de cláusula de exceção, a qual elimina o conflito, ou a declaração de invalidade conforme os critérios: a) a lei superior prevalece sobre a inferior; b) a lei posterior derroga a lei anterior; c) a lei especial derroga a lei geral.

Assim, os princípios são mandatos de otimização aplicáveis em diferentes graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Em caso de colisão, a solução adequada apontada resultará do método interpretativo da ponderação desses princípios, com um deles tendo, diante da realidade fática e possibilidade jurídica, precedência.

Em decorrência da constatação de que os princípios são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas na maior medida possível, a teoria estrutural das normas jurídicas alia-se à teoria da ponderação de bens jurídicos, conduzindo o processo interpretativo para uma solução de racionalidade em caso de colisão de direitos fundamentais. Os princípios, quando em colisão, para a solução, requerem um juízo concreto de dever-ser jurídico, estabelecendo-se uma relação de precedência, incondicionada ou condicionada¹⁰¹.

Nas relações de precedência incondicionada está-se diante de relações abstratas ou absolutas, em que se estabelece diante de determinadas circunstâncias o princípio de maior peso, tendo este a precedência, como se, por exemplo, se estivesse diante de uma hierarquia de princípios. Essa situação não conduz à necessidade de ponderação em face da não-possibilidade de escolha, eis que já está definida a questão da precedência. Contudo, como não se trabalha na hipótese de hierarquia entre princípios fundamentais, estando todos em mesmo nível, não se estabelece a relação de precedência incondicionada.

proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fática ou jurídica." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. p. 1123.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 102.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 92.

Quando se está diante de conflitos entre princípios constitucionais, estabelecem-se relações de precedência condicionada, que “consiste em que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al outro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedência puede ser solucionada inversamente.”¹⁰². Isso significa que, diante das particularidades da situação fática e da justificação sopesada, a solução dar-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro.

Diferentemente do que ocorre com as regras, o princípio não tem sua validade jurídica negada, não desaparecendo do ordenamento jurídico, ou seja, estabelece-se uma relação de precedência condicionada, pela utilização de uma lei de colisão que estabelece “las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.”¹⁰³. Com isso, a identificação de que, em determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, atribui-se maior peso a um ou a outro princípio, resulta na elaboração da lei de colisão, cujo resultado – a decisão – sobre qual princípio precede ao outro decorre do exercício ponderativo dos bens e interesses que colidem entre si.

Essa relação entre princípios e ponderação de bens estabelece-se em razão da existência de uma conexão¹⁰⁴, na qual um decorre do outro, ou seja, como os princípios, possuem uma dimensão de peso e não apresentam situações pré-determinadas como ocorre com as regras, onde é necessária a subsunção dos fatos à regra normativa, mas, sim, são mandatos de otimização, implicam a máxima da proporcionalidade, tomando-se em conta as suas três parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – ponderação propriamente dita¹⁰⁵.

Quanto à análise das parciais da máxima da proporcionalidade, inicialmente, é importante destacar que, em se tratando de restrições de direitos fundamentais, pressupõe-se a estruturação de uma relação de conexão entre o meio e o fim, sendo o meio a decisão normativa (administrativa, legislativa ou judicial) limitadora que pretende possibilitar a realização do fim, enquanto objetivo a ser alcançado pela decisão limitadora. Logo, a máxima da proporcionalidade ordena que a relação meio-

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 92.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**., p. 94.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**., p. 111.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 111-112.

fim seja racional, não excedente ao necessário limite para viabilizar o direito fundamental que está em jogo e não arbitrário, por exigir o exame das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas no caso¹⁰⁶. Nessa perspectiva, Steinmetz sinaliza que a máxima da proporcionalidade possui caráter de princípio formal, posto que

na hipótese de colisão, por exemplo, o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso.¹⁰⁷

Essa também é a observação de Guerra Filho, o qual explica que é

de fundamental importância, ao se estabelecer um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vista da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la.¹⁰⁸

Nesse sentido, a parcial da *adequação* exige a compatibilidade entre o meio e o fim pretendido; a parcial da *necessidade* exige o exame de que não existe outra forma mais eficaz e menos gravosa de restrição entre os direitos fundamentais conflitantes entre si, e a parcial da *proporcionalidade em sentido estrito*, propriamente dito, método da ponderação, exige que o intérprete proceda à verificação dos conteúdos dos direitos fundamentais em conflito, a relevância e o peso dos bens e interesses envolvidos, criando a relação de precedência de um direito sobre o outro no caso concreto¹⁰⁹. Conclui Steinmetz:

Do exposto, conclui-se que a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico racional, o qual pressupõe (a) a existência de uma estrutura meio-fim, (b) que o fim

¹⁰⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 149.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 172.

¹⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. p. 82.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 111-115.

seja constitucional, (c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese de colisão de direitos fundamentais) e, (d) que, por fim, apliquem-se sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.¹¹⁰

Configurados os princípios como mandatos de otimização, passíveis de satisfação em maior ou menor medida, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso, informa Alexy que as parciais da adequação e da necessidade cuidam do exame das possibilidades fáticas, ao passo que as possibilidades jurídicas são aferidas pela ponderação entre os princípios opostos¹¹¹, restando a formulação do que o autor denomina de *ley de la ponderación*, que orientará que a “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”¹¹².

Acertadamente, a máxima da proporcionalidade representa um princípio instrumental para o processo de interpretação constitucional, não expresso no texto constitucional, mas que se constitui numa premissa metodológica ou finalística, que auxilia o processo intelectual do intérprete na busca da solução correta para o problema de colisão entre princípios fundamentais que se apresenta no caso concreto. É reconhecido como

um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto, para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema [...]. O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça no caso concreto.¹¹³

É importante ressaltar que, quando se cuida do conceito de ponderação, até agora analisado pela vertente teórica de Alexy, sobressai-se a acepção de que se trata de um método de contrapesos de bens e interesses constitucionalmente protegidos (normas-princípios). Em determinadas situações reais, quando se apresentem em conflito entre si, a atribuição de maior ou menor peso – medida –

¹¹⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 155.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 112-114.

¹¹² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 161.

¹¹³ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 303.

deverá ser, prevalecendo um sobre o outro, juridicamente, a decisão que resulta da elaboração da relação de precedência condicionada – lei de colisão.

Entretanto, o uso do termo “ponderação” tem sido utilizado como uma atividade de sopesamento de razões e contrarrazões que culminem na decisão de interpretação de qual norma é aplicável para a solução do caso concreto, pelo fato de que abstratamente são harmônicas entre si, mas na aplicação do suporte fático entram em conflito. Por essa razão, sustenta-se que ocorre o conflito de regras no plano abstrato, resolvendo-se o conflito na problemática da validade das normas, dado que entre princípios em conflito no caso concreto atribui-se uma dimensão de maior peso a um em detrimento do outro, razão pela qual o conflito entre princípios reside no plano concreto¹¹⁴.

Também ocorre a utilização da ponderação como um processo de valoração de razões, para determinação de exceções para aplicação de normas jurídicas, através do sopesamento de argumentos e contra-argumentos que superam axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra. Nesse caso, as regras e suas exceções expressas, já definidas no ordenamento, são interpretadas, não incidindo em conflito, mas em decisão de qual seria aplicada, ao passo que os princípios não são previamente definidos para o caso, cabendo ao aplicador, no caso de colisão, ponderá-los, atribuindo maior peso a um deles¹¹⁵.

Ainda, outra aplicação da ponderação residiria na delimitação do sentido de conceitos indeterminados contidos nas regras, ou seja, a textura aberta que possibilita juízos jurídico-políticos para aferição de decisões a serem tomadas diante do caso concreto que se apresenta. Nesse caso, o intérprete deve proceder à análise da finalidade atribuída à regra, sopesando as várias razões contra e a favor de sua incidência, ou investigar o plexo de razões para informar os elementos que constituem os conceitos jurídico-políticos, de modo a distinguir, por meio da ponderação, de todas as circunstâncias do caso qual elemento, efetivamente, tem prioridade para definir a finalidade normativa¹¹⁶.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44.

¹¹⁵ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**, p. 47.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. p. 48-49.

Nessa linha de raciocínio prossegue¹¹⁷ Ávila, resulta a tentativa de demonstrar que não apenas aos princípios é legítima a aplicação do método ponderativo, mas, também, às regras. E conclui o autor, em minuciosa exposição esclarecedora de sua sustentação:

Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.

Também não é coerente afirmar que *somente* os princípios *possuem* uma dimensão de peso. Em primeiro lugar, há incorreção quando se enfatiza que *somente* os princípios possuem uma dimensão de peso. Como demonstram os exemplos antes trazidos, a aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo aplicador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam resguardar.¹¹⁸

Barcellos também explica a necessidade da aplicação da ponderação como instrumento interpretativo diante de circunstâncias que se mostrem de difícil solução, existentes no ordenamento jurídico pátrio, não sendo exclusividade do conflito entre princípios constitucionais¹¹⁹.

Apesar de posicionamentos contrários, como os acima expostos, o problema jurídico que envolve direitos fundamentais requer para solução diante de casos que apresentem grau de maior dificuldade para exame e solução o conhecimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais. Nessa linha, a dimensão analítica comede-se as regras, ao passo que a dimensão normativa infere-se do raciocínio jurídico concreto de dever-ser, por meio de uma argumentação jusfundamental estruturada racionalmente¹²⁰, sob a regência dos princípios constitucionais.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.**, p. 50O autor prossegue fazendo referências ainda ao processo ponderativo no que pertine à analogia e ao precedente judicial. p. 50.

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasil**, p. 50-51.

¹¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 55.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 34.

Portanto, o contrapeso dos bens e interesses, como processo metodológico destinado a apresentar solução para os casos que envolvam conflitos de direitos fundamentais e que atribui maior peso a um princípio pela relação de precedência auferida e norteadas por axiomas expressados positivamente na Constituição, não se confunde com outros procedimentos interpretativos que ponderam razões e contrarrazões (entre outras possibilidades acima expostas) e que apontam para uma escolha do tipo dialético, ou seja, tudo ou nada.

O embasamento de Barroso segue esse entendimento, tomando o princípio da proporcionalidade como meio para propiciar o processo intelectual e seletivo que resulte no princípio preponderante para a solução do conflito, sempre que houver a possibilidade de aplicação de normas de mesma hierarquia, mas que indicam soluções diferenciadas. Por essa razão, não se subtrai a necessidade do procedimento ponderativo¹²¹. Assim, para ilidir a arbitrariedade ou a existência de abusos no apontamento da solução, a utilização do método ponderativo é limitada pelo ônus da argumentação racional, que deverá restar devidamente justificada na decisão procedida, como refere Barroso:

O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida. Seu objetivo, bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso.¹²²

Toda essa exposição orienta que a adoção do modelo estrutural da teoria dos princípios e se faz importante pelo fato de possibilitar, por meio do método de ponderação, o estabelecimento de um tratamento a ser conferido em determinada situação, diante das possibilidades fáticas e jurídicas concernentes às restrições e aos limites dos direitos fundamentais, como refere Alexy:

Los principios son mandato de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. Si una norma de derecho fundamental con

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. p. 287-289.

¹²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 291.

carácter de principio entra em colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión.¹²³

Se adotada a postura de que os direitos fundamentais são regras, toma-se a concepção como comandos absolutos, não passíveis de serem restringidos por serem livres de ponderação¹²⁴, adotando-se a regra do tudo ou nada, em que se procede à declaração de invalidade, pelo menos, de uma das regras, ou se introduz uma cláusula de exceção que elimina o conflito diante da verificação da existência de determinadas condições¹²⁵.

Assim, considerados os direitos fundamentais como princípios, implica concebê-los com carácter normativo, podendo, em qualquer caso, diante de conflito que se instaure, as normas de direitos fundamentais serem submetidas à ponderação. Significa dizer que as normas de direitos fundamentais, estruturadas sob a forma de princípios, somente podem ser consideradas como regras se decorrerem da determinação de uma condição de precedência entre princípios, como resultado de ponderações¹²⁶.

Nesse ângulo, o modelo combinado de regras e princípios vincula ambas as estruturas, fornecendo a necessária vinculação à Constituição, no que concerne às normas-regras, que informam definições precisas e definitivas, possibilitando, ao lado da existência de princípios, que, quando em colisão, haja a ponderação, posto que os princípios são anteriores às regras e deles estas decorrem. Segundo Alexy: “El acervo básico de los principios que otorgan derechos fundamentales *prima facie* es relativamente fácil de determinar. Cada vez que una disposición de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, un principio de este tipo”¹²⁷. Contudo, salienta que os princípios apontam para um mundo

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 112. Alexy, nessa exposição, salienta em nota de rodapé que a máxima da proporcionalidade pode ser chamada de “princípio da proporcionalidade”, mas salienta que não se trata, propriamente, de um princípio, mas de regras, pelo que se observará se os métodos (postulados, critérios, subprincípios), ou, como refere, as parciais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, são satisfeitas ou não. Por isso, adverte que “[...] y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad.”

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 118.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 88.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales** p. 115-117.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 130.

de dever-ser ideal¹²⁸, mas em razão das interferências do mundo real, normas de direitos fundamentais não podem ser unicamente consideradas como princípios pelo fato de que, em sendo necessário estabelecer determinações frente a princípios contrapostos, adquirem estes o caráter duplo, estabelecendo-se aí não somente um princípio, mas uma regra¹²⁹.

