

CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS DO DISTRITO FEDERAL
DISCUSSÃO E SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

HENRY GALDINO MUNDIM

CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS DO DISTRITO FEDERAL

A SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão
do curso de bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília

Orientadora: Christine Peter

BRASÍLIA

2004

Dedico à minha esposa Nilvia, por tudo aquilo de que nos privamos para a conclusão deste trabalho.

Aos meus filhos Lucas e Gabriela, razões de minha inspiração.

Agradeço a minha orientadora Christine Peter, sem a qual este trabalho não teria sido concluído. Sua noção metodológica foi de extremo valor para este objetivo.

“O homem esquece mais facilmente a morte do pai do que a perda do patrimônio”

(Nicolau Maquiavel)

RESUMO

O tema reveste-se da necessidade de uma prudente análise de um caso em concreto, manifestado pela problemática dos condomínios horizontais do Distrito Federal, grande parte situados em terras públicas. Há décadas sem solução, esta situação ganha proporções preocupantes na medida em que envolvem novas áreas do direito, como o ramo ambiental, o urbanístico e o penal. Surge, então, a possibilidade de um trabalho científico, devidamente instruído com uma pesquisa séria e comprometida, unicamente capaz de esboçar possibilidades para uma solução à luz da legalidade. Neste ensaio, demonstrar-se-á que reside no ramo público do direito, mais precisamente no direito constitucional, a possibilidade de deslinde dessa conturbada situação. Por meio deste estudo de caso, enxerga-se que a solução para o problema dos condomínios irregulares do Distrito Federal passa por uma detida análise sobre a eficácia do direito à moradia e uma inevitável contraposição ao princípio que impõe à administração o poder-dever de alienar bens públicos mediante licitação. Sendo assim, por tratarmos neste estudo da pesquisa e análise da melhor solução para o caso, concluimo-lo com a ponderação entre direitos fundamentais – direito à moradia e necessidade de licitação em se tratando de bens públicos – identificando a possibilidade de alienação direta das terras em questão com a utilização do procedimento licitatório que ofereça a preferência na compra aos atuais ocupantes, certos de que, utilizando tal modelo, não se deixa de considerar o princípio que ordena licitar, apenas ganha maior peso - devido às circunstância do caso – o direito à moradia.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
1. A QUESTÃO DOS CONDOMÍNIOS IRREGULARES DO DISTRITO FEDERAL	12
1.1 Surgimento.....	12
1.2 Aspectos controvertidos na questão.....	13
1.2.1 Abordagem de ordem ambiental, urbanística, criminal, fundiária.....	13
1.2.2 Direito fundamental à moradia.....	20
1.2.3 Princípios a serem considerados na solução da controvérsia.....	21
1.3 Dois pólos da demanda.....	22
2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
2.1 Conceito e evolução histórica.....	27
2.2 Fundamentação dos Direitos Fundamentais.....	31
2.3 Classificação dos direitos fundamentais.....	41
3. FUNDAMENTALIDADE, EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
3.1 A noção de fundamentalidade.....	44
3.2 Eficácia e Efetividade.....	47
4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	60
5. SOLUÇÃO IN CONCRETO	72
5.1 Análise dos Princípios Básicos da Administração Pública e do Princípio da Isonomia.....	73

5.2 Direito à Moradia X Princípio da Necessidade de Licitação..... 85

CONCLUSÃO.....96

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS99

INTRODUÇÃO

O problema abordado no presente trabalho representa a angústia de uma sociedade organizada, aqui dita em todas as suas esferas, na busca de uma solução justa e eficiente para a questão da alienação dos lotes dos condomínios horizontais do Distrito Federal situados em Terras Públicas.

As ocupações de terras públicas e suas respectivas edificações representam um incômodo à paz social e às instituições políticas, vez que, àquela, manifesta-se pela conturbada situação trazida em seu bojo, em especial as implicações ambientais e urbanísticas, enquanto a estas, carregam a necessidade de um tratamento político-social adequado por parte do Estado, a fim de oferecer aos cidadãos envolvidos a garantia da ordem constitucional, principalmente no que tange à eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial o direito à moradia, inserto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

São duas as principais posições - e apenas elas serão desenvolvidas no presente trabalho - deste infindável embate, a saber: a do Ministério Público, que afirma ser indispensável o procedimento licitatório para a alienação das terras ocupadas irregularmente; e a dos cidadãos ocupantes que, se valendo tanto da ausência de políticas públicas destinadas à moradia quanto da garantia de seu direito fundamental garantido constitucionalmente, sustentam a possibilidade de formas alternativas para regularizarem suas propriedades.

Para que se chegue a um consenso, trataremos de situar o leitor na problemática, dando uma breve nota de seu surgimento, para, só então, dessecarmos, na medida do possível, as duas vertentes, na esperança de concluirmos com uma efetiva contribuição teórica capaz de elucidar uma possível tomada de decisão por parte do Estado.

Trata-se de verdadeiro estudo de caso em que todas as premissas teóricas apresentadas foram identificadas a partir dos argumentos e lacunas discutidas na questão posta.

Ora, para discutir os argumentos do Ministério Público, favoráveis à licitação, em contraposição aos argumentos dos cidadãos ocupantes que se firmam no direito à moradia como garantia fundamental e dever do Estado, vai-se aprofundar a análise da dogmática dos direitos fundamentais (conceito, evolução histórica, fundamentação e classificação), como também vai-se investigar a noção de fundamentalidade desse direitos associando as idéias de eficácia e efetividade. Por fim, como não poderia deixar de ser, será apresentada a teoria da colisão de princípios com o objetivo de abordar todos os aspectos dogmáticos necessários para o enfrentamento do problema posto.

Com este estudo de caso pretende-se, dado o elevado grau de comprometimento da sociedade brasiliense no problema apresentado, estimular ainda mais o engajamento das partes por meio de um debate científico e isento de posições ideológicas ausentes de fundamentação suficiente.

1. A QUESTÃO DOS CONDOMÍNIOS IRREGULARES DO DISTRITO FEDERAL

1.1 Surgimento

Para a demonstração cabal do real processo histórico de surgimento dos condomínios, far-se-á transcrições dos fatos apresentados pelas duas vertentes, sempre com o devido cuidado de nos abster de colocações tendenciosas que de nada seriam úteis nesta etapa do estudo.

A ocupação urbana com loteamentos irregulares não é recente no Distrito Federal, e pode ser explicada com a análise do contexto em que surgiu.

Na década de 50, quando da elaboração do Decreto de desapropriação do Quadrilátero do Distrito Federal, as terras, até então insertas no Estado de Goiás, tinham, além do próprio Estado, particulares como detentores de seu domínio, o que implicou a devida indenização para se legitimar o ato de expropriação.

Ocorre que não foi esta a realidade; alguns particulares tiveram suas terras confiscadas sem o pagamento configurando no Planalto Central uma verdadeira celeuma fundiária. Junte-se a isso o fato dos registros cartorários terem sido alvo de correições, inclusive com denúncias de lavratura de escrituras falsas, revelando a fragilidade de seus apontamentos no que

tange à titularidade das terras, tem-se hoje uma situação jurídica quanto à propriedade de difícil compreensão.