O método¹³⁰ da ponderação, como instrumento para o processo de interpretação constitucional, utiliza bens e interesses jurídicos que envolvem direitos fundamentais, procedendo ao exercício de contrapeso, no qual a relação de precedência condicionada entre os bens jurídicos em confronto pressupõe uma aplicação dinâmica das normas constitucionais, resultando numa decisão restritiva de direitos fundamentais para o caso em análise, especificamente observado um juízo de racionalidade entre a decisão normativa e a finalidade perseguida¹³¹.

Alexy faz objeções ao modelo puro de princípios referindo-se ao fato de que este não leva a sério a Constituição escrita, deixando de lado a lei fundamental¹³² e, conseqüentemente, ferindo a segurança jurídica, pelo que substituiu “vinculação” por “ponderação”. Para o autor, o modelo combinado de regras e princípios associa regra – subsunção –, e princípio – ponderação – na aplicação das normas constitucionais, pois entende que a regra não é aplicável sem uma ponderação prévia¹³³. Em razão disso, considera ser o modelo mais correto, na medida em que concebe os dispositivos sobre direitos fundamentais ora como conformadores de princípios, ora como conformadores de regras na aplicação conjunta de regras e princípios no caso concreto.

2.2 A Interpretação Jurídica

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 133.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 135-139.

¹³⁰ OHLWEILER, Leonel. A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica. **Revista da Ajuris/Associação dos Juizes do RGS**, Porto Alegre, 103, p. 171, set., 2006. Para esclarecer, na presente pesquisa utiliza-se a denominação “método”, filiando-se à posição de Ohlweiler de que, “assim, ultrapassando o senso comum da subsunção, surge a ponderação como elemento de estruturação da compreensão do regime administrativo, assumindo o caráter de ‘método’ capaz de possibilitar a compreensão do conjunto de limites e prerrogativas da Administração Pública no âmbito do Estado Democrático de Direito.”

¹³¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 152.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 130.

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 134.

Interpretar é palavra que possui amplo alcance. Procede do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* que significa explicar, traduzir, comentar, esclarecer o sentido de alguma coisa, é revelar o significado contido em um objeto, numa atitude, numa expressão verbal, artística, real ou não.

Em toda produção humana está inserido um significado que requer a compreensão. O conhecimento humano é decorrente da interpretação, e para se interpretar utiliza-se de vários métodos que levem ao conhecimento daquilo que se quer compreender – o signo. Assim, interpretar é ter a significação buscada no significado do objeto significante. O homem, como ser racional e social, transforma seus atos de apropriação em direitos que são assegurados pela própria sociedade, através de normas jurídicas, que garantem e promovem a defesa individual, sendo imprescindível a defesa da propriedade individual para garantia da própria subsistência da sociedade¹³⁴.

Essa teoria é lastreada pela doutrina da Igreja Católica, onde o Papa Pio XI, na Encíclica *Quadragesimo Anno* afirma ao se reportar ao direito de propriedade que:

Primeiramente, tenha-se por certo que nem Leão XIII, nem os teólogos, que ensinaram seguindo a doutrina e direção da Igreja, negaram jamais ou puseram em dúvida a dupla espécie de domínio, que chamam individual e social, segundo diz respeito ou aos particulares ou ao bem comum; pelo contrário, foram unânimes em afirmar que a natureza ou o próprio Criador deram ao homem o direito do domínio particular, não só para que ele possa prover às necessidades próprias e da família, mas para que sirvam verdadeiramente ao seu fim os bens destinados pelo Criador a toda a família humana: ora, nada disto se pode obter se não se observa uma ordem certa e bem determinada¹³⁵.

O direito de propriedade, em relação ao seu próprio exercício, fica limitado à observância das disposições legais, tais como as do direito de vizinhança, do locatário, de águas, de divisórias, entre outras, normas estas de Direito Privado, porém de ordem pública, e ainda por força de normas de Direito Público, tais como a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por

¹³⁴ WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2.ed. 2.versão. Porto Alegre: SAFE, 1995.

¹³⁵ Pio XI, Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931. In: SANCTIS, Antônio de. **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTR, 1972. p. 65

interesse social, tudo com vistas a não permitir o uso abusivo do próprio direito.

Para Josserand, o direito de propriedade está na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracterizado está o abuso do direito em face do desvio da finalidade social e econômica¹³⁶.

Para Léon Duguit, no entanto, tal conciliação não haveria, em razão de que o autor nega a existência de direito subjetivo, o qual não passaria de uma “noção metafísica, e, ademais, falar de direitos anteriores à sociedade é falar de nada”¹³⁷.

Entende que, a propriedade não é um direito do indivíduo, senão uma função social, consistindo, essencialmente, uma obrigação do proprietário de utilizar a coisa. Os indivíduos, assim, portam-se como senhores em relação à coisa, em face da autorização expressa pelo ordenamento jurídico, no entanto, tal autorização é subordinada ao interesse social, em razão do que desaparece se o indivíduo age de um modo contrário a esse interesse¹³⁸.

Mas, cumpre-se buscar a definição do direito de propriedade, que é de extrema dificuldade em face da amplitude desse instituto jurídico. Limongi França, na tentativa de englobar o conteúdo social da propriedade, expõe:

É preciso atentar para o exato significado do adjetivo “absoluto”, utilizado nos conceitos de propriedade, à face das transformações sociais dela, bem assim da sua subordinação aos interesses do bem comum. [...] propomos o seguinte conceito: propriedade é o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem¹³⁹.

A função da propriedade tornou-se primordialmente social e, o contrário não se discute, desde o momento em que o ordenamento constitucional estatuiu que “a propriedade atenderá a sua função social”. A titularidade do direito proprietário passa

¹³⁶ JOSSERAND, *De l'Esprit des droits et de leur relativité*. apud LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 6. p. 294.

¹³⁷ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones del Derecho Público Y Privado*. apud GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 118.

¹³⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 6. p. 296

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mario **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 440.

a implicar para o titular o respeito às situações não proprietárias.

A propriedade deve ser analisada em dois momentos distintos. Primeiramente, o momento estático, em que o titular da propriedade possui o direito subjetivo de agir ou não agir, produzindo ato, previamente autorizado pelo ordenamento jurídico. E, num segundo momento, o dinâmico, no qual a propriedade é regulada em razão da função para qual se destina socialmente.

O conteúdo da função social da propriedade é extraído do próprio texto constitucional, o qual assevera ser a dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito que, tem por objetivo, a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Não se define a propriedade, tão somente, pelos poderes ou faculdades de uso, gozo e disposição, mas, também, pela função social, pois o bem tem destinação social e o seu titular possui parcela de responsabilidade pelo bem comum.

O regime jurídico da propriedade não é só ditado pela regras de Direito Civil, mas, é um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais e civis, sob fundamento das regras constitucionais, com o que não destoa José Afonso da Silva:

[...] no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só *tipo*, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico. Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade¹⁴⁰.

A Constituição Federal consagra em diversos dispositivos a exigência de racionalidade e coerência nas ações urbanísticas, ordena que o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano se faça para promover o adequado ordenamento territorial, e, para tanto, possibilita ao Poder Público Municipal, nos termos da lei federal – Estatuto da Cidade e, lei municipal – Plano Diretor, exigir do proprietário de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena da adoção de parcelamento ou

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 248

edificação compulsórios, imposição de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e, por último, a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, com prazo para resgate de até dez anos.

Seguindo a mesma orientação, a função social da propriedade urbana é cumprida pelo atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade. O Estatuto da Cidade traça várias diretrizes que precisam ser compatibilizadas. O direito a cidades sustentáveis envolve primeiramente o aspecto do direito à cidade, ou seja, à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, e, num segundo plano, a exigência de que tudo seja sustentável, ou seja, "*para as presentes e futuras gerações*".

Assim, as exigências para que a propriedade urbana cumpra com a sua função social reside no uso racional e adequado da propriedade, no uso adequado dos recursos naturais e na preservação do ambiente urbano, na observância às regulamentações das relações de trabalho, e na utilização que favoreçam o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A política urbana objetiva coordenar estas formas de ocupação do espaço urbano, com o intuito de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” – art. 182, CF/88.

Assim, a propriedade urbana cumpre com sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade, expressas no plano diretor, com seu aproveitamento adequado e racional.

O Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988). Esses princípios, por sua vez, devem delinear a atividade econômica de forma que se cumpra com os objetivos fundamentais de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I da Constituição Federal), sendo reforçados de forma expressa no art. 170 da Constituição Federal, vez que o princípio da função social da propriedade vem elencado em conjunto com outros princípios informadores da ordem econômica e social: livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, valorização do trabalho humano. Assim, a função social deve ser compreendida à luz desses outros princípios.

Os limites ao direito de propriedade são instituídos por lei e podem ser positivos

ou negativos, de interesse público ou privado, no entanto, no embate entre o interesse individual e o social, a propriedade, na plenitude de sua estrutura, abdica da antiga ideia de traduzir, tão simplesmente, um direito - propriedade-direito, para ser função - propriedade-função¹⁴¹.

Na acepção de Mancuso¹⁴², o interesse social, em sentido amplo, é o que consulta a maioria da sociedade civil, àquele que reflete o que essa sociedade entende por bem comum, seus anseios, a tutela de valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade espontaneamente elegeu como mais relevantes.

O direito de propriedade resta subordinado à sua função social, devendo a atuação administrativa atentar para que a propriedade, seja pública ou privada, promova a devida adequação das políticas de regularização fundiária em benefício da população de baixa renda.

O capítulo constitucional que trata dos direitos fundamentais reconhece a função social da propriedade como garantia individual e coletiva, devendo integrar as políticas públicas que assegurem um sociedade justa e solidária, com efeito imediato, obstando a vigência de normas contrárias ao seu conteúdo. Assim, cumpre ao Poder Público organizar as cidades para que também cumpram sua função social de propiciar bem-estar com dignidade humana e qualidade de vida.

Não se pode negar que na cidades a grande concentração de famílias desprovidas de moradia ou ocupando imóveis de irregulares representam considerável parcela da população que necessita de serviços básicos e de políticas públicas que assegurem instrumentos de regularização fundiária capazes de o levantamento de informações para a adequada urbanização e instrumentos que assegurem a devida titulação, mesmo diante da ocupação de bens públicos que não estão cumprindo com suas finalidades específicas, muito menos com sua função social.

Garantir que a população de baixa renda tenha possibilidade de acesso à moradia, dever decorrer do prestígio à função social da propriedade, pouco importando tratar-se de bem público ou particular, o que trará benefícios à própria cidade.

Muitas cidades enfrentam o conflito entre imprescritibilidade, condição inerente

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. Malheiros 2015. p. 26

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 25.

aos bens públicos, e função social da propriedade. A imprescritibilidade, como atributo dos bens públicos impede a possibilidade de se usucapir; porém, a função social da propriedade impõe a titulação e regularização de ocupações consolidadas de imóveis públicos.

A interpretação jurídica é a tradução do sentido ou do pensamento contido no texto legal, na sentença, no ato ou no contrato jurídico. Mas, essa interpretação reside no exato sentido contido em um escrito, não devendo ir além do que o emitente da expressão desejou objetivamente.

O trabalho de interpretação jurídica representa revelar o sentido e alcance das normas jurídicas nas relações sociais, como refere Humberto Ávila, “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.¹⁴³ Revelar o sentido é descobrir sua finalidade, expor os valores consagrados e protegidos pelo legislador; revelar o alcance é demarcar limites da incidência da norma jurídica sobre os fatos sociais.¹⁴⁴

De plano, a interpretação jurídica deve ser realizada no contexto das características históricas, políticas, ideológicas e culturais onde se apresenta a norma jurídica. Esta inserção no contexto obriga a atenção ao texto tido por norma fundamental do ordenamento – a Constituição – que exige uma interpretação sistemática do texto constitucional em confronto com a realidade sócio-político-econômica para atingimento de plena eficácia dos direitos e bens constitucionalmente protegidos.¹⁴⁵

2.3 Hermenêutica Constitucional

A hermenêutica constitucional é construída sobre os pilares mestres que sustentam a Constituição: os princípios constitucionais. São os princípios que fazem a distinção entre hermenêutica geral e hermenêutica constitucional.

A supremacia da Constituição Federal decorre do que a doutrina denomina de supremacia formal conseqüente das limitações ao Poder Constituinte Derivado (art.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

¹⁴⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 257.

¹⁴⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 149.

60 e §§) e no controle de constitucionalidade (art. 102, I, a; III, a, b e c; §§ 1º e 2º; art. 103, § 2º e art. 34, VII)¹⁴⁶ exigindo, que todas as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro somente serão válidas se estiverem em conformarem com a Constituição Federal. É nesta realidade que verifica-se a tarefa da hermenêutica^{147/148} constitucional.