Apenas para que se mostre algumas possibilidades, citamos o trabalho realizado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, em seminário sobre o tema: “terras de propriedade do Distrito Federal; terras de propriedade da União; terras de propriedade do DF e de terceiros, em regime comum de propriedade; terras de propriedade da União e de terceiros, em regime comum de propriedade.”¹

Em capítulo oportuno nos determos a este aspecto, entendido apenas como um dos diversos nós a serem desatados para que se chegue a alguma conclusão. No momento, basta o que foi visto para deixar apto o leitor a identificar o surgimento e o agravamento da questão, passando ao estudo dos aspectos controversos da questão.

1.2 Aspectos controvertidos na questão

1.2.1 Abordagem de ordem ambiental, urbanística, criminal, fundiária

Inicia-se esse capítulo com a análise de todos os aspectos envolvidos na questão, desde uma ligeira explicação do surgimento dos condomínios, passando por abordagens de ordem criminal, urbanística e ambiental, enfrentando-o, por derradeiro, sob a ótica do direito constitucional, arrimado no direito fundamental à moradia, certos de que, nesta seara, garimpamos em terreno lindeiro ao da solução deste imbróglio.

¹ OCUPAÇÃO E LEGALIDADE DAS TERRAS DO DF, 1999, Brasília, CLDF. Seminário realizado na Câmara Legislativa do Distrito Federal com a participação de parlamentares, pessoas do povo, membros do Ministério Público e administradores.

Alessandra Elias de Queiroga, no resumo de sua tese de mestrado na Universidade de Brasília – Direito -, escreveu: “A explosão demográfica e o intenso fluxo migratório em direção aos centros urbanos provocaram o crescimento desordenado das cidades, ocasionando diversos problemas ambientais e sociais”.²

Em debate sobre a realidade urbana do Distrito Federal realizado no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a Dr^a Sueli Mara Vaz Guimarães de Araújo expôs:

“Há que se observar que no Distrito Federal, até 1992, não existia qualquer legislação que definisse a possibilidade de parcelamentos de terra serem efetuados por particulares, mesmo que suas glebas de terra estivessem localizadas em áreas urbanas, ou de expansão urbana.

Foi, certamente, na brecha da falta de moradia, ou mesmo pela falta de oferta formal de imóveis pelo poder público, a preços acessíveis a grande parte da coletividade, que os incorporadores clandestinos conseguiram ganhar espaço para a venda de seus empreendimentos e, provavelmente, foi devido a explosão das ocupações clandestinas que este Debate está ocorrendo”.³

E, em seminário urbanístico realizado pelo Ministério Público local, a promotora de justiça do DF, Dr^a Alessandra Elias de Queiroga, ratificando os dados apresentados em seu trabalho de mestrado, apontou como de sua importância para a compreensão das ocupações irregulares os fatos que se seguem:

“1. Desordem institucional do governo local, que criou uma secretaria de assuntos fundiários para tratar de parcelamentos urbanos, onde não estão alocados os

² QUEIROGA, Alessandra Elias de. Concretização do princípio da função social da propriedade em face dos parcelamentos irregulares do solo. 2000. 233 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

³ Um dos diversos debates realizados sobre o tema. Este, no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT em 2001. Participaram promotores de justiça, síndicos de diversos condomínios e profissionais da área ambiental e urbanística.

profissionais com formação técnica e competência para tratar de assuntos urbanísticos e de planejamento urbano;

2. A falta de informações e de orientação oficiais à sociedade, que não sabe o que é passível de regularização ou não; ou melhor, tudo parece ser passível de regularização;
3. A inadmissibilidade pelos órgãos do governo local do procedimento de desconstituição de qualquer condomínio; só se fala em regularização, com a justificativa de que são fatos consumados;
4. O tratamento para regularização, mantendo a situação fática, o que beneficia apenas o loteador, que visa o maior lucro, com a criação do maior número de lotes, em detrimento do condomínio, sem espaços para equipamentos públicos de educação, saúde, segurança e etc, e espaços livres, com prejuízo à qualidade de vida dos condomínios e danos ao meio ambiente;
5. Edição de novas leis que continuam estimulando os loteadores, - período de 1995 a 2000”.⁴

Otto Ribas, arquiteto e presidente do Instituto de Arquitetos do Brasil, à época da publicação de seu artigo na Internet, compartilhava o que chamou de “As lições aprendidas”, dizendo:

“Ao contrário do que se possa pensar, a ocupação urbana com loteamentos irregulares, usualmente denominados ‘condomínios’, não é um problema recente....

Ao longo do tempo várias foram as tentativas de se estabelecer um controle desse processo, considerado atípico no fenômeno da urbanização brasileira....

Com a autonomia política, a partir da década de 1990, o discurso tem sido o da regularização – especialmente tratado como compromisso eleitoral....Ao que parece, a primeira lição a ser aprendida é que o sedutor discurso de regularização não é tão

⁴ Seminário realizado no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios sobre os problemas urbanos do DF.

fácil assim. Existem restrições ambientais, urbanísticas e legais, que não desaparecem da noite para o dia como milagre.

Assim é que, por fim, registra-se aqui a maior lição aprendida. A mais efetiva forma de coibir a especulação com terras públicas e os danos ambientais decorrentes ocorreu recentemente, quando se colocou a necessidade real de pagamento, a preço de mercado, pelo bem apropriado – o caso da venda, pela Terracap, dos lotes do Taquari...

De imediato, houve uma retração no mercado imobiliário. Segundo corretores tradicionais da cidade, a procura por lotes nos ‘condomínios’ reduziu drasticamente e os preços despencaram. Sem que o governo tenha adotado qualquer medida de fiscalização, ou de reintegração de posse, houve efetiva redução da especulação imobiliária sobre as terras públicas”.⁵

Cecília Juno Malagutti, em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília – Arquitetura e Urbanismo – “analisa o fenômeno dos loteamentos clandestinos no Distrito Federal, também conhecidos como condomínios irregulares, numa abordagem jurídico-urbanística, com vistas a compreender as razões de seu aparecimento, a sua proliferação no território e as perspectivas de sua possível regularização”.⁶

Em reportagem veiculada dia três de março deste ano em jornal de grande circulação no Distrito Federal, se falava:

“Os moradores de condomínios em terras públicas terão de enfrentar um longo processo de adequação a exigências ambientais antes de poder comprar lotes diretamente da Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap). Embora o governo queira aplicar em seis a lei que permite a venda direta de terrenos aos ocupantes, a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (Semarh) e o Instituto de Meio Ambiente e Recursos

⁵ RIBAS, Otto. Regularização dos condomínios. Disponível em : <www.iabdf.org.br/noticias/regularizacao_dos_condominios.htm> Acesso em: 03 mar 2004.

⁶ MALAGUTTI, Cecília Juno. Loteamentos clandestinos no DF: legalização ou exclusão? Mestrado, Universidade de Brasília – Arquitetura e urbanismo, 1v, 232p, Brasília, 1996.