Os bens e direitos constitucionalmente protegidos podem envolver-se numa relação de conflito ou colisão com outros bens e direitos igualmente protegidos. Para dirimir o conflito, necessária a tarefa do intérprete constitucional. Vicente Raó define que a hermenêutica

tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.¹⁴⁹

Tal modo de compreensão da hermenêutica expressa dois sentidos: a) busca-se compreender o ato de interpretar, com profundidade e minuciosidade; b) busca-se uma compreensão pura para apreensão do verdadeiro significado da norma jurídica e aplicação aos fatos que a ela se subordinam.

Importante frisar que a interpretação jurídica é a busca pela verdade contida na norma jurídica, mas é preciso estabelecer em que consiste essa verdade, ou seja, a verdade está no objeto investigado – texto da norma jurídica – ou na intenção do legislador, onde dá-se importância aos motivos históricos, sociais e econômicos que

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47-63.

¹⁴⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1519A palavra hermenêutica, de origem grega, “hermeneutike” significa a arte de interpretar o sentido das palavras, os textos sagrados ou as leis, cf..

¹⁴⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1519. A palavra é intrínseca à mitologia de Hermes, um deus grego, mensageiro dos deuses, o mediador universal, o grande comunicador, porta-voz e intérprete, estando em todos os lugares, no céu, na terra e ‘nos infernos’, é o decodificador do desejo de deus aos homens.

¹⁴⁹ RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 456. [1ª ed., 1952]

conduziram o agente. Esse sentido de revelação da vontade do legislador, corrente no pensamento jurídico convencional que obstinava desvendar a intenção da norma (*mens legis*) ou do legislador (*mens legislatoris*) partia duma premissa ilusória quanto à completude do ordenamento, não conferindo criatividade ao intérprete. Na realidade, está-se diante do positivismo legalista, que sustenta o sistema sob o princípio da legalidade. Nesse modelo está Hans Kelsen, o qual introduz uma perspectiva dinâmica do direito,¹⁵⁰ demonstrando os processos de produção e reprodução das normas.

O mundo contemporâneo tem por característica a positivação de princípios que exprimem direitos fundamentais do homem. O modelo jurídico jusnaturalista vigente na sociedade medieval, onde a concepção de direitos era a de valores eternos, imutáveis e alheios às transformações sociais cede ao modelo positivista, fruto de decisões políticas que exprimem *a priori* a vontade da sociedade.

De um modo geral, após a Primeira Guerra Mundial, a feição do Estado de mero regulador das relações privadas, passou a ser intervencionista na economia, na tentativa de diminuir as desigualdades sociais e atender às solicitações de melhores condições de vida da população marginalizada.

Os países europeus que sofreram a banalização dos direitos humanos e profundas desigualdades pela sociedade capitalista reagiram às concepções liberais originando o desafio de garantirem justiça social efetiva aos seus cidadãos, promovendo o desenvolvimento digno da pessoa humana com a garantia do respeito ao ordenamento jurídico. Isto importou na disseminação da valorização dos direitos e garantias fundamentais individuais com a necessidade de autorização de um Estado intervencionista para a garantia de um mínimo de efetividade daqueles direitos, pois o Estado de Direito se caracteriza onde ocorre a implementação de direitos humanos fundamentais.

No positivismo jurídico, como referido, sustenta-se a coerência e a completude do ordenamento. Está-se no começo do Século XX, e Kelsen defende uma metodologia pura da linguagem centrada no mundo do dever-ser. Na teoria pura do

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 5.tir [2003]. p. 79-80.

direito uma coisa é o direito e outra é a ciência do direito, assim Kelsen realiza um sistema epistemológico do Direito. Firma sua base teórica na norma fundamental, onde vigora um sistema hierarquizado em que se considera válida a norma somente se a norma superior determina sua integração no ordenamento jurídico.

A criação de uma ciência pura do Direito determina um novo espaço hermenêutico que entende que a verdade da norma não se localiza no direito natural, havendo clara ruptura com o sistema medieval dos jusnaturalistas. A norma jurídica assim possibilita campo para interpretações, havendo distinção conforme o sujeito que se propõe à tarefa. Denomina, Kelsen de interpretação autêntica aquela realizada por um órgão jurídico que vai aplicar o Direito; e interpretação não autêntica a que é realizada pelos indivíduos, pessoas privadas que devem observar o Direito e praticar a conduta que evita a sanção, como também pela ciência jurídica que, necessariamente, para descrever um Direito positivo, tem de interpretar as normas que o compõem.¹⁵¹

O positivismo normativista de Kelsen idealiza o Direito como “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.¹⁵² Isto traduz a idéia que a aplicação da norma numa sentença pelo órgão aplicador do Direito concretiza uma decisão em Direito positivo, sendo ato volitivo de opção político-discrecional na tentativa de escolher a “solução correta” fundada na própria lei.

Kelsen ainda refere que a interpretação realizada pela ciência jurídica é ato cognoscivo do sentido das normas, não sendo criação jurídica, a qual é possibilitada aos que fazem a interpretação autêntica por serem aplicadores do Direito. Por fim, adverte que tem de se evitar “a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, um só interpretação: a interpretação ‘correta’”,¹⁵³ pois disso decorreria a exposição da ciência do Direito prevalecendo um juízo de valor político.

O modelo kelseniano que inspirou a centralização da interpretação

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 388.

¹⁵² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 388.

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 396.

constitucional representou a libertação do Direito das influências sociológicas, sustentado pelo ideal de uma ciência pura que deixa para trás um Direito de valores e pauta-se numa visão pragmatista. Todavia, o purismo científico jurídico centrado na norma fundamental, tida por um dogma inquestionável, sofreu influências decorrentes do estudo humanístico de áreas pertinentes do Direito que refutam a idéias de objetividade da norma alheia a outros valores que envolvem a sociedade.

As teses da hermenêutica filosófica romperam com o positivismo kelseniano restando observada a necessidade de contextualizar o sentido que se extrai da norma fundamental no seio da sociedade em que está inserida. Desenvolve-se a teoria do direito anglo-saxônica, através de Herbert Hart.

Expoente da hermenêutica contemporânea, Hart introduz a idéia de definição do direito, sob os diferentes aspectos que o mesmo se revela na sociedade, através da compreensão de dois tipos de regras de naturezas diferentes: a) regras primárias: onde há imposição de uma conduta do homem de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, envolvendo movimento ou mudanças físicas; e, b) regras secundárias: que atribuem poderes públicos ou privados ao homem para criar, fazer ou expressar novas regras, ou ainda, determinar a incidência e a aplicação dessas regras, possibilitando além do movimento ou mudanças físicas, a criação e alteração de deveres e obrigações.¹⁵⁴ A importância das regras secundárias está no fato de que elas permitem a justificação e existência de sistema jurídico, introduzindo a idéia de validade jurídica através de 'regras de reconhecimento'.¹⁵⁵

Hart trabalha a normatividade do direito como fenômeno social onde o reconhecimento dos padrões de conduta na vida social – a legislação e o precedente – expressam o atingimento de sua finalidade. Informa que tanto a legislação como o precedente possuem o que se chama de “textura aberta” pois informa que o legislador humano não expressa todas as possíveis situações a serem reguladas pela legislação visto ser impossível conhecer previamente as situações que o futuro vai apresentar, restando aí uma relativa indeterminação de finalidade e conclui que, a previsão detalhada de possibilidades futuras não vivenciadas pela sociedade culmina na

¹⁵⁴ HART, Herbert. **O conceito de direito**. p. 91.

¹⁵⁵ HART, Herbert. **O conceito de direito**. p. 104.

elaboração de regras gerais preconceituosas em “estado de ignorância”.¹⁵⁶

A hermenêutica constitucional encontra na obra de Hart a fundamentação de que o direito é instituição sócio-cultural, onde as regras de direito no sistema jurídico devem atender validamente a necessidade de sua aplicação perante a situação concreta que se apresenta, e, verificado pelo juiz a impossibilidade de aplicação da regra na forma proposta, usará do poder discricionário para dirimir os conflitos, criando a decisão fonte para o direito. Concebe-se, hermeneuticamente, que o sistema jurídico possui normas com textura aberta justamente para possibilitar ao aplicador a compreensão do direito como um todo integrado, onde a falta de regramento conduzirá a aplicação analógica de regras e princípios desse mesmo sistema jurídico.

Verifica-se ser necessária a interpretação constitucional inserida na sociedade. O modelo kelseniano não ruiu em virtude de que a norma fundamental – Constituição – possui elementos materiais que fundamenta o sistema jurídico inserido de valores sociais. Esses elementos materiais expressam-se em normas (princípios e regras) que compõem um núcleo constitucional protegido da atividade do legislador. E, nessa seara encontra-se o pensamento de Ronald Dworkin, que demonstra que em circunstâncias específicas o julgador ao decidir o direito e a obrigação jurídica utiliza padrões gerais (*standards*) que não funcionam como regras, mas como princípios, política e moral.

Dworkin critica o positivismo jurídico defendido por Herbert Hart quanto à teoria das regras primárias e secundárias que culmina na idéia da regra de reconhecimento, já referidas, por ser “modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”.¹⁵⁷ O Autor concentra-se na existência de princípios, políticas e outros tipos de padrões, sendo política os objetivos a serem alcançados nos aspectos econômico, político ou social da sociedade e princípio os padrões adotados pela sociedade como exigência de justiça, equidade ou moralidade. Dworkin difere princípios de regras jurídicas, referindo que estas são aplicadas se aceitas e tidas por válidas, no entanto, se a resposta que a regra oferece

¹⁵⁶ HART, Herbert. **O conceito de direito**. p. 142.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

não contribui para a solução do caso é tida por não é válida,¹⁵⁸ mediante a orientação do sistema jurídico onde lança-se a utilização de critérios de exceção como o cronológico, o hierárquico e o da especialidade para decisão de qual é válido; já aqueles, possuem dimensões que as regras não comportam “a dimensão de peso e da importância”.¹⁵⁹

Assim, os princípios podem ser tratados como regras jurídicas, possuindo alguns obrigatoriedade de lei e sendo admitidos pelo julgador quando da tomada de decisão sobre obrigação jurídica; ou, pode ser negada a sua obrigatoriedade como regra, da mesma forma que algumas regras não são admitidas como válidas para determinados casos, ante a liberdade do julgador de acolhê-lo diante da relevância que apresenta, pois “..., somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão numa direção embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem”.¹⁶⁰ Tanto numa situação como noutra ocorre a incidência do poder discricionário do julgador que se traduz na liberdade deste escolher normas que auxiliam a tomada de decisão formulada com fundamento no sistema jurídico com vistas a alcançar um resultado equitativo, justo e razoável às circunstâncias que a situação concreta apresenta.

A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico consubstancia-se no entendimento de que o sistema de regras a partir do estabelecimento de uma regra de reconhecimento que confere validade a todas as regras jurídicas não soluciona o problema diante de casos específicos, razão pela qual expressa contrariedade à teoria do poder discricionário por não dizer o que é direito e o que é obrigação jurídica. Enobrece os princípios, pois estes são o próprio sistema de regras não havendo

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1123, “Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáctica e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica”. Posição contrária: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 50, “Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (abwägungsbedürftig). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso”.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 42.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 57.

discrecionalidade em adotá-los se, diante da ponderação do peso e da relevância se mostram válidos a solucionar as questões com melhores perspectivas de atingimento da justiça e equidade e padrões morais.

Para Häberle é tarefa do Estado garantir a prestação dos direitos fundamentais, valendo-se da cooperação para buscar a efetivação dos preceitos constitucionais, na busca de soluções para problemas jurídicos.¹⁶¹ A conclusão é de que na interpretação das normas e princípios; bem como, de sua eventual colisão, deve ocorrer a ponderação pelo justo, na busca de viabilizar sua correta aplicação em busca da realização da justiça social, baseada na igualdade e solidariedade coletiva, considerando nas decisões jurídicas a interpretação da norma ponderada pela sua interação social e econômica.¹⁶²

Após períodos de ditadura, a democratização sobre influência do constitucionalismo europeu ocidental; e o neoconstitucionalismo passa a ser recepcionado no final do século passado, ressaltando que muitas características já eram adotadas, como o controle de constitucionalidade.¹⁶³

Analisando questões referente ao atendimento das necessidades da população, em especial dos mais necessitados, como é o caso da regularização fundiária de bens públicos, não utilizados e abandonados a longo tempo, conclui-se que embora pareça que a nossa Constituição seja mais abrangente, ainda não possuímos um tribunal unicamente constitucional, o que acaba por disseminar o debate de questões políticas na tomada de decisões por parte da Corte Suprema.

A hermenêutica constitucional possui objeto de estudo diferenciado da hermenêutica geral. Como já referido, a interpretação constitucional possui peculiaridade própria que decorre da natureza de suas normas, as quais distinguem-se do regramento infraconstitucional. Reporta-se, aqui, à supremacia da Constituição sobre o regramento infraconstitucional que conduz à verificação de validade e conformidade do sentido destas normas àquela, como diz Luís Roberto Barroso “confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o

¹⁶¹ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 48.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una Conversación**. Madri: Editorial Trotta, 2012. p.33

¹⁶³ SANTAMARÍA, Ávila Remiro. **El neoconstitucionalismo transformador** el estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Abya-Yala, 2011. P.12.

ordenamento”;¹⁶⁴ e, à natureza das normas constitucionais, que são dotadas de vagueza, de “textura aberta” onde os operadores do direito (Legislativo e Judiciário) concretizam o direito diante das realidades que se apresentam.