Naturais Não-Renováveis (Ibama) consideram o prazo curto para os loteamentos conseguirem as licenças ambientais exigidas para a regularização”.⁷

Em outro texto de dissertação defendida na UNB – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo – em análise das conseqüências da ocupação indiscriminada de condomínios do DF no meio ambiente e no planejamento urbano, alertou:

“A ameaça é mais séria do que se imagina. O Distrito Federal pode não ter água daqui a quatro anos...a ocupação desordenada das terras no DF, sob a forma de condomínios irregulares, compromete sensivelmente não só a reserva hídrica, mas também a vegetação e o próprio planejamento urbano da capital.

A perfuração descontrolada de poços profundos para abastecer os condomínios, principalmente dos terrenos localizados em áreas de proteção ambiental (APAs), diminui cada vez mais a oferta de água em todo o DF”.⁸

Em se tratando de ocupação irregular de solo, pode-se depreender da leitura de seu histórico problemas de ordem ambiental, urbanística, fundiária e criminal. Quanto a esses aspectos, não os vemos como cernes da questão e, de maneira simplificada concluímos serem, independentemente de qual tese se adote – se a alienação direta ou mediante licitação -, pontos de necessária observância para um eventual processo de alienação. Não estão, portanto, intimamente ligados à disputa pela forma ideal de concretização do domínio aos seus moradores; não implicam, como pensam alguns, óbices diretos a titularização das terras; não perfazem, na nossa linha de raciocínio, fatores capazes, por si só, de impedirem ou permitirem uma licitação; melhor explicado, são questões que precedem qualquer procedimento que busque legitimar posse ou propriedade dos lotes situados nestes condomínios.

⁷ GARCIA, André. Venda direta e longa. Disponível em: <www.condominios.com.br/noticias.htm> Acesso em: 03 mar 2004.

⁸ Disponível em: <www.unb.br/acs/acsweb/pauta_agua.htm>. Acesso em: 03 mar 2004.

E, por serem questões preliminares, devem ser solucionadas antes de se tomarem medidas de venda dos lotes, com ou sem procedimento licitatório.

Ao meio ambiente deve ser dada a sua devida importância. Consagrado inclusive como direito fundamental - de terceira dimensão -, ao poder público e aos particulares incumbe a sua proteção, e sua degradação, no caso em tela, deve ser amenizada por meio de medidas que restabeleçam padrões mínimos aceitáveis, seguidas por ações pró-ativas que visem a melhoria da qualidade de vida da população envolvida.

Não se pode deixar que a ocupação indiscriminada do solo cause problemas de ordem irreversível. Um verdadeiro planejamento ambiental, instruído por profissionais competentes, torna-se uma das premissas de nossa hipótese.

Ao problema urbanístico, o mesmo tratamento deve ser dispensado. A própria Lei Orgânica do DF prevê tratamento específico para o tema que, alicerçada no plano diretor de ordenamento territorial, e em legislações federais, possui um arcabouço suficiente para se determinar uma ocupação planejada, bastando, para isso, vontade administrativa.

À questão fundiária, parece não ser de simples solução, tendo em vista a já referida confusão em matéria de títulos, escrituras e documentos comprobatórios de propriedade. Apenas um procedimento de natureza investigativa pode desvendar a teia criada pelos cartórios de registro de imóveis e pelos verdadeiros criminosos que grilaram as terras.

O mesmo conclui-se quanto ao aspecto penal. Devem os criminosos ser responsabilizados por suas práticas delituosas, excluindo dessa relação – Estado-sujeito ativo de um crime – os compradores desses lotes, independentemente de terem adquiridos sabendo ou não que

se tratavam de terras públicas. A explicação para essa consideração é simples: Afora os verdadeiros “grileiros”, praticantes dos delitos insertos nos tipos penais de nosso Código, bem como em legislações extravagantes⁹, não há mais quem ser responsabilizado. O sujeito ativo destes crimes é tão somente quem o pratica ou quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos.

Os atuais possuidores, bem como seus antecessores na cadeia de posse dos lotes, desconsiderando aqueles que tenham concorrido para a prática da grilagem das terras, não concorreram para delito algum e, ainda que se considere que adquiriram sabendo se tratarem de terras públicas, possuem tão somente um contrato particular de cessão de direitos, não uma escritura pública, portanto, sabem que deverão pagar novamente à União ou ao Governo do Distrito Federal pelas terras e de modo algum podem se furtar dessa obrigação.

Diante do que foi visto, todos esses aspectos convergem a um ponto comum, o de deverem ser tratados como premissas de um Estado garantidor da ordem e da paz pública. Nenhum dos pontos desenvolvidos até aqui manifestam obstáculo à realização ou não de um processo licitatório, desde que resolvidos. Devem todos ser tratados em separado, isentos da consideração da melhor teoria a ser adotada – venda direta ou mediante licitação.

Consegue-se, portanto, concluir enfatizando que antes das autoridades adotarem medidas que visem a transferência da titularidade das terras, todos esses aspectos já devem ter sido solucionados, ou encaminhados a bom termo, sem o que não há que se falar em licitação, muito menos em venda direta.

⁹ Lei n.º 6.766, de 19.12.79. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. DOU de 20.12.79

1.2.2 *Direito fundamental à moradia*

Nesta etapa, identifica-se o principal argumento dos ocupantes das terras públicas, base de toda a fundamentação favorável à alienação direta (ou com direito de preferência concedido anteriormente à abertura dos lances) das terras em questão. Tal argumento, traduzido no exercício do direito fundamental à moradia, reflete a preocupação de uma sociedade organizada, consciente de seu papel na redução das desigualdades sociais e na defesa de suas posições jurídicas.

Ao direito à moradia, permeado que está em todo este trabalho, deve-se o seu real reconhecimento como premissa da dignidade da pessoa humana, valor indissociável dos fins preconizados por um Estado Democrático de Direito e difundido pelo direito internacional.

Como direito positivado em nosso sistema constitucional, pode-se afirmar ser papel de nosso Estado a garantia de sua observância, em especial a prestação, mediante a implementação de políticas públicas, das condições mínimas para o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos, impondo a efetividade suficiente reclamada por eles.

Neste contexto, vale lembrar que “os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional – embora se deva considerar o duplo aspecto do direito à moradia – encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade”¹⁰.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. R. bras. de Dir. Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 81, jul./set. 2003.

Para além do direito pátrio, a comissão da ONU para direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou uma série de elementos básicos a serem observados quando se falar em direito à moradia, dentre os quais destaca-se dois: “Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem e disponibilidade de infra-estrutura básica para garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.)¹¹”

Conforme já frisado, o direito fundamental à moradia se faz presente em todo este trabalho; portanto, deixa-se a análise de seus aspectos teóricos (eficácia e efetividade, força normativa, aplicabilidade, natureza e etc) para, em capítulo apartado, quando do estudo da teoria dos direitos fundamentais.

1.2.3 Princípios a serem considerados na solução da controvérsia

Também alardeados como postulados a serem observados na solução do problema, estão os princípios básicos norteadores da Administração Pública. Nesta etapa socorre-se ao direito administrativo, por meio de seus doutrinadores.