Dessa realidade, Peter Häberle questiona sobre quem interpreta a Constituição, propondo que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.¹⁶⁵ Häberle propõe esta tese em razão do questionamento da interpretação constitucional quanto às tarefas, objetivos e métodos utilizados no processo interpretativo constitucional em face da constatação de que a “interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”,¹⁶⁶ composta por àqueles que decidem o conflito – juízes – em procedimentos formais. Häberle afirma que a teoria da interpretação constitucional deve ter por seria a “Constituição e realidade constitucional”, tomando-se por exigência a incorporação das ciências sociais, das teorias jurídico-funcionais, dos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral para saber quais os agentes conformadores da “realidade constitucional”.¹⁶⁷

Nessa proposta, Häberle conclui que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”,¹⁶⁸ estando nesta perspectiva o destinatário da norma na qualidade de “participante ativo” do processo hermenêutico, como também os órgãos estatais – Judiciário, Legislativo e Executivo; os participantes do processo de decisão – partes, interessados, pareceristas, peritos, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados, etc...; a opinião pública – imprensa, rádio, televisão, cartas de leitores, igrejas, teatros, editoras, etc...; e a doutrina, tendo esta contribuição especial.¹⁶⁹

Com esta concepção de intérpretes da Constituição criam-se possibilidades de reflexões no âmbito da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia que

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

¹⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p. 13.

¹⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p. 12.

¹⁶⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p.12.

¹⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p. 13.

¹⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p. 20-23.

conduzem a uma “ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto da teoria da Democracia”.¹⁷⁰

Häberle, com seu pensamento acerca do que seja hermenêutica constitucional, confirma os princípios da supremacia e da unidade constitucionais, mas num processo de democratização dos princípios constitucionais alavanca a necessidade de restarem verificados os valores inseridos na sociedade tomando-se a interpretação por um “processo aberto” e contrariando-se a rígida e ultrapassada ideologia da subsunção.¹⁷¹

Tratando de direito comparado Häberle refere que os textos constitucionais somente oferecem os primeiros pontos de referência para uma efetiva cooperação no âmbito internacional, devendo restar ampliada a cooperação internacional na busca de soluções de problemas que extrapolam os limites territoriais. Continua referindo que o Estado deve afastar-se da interpretação do direito constitucional sob a ótica dos estados e instituição, valendo-se da cooperação para buscar a efetivação de preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, utilizando-se da cooperação internacional, surgindo o que chama de Estado Constitucional Cooperativo.¹⁷²

Häberle sugere uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, para que a interpretação da constituição sirva como instrumento da democratização onde juízes, partes, ministério público, interessados, etc... efetivamente participem do processo de interpretação constitucional, num verdadeiro pluralismo. Para o Autor o Estado dever garantir a prestação dos direitos fundamentais visando sempre o bem comum.¹⁷³

Segundo Mattei, a evolução tecnológica moderna consome recursos naturais que não serão repostos a curto prazo conduzindo à sua escassez. Esclarece que a tradição ocidental moderna, de fato, se desenvolveu em torno da dialética entre Estado e propriedade privada num momento histórico em que apenas este último par necessita de proteção e garantias contra governos autoritários e onipotentes. Daí as

¹⁷⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p. 49.

¹⁷¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. p. 30.

¹⁷² HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. p. 56.

¹⁷³ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Editorial Tecnos, 2008. p. 185

garantias constitucionais de utilidade pública, reserva de direito e compensação, referindo que “A teoria política da modernidade, com efeito, confirma a relação estrutural muito estreita entre propriedade privada e soberania estatal em detrimento dos bens comuns.”¹⁷⁴

Escapando o bem comum da lógica quantitativa do qualitativo, devem ser colocados fora do comércio e serem geridos pelo poder público com objetivo de satisfazer os direitos fundamentais da pessoa, constitucionalmente garantidos e informados pelo princípio da igualdade e da solidariedade; e, também, "no interesse das gerações futuras", sendo possível o reconhecimento social de bens comuns e por decorrência a priorização das preferências de uma comunidade.¹⁷⁵

A democracia deve atender o sentimento popular de forma pacífica e sem contradições, onde numa sociedade aberta a democracia não se limita somente a uma forma de governo, mas sim a forma de entender a sociedade, e elucidar o futuro coletivo. O reconhecimento de direitos políticos fundamentais deve garantir a livre manifestação, reconhecido a existência de bens comuns e universais, os quais são insubstituíveis, tornando o bem-estar social indispensável para garantir a extensão dos direitos sócias à todos, garantindo uma vida digna.¹⁷⁶

A rígida constitucionalização dos direitos fundamentais, ao impor proibições e obrigações às autoridades públicas, também enxertou na democracia uma dimensão substancial relacionada com o que não pode ser ou deve ser decidido por qualquer maioria, acrescida à dimensão política tradicional, conseqüentemente, a relação entre política e direito altera-se. Nas palavras de Ferrajoli, “Não é mais a lei que deve permanecer subordinada à política como seu instrumento, mas a política torna-se um instrumento da ação da lei, sujeita aos vínculos que lhe são impostos pelos princípios constitucionais”.¹⁷⁷

Kelsen, em sua teoria pura, refere ser o Estado a personificação de uma ordem jurídica, à qual atribui a função a ser desempenhada pelo próprio Estado,

¹⁷⁴ MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes: um manifesto**. Madrid: Trotta, 2013. p. 12.

¹⁷⁵ MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes: um manifesto**. p. 26.

¹⁷⁶ SUBIRATS, Joan. **Otra sociedade, Outra política? De “no nos representan” a la democracia de lo común**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.p. 19.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. Las crisis de la democracia constitucional**. Madri: Minima Trotta, 2011.

metaforizando¹⁷⁸ ser ele – Estado – a ordem jurídica para o atendimento aos anseios e necessidades sociais. Por isso, está “jurídica e moralmente vinculado ao exercício de sua função no interesse do povo, isto é, dos indivíduos que formam a comunidade estatal”¹⁷⁹.

Ferrajoli menciona, nesse aspecto, que a crise é decorrente de uma “inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva del la *crises del Estado social*.”¹⁸⁰. Alerta, ainda, sobre a necessidade de se compreender que a mudança paradigmática do Estado de Direito Liberal para o Social requer a disponibilização de um sistema de garantias de atendimentos a direitos sociais, como o existente no sistema de garantias tradicionalmente disponíveis para os direitos individuais da liberdade e propriedade¹⁸¹.

Na tarefa da realização da democracia substancial constitucional, a dignidade da pessoa humana não representa uma concepção alicerçada na dogmática jusnaturalista ou uma abstração puramente utópica, mas representa a “autonomia ética dos homens concretos, das pessoas humanas”¹⁸², que, em outras palavras, são admitidos a participar do círculo de intérpretes da Constituição, no pleno objetivo de garantir efetividade aos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade humana, basilar do sistema constitucional brasileiro, não pode ser esvaziado da sua dimensão comunitária – social – e econômica, sob pena de se comprometer o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Importa dizer que, enquanto no paradigma liberal os direitos de liberdade, propriedade, igualdade, segurança jurídica e representação política seguem a lógica formal e individualista, no Estado Democrático de Direito não somente tais direitos são assegurados como ocorre o comprometimento do Estado em dar conteúdo material para torná-los efetivos¹⁸³.

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 323.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 332.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. P.16

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. p. 16.

¹⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra editora: Almedina, 1987. p. 162.

¹⁸³ BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

É importante ressaltar que o processo interpretativo não é aleatório, possuindo métodos aplicáveis aos enunciados que provêm da Constituição e das normas infraconstitucionais. Assim, a interpretação das normas infraconstitucionais segue a orientação da aplicação dos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático, do que decorre a vinculatividade do intérprete ao texto¹⁸⁴, que deverá ser interpretado segundo o prisma constitucional. Ainda, recorre-se, para a solução dos conflitos antinômicos entre normas infraconstitucionais (normas-regras), à orientação da clássica lição de Bobbio: a) o cronológico, o qual orienta que diante de leis em conflito a lei posterior prevalece sobre a lei anterior (*lex posterior derogat priori*); b) o hierárquico, que determina que no conflito de leis aquela que estiver em ordem gradual mais elevada apresenta-se prevalente à que estiver em ordem gradual inferior (*lex superior derogat inferiori*); c) o da especialidade, o qual reporta que, em caso de conflito entre leis, a lei mais especial prevalece diante da mais geral (*lex specialis derogat generali*)¹⁸⁵.

Entretanto, deflagrou-se uma “nova interpretação constitucional”¹⁸⁶, decorrente da constatação pacífica da dogmática constitucional, no sentido de verificar que, quando o problema não é somente entre regras (norma-regra), mas, entre princípios constitucionais (norma-princípio), os critérios não se mostram adequados para demonstrar a resposta correta, ou melhor, a devida proteção do direito fundamental que deva prevalecer em relação a outro direito fundamental. E isso decorre especialmente do *topos* constitucional em que se encontram os princípios constitucionais, sobre os quais não há que se falar em hierarquia, cronologia ou especialidade, eis que estão, todos, num mesmo patamar, informados no mesmo momento quando da promulgação da Constituição Federal, e decorrem do mesmo

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 8. Sobre os métodos de interpretação, especialmente, teleológico e sistemático, ver capítulos sobre a coerência e completude do ordenamento jurídico em BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 71-160.

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 92-97.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 8. Como adverte Barroso, a dogmática constitucional não está a abandonar os métodos até então desenvolvidos, referindo não se tratar de uma situação de derrota ou mesmo superação. Constata que, ao contrário, é com a utilização dos métodos interpretativos e de solução de antinomias tradicionais que a maior parte dos problemas que envolvem questões jurídicas é resolvida. Todavia, ressalta que os “operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.”

tratamento especialíssimo, eis que a Constituição é tomada como lei fundamental, integradora de todo o sistema jurídico.

Nesse contexto, desenvolveu-se uma teoria de direitos fundamentais que apresenta a constatação de que no meio social alguns direitos cedem na presença de outros direitos, tão quanto importantes e fundamentais, em decorrência da impossibilidade de ambos se realizarem simultaneamente, em plenitude e de forma harmoniosa¹⁸⁷. Diante da necessidade de se proceder à solução de conflitos entre princípios constitucionais, impõe-se a utilização de critérios de sopesamento de bens jurídicos, que, ao final, apresente, em razão do princípio da supremacia da Constituição, a proteção ao bem jurídico de maior relevância.

Essa teorização objetiva, por meio da distinção preliminar entre princípios e regras, apontar para o método interpretativo mais adequado para a solução do conflito que se apresenta entre direitos fundamentais. Assim, Dworkin concentra-se na existência de princípios, políticas e outros tipos de padrões, sendo política os objetivos a serem alcançados nos aspectos econômico, político ou social da sociedade, e princípio, os padrões adotados pela sociedade como exigência de justiça, equidade ou moralidade¹⁸⁸.

Os princípios podem ser tratados como regras jurídicas, possuindo alguns obrigatoriedade de lei e sendo admitidos pelo julgador quando da tomada de decisão sobre obrigação jurídica; ou pode ser negada a sua obrigatoriedade como regra, da mesma forma que algumas regras não são admitidas como válidas para determinados casos, diante da liberdade do julgador de acolhê-lo pela relevância que apresenta, pois:

somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão numa direção embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem.¹⁸⁹

Os princípios do Direito Público moderno, como o formalismo, a hierarquização, a centralização, a soberania estatal, a divisão dos poderes, os direitos dos cidadãos, a legalidade e a segurança jurídica decorreram da necessidade de romper com o

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Toma-se como expoente Robert Alexy, que teve a publicação da obra, que tem por título original *Theorie der grundrechte*, em 1986.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 57.

antigo regime, observados pela sociedade da época. O uso da razão para atendimento ao Estado liberal, fundado nos princípios da liberdade e da igualdade formal, necessários para atender ao regime capitalista, perfizeram um campo de objetificação dogmática onde a solução para conflitos decorrentes da atuação do Estado estava previamente disposta na lei, numa ideologia lógico-dedutivista, própria do pensamento liberal.

Importa referir as palavras de Bobbio sobre os direitos positivos universais:

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. (2004, p.19)

Estabelecidos os valores fundamentais do homem na Constituição Federal/88 como a dignidade, o trabalho, a livre iniciativa (art. 1º), a justiça (art 3º), a vida, a igualdade, a liberdade, a propriedade (art. 5º, *caput*), estão os operadores do direito obrigados a promovê-los e prestá-los; bem como, não restringi-los.

Ou seja, a interpretação e aplicação do texto legal restrita a legalidade, afasta-se dos comandos principiológicos constitucionais, ensejando a inefetividade do Estado no atingimento de direitos fundamentais. Em outras palavras, a aplicação do texto legal deve pautar-se em conformidade com os princípios fundamentais que asseguram o fim último a ser atendido – a dignidade humana.

Bobbio se refere ao valor da pessoa humana como direito reconhecido e democratizado que se universaliza, como segue:

Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para de fender posições conservadoras. (2004, p. 15)

Quando a Constituição Federal preceitua no art. 5º, XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser afastada do Poder Judiciário, identifica-se que há necessidade de uma releitura dos pré-juízos informadores do regime jurídico-administrativo constitucional.

Inseridos em tal realidade, os direitos fundamentais, em suas tantas dimensões¹⁹⁰, assegurados positivamente na Constituição Federal, enquanto valores e garantias do homem e da sociedade, servem também para impedir restrições ou omissões do Poder Público, com o fim último de atender às exigências da dignidade humana.

Para Bobbio mesmo o direito positivado pode ser construído, não sendo estanque, comportando ampliação e criação de novos direitos, como segue:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (2004, p.13)

A Constituição Federal de 1988 surge num cenário de necessidades sociais significativas apresentando em seu texto uma promessa de atendimento do mínimo existencial do cidadão e da quebra da desigualdade social.

Os princípios da legalidade, separação de poderes e supremacia da Constituição não são suficientes para a concretização do Estado Democrático de Direito, mas sim, caso verificado o respeito aos direitos fundamentais e sua efetivação. Para tanto, necessário o respeito, de igual forma, à soberania popular.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Sobre as dimensões dos direitos fundamentais ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53-66.

Dois critérios são distintos, mas indispensáveis ao Estado Democrático de Direito: a verificação ética-jurídica, consubstanciada na legalidade; e, a verificação ética-política, consubstanciada na vinculação da legitimidade, para concretizar valores democráticos e direitos fundamentais, sobretudo, a dignidade humana (MOREIRA NETO, 2001, p. 05).

O respeito aos princípios constitucionais e o atendimento aos direitos fundamentais qualifica o Estado Democrático de Direito, dotando o exercício dos Poderes Públicos de racionalidade, e, por consequência, de legitimidade, ante o atendimento das reais necessidades sociais.

O Estado Democrático de Direito requer a construção de um pensamento hermenêutico constitucional que garanta a coexistência dos valores, dos princípios e das normas estritas em conflito, hierarquizadas de forma a possibilitar a concordância sistemática dos mais relevantes e nobres vetores do ordenamento – os princípios fundamentais¹⁹¹.

A maneira de sustentar a legitimidade do Estado Democrático de Direito é na efetividade, eficiência e eficácia dos valores que estatui no pacto social que realiza – Constituição Federal – normativamente, com coerência aos princípios, valores e

¹⁹¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 177. Ainda, estruturando a idéia, refere FREITAS que “interpretar é bem hierarquizar, estabelecendo o menor sacrifício possível em face das exigências de proporcionalidade, que não estatui só adequação meio-fim, mas proíbe que um valor ou princípio se imponha às expensas da supressão de outro. Somente as regras, quando antinômicas, é que, parcial ou totalmente, podem se excluir, mesmo que também aqui não se constate simples lógica formal de disjunção ou do ‘tudo-ou-nada’”. Nessa perspectiva está ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 92, lecionando que os princípios possuem uma dimensão de peso e não apresentam situações pré-determinadas como ocorrem com as regras, onde necessária a subsunção dos fatos à regra normativa; bem como, que as regras são determinações que não podem e não devem ser ponderadas, pois, estipulam obrigações definitivas, já que não superáveis por outras normas, vigorando a idéia da validade ou não para solução do caso concreto. Essa é também a posição de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1123, “Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáctica e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica”. Posição contrária: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 50, “Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso”.

perspectivas dos direitos fundamentais que garante.

Assim, impõe-se não flexibilizar direitos fundamentais, nas palavras de Bobbio:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. (2004, p.93)

No momento que a Constituição Federal estatui como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, na forma do art. 3º, inciso IV, há que se adotar uma postura substancialmente constitucional na interpretação legislativa com olhos no interesse maior que é o bem comum.

A emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, imprime à moradia *status* de direito social, passando ao Estado o dever de adoção de medidas apropriadas que assegurem a consecução do direito à moradia adequada. Não há dúvidas de que não basta uma democracia formal, correspondente ao modelo político representativo que resulte em decisões expressadas livremente, sem outro limite que não a validade das mesmas por traduzir a vontade da maioria dos seus membros.

A substancialidade referida na Constituição, quanto à democracia, à igualdade, aos direitos fundamentais, passa a ser o “*topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico” (STRECK, 2004, p. 245).

A incidência do poder discricionário do julgador, que se traduz na liberdade de este escolher normas que auxiliam a tomada de decisão formulada com fundamento no sistema jurídico, com vistas a alcançar um resultado equitativo, justo e razoável às circunstâncias que a situação concreta apresenta.

Segundo Carbonell, o neoconstitucionalismo trabalha a integração do texto constitucional com as teorias constitucionais e modelos judiciais, relacionando o constitucionalismo com a democracia e a organização política. Reporta que o ordenamento jurídico posto por uma Constituição acaba por engessar a lei, a doutrina e jurisprudência. Como alternativa, o neoconstitucionalismo busca analisar de forma sistêmica as características do Estado Constitucional de Direito, interpretando as

transformações impostas pela constitucionalização do ordenamento jurídico na interpretação do direito.¹⁹²

Para Carbonell, os direitos fundamentais e direitos sociais devem nortear as políticas públicas, devendo restar implementado um sistema de controle com amplo acesso a informação para que o poder do Estado sofra um controle e que se viabilize a punição através de consequências jurídicas, impedindo o retrocesso social; trazendo a constituição no cerne do ordenamento jurídico, servindo como norte para o ordenamento infraconstitucional.¹⁹³

Como refere Ohlweiler, “não se pode olvidar, há grande preocupação metodológica em dotar a ponderação de um contorno de racionalidade, a fim de salvaguardar certa segurança para o sistema jurídico.”¹⁹⁴, especialmente pelo fato de que o processo ponderativo remete, inicialmente, para a análise da problemática no campo das possibilidades fáticas do caso concreto que se submete ao exame da adequação e necessidade. Consequentemente, insere-se no campo das possibilidades jurídicas apreciáveis ao caso concreto em que se insere conteúdo axiológico resultante da expressão normativa dos princípios constitucionais que protegem bens e interesses.

Por essa razão é necessário que restem atendidos os requisitos dogmáticos da ponderação, os quais são: a) exame do caso concreto para a identificação dos princípios que estão em jogo e se há conflito entre eles; b) atribuição de peso ou importância a cada um dos princípios, bens, interesses ou valores em conflito, levando em consideração as circunstâncias do caso; c) decisão de prevalência conforme critério que informa que, “quanto maior o grau de prejuízo a um dos princípios, maior deve ser a importância do cumprimento de seu contrário”, e a simultânea elaboração da “lei de ponderação”¹⁹⁵.

Não se configura premente qualquer alteração legislativa, em especial quando às disposições do Código Civil no que se refere aos atributos dos bens públicos. No

¹⁹² CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003. p.26.

¹⁹³ CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 37.

¹⁹⁴ OHLWEILER, Leonel. **A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica**. p. 182.

¹⁹⁵ OHLWEILER, Leonel. **A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica**. Ohlweiler desenvolve a explicação desses requisitos segundo matriz do entendimento de SANTIAGO, José M^a Rodrigues de. La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo. p. 182-187.

mesmo sentido não se vislumbra qualquer possibilidade de alteração da disposição constitucional que impossibilita a aquisição da propriedade de bens públicos através da prescrição aquisitiva (usucapião). A recente Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, ao tratar da regularização fundiária urbana e rural e ao instituir mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, trouxe a possibilidade de aplicação da regularização fundiária aos bens públicos.

A complexidade das relações sociais na atualidade requer soluções concretas, com a resposta correta para o caso concreto que se apresenta em análise. Para tanto, esta resposta não está preconcebida em textos abstratos e com fórmulas gerais prontas para simples aplicação subsuntiva, como parte da orientação dogmática da teoria geral do direito, pela qual o fato jurídico é um acontecimento dado por relevante no meio social. E é dessa relevância, descrita pelo Direito, que decorre que toda vez que ocorra o suporte fático incida a regra, determinando os efeitos jurídicos consubstanciados no preceito tido como parte dispositiva, ou “*consequência da regra jurídica*”¹⁹⁶.

Diante da expressa vedação legal e constitucional de aquisição da propriedade de bens públicos através do instituto da usucapião; da hermenêutica constitucional decorre que a regularização fundiária de bens públicos poderá apresentar-se como solução no que se refere a garantia do direito fundamental a moradia e da dignidade da pessoa humana, cumprindo-se a disposição constitucional de que a propriedade cumpra sua função social.

¹⁹⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 320.

CAPÍTULO 3

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE BENS PÚBLICOS

Não podemos esquecer que a colonização do território brasileiro ocorreu através do regime das sesmarias e capitanias hereditárias, onde, na análise de José de Souza Martins¹⁹⁷ o escravo era tratado como equivalente do capital, capitalizando-se a renda no trabalhador e não na terra. Com a Lei de Terras ocorre a mudança do entendimento da posse a título de sesmarias sendo reconhecida as posses, formando latifúndios com aval do Estado.

Decorre da previsão constitucional que mesmo os imóveis não destinados a uma utilização específica de uso público são propriedades do poder público, concentrando-se o presente estudo nas terras devoluta, e como referido, a Lei 601/1850 – Lei de Terras¹⁹⁸ – demarca o encerramento da fase colonial, do sistema de sesmarias e distribuição de terras.

3.1 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA INERENTE OS BEM PÚBLICOS

A Lei de Terras traz o delineamento inicial do que veio a ser consolidado como terras de domínio público e terras de domínio particular. Ao dispor sobre as terras devolutas do império, impõe a vedação de aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse a compra. O artigo 2º do referido dispositivo legal refere que os que se apossarem de terras devolutas e nelas derrubarem matos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias e imposição de multa. Também o artigo 3º da Lei de Terras esclarece o que são terras devolutas que não se acharem aplicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal; as que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial; e, as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem

¹⁹⁷ MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra. Ciências Humanas**, São Paulo, p. 15, 1979

¹⁹⁸ BRASIL. **LEI No 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

legitimadas por esta Lei¹⁹⁹.

A Lei de Terras já reconhece com os contornos legais da época a ocupação mansa, pacífica e para fins de moradia e subsistência, como disposto no artigo 5º impondo a revalidação das sesmarias ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual

¹⁹⁹ BRASIL. **LEI No 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850.** Lei de Terras Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm. Acesso em: 01 abr. 2021. Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente.

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes.

Paragrapho unico. Os Juizes de Direito nas correições que fizerem na forma das leis e regulamentos, investigarão se as autoridades a quem compete o conhecimento destes delictos põem todo o cuidado em processal-os o punil-os, e farão effectiva a sua responsabilidade, impondo no caso de simples negligencia a multa de 50\$ a 200\$000.

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:

§ 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.

§ 2º As posses em circumstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em commissio ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indemnização pelas bemfeitorias.

Exceptua-se desta regra o caso do verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros; 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos; 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 annos.

§ 3º Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se tambem posseiro para entrar em rateio igual com elles.

§ 4º Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrario.

do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou do quem os represente.

O Decreto 1.318/1854²⁰⁰ determina a obrigatoriedade do registro das terras possuídas, fixando prazos para atendimento das determinações legais. Assim, todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou posse, foram obrigados a registrar as terras, cuja conferência das declarações ficava a cargo do Vigário de cada uma das Freguesias do Império. Decorre que todas as terras que não fossem objeto das declarações destinadas a futuro assentamento seriam tidas como devolutas, sendo devolvidas ao Império do Brasil; e, com a Proclamação da República passam a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As terras denominadas de devolutas são de domínio público mas não se acham destinadas ao atendimento dos fins específicos da inerentes à atividade administrativa exercida pelo Poder Público. O Decreto Lei 9.760/46²⁰¹ dispõe sobre os imóveis da União, conceituando em seu artigo 5º que são devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprios nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal, reiterando que as mesmas não se incorporam ao domínio privado.

Importante referir de o citado diploma legal, em seu artigo 5º, reconhece a possibilidade incorporação de terras ao domínio privado: a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais; b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implícitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada; e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa fé, por termo superior a 20 (vinte) anos; f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa fé; g) por força de sentença declaratória proferida nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de Novembro de 1937. Contudo o parágrafo

²⁰⁰ BRASIL. **Decreto nº 1.318 de 18 de setembro de 1850.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm. Acesso em: 24 mar. 2021

²⁰¹ BRASIL. **Decreto nº 9.760 de 05 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm. Acesso em: 24 mar. 2021

único o referido artigo determina que a posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto.

Assim, no Regime Colonial, as terras pertencem à Coroa Portuguesa sendo distribuídas através de capitanias hereditárias e sesmarias, contudo sempre atreladas ao uso produtivo da terras. Com a Lei de Terras surge a legitimação da posse e posteriormente a necessidade de realização de um registro de terras, onde o responsável pela validação das declarações era o Vigário.

Coletadas as declarações, o registro declaratório traça a linha divisória entre bens de domínio particular e bens de domínio público. A Lei 1.237/1864²⁰², cria a transcrição das declarações na forma de registro de imóveis, registro geral, sendo o embrião do registro de propriedade no Brasil, seu objetivo era facilitar o crédito e disciplinar a transmissão de bens inter vivos, viabilizando a inscrição de hipoteca.²⁰³ O Decreto 955 A/1890²⁰⁴, adota o sistema Torrens para registro e transmissão de imóveis, o que propiciou segurança nos registros e viabilizou a legalização da propriedade.