Hely Lopes Meireles, preconiza em seu legado:

“Os princípios da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: *legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público*. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. R. bras. de Dir. Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 86-87, jul./set.

nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei 9.784, de 29.1.99”.¹²

Ainda sobre os princípios invocados pelo Ministério Público, faz-se necessária a citação ao princípio da isonomia, aferindo, a seu tempo, se falsa ou verdadeira a alegação de afronta a seu conteúdo jurídico, para então, levar-se a cabo este estudo com a medida do princípio da necessidade de licitação quando comparado, concretamente, ao direito fundamental à moradia.

1.3 Dois pólos da demanda

Delineado o problema, passa-se ao confronto das teses apregoadas pelos dois pólos da contenda, já referidas e aqui ratificadas:

De um lado, a comunidade moradora destes condomínios sustenta a necessidade da realização da venda dos lotes diretamente ou com direito de preferência aos seus atuais possuidores, sob o argumento da impossibilidade de se desconsiderar uma situação de fato, qual seja, a realidade das ocupações, criadas sob o manto da inércia do poder público.

Do outro lado o Ministério Público, defensor ferrenho do procedimento licitatório como única saída para a regularização desta mesma situação de fato, descartando, embora a nosso ver sem argumentos plenamente justificáveis, qualquer outra forma de desfecho.

É bom que coloque de pronto, que como problema de natureza social que é, deve ser tratado com prioridade pelas instituições públicas e por parte dos governos distrital e federal. O

2003.

¹² MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 87.

Estado brasileiro, democrático de direito e com tarefas sociais, deve dispensar sério esforço para se atingir um consenso capaz de por fim a mais de década de descaso.

A Associação Morar Legal, composta por moradores dos condomínios, síndicos e prefeitos, divulgou em meados de 2003 documento endereçado à Ordem dos Advogados do Brasil, conselho seccional do DF, narrando, quando da exposição dos fatos:

“A estrutura urbanística de Brasília, que limita a ocupação do plano piloto, aliada à omissão do poder público local de apresentar alternativas de moradia para a classe média, possibilitou o surgimento dos chamados condomínios horizontais, ainda na década de 80.

Vista como possibilidade única de aquisição de casa própria por uma camada da sociedade que não tinha como desembolsar valores muito maiores para comprar um apartamento e queria se livrar do aluguel houve uma explosão de condomínios nos arredores de Brasília.

...Contribuíram para esse engano a farta documentação de propriedade da terra apresentada pelos ‘incorporadores’ e o absoluto silêncio do poder constituído, ou seja, o Governo do Distrito Federal. Além disso, a justiça concedia, reiteradas vezes, liminares favoráveis aos ‘incorporadores’...

Hoje, aproximadamente 1/5 da população de Brasília são proprietárias de terrenos em condomínios horizontais no DF ou moram em parcelamentos irregulares.

Em 1975, surgiu o loteamento denominado ‘Country Club Quintas da Alvorada’, posteriormente denominado ‘Quintas da Alvorada’.....região onde seria instalado o futuro lago de São Bartolomeu.

Em 22 de abril de 1977 foi decidido por acórdão do Tribunal de Justiça do DF – Apelação Cível nº 4890 – a possibilidade de registro dessas primeiras glebas particulares por aquisição em condomínio.

Em final de 1984 surgiram os primeiros condomínios na região da Escola Fazendária – ESAF, na bacia do São Bartolomeu....

A quase totalidade dos parcelamentos era pra fins urbanos situando-se em áreas rurais, sem aprovação e nem licenciamento dos órgãos competentes.

A partir de 1988 foram editadas diversas Leis que contribuíram para que os Condomínios se revestissem de legalidade para a sociedade....., sempre com a alegação de promessas de regularização.

A comercialização desses loteamentos sempre foi feita com a publicação nos jornais de grande tiragem e circulação em Brasília e as construções aconteceram ‘à luz do dia’, sem qualquer embargo das Administrações locais. Muitos destes parcelamentos, constituídos em Condomínio ou não, estão consolidados há mais de 18 anos”.¹³

Para definir a posição do Parquet, destaca-se a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que vão de encontro aos interesses dos moradores dos condomínios na medida em que pretendem impedir a venda direta, sem a observância do procedimento licitatório. O Ministério Público, que invariavelmente submete as leis ao controle de constitucionalidade, alega vícios formais e materiais.

É bom ressaltar que, embora nos determos à análise dos argumentos do Parquet, não nos compete, em função da delimitação deste trabalho, realizar um juízo de constitucionalidade das diversas leis¹⁴. Tentaremos sim, de dissecar as justificativas contrárias e as favoráveis a uma alienação direta, com vistas a um consenso metodológico e argumentativo, basilar da solução proposta.

¹³ Documento divulgado pela Associação Morar legal, composta por diversos condomínios irregulares do Distrito Federal.

¹⁴ Trata-se de leis distritais e federais que por não ser objeto deste estudo o juízo de constitucionalidade destas normas, julgamos desnecessário uma análise de maneira comprometida Basta, para tanto, identificá-las como normas que buscam a solução do problema por meio da alienação direta das terras aos ocupantes, sem a utilização do procedimento licitatório.

Nas respectivas Ações Diretas de Inconstitucionalidade o Ministério Público do Distrito Federal argüi inconstitucionalidade material por afronta a princípios básicos da Administração Pública, das quais destaca-se alguns trechos: “o procedimento estabelecido pela Lei 954/95 não se conforma com o princípio da isonomia e da impessoalidade...”. “...a norma atacada também desprestigiou a concorrência/licitação e a economicidade, consubstanciando uma solução não-razoável e desproporcional”. “De fato, não se pode afirmar que o interesse social prevaleceu na ocupação das terras públicas do Distrito Federal. Foi sobretudo a ação de grileiros que potencializaram a situação caótica que hoje representa a invasão de terras nesta unidade federativa”.¹⁵

“A Lei Orgânica do Distrito Federal proíbe a alienação de bens públicos sem licitação e proclama obediência à Lei nº8.666, de 1993. Assim, repita-se, o contrato em que se estabeleça alienação de bem público sem o antecedente procedimento licitatório estará eivado de nulidade absoluta.

Da mesma forma, se é a própria norma legal que dispensa o processo licitatório para a venda de bem público – fora das hipóteses previstas na norma geral – a norma é inconstitucional, porquanto fere comando legal contido em outra norma hierarquicamente superior”.¹⁶

“Como se pode observar, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório previamente à realização de contratos por parte da Administração Pública foi erigida à qualidade de princípio constitucional. - Grifo nosso – A realização de concorrência é exigência que não pode ser dispensada, seja pela União, seja pelos demais entes federativos...”¹⁷

¹⁵ Trecho da ADIN proposta pelo Ministério Público em ataque à Lei distrital que pretende a alienação direta de terras públicas.

¹⁶ Trecho da ADIN proposta pelo Ministério Público em ataque à Lei distrital que pretende a alienação direta de terras públicas.

¹⁷ Trecho da ADIN proposta pelo Ministério Público em ataque à Lei distrital que pretende a alienação direta de terras públicas.