O Código Civil de 1916, Lei 3.071/1916²⁰⁵ passa no artigo 530 a exigir para aquisição da propriedade imóvel a devida transcrição do título hábil no registro de imóveis, delineando sua função. O Dec 22.785/1933²⁰⁶ em seu artigo 2º refere expressamente que os bens públicos, seja qual for sua natureza, não são sujeitos a usucapião.

O Decreto Lei 271 de 28 de fevereiro de 1967²⁰⁷ dispõe sobre os loteamentos

²⁰² BRASIL. **Lei 1.237 de 24 de setembro de 1864.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²⁰³ SMITH, Roberto. **A propriedade de terras e transição: estudo sobre a formação da propriedade privada e transição para o capitalismo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1990. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1392044353_ARQUIVO_anpuh2014_pedro_parga.pdf. Acesso em 20 Set 2021

²⁰⁴ BRASIL. **Decreto nº 955 de 05 de novembro de 1890.** Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=955-A&ano=1890&ato=f350TPn5kerpWT547>. Acesso em: 24 mar. 2021.

²⁰⁵ BRASIL. **Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil Brasileiro Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto Lei nº 22.785 de 31 de maio de 1933.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22785-31-maio-1933-505782-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 mar. 2021

²⁰⁷ BRASIL. **Decreto Lei nº 271 de 28 de fevereiro de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0271.htm. Acesso em: 24 mar. 2021

urbanos e no art. 7º institui a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

O Decreto Lei 1000/ 1969²⁰⁸ dispôs sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo código civil. Assim, em substituição ao disposto, a Lei 6015/73²⁰⁹ tratou da consolidação dos regramentos relativos ao Registro de Imóveis²¹⁰.

A Lei 6.383/1976²¹¹ dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da união, onde comissões especiais deveriam identificar o perímetro e elaborar memorial descritivo das áreas, apontando indicação de registro de transcrição, rol de ocupações conhecidas com esboço da gleba e levantamento aerofotogramétrico, sendo que ao final dos trabalhos seria procedido o registro em nome da União das terras devolutas, com especial ênfase Às terras indispensáveis à segurança nacional e legitimação de posse de terras públicas produtivas, nos termos dos artigos 28 e 29, como segue:

Art. 28 - Sempre que se apurar, através de pesquisa nos registros públicos, a inexistência de domínio particular em áreas rurais declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, a União, desde logo, as arrecadará mediante ato do presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, do qual constará:

I - a circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel, conforme o critério adotado pela legislação local;

II - a eventual denominação, as características e confrontações do imóvel.

Art. 29 - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I - não seja proprietário de imóvel rural;

²⁰⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.000 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1000.htm. Acesso em: 24 mar. 2021

²⁰⁹ BRASIL. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Lei dos Registros Públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹⁰ PAIVA, João Pedro Lamana, **I Curso Em Direito Imobiliário Registral Aplicado Aos Bens Públicos**, 2014. Fonte <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento/patrimonio-da-uniao/programa-de-modernizacao/linha-do-tempo/arquivos-e-publicacoes/historia-do-sistema-registral-brasileiro.pdf>. Acesso em : 12 maio 2021.

²¹¹ BRASIL. **Lei 6.383 de 07 de dezembro de 1976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6383.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

§ 1º - A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

§ 2º - Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.

§ 3º - A Licença de Ocupação será intransferível inter vivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.

Surge na legislação vigente, após a vigência da Lei de Registros Públicos, a possibilidade de legitimar a posse de bens públicos mediante o fornecimento de Licença de Ocupação por prazo não inferior a 4 anos; e o mais importante, reconhecimento do direito de aquisição do lote pelo valor histórico da terra nua mediante comprovação da morada permanente e efetiva utilização da terra de forma produtiva.

Tratando de tema referente aos bens público, cumpre ainda reportar a Lei 8629/1993²¹² que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária e a Lei 9.636/1998²¹³ que disciplina a a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

A Medida Provisória 2.220 de 04 de setembro de de 2001²¹⁴ disciplina o § 1º do art. 183 da CF/88 quanto a concessão de uso especial, delimitando o lapso temporal para aquisição do direito e demais critérios como a dimensão da área e possibilidade de fracionamento em caso de diversos possuidores.

A Lei 11.481 de 31 de maio de 2007²¹⁵ altera a Lei 9636/1998 regulamentado a concessão de uso especial para fins de moradia passando a usar como referência os requisitos legais da Medida Provisória 2.220/2001.

²¹² BRASIL. **Lei 8.629 de 25 de fevereiro de 1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹³ BRASIL. **Lei 9.636 de 31 de maio de 2007.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9636.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹⁴ BRASIL. **Medida Provisória 2.220 de 4 de setembro de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹⁵ BRASIL. **Lei 11.481 de 31 de maio de 2007.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

Mais recente, a Lei 1.1952 de 25 de junho de 2009 trata da regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, no que se refere a necessidade de licitação para concessão e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 referente ao registro público dos lotes objeto de regularização fundiária; e dá outras providências.

A Lei 11.977 de 07 de julho de 2009²¹⁶, programa minha casa minha vida abordava a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; porém os artigos restaram revogados pela atual Lei 13.465 de 11 de julho de 2017²¹⁷, que trata da regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

3.2 A USUCAPIÃO E OS MECANISMOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PARA TUTELA DE DIREITOS E INTERESSES LEGÍTIMOS.

A visão patrimonialista, associada ao poder e riqueza foi aos poucos sendo alterada, em especial no Brasil a usucapião constitui-se como forma de efetivar a função social da propriedade.

Como já referido, o artigo 5º da Lei 601/1850 reconheceu aos possuidores a possibilidade de apresentarem declaração e adquirirem direito a posse de terras devolutas com posterior possibilidade de aquisição, desde que cultivadas e destinadas à moradia.

O artigo 125 da Constituição Federal de 1934 já demonstrava preocupação com a questão social e disciplinava o instituto do usucapião, especialmente assegurando proteção ao produtor rural, o que também se verificou no artigo 148 da Constituição Federal de 1937; porém a matéria fora disciplinada pelo Dec-Lei 710/1938 que expressamente vedava a aquisição da propriedade incidente sobre bens públicos. Por

²¹⁶ BRASIL. **Lei 11.977 de 07 de julho de 2009**. Programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹⁷ BRASIL. **Lei 13.465 de 11 de julho de 2017**. Lei de Regularização Fundiária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

sua vez a Constituição Federal de 1946 manteve o mesmo tratamento apenas elevando a área a ser usucapienda.

A Constituição de 1967 deixou a disciplina da matéria referente a usucapião à Lei 4.504/1964 – Estatuto da Terra, que tratava do usucapião pro labore. Por sua vez a Constituição de 1988, constituição cidadão inovou com a apresentação da usucapião urbana e aprimorou o instituto, o que restou reconhecido pelo legislador por força do Código Civil de 2002, Lei 10.406/2002 que reduziu os tempos de posse exigidos e introduziu consideráveis alterações ao instituto.

O ordenamento jurídico brasileiro já viabilizou a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais, tratando-se de entendimento jurisprudencial dominante, desde que a posse fosse mansa, pacífica e não contestada por no mínimo 40 anos; possibilidade rechaçada pelo Dec 22.785/1933, marco legal da vedação a possibilidade de usucapir qualquer tipo de bem público. O tema foi objeto da súmula 340 do STF (13/12/1963)²¹⁸ cujo enunciado refere que desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

A Constituição Federal de 1988 no § 3º do art. 183²¹⁹ disciplina que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, reiterando entendimento no termos do parágrafo único ao artigo 191²²⁰, no sentido de que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Resta imposto que diante da vedação constitucional, civil e jurisprudencial a

²¹⁸ BRASIL. **Sumula 240 STF**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false>. Acesso em 23 Fev.2021 Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

²¹⁹ BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020: art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Regulamento) § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

²²⁰ BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020 Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

impossibilidade jurídica da aquisição de bens públicos através da usucapião, tendo os tribunais entendido que o pedido torna-se inviável quando a área usucapienda é de domínio público, em homenagem aos princípios administrativos de indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Não se pode afastar a necessidade de assegurar moradia digna aos habitantes das cidades, surgindo a denominada urbanização não planejada e os loteamentos irregulares, ocorrendo, muitas vezes, áreas públicas, impondo ao poder público o enfrentamento da questão sob a ótica constitucional.

Nos interessa a questão a irregularidade fundiária dominial, quando o possuidor passa a ocupar terra pública, muitas vezes formando bairros com grande aglutinação de famílias, que constroem suas moradias e chegam a promover a urbanização também irregular da área.

Configura-se o conflito quando a constituição impõe que a propriedade cumpra sua função social e ao mesmo tempo veda a aquisição da propriedade pela usucapião de bens públicos. O processo urbanização não pode negar a existência dos assentamentos irregulares existentes nas cidades, impedindo a intervenção do poder público para regularização e urbanização adequadas ao desenvolvimento das cidades.

Mesmo diante do impedimento legal da usucapião de bens públicos, persiste a necessidade de intervenção do poder público quando da existência de ocupações irregulares, atendo aos princípios constitucionais, pelo que a Lei 11.977/2009 que em seu artigo 46 disciplina: “ . A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Ainda os institutos da usucapião e da concessão de uso especial para fins de moradia, embora similares, não se confundem. A legislação específica poderá determinar critérios para a outorga da concessão de uso especial, em especial quando deferida na esfera administrativa, podendo ser exigida contraprestação (pagamento) pela regularização fundiária, ao passo que a usucapião, em qualquer de suas formas decorre do decurso do lapso temporal. Outra distinção importante é que na usucapião

o possuidor, preenchidos os requisitos adquire a propriedade plena, e a concessão de uso especial para fins de moradia, embora configurada como direito real, passível de registro imobiliário poderá ser revogada em caso de descumprimento dos requisitos que deferem o direito, em especial a destinação específica de moradia.

Assim, a implementação de políticas públicas de urbanização é dever da União, Estados e Municípios, realizando a denominada gestão do espaço urbano, assegurando moradia digna à todos, pelo que deve restar assegurado uma melhoria contínua, vedando o retrocesso social.

Restou assegurado a aquisição da propriedade no texto constitucional, com importante evolução ao reduzir os prazos para a prescrição aquisitiva, porém não ocorreu evolução no que se refere a proteção dispensada aos bens públicos, mesmo que abandonados, pelo que a regularização fundiária de interesse social apresenta-se como meio para assegurar o direito à moradia digna.

Não basta a regularização fundiária por interesse social, também é necessário atenção às questões urbanísticas e ambientais para que o poder público compra com sua função de promover o ordenamento territorial através de planejamento e controle da ocupação do parcelamento do solo urbano.

3.3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO ELEMENTO DE PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DO PROBLEMA SOCIAL DE OCUPAÇÃO DE BENS PÚBLICOS PELA POPULAÇÃO BEIRA-TRILHO NA CIDADE DE PASSO FUNDO – RS

A necessidade de moradia faz com que os mais necessitados utilizem-se de espaços não utilizados urbanisticamente para edificarem sua moradia, como ocorreu no caso que fomentou o presente estudo. Assim, o cidadão edifica sua moradia de forma simples passando a ser detentor da posse precária; e também outros passam a edificar, constituindo até mesmo bairros dentro de um determinado município, como é o caso do Bairro Santo Expedito em Passo Fundo – RS, onde além das moradias das famílias, existem pequenos comércios e uma urbanização não supervisionada pelo poder público.

A Constituição Federal ao elevar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental elege a função social da propriedade como elemento para busca de uma

sociedade livre, justa e solidária, estabelecendo ainda que a propriedade para cumprir sua função social deve ainda atender as necessidades indispensáveis ao ordenamento das cidades. Assim, a função social da propriedade passa a ordenar a interpretação dos dispositivos legais relativos a propriedade, seja pública ou privada.

A população brasileira tornou-se essencialmente urbana, favorecendo, em decorrência das desigualdades sociais as ocupações irregulares e a edificação sobre bens públicos, como forma de acesso à moradia.

Incontestável que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais possuem aplicação imediata; assim, o princípio da função social da propriedade, associado ao da dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia asseguram a aplicação da regularização fundiária urbana como forma de solução ao conflito social de ocupação de áreas públicas, em especial as devolutas.

A regularização fundiária não se destina apenas a garantir a propriedade, mas também contribui para a qualidade de vida daquele grupo de pessoas, fomenta investimentos, viabiliza o crescimento supervisionado, com atenção às questões ambientais e ao plano diretor.

Estabelece o Estatuto da Cidade, que o desenvolvimento das cidades deve atender para sua função social, ou seja a função social da cidade, garantindo cidades sustentáveis, o que inclui moradia digna, com infraestrutura saneamento e serviços públicos de qualidade.

Como já demonstrado os bens públicos não podem ser usucapidos; porém não se pode negar que muitos dos referidos bens ficam abandonados, não lhes sendo atribuída devida destinação, facilitando a ocupação por famílias de baixa renda desprovidas de moradia, pelo que cabe ao administrador público uma solução que atenda os preceitos constitucionais, viabilizando a manutenção das famílias onde edificaram suas casas; e, porque não viabilizar a regularização da posse.

Surge a possibilidade de regularizar o direito de habitação através da concessão do direito real de uso aos ocupantes de áreas públicas, assegurando-lhes moradia digna ainda que exercendo posse a título precário, o que viabiliza a fiscalização por parte do poder público destinada a adequada urbanização.

Mostra-se necessário a evolução do direito de propriedade no que se refere a

questão da possibilidade de se usucapir bens públicos, quando abandonados, ou seja, tratando-se de bens dominicais, não afetados; porém enquanto o direito não acompanha a realidade social, espera-se o mínimo de vontade política e administrativa para implementar programas de regularização das áreas ocupadas por famílias que edificaram suas residências e necessitam de proteção para manterem-se dignamente, fazendo com que a propriedade cumpra sua função social.

O conflito entre a imprescritibilidade, princípio inerente aos bens públicos e a função social da propriedade é evidente, restando viável a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia, que não chegam a transferir o domínio. Assim, a regularização atribui direito pessoal incidente sobre o bem público.

A Medida Provisória nº 2220/2001 dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do artigo 183 da CF, estabelecendo que “ Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.”. Observe que se trata de instrumento de regularização fundiária para fins de interesse social com limitação temporal, pois exige que a posse ou ocupação, dentre outros requisitos, deva ser de no mínimo cinco anos até 30 de junho de 2001.

Importante frisar que regularização fundiária não se limita a simples regularização da propriedade, mas também envolve questões urbanísticas, prestação de serviços por parte do ente público como fornecimento de água, luz e transporte, entre outros tantos, de forma a garantir o direito à moradia de forma digna.

Para a efetivação de um programa de regularização fundiária urbana serão envolvidos os entes públicos Municipais, Estaduais e Federais, além do Poder Judiciário com participação do Ministério Público, viabilizando uma avaliação prévia das múltiplas questões envolvidas, na busca da efetivação dos direitos fundamentais dos envolvidos, o que depende de vontade política e administrativa.

Importa centralizar o estudo na questão legal da imprescritibilidade dos bens

públicos e conflito com a questão social agregada a ocupação de áreas públicas, mesmo que devolutas, exigindo a adequada ponderação para solução do conflito. Não se pode na busca de assegurar direitos fundamentais negar aplicabilidade a disposições constitucionais e legais, sob pena de afrontar a segurança jurídica.

Outra questão que toma relevância quando se fala de regularização fundiária é a questão ambiental, uma vez que muitas das áreas ocupadas envolvidas requerem proteção ambiental, o que não é diferente quando se trata de áreas próximas aos trilhos, por onde é escoada os mais variados produtos, industrializados ou não. Assim, o tema envolve garantia ao direito à moradia e vida digna, desenvolvimento sustentável das cidades, proteção ao meio ambiente ecologicamente sustentável sem negligenciar a questão da segurança jurídica.

Diante da inexistência de um procedimento específico disciplinado, compete ao ente administrativo envolvido ou ao poder judiciário, quando da judicialização do tema, procederem minuciosa análise das questões ambientais, urbanísticas e ecológicas para determinar no caso específico qual o procedimento a ser adotado.

Para a regularização fundiária de terras públicas é necessário enfrentar a questão das terras devolutas e a forma de titulação, o que envolve a regularização da posse através de ato administrativo. Para viabilizar qualquer busca pela regularização das áreas públicas ocupadas é necessário a desafetação por força de lei.

Diante da expressa vedação constitucional e legal é inaplicável a prescrição aquisitiva sobre bens públicos, impossibilitando que a área pública venha a ser usucapida, restando a possibilidade de concessão de uso especial par fins de moradia, viabilizando a legitimação de posse de terras públicas através da regularização fundiária de interesse social, inclusive com possibilidade de averbação junto ao Registro de Imóveis, o que se dará mediante previsão legal através de outorga administrativa ou por decisão judicial.

Passa a regularização fundiária a ocupar papel de destaque, como elemento de ponderação para viabilizar a efetivação da função social da propriedade, através de política urbana de inclusão social, assegurando o direito fundamental à moradia e a dignidade da pessoa humana, em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A regularização fundiária passa a ser instrumento de inclusão social, através

de políticas públicas, lastreado no princípio da função social da propriedade, para garantir às pessoas ocupantes²²¹ de áreas públicas o direito à moradia e a cidades sustentáveis.

A regularização fundiária urbana abrange medidas jurídicas destinadas a regularização e incorporação de núcleos habitacionais urbanos, constituídos de forma irregular, mas de conhecimento do poder público, em áreas urbanas, muitas vezes se tratando de bens públicos, onde com o passar dos anos de forma informal constituem-se verdadeiros loteamentos e/ou bairros dentro de uma cidade, o que não pode ficar sem a devida intervenção do poder público.

A regularização das áreas ocupadas representa efetivo interesse da administração pública, envolvendo a prestação adequada de serviços básicos como água e saneamento, buscando a sustentabilidade, seja econômica, social ou ambiental, propiciando a ocupação e uso eficiente do solo.

Observa-se que a Lei 13.465/2017 ao tratar do REURB (regularização fundiária

²²¹ BRASIL. **Lei 13.465 de 11 de julho de 2017**. Lei de Regularização Fundiária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.: Art. 11. Para fins desta Lei, consideram-se:

I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;

II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;

III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

IV - demarcação urbanística: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município;

V - Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos;

VI - legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse;

VII - legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb;

VIII - ocupante: aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais.

urbana) traça como objetivos dentre outros a resolução de conflitos, garantia do direito social à moradia, efetivação da função social da propriedade e o desenvolvimento das funções sócias das cidades garantindo o bem-estar de seus habitantes²²².

Duas são as modalidades de REURB previstas, a regularização fundiária urbana de interesse social (REURB-S) e a regularização fundiária urbana de interesse específico²²³. O presente estudo ajusta-se a regularização fundiária urbana de interesse social, que se aplica aos núcleos habitacionais urbanos informais, predominantemente ocupados por população de baixa renda, para que as famílias passem a deter a regularização de seus lotes, o que asseguram uma vida digna, não sujeita a insegurança de uma reintegração de posse ou impossibilidade de integral exercício do direito de propriedade.

Assim, a legitimação fundiária passa a ser uma forma originária de aquisição do direito real de propriedade, conferida pelo poder público ou pelo poder judiciário, constituindo-se de instrumento formal para reconhecimento da posse de imóvel,

²²² BRASIL. **Lei 13.465 de 11 de julho de 2017**. Lei de Regularização Fundiária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 10. Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

- I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;
- II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;
- III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;
- IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;
- V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;
- VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;
- VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;
- VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;
- IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;
- X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;
- XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;
- XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

²²³ BRASIL. **Lei 13.465 de 11 de julho de 2017**. Lei de Regularização Fundiária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.: Art. 13. A Reurb compreende duas modalidades:

- I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e
- II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo.

mesmo que público, para fins de regularização fundiária. Para viabilizar a execução da regularização fundiária é necessário a intervenção do poder público para fornecimento da Certidão de Regularização Fundiária, ato administrativo que deverá conter entre outros elementos, no mínimo, o nome do núcleo urbano a ser regularizado, sua localização, o cronograma das obras e serviços, a localização e dimensões de cada unidade com indicação numérica, a identificação do possuidor e ocupantes de cada unidade, o tempo de ocupação e forma de aquisição.

A Lei 13.465 de 11 de julho de 2017 dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e ao tratar da regularização fundiária urbana delimita que a REURB promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016, pelo que não soluciona o problema jurídico proposto.

Muitos Municípios adotaram legislações próprias para regularização fundiária de áreas públicas urbanas, assim por força da Lei 13.465/2017, serão legitimados a promoverem a regularização fundiária, nos termos da lei, a União, o Distrito Federal, os Municípios, os representantes de cooperativas habitacionais, os representantes de associações habitacionais, associações civis, os possuidores de imóveis, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Ocorre que a situação problema objeto do presente estudo se refere a situações não abrangidas pelo lapso temporal previsto na Lei 13.465/2017 ou nas legislações específicas de eventualmente existentes em cada Estado ou Município, onde resta ainda o emprego de diversos institutos como segue:

Art. 15. Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos:
I - a legitimação fundiária e a legitimação de posse, nos termos desta Lei;
II - a usucapião, nos termos dos arts. 1.238 a 1.244 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dos arts. 9º a 14 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e do art. 216-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 ;
III - a desapropriação em favor dos possuidores, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
IV - a arrecadação de bem vago, nos termos do art. 1.276 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) ;
V - o consórcio imobiliário, nos termos do art. 46 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 ;

- VI - a desapropriação por interesse social, nos termos do inciso IV do art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962;
- VII - o direito de preempção, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VIII - a transferência do direito de construir, nos termos do inciso III do art. 35 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 ;
- IX - a requisição, em caso de perigo público iminente, nos termos do § 3º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) ;
- X - a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 ;
- XI - a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor, nos termos da alínea f do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ;
- XII - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XIII - a concessão de direito real de uso;
- XIV - a doação; e
- XV - a compra e venda.

O presente estudo tem por objeto a questão de imóveis ocupados por longa data, onde restaram constituídos bairros, com diversas habitações, onde residem inúmeras famílias, localizados em áreas urbanas pertencentes à União, que por muitos anos negligenciou cuidados, abandonando referidas áreas sem destinar qualquer finalidade, e a todo tempo poderá reivindicar a propriedade diante da previsão legal de imprescritibilidade dos bens públicos.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento de que os imóveis pertencentes à extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S.A.) não se submetem à usucapião, como segue:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. USUCAPIÃO. IMÓVEL PERTENCENTE À REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. - RFFSA. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC (LGL\2015\1656). AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A subsistência de fundamento inatacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não conhecimento da pretensão recursal, a teor do entendimento disposto na Súmula no 283/STF. 2. O juízo acerca da produção da prova compete soberanamente às instâncias ordinárias e o seu reexame, na estreita via do recurso especial, encontra óbice Súmula nº 7 do STJ. Precedentes. 3. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em consonância com aquele perfilhado pelo STJ, no sentido de que "aos bens originariamente integrantes do acervo das estradas de ferro incorporadas pela União, à Rede Ferroviária Federal S.A., nos termos da Lei número 3.115, de 16 de março de 1957, aplica-se o disposto no artigo 200 do Decreto-lei número 9.760, de 5 de setembro de 1946, segundo o qual os bens imóveis, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião" (...) (AgInt no REsp 1461329/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 21/9/2016).

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO USUCAPIÃO. BEM DE DOMÍNIO DA UNIÃO. IMÓVEL PERTENCENTE À EXTINTA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A - RFFSA. INSUSCETIBILIDADE DE

USUCAPIÃO.

1. Aos bens originariamente integrantes do acervo das estradas de ferro incorporadas pela União, à Rede Ferroviária Federal S.A., nos termos da Lei nº 3.115/1957, aplica-se o disposto no artigo 200 do Decreto-Lei nº 9.760/1946, segundo o qual os bens imóveis, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião.

2. A autorização outorgada aos autores pela RFFSA para "cessão provisória de imóvel (...) para uso e ocupação em caráter precário e personalíssimo de terreno" não teve o condão de alterar a natureza pública do bem em discussão.

3. Ainda que se admitisse possibilidade de usucapião do imóvel durante o período em que este pertenceu exclusivamente ao patrimônio da extinta RFFSA, não decorreu o lapso temporal suficiente à usucapião (art. 1.238 do Código Civil), não sendo aplicável ao caso o disposto no art. 1.242, §único, do Código Civil.

(TRF-4.^a Reg. - ApCiv 5009824-72.2017.4.04.7009 - 4^a Turma - j. 19/2/2020 – julgado por Vivian Josete Pantaleão Caminha - DJFe 20/2/2020 - Área do Direito: Civil)

Segundo o presente estudo, é inviável buscar sustentar a tese de aplicação da usucapião para aquisição da propriedade de bens públicos, mesmo que tidos como dominicais, sem destinação específica, o que não quer dizer que restam comprometidos os direitos sociais à moradia, da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, devendo o judiciário, quando provocado, apresentar uma solução à questão social envolvida na lide.

A propriedade deve cumprir sua função social, nos termos do inciso XXIII do artigo 5º da CF/88; assim, mesmo em se tratando de bem público, o mesmo não fica imune aos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade.

Para Maria Sylvia Di Pietro:

No que diz respeito aos instrumentos da política urbana previstos no Estatuto da Cidade, não há dúvida de que grande parte deles se aplica aos bens dominicais e, às vezes aos bens de uso comum do povo e aos bens de uso especial. Não se pode esquecer que esse Estatuto tem fundamento constitucional. Assim, embora a competência para adoção das medidas de política urbana seja do Município, ela pode alcançar inclusive bens públicos estaduais e federais, desde que inseridos na área definida pelo plano diretor

224.

Pertencer ao domínio público não afasta a submissão ao princípio da função

²²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade pública**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, nº 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <http://www.Direitodoestado.com.br> >. Acesso em: 28 Març 2021.

social da propriedade, pelo que frente aos outros direitos sociais, como o direito à moradia, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana os bens públicos submetem-se à função social da propriedade dos bens urbanos, e as normas disciplinadoras do crescimento sustentável das cidades, de especial maneira os bens dominicais.