Por fim, no que diz com a ADIN proposta pelo Ministério Público, destaca-se a infundável criatividade do Procurador-Geral de Justiça ao enumerar a quantidade de princípios afrontados pela respectiva lei distrital:

“É evidente que a alienação de inúmeros imóveis públicos, sem licitação, aos seus invasores, como previsto na Lei Complementar nº 690, de 2003, afronta, ainda, os princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da motivação”, além de apontar em outro trecho ofensa ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.¹⁸

Como visto, tratou-se de apresentar, de um lado, os aspectos concernentes ao problema, de outro, os argumentos favoráveis e contrários à alienação direta das terras em questão. A partir de então, descrita a situação fática de maneira pormenorizada, passa-se a tratar - após o estudo da teoria dos direitos fundamentais - especificamente dos pontos divergentes, analisando-os um a um, certos de que apenas desta forma é possível deslindar com exatidão a equação mais favorável.

¹⁸ Trecho da ADIN proposta pelo Ministério Público em ataque à Lei distrital que pretende a alienação direta de terras públicas.

2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Passa-se desde então ao estudo das possibilidades de tratamento do problema, com o estreito objetivo de assegurar embasamento teórico capaz de sustentar uma tomada de decisão.

Sem elidir a competência do Estado, é papel da sociedade o auxílio ao desenvolvimento de políticas destinadas a si, pilar de uma democracia participativa; ademais, em se tratando de um direito fundamental nada se resolve apenas com política, é preciso, também, uma consciência jurídica na elaboração e aplicação das leis.

Nesse caminho, procura-se, com o estudo da teoria dos direitos fundamentais, esclarecer que a solução tem nela seu domicílio, compreendendo a origem e o percurso desses direitos, sem o que se incorre na exaustiva discussão de cunho meramente ideológico, proferida em seminários e audiências pertinentes ao assunto.

2.1 Conceito e evolução histórica

No tocante à conceituação e terminologia, identifica-se uma diversidade adotada, sendo comum encontrar em diferentes obras termos como: “direitos do homem”, “direitos

humanos”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades individuais” e, em doutrina mais recente: “direitos humanos fundamentais”.¹⁹

Toda essa gama de conceitos pode ser atribuída à própria evolução dos direitos do homem, da sua fase embrionária ao processo de constitucionalização do século XVIII que suplantou as teorias jusnaturalistas, consolidando a positivação dos direitos naturais, passando a condição de direitos fundamentais.²⁰

Consoante ensina Sarlet, em referência a K. Stern, podemos destacar três etapas no processo evolutivo dos direitos do homem:

“a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e a afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados Americanos.”²¹

Há que se dar à contribuição francesa na formação desta terceira fase sua devida importância, como ainda será visto.

No período pré-histórico, pode-se destacar o papel da filosofia clássica e da religião na elaboração das idéias de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens que, embora não se possa considerá-la como precursora na efetivação dos direitos fundamentais, menor não é seu crédito ao implantarem, com idéias de sociedade livre, igualitária e

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29-30.

²¹ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37.

valores como a dignidade da pessoa humana, posteriormente influência na doutrina jusnaturalista, culminando no reconhecimento desses direitos, ainda que de maneira não universal.²²

A partir do século XVI desenvolveu-se a idéia de limitação do poder do Estado, princípio basilar da crescente noção de participação da sociedade na elaboração das leis, determinado pela classe burguesa em ascensão ansiosa por ter seus direitos e propriedades salvaguardados do absolutismo sem freios de seus monarcas.²³

Mais adiante na história, ressalta-se as teorias contratualistas e sua inestimável participação no processo de laicização do direito natural, baseado nos diversos pactos assinados entre o poder e a sociedade e que culminaram na defesa de um direito comum a todos os seres humanos apenas pelo fato de serem dotados de razão, ou melhor dizendo, apenas por existirem, independentemente de crenças religiosas.²⁴

A fase chamada por K. Stern de intermediária teve seu apogeu no desenvolver do movimento iluminista, que firmou a expressão “direitos do homem” em contraposição a até então “direitos naturais”, e em Kant, o divisor de águas, afirmando ele ser a liberdade um direito natural por excelência, contendo os demais e existente apenas em virtude da própria humanidade do indivíduo. Ainda segundo a liberdade jurídica de Kant, o homem estaria sujeito a obediência somente às leis por ele consentidas.²⁵

A terceira e última fase citada por K. Stern tem seu foco no processo de constitucionalização dos direitos do homem iniciado com os primeiros documentos europeus -

²² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37-37.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 39.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 39-40.

²⁵ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 41.

notadamente a *Magna Carta* inglesa e as Cartas de Franquia e os Forais outorgados pelas Coroas portuguesa e espanhola - reconhedores de liberdades e garantias individuais, tidas como o embrião dos direitos fundamentais.²⁶

Tais documentos, inobstante sua relevância, margeiam o estágio de positivação dos direitos, posto que alvejavam apenas determinadas castas sociais em detrimento de um caráter difuso que incluísse toda a população.²⁷

Do sentido restrito desses documentos, passa-se às declarações de direitos inglesas que, embora possuíssem aspectos universais, não vinculavam o parlamento, restando desprovidas de uma necessária estabilidade para seu reconhecimento como legítimas manifestações de direitos fundamentais, papel desempenhado posteriormente pela Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia – 1776 – e pela Declaração Francesa – 1789.²⁸

Por derradeiro, importa repisar o papel de destaque da fase de constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais, perfazendo a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, em especial para que se manifeste aqui, seu sentido universal e formal, em oposição a uma faceta restrita e abstrata, dirigida a estamentos de uma sociedade injusta e estratificada.²⁹

Demonstrado o árduo caminho percorrido pelos direitos fundamentais, ainda que resumidamente, retoma-se a questão terminológica, manifestando nossa tendência na utilização do termo “direitos fundamentais”, opinião que vai ao encontro da preferência de Ingo Wolfgang Sarlet,

²⁶ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 41-42.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 42.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 43.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 43-45.

e nos limitamos a diferenciar a expressão “direitos humanos” como sendo produto de um direito extra-territorial, aceito pelo direito internacional e acolhido pelos Estados signatários, do termo “direitos fundamentais”, erigido a condição de direitos positivados em nível interno, devidamente aceitos e constitucionalizados. Vale lembrar que nosso Constituinte se inspirou na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976 para a adoção deste conceito, rompendo com a tradição do nosso direito constitucional positivo.³⁰

2.2 Fundamentação dos Direitos Fundamentais

A par da discussão meramente terminológica e da nota histórica dos direitos fundamentais, julga-se prudente uma breve análise sobre sua fundamentação. Tal consideração servirá de alicerce para uma eventual tomada de decisão, servindo-nos da melhor justificativa para o surgimento e aprimoramento desses direitos.

É preciso, porém, considerar a estreita relação existente entre a evolução dos direitos do homem e suas respectivas teorias legitimadoras, pelo simples fato das mesmas acompanharem, historicamente, as necessidades da humanidade.

Destaca-se as concepções racionalista e histórica dos direitos do homem, dentre as quais procuraremos encontrar a que melhor atenda ao contexto vivenciado por nossa sociedade, entendendo ser essa análise específica de uma determinada ordem constitucional a via de acesso a solução de qualquer conflito *in concreto*.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 30.