Dentre os institutos que poderão ser empregados para regularização fundiária urbana, nos termos do artigo 15 da Lei 13.465/2017²²⁵, os que melhor se ajustam à solução do problema jurídico proposto são a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia. Importa fazer algumas ponderações sobre os institutos, na busca do que melhor se ajusta ao tema proposto.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novas possibilidades de aquisição do domínio de áreas particulares; bem como, delineou uma política de desenvolvimento urbano onde deve prevalecer a função social da propriedade, devendo assegurar precipuamente o direito à moradia.

O instituto da concessão de direito real de uso foi criado pelo Dec. Nº 271 de 28.08.67²²⁶ servindo para transmissão da posse de bens públicos ou privados, de forma gratuita ou remunerada. O professor Hely Lopes Meirelles²²⁷ conceitua a concessão de direito real de uso como:

²²⁵ BRASIL. **Lei 13.465 de 11 de julho de 2017**. Lei de Regularização Fundiária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 15. Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos:

XII - a concessão de uso especial para fins de moradia;

XIII - a concessão de direito real de uso;

²²⁶ BRASIL. Decreto **Lei nº 271 de 28 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0271.htm. Acesso em: 24 mar. 2021: Art. 7º - É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social. § 1º A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. § 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. § 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no Contrato ou Termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. § 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual, transfere-se por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre as coisas alheias, registrando-se a transferência.

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª Ed., Atualizada, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 485/490.

“contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.”

Ainda, esclarece Carvalho Filho:

“A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso²²⁸.”

Por sua vez, a concessão especial de uso para fins de moradia foi instituída pela Medida Provisória n. 2.220 de 04.09.2001, nos seguintes termos:

Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001: Art. 1º - Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez. § 3º - Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão²²⁹.

A concessão de uso especial para fins de moradia também foi recepcionada pela Lei 11.481 de 31.05.2007 que alterou diversos artigos da Lei 9.636 de 15.05.1998, instituindo o artigo 22-A:

A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001.

§ 1º O direito de que trata o caput deste artigo não se aplica a imóveis funcionais.

§ 2º Os imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são considerados de interesse da defesa nacional para efeito do disposto no inciso III do caput do art. 5º da

²²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28º ed. São Paulo. Atlas 2015.p. 897.

²²⁹ BRASIL. **Medida Provisória 2.220 de 4 de setembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, sem prejuízo do estabelecido no § 1º deste artigo.”

O tema detém muita similaridade com a usucapião, porém a usucapião é gratuita e se implementa com o decurso do lapso temporal aquisitivo, enquanto a concessão especial para fins de moradia tanto pode ser gratuita como onerosa, variando conforme as diretrizes traçadas pela lei que a instituiu.

Assim, não existe óbice a utilização do instituto como instrumento de política urbana buscando a regularização fundiária de bens públicos, quando o interesse maior a ser resguardado é o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, fazendo com que a propriedade cumpra sua função social.

A transferência da posse quando o bem público é ocupado por várias famílias que nele fizeram suas residências por longo período de tempo sem oposição, constituindo bairros de uma cidade impõe a devida identificação dos lotes e o devido registro, o que pode ocorrer pela via administrativa ou judicial.

Quando for necessário a defesa da posse em reintegratória, judicializada, realizados os devidos levantamentos e cadastramento dos detentores da posse com seus respectivos lotes através de sentença declaratória que reconhece a transferência da posse direta de um bem público através da concessão especial de uso para fins de moradia.

Como os direitos sociais a serem resguardados reportam-se à moradia, à dignidade da pessoa humana e à função social da propriedade, deve existir uma demilitação do uso a que se detinha, pelo que mais adequada a opção pela adoção da concessão especial de uso para fins de moradia como forma de solução do conflito em prol do interesse social, sendo da mesma forma que a concessão de uso, real, registrável e resolúvel pelo descumprimento da destinação.

Por força dos artigos 1.225 e seguintes do Código Civil Brasileiro²³⁰, a

²³⁰ BRASIL. Código Civil Brasileiro - **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020. Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;

concessão especial de uso para fins de moradia é direito real e quando incidente sobre bens imóveis podem ser transmitidos, requerendo o devido registro no Cartório de Registro de Imóveis competente²³¹.

Por se tratarem de bens públicos não se presume sua finalidade pública²³², muito menos fica assegurado que cumpram com a sua função social, sendo que a posse revestida de moradia merece proteção, merecendo proteção por parte do Estado.

Frente a expressa vedação constitucional do §3º do artigo 183 da CF/88 e disposição do artigo 102 do Código Civil Brasileiro, a concessão de uso especial para fins de moradia se mostra como solução para os conflitos que envolvam a posse de bens públicos, viabilizado a regularização das ocupações, garantindo que a propriedade cumpra com sua função social, nos termos do artigo 5º, XXIII e 170, III da CF/88.

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

²³¹ BRASIL. **Lei 6.216 de 30 de junho de 1975.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6216.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

7) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família;

²³² BRASIL. Código Civil Brasileiro - **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efetivamente, há na atualidade uma maior demanda de questões sociais a serem atendidas (saúde, educação, habitação, segurança pública, cultura, lazer, meio ambiente) e o Estado é responsável pela implementação de condições – ações – que resultem efetivamente atendidas de forma igualitária – substancial – aos cidadãos. O objetivo e fundamento do Estado Democrático de Direito é garantir a dignidade humana.

A atividade judicante deve atender ao pacto político-social de forma a substancializar a cidadania, a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais e econômicas. A força normativa dos princípios aliada aos direitos e garantias fundamentais, positivados no Estado Democrático de Direito Brasileiro requer o atento exercício da jurisdição constitucional com o objetivo de garantir o atingimento da dignidade humana em prol dos tutelados.

No Estado Democrático de Direito a interpretação das leis materiais deve resultar no atendimento de necessidades coletivas e na promoção e efetivação dos direitos fundamentais, não só sob a observância do princípio da legalidade, como também de todos os princípios constitucionais.

O direito à moradia contribui para erradicação da pobreza, devendo preponderar o interesse social sobre o individual quando a União não destina afetação específica às áreas urbanas que passam a ser ocupadas por famílias carantes, devendo os aplicadores do direito atentarem à função social da propriedade e a proteção dos direitos fundamentais quando do enfrentamento de questões específicas como a que resta apresentada.

As áreas da extinta RFFSA hoje pertencente à União, localizadas em perímetro urbano, abandonadas há muitos anos e ocupadas por famílias que edificaram suas casa onde residem, em decorrência da função social da propriedade e garantia do direito à moradia, reclamam uma atuação efetiva, sem afrontar a impossibilidade de aquisição da propriedade por meio da usucapião com efetiva atuação do Estado no sentido de regularização dos loteamentos irregulares e aporte de urbanização mínima, devendo o interesse social preponderar sobre o interesse da União.

O estudo proposto conduz à conclusão de que não existe óbice a utilização do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, seja através da via administrativa como em casos de judicialização, como instrumento de política urbana buscando a regularização fundiária de bens públicos, quando o interesse maior a ser resguardado é o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, fazendo com que a propriedade cumpra sua função social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra editora: Almedina, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. Disponível em: <http://www.digitalis-dsp.uc.pt>. Acesso em 22. Mar.2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240, p. 1-42, abr./jun., 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Democracia, inclusão social e igualdade**. Quartier Latin. São Paulo. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/53650/5711-Uma-Teoria-do-Direito-Administrativo-Gustavo-Binenbojm-3-edio-2014.pdf>. Acesso em 13 nov.2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2938561/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf. Acesso em 15 Jan 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39519/6939-Paulo-Bonavides-Do-Estado-Liberal-ao-Estado-Social.pdf>. Acesso em 10 nov. 2021.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL, Constituição Federal 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 955 de 05 de novembro de 1890**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=955-A&ano=1890&ato=f350TPn5kerpWT547>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 1.318 de 18 de setembro de 1854**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 7.929 de 18 de fevereiro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7929.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto Lei nº 9.760 de 05 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7929.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto Lei nº 22.785 de 31 de maio de 1933**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22785-31-maio-1933-505782-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto Lei nº 271 de 28 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0271.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto Lei nº 1.000 de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1000.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850**. Lei de Terras Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL, **Lei 1.237 de 24 de setembro de 1864**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil Brasileiro Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Lei dos Registros Públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. . Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 6.216 de 30 de junho de 1975**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6216.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 6.383 de 07 de dezembro de 1976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6383.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 8.629 de 25 de fevereiro de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 9.636 de 15 de maio de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9636.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 10.257 de 10 de junho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL, **Lei 11.481 de 31 de maio de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 11.977 de 07 de julho de 2009**. Programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 13.465 de 11 de julho de 2017**. Lei de Regularização Fundiária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Medida Provisória 2.220 de 4 de setembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, **Sumula 240 STF.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false>. Acesso em 23 Fev.2021.

BRASIL, **STJ.** AgInt no REsp 1461329/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 21/9/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo-visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=>. Acesso em: 19 Fev 2021.

BRASIL, **TRF4ª.** Reg. - ApCiv 5009824-72.2017.4.04.7009 - 4ª Turma - j. 19/2/2020 – julgado por Vivian Josete Pantaleão Caminha - DJFe 20/2/2020 - Área do Direito: Civil. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>. Acesso em 23 Fev 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s).** Madri: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo,** 28º ed São Paulo Atlas 2015.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes.** Disponível em: http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em 12 de mai. 2021

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4977109/mod_resource/content/1/A_afirmacao_historica_dos_direitos_humanos%20%281%29.pdf. Acesso em 7 set. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf. Acesso em: 20 Jun 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 22. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade.** Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade pública.** Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, nº 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em: <http://www.Direitodoestado.com.br> >. Acesso em: 28 Ma. 2021.

DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho Público Y Privado.** apud GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. Las crisis de la democracia constitucional**. Madri: Minima Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una conversación**. Madri: Editorial Trotta, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Natureza jurídica da favela no direito ambiental brasileiro e sua tutela vinculada ao meio ambiente artificial**. Disponível em: <<http://www.fiorillo.com.br/site/conteudo/artigos/artigof3.htm>>. Acesso em: 10 Jan. 2021.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 19ª edição – 2008.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Disponível em: https://www.academia.edu/33976398/Constitui%C3%A7%C3%A3o_Dieter_Grimm_. Acesso em: 07 fev. 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. São Paulo. Atlas. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Editorial Tecnos, 2008.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

JOSSERAND, **De l'Esprit des droits et de leur relativité**. apud LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

JUNIOR, José Cretella. **Dos Atos Administrativos Especiais**. São Paulo: Forense 1998.

JUNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 5.tir 2003.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Fabis.Porto Alegre. 2002

LEAL, Rogério Gesta. **Perfis democrático-procedimentalista da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. Edunisc. Santa Cruz, 1997

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes: um manifesto**. Madrid: Trotta, 2013.

MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra**. *Ciências Humanas*, São Paulo, 1979.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª Ed., Atualizada, São Paulo, Malheiros. 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

MONREAL, Eduardo Nova. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OHLWEILER, Leonel. **A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, anual, 2007.

OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OHLWEILER, Leonel. **A ponderação no regime administrativo brasileiro: análise de uma recepção hermenêutica.** Revista da Ajuris/Associação dos Juizes do RGS, Porto Alegre, 103, p. 171-195, set., 2006.

OST, Fraçois. **Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. DOXA – Cuadernos de Filosofia,** n. 14, Alicante: Espana, 1994.

PAIVA, João Pedro Lamana. **I Curso Em Direito Imobiliário Registral Aplicado Aos Bens Públicos,** 2014. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento/patrimonio-da-uniao/programa-de-modernizacao/linha-do-tempo/arquivos-e-publicacoes/historia-do-sistema-registral-brasileiro.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil.** 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei.** Traduzido por E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** v. I. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39519/6314-Ingo-Wolfgang-Sarlet-Dignidade-da-Pessoa-Humana.pdf>. Acesso em 09 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/53650/6023-INGO-SARLET-A-Eficacia-dos-Direitos-Fundamentais-2012.pdf>. Acesso em 10 Abr. 2021.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Roberto. **A propriedade de terras e transição: estudo sobre a formação da propriedade privada e transição para o capitalismo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1990. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1392044353_ARQUIVO_a_npuh2014_pedroparga.pdf. Acesso em 20 Set 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6321/2019_streck_ciencia_politica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 01 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Disponível em: https://www.academia.edu/6327845/Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional_e_Hermen%C3%AAutica_Perspectivas_e_Possibilidades_de_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_Fundamentais_Sociais_no_Brasil_1_Lenio_Luiz_Streck. Acesso em 01 Ago. 2021.

SUBIRATS, Joan. **Otra sociedade, Outra política? De “no nos representan” a la democracia de lo común.** Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil.** Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=jvDrA9D6vSAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&+. Acesso em 25 ago. 2022.

SANTAMARÍA, Ávila Remiro. **El neoconstitucionalismo transformador el estado y el derecho en la Constitución.** Quito: Abya-Yala, 2011.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11^a ed. 4^a Tiragem. Livraria do Advogado. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** Fundamentos de direito público. 4. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional. Aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica.** Madrid: Réus, 1985.

VIANNA, Luiz Wernnck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2.ed. 2.versão. Porto Alegre: SAFE, 1995.