As teorias racionalistas de justificação dos direitos do homem balizam seus preceitos na idéia de serem os homens detentores de direitos apenas por sua racionalidade, e, ao firmarem pactos ou contratos sociais, advogam em defesa de seus interesses em oposição ao poder absoluto do Estado, estando este legitimado apenas se respeitar as regras pré-estabelecidas.³¹

Filósofos contratualistas da época estabeleciam seus critérios nos direitos básicos do ser: liberdade, igualdade; segundo os quais estariam resguardados determinados bens e direitos, em oposição ao anterior estado de natureza gerador de eternos conflitos em virtude da ausência de uma ação protetiva de alguma autoridade.³²

Segundo conclusões extraídas da leitura da obra de David Wilson - “Os Direitos Fundamentais e Aplicação Judicial do Direito”,- ratifica-se os méritos e as críticas às teorias jusnaturalistas que tentaram fundamentar os direitos humanos, apresentadas a seguir:

O referido autor inicia suas considerações citando a contribuição de Rousseau em “O contrato Social”, obra que marca a influência da democracia política na proteção dos direitos. Rousseau porém, peca ao atribuir o poder a uma vontade geral em detrimento de uma minoria, mesmo que essa reivindicasse direitos tidos como fundamentais.³³

Em John Lock, tem-se o apego à doutrina jusnaturalista moderna, em que os direitos são aos homens oferecidos já em seu estado de natureza, apenas por serem dotados de razão. Acontece que esse estado de natureza se torna gerador de conflitos na medida em que fornece

³¹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 15-16.

³² PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 15-16.

³³ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 16.

a todos condições iguais de desfrute desses direitos sem qualquer autoridade superior para mediar eventuais discórdias; daí a necessidade de um pacto com o Estado para assegurar a paz. Lock, porém, ao tornar imutável a natureza humana, privilegia os direitos básicos à vida, à liberdade e a propriedade, em detrimento dos direitos à igualdade ou direitos sociais que, não só por carecerem de um posicionamento histórico-conjuntural para serem delineados, se contradizem ao pressupô-los à própria sociedade.³⁴

Por sua vez, Kant fundamenta na liberdade, por ele considerado o “único direito digno de ser protegido”³⁵, sua teoria moral dos direitos do homem, chamada de filosofia prática pura. A partir dela, Kant busca extrair da forma da lei, determinada pelo critério moral, o conteúdo de ações consequentemente morais, desnudada de considerações empíricas ou heterônomas.³⁶

O autor critica a moral Kantiana por enxergar ela apenas no critério moral único da liberdade uma premissa, desconsiderando razões históricas e empíricas na elaboração de novos direitos fundamentais, impossibilitando a contribuição popular no processo político decisório, além de se constituir numa contradição enquanto tolhe os fins a serem atingidos pelo ser de constarem das premissas morais das ações, e posteriormente os tornam válidos como objetivos dessas mesmas ações.³⁷

Continuando as considerações dos adeptos da fundamentação racional dos direitos do homem, o autor cita dois liberais progressistas em sua obra. O primeiro, John Rawls, defensor das liberdades em sua Teoria da Justiça, segundo a qual os homens possuem liberdades gerais

³⁴ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 17-18.

³⁵ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 19.

³⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 19-20.

consideradas *a priori* e em uma mesma condição de igualdade, implicando um conseqüente resultado justo às partes, “somente pelo fato de se respeitar o procedimento (idéia de justiça processual).”³⁸. Em sua obra, Raws diz expressamente a esse respeito:

“...estabelecidas as circunstâncias da posição original, há uma simetria entre as relações de um para o outro, esta posição inicial é boa entre indivíduos morais, isto é, agindo como seres racionais com seus próprios fins e, supõe-se, com a capacidade de atuar dentro de um sentido de justiça. Os acordos a que se chegam, dessa forma, também são eqüitativos.”³⁹.

A esse ponto de partida, Raws dá o nome de “véu de ignorância”⁴⁰, artifício utilizado para desconsiderar, em sua teoria, “os efeitos das contingências específicas que embaraçam os seres humanos e os tentam a explorar circunstâncias sociais e naturais em vantagem própria.”⁴¹. Após essa presunção, dois princípios de justiça são escolhidos:

1. “Cada pessoa tem igual direito a exigir um esquema de direitos básicos e igualitários completamente apropriado, esquema que seja compatível com o mesmo esquema para todos; e neste esquema, as liberdades políticas iguais, e só essas liberdades, tem que ser garantidas em seu justo valor.
2. As desigualdades sociais e econômicas só se justificam por duas condições: em primeiro lugar, estarão relacionadas com postos e cargos abertos a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades; em segundo lugar, estas posições e

³⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 21-23.

³⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 24.

³⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 24-25.

⁴⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 25.

⁴¹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 25.

estes cargos deverão exercer-se no máximo benefício dos integrantes menos privilegiados da sociedade”⁴².

A consequência lógica da teoria da justiça de Rawls é, em suma, a consideração relevante dos direitos derivados apenas do primeiro princípio, o princípio da liberdade, em detrimento dos direitos advindos do segundo princípio, o princípio da diferença.⁴³

A imposição de uma ordem a ser considerada determina que o “véu de ignorância” a que as partes estão sujeitas impede que sejam postos os direitos sociais em pé de igualdade com os direitos básicos, ou extraídos do princípio da liberdade, o que, *per se*, já seria suficiente para denegarmos sua validade. Junte-se a isso o fato da impossibilidade de se agir de maneira heterônoma, ou seja, de se desconsiderar a posição moral autônoma originária para se agir, a nosso ver impossível de não ser levada em conta em uma sociedade heterogênea.

Por fim, analisa-se a tese dos Direitos Morais de Ronald Dworkin e sua igual aversão ao utilitarismo.

Dworkin relaciona dois direitos que as pessoas possuem:

“1) direito a igual tratamento; 2) direito a ser tratado como igual. O primeiro, significando igual tratamento na distribuição de bens e oportunidades; o último, direito a igual consideração e respeito nas decisões políticas referentes à forma pela qual deverão ser distribuídos tais bens e oportunidades.”⁴⁴

⁴² PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 26.

⁴³ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 29-30.

⁴⁴ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 31.

Trata-se, na verdade, de uma reformulação do princípio da igualdade formal, ou de dizer que o Estado deve atuar de forma parecida em casos parecidos, baseado em princípios coerentes e únicos. Mais uma vez a desconsideração das circunstâncias históricas, as verdadeiras criadoras dos direitos sociais.⁴⁵

Para uma conclusão deste breve ensaio sobre o problema da fundamentação dos direitos do homem, necessário se faz um estudo das teorias justificativas de cunho histórico, mais precisamente a Teoria das Necessidades e a Teoria do Discurso, iniciando com o marco considerado histórico na transição entre as duas correntes, qual seja, a crítica marxista ao então modelo vigente de fundamentação dos direitos.

Marx denuncia os direitos liberais “como produtos de um pensamento filosófico abstrato, formal e distante das circunstâncias históricas e concretas que condicionam o homem”, ou em outras palavras, que apenas os membros da sociedade burguesa seriam alvos desses direitos, restando patente a natureza egoísta do ser.⁴⁶

Apesar das contribuições de Marx no implemento da nova concepção de fundamentação dos direitos do homem, não é devido menor prestígio às críticas ao seu pensamento levantadas por Lefort, que acusa o implemento de um Estado totalitário como verdadeiro operador da destruição desses direitos, indicando que: “na verdade, provocou-se, na experiência totalitarista, o afundamento dos direitos do homem, sem que isso significasse o fim do dissociamento havido entre os homens, ou destes com a coletividade”; significa dizer que se Marx almejava a “consagração da figura hipotética do indivíduo natural apregoada pelo comunismo, no qual haveria

⁴⁵ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 32-33.

⁴⁶ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 32-33.

a reconciliação do homem com a coletividade e com o próprio homem”, o que ocorreu foi sim “a supressão do gozo de qualquer vantagem, no que toca a liberdades, direito de opinião, crítica, etc.” e complementa: “o totalitarismo se edifica sobre a ruína dos direitos do homem”⁴⁷.

Ágnes Heller, em sua teoria das necessidades, concorda com Marx em ser o homem um indivíduo necessitado, e formula sua tese justamente na incessante supressão dessas carências, assim, “o que satisfaz uma necessidade humana tem valor, pois é considerado um objetivo consciente a ser alcançado. E o trânsito da necessidade para o valor tem como consequência, no terreno sócio-político, a afirmação de um direito”.⁴⁸

A partir daí pode-se dizer que:

“os direitos reconhecem as necessidades, pois na medida em que as necessidades sócio-políticas (carências) são atribuídas/adscritas e legalmente codificadas, um tem direito a manifestar/reclamar essa necessidade. A necessidade é então reconhecida socialmente”⁴⁹.

O problema então está em reconhecê-las como reais e, em última análise, legítimas. Seu caráter real explica-se pelo fato de serem formuladas em se considerando o aspecto autônomo do homem, ou seja, sendo o indivíduo um ser autônomo, suas necessidades também serão; trata-se da aceitação de um dos desdobramentos da moral Kantiana, imperiosa para que não se dobre ao formalismo puro.⁵⁰

⁴⁷ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 34.

⁴⁸ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 36.

⁴⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 37.

⁵⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 38-39.

Resta enfrentar o problema da legitimidade das necessidades, resolvido, segundo Heller, da seguinte maneira: “uma necessidade pode ser reconhecida como legítima se sua satisfação não inclui a utilização de outra pessoa como mero meio”, pois sua consequência seria “restringir ou aniquilar a autonomia humana”.⁵¹

Por derradeiro, importa uma breve explicação da última teoria de cunho histórico, intitulada por Jürgen Habermas de Teoria do Discurso, e considerada por muitos como a melhor tentativa de justificar o surgimento, aperfeiçoamento e aplicação dos direitos do homem.

Esta teoria põe termo a discussões sobre a abstração e formalismo das idéias precedentes, indicando maneiras concretas para a fundamentação dos direitos na medida em que as normas encontram assentimento dos envolvidos na questão após um discurso argumentativo racional, apto a legitimá-las.⁵²

Seria esse discurso “toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias”.⁵³

Habermas busca a compatibilização do princípio da soberania e direitos humanos, e espera alcançá-la na medida em que “o sistema de direitos apresenta as condições para uma institucionalização jurídica das formas de comunicação”.⁵⁴

⁵¹ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 38.

⁵² PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 43-44.

⁵³ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 43.

⁵⁴ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 43.

Sendo então fornecido o meio, ou acesso ao discurso racional, chega-se, invariavelmente, a um consenso estabelecido entre as partes que servirá de fundamentação, “decisão esta a respeito de saber se o seu conteúdo ou pretensão satisfaz uma exigência da justiça”. Isso, conforme o autor:

“...Responderia ao problema da racionalidade dos direitos, na medida em que o consenso argumentativo realiza procedimentalmente o objetivo da universalidade, sem esquecer a historicidade não só dos interlocutores mas de suas necessidades e interesses reais. Assim, só um resultado alcançado na argumentação pode assegurar que os interesses ou necessidades, em que pese o seu caráter particular e contingente, satisfazem a exigência da universalidade”.⁵⁵

Em outras palavras, intenta essa teoria a manutenção da fundamentação na seara da moral, “respondendo aos imperativos da autonomia e universalização”⁵⁶, sem elidirmos a consideração fática intrínseca às partes, suas contingências e carências, resolvidas com a utilização da argumentação participativa, um verdadeiro “processo comunicativo intersubjetivo, aberto às necessidades variáveis e históricas”.⁵⁷

Deve-se, no entanto, considerar a dificuldade de propiciar-se um debate comunicativo equitativo, face especialmente “à competência lingüística dos atores que deverão se envolver”⁵⁸, porém, este fato não serve ao fracasso da proposição, apenas indica que:

“a situação ideal do discurso apresenta determinadas premissas gerais e necessárias, transcendentais dos discursos práticos, constituindo-se, assim, uma pretensão ou

⁵⁵ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 44.

⁵⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 44.

⁵⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 44.

⁵⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 45.

antecipação por parte de tudo o que de fato entra em um processo discursivo, do qual se pode chegar a um consenso racional⁵⁹,

sendo correto afirmar que “há alguns direitos prévios ao próprio consenso racional”.⁶⁰

Enfim, há que se dar crédito a este modelo proposto como maneira de fundamentarmos os direitos do homem, destacando o atendimento às necessidades relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais como premissas para a criação do ambiente propício ao debate argumentativo, tendo sempre em evidência, sob pena de quedar-se em mero formalismo, o apoio “em categorias que fazem referência ao concreto”.⁶¹

Encerra-se este capítulo manifestando nossa concordância com o autor quando aponta ser esta teoria a mais adequada, porquanto se auxilia das necessidades, “base material do valor”, e observa os “pressupostos formais para a universalização” do consenso, instruído pelo discurso da razão prática; trata-se, pois, de expor o fundamento à aprovação e reconhecimento da sociedade.⁶²

⁵⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 45.

⁶⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 46.

⁶¹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 46-47.

⁶² PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 46-47.

2.3 Classificação dos direitos fundamentais

No tocante à classificação dos direitos fundamentais, se faz importante, de início, destacar a crítica por parte da maioria da doutrina dirigida ao termo “gerações” de direitos, idéia que transparece a falsa noção de substituição de uma geração por outra, ao passo que a relação entre os direitos fundamentais surgidos em épocas diferentes é de complementaridade. Tal crítica resume-se à seara terminológica, havendo consenso no que diz com o conteúdo de cada “dimensão”.⁶³

Como ponto de partida, deve-se creditar ao constitucionalismo francês e aos ideais liberais burgueses, a idéia dos direitos de primeira “dimensão”⁶⁴, frutos dos contratos firmados com o Estado no intuito de salvaguardar os primeiros e básicos direitos do homem, dentre eles, a liberdade, a vida, a propriedade e a igualdade perante a lei. Tais direitos, tidos como direitos de defesa ou de cunho negativo, trazem a noção de não intervenção por parte do Estado na esfera individual, definidos por Paulo Bonavides como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁶⁵

Pode-se, com o propósito de uma didática simplista, defini-los como direitos civis e políticos correspondentes à fase inicial do constitucionalismo ocidental⁶⁶ e marcados eminentemente pelo caráter negativo ou não intervencionista, ou inda, dizer “que expressam aquela concepção individualista (princípio da subjetividade) da sociedade moderna e têm por titular o sujeito individualmente considerado”.⁶⁷

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 517.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 517.

⁶⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 49.

Com o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam⁶⁸, surgem os direitos de segunda dimensão, calcados na noção de Estado Social de Direito e baseados na necessidade de proteção de conquistas do pós-revolução industrial.

Na visão de Paulo Bonavides, “correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século”.⁶⁹

Não obstante seu aspecto eminentemente prestacional, ou seja, a necessidade de uma ação por parte do Poder Estatal para o atingimento de uma igualdade agora não apenas mais formal, pode-se apontar o caráter negativo de alguns direitos sociais, semelhante aos direitos de primeira “dimensão”, manifesto nas denominadas “liberdades sociais”, tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve e outros⁷⁰, bem como oferecer neste ponto uma breve nota do duplo aspecto – negativo e positivo - dos direitos sociais, a ser explicado oportunamente.

Com a evolução permanente das sociedades, natural é o desdobramento de seus direitos, como se pode constatar com os direitos de terceira “dimensão”, ou também denominados, direitos de fraternidade ou de solidariedade, que trazem em seu conteúdo o distanciamento do indivíduo e por conseguinte “a sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminada”, muito embora a individualidade do ser seja atingida por via de consequência. Como exemplos, podemos citar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, dentre outros⁷¹.

Muito embora ainda não haja um consenso na doutrina, há quem sustente uma nova dimensão de direitos, denominados de quarta “dimensão” e que, nas palavras de Paulo

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 518.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50-51.

Bonavides, um dos defensores da idéia, representam “o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”⁷². Deste grupo, podemos citar o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Ingo Sarlet, em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, sugere a fragilidade da proposição de uma quarta “dimensão” de direitos, enfatizando tratar-se de “vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”⁷³, além de considerar, com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, o risco de uma degradação e desprestígio dos já aceitos, pela ausência de critérios rígidos e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.⁷⁴ Contudo, deixa consignado que:

“também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”⁷⁵.

⁷² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 524-526.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 55.

⁷⁵ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

3. FUNDAMENTALIDADE, EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 A noção de fundamentailidade

Cumpre, neste capítulo, nos atermos ao tema da fundamentalidade dos direitos em estudo, demonstrando seu papel de relevo imposto pela nova ordem constitucional e os diversos aspectos que implicam uma melhor compreensão do assunto, dentre eles, conforme lição de Ingo Sarlet, o status jurídico e o devido destaque com que foi tratado, em oposição à maior indiferença imposta nas constituições anteriores.⁷⁶

“Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais”.⁷⁷

Quanto aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos sociais, há que se dar importância a sua localização em capítulo próprio, ressaltando sua incontestável condição de “autênticos direitos fundamentais”⁷⁸.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 65.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

Segundo o autor, uma das inovações das mais merecedoras de atenção é a trazida no art. 5, §1º, de acordo com a qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos. Ainda com relação às inovações, manifesta-se destaque sobre a inclusão destes direitos no rol das “cláusulas pétreas”, impedindo a ação desfavorável do poder constituinte derivado.⁷⁹

Antes de adentrar-se efetivamente na seara da fundamentalidade dos direitos, destaca-se, segundo opinião de Ingo Sarlet, como sendo o melhor momento vivido pelos direitos fundamentais, tanto pelo seu “reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna”⁸⁰, quanto pelo “instrumentário que se colocou a disposição dos operadores do direito”⁸¹, traduzido em uma maior efetividade. Salienta-se não estar essa efetividade imune a conflitos gerados por posições jurídicas opostas, ainda que ambas ostentem simultaneamente valores fundamentais, situação que será oportunamente analisada.

Sua posição privilegiada, conforme dito anteriormente, garante sua eficácia e efetividade, sem que se queira no entanto alça-los à condição de “supercodificação”⁸², pelo simples fato de não se admitir, em caso de conflito, norma constitucional originária inconstitucional, devendo este ser solucionado “à luz do princípio da unidade da Constituição”⁸³, se valendo de “mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios em pauta”⁸⁴. Juarez Freitas pondera que, não obstante inexistirem normas constitucionais originárias inconstitucionais, uma

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 73.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 73.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78.

interpretação sistemática acarreta, obrigatoriamente, uma consideração hierárquica dos valores em tela, sem no entanto implicar a exclusão de um valor constitucional em detrimento de outro⁸⁵.

No que confere com a característica da fundamentalidade dos direitos, deve-se dizer, a exemplo do jusfilósofo alemão Robert Alex, que “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁸⁶, tida como formal enquanto

“encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF)”⁸⁷.

Quanto a fundamentalidade material, pode-se dizer que “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”⁸⁸.

Frisa-se neste ponto, consoante lição da doutrina publicista, que a noção de fundamentalidade dos direitos (formal e material) possui características complementares, difíceis de serem dissociadas, ao menos para que se possa atribuir de fato e à luz de uma determinada ordem constitucional o seu real conteúdo. R. Alexy definiu com precisão:

⁸⁵ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 138-142.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 79.

“...direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal)”⁸⁹,

Não há que se perder de vista, porém, as especificidades de uma determinada ordem constitucional, ou melhor dizendo, toda e qualquer análise acerca do conteúdo dos direitos (fundamentalidade material), e sua inserção e limites no texto constitucional (fundamentalidade formal), passam, necessariamente, pela análise específica e concreta da realidade social e cultural de um determinado país.⁹⁰

3.2 Eficácia e efetividade

Como princípio de uma abordagem acerca da eficácia dos direitos fundamentais, se faz necessário fazer menção, ainda que de forma sumária, à distinção entre os termos objetos deste capítulo, tendo sempre em vista as implicações decorrentes da terminologia adotada.

O autor de “A eficácia dos direitos fundamentais” menciona que: “o termo eficácia engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que este se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos”⁹¹, e é sobre esta força normativa, núcleo do problema sobre a

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 80.

⁹⁰ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 80.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 207.

eficácia, que se produzirá aqui algum material, esperando, consoante opinião da doutrina majoritária, aclarar pouco mais o assunto.

Não obstante deva-se tratar o tema sob a ótica da força normativa dos direitos fundamentais, lançar-se-á um breve olhar sobre seus desdobramentos, como, por exemplo, a capacidade das normas de direitos fundamentais gerarem autênticos direitos subjetivos aos seus titulares e, não menos importante, a vinculação dos destinatários aos seus mandamentos, bem como a classificação das normas constitucionais, em especial as definidoras de direitos fundamentais.

Considerando pois, a norma já no estágio em que se admite a produção de seus efeitos, apenas para que não se adentre na discussão sobre validade, vigência e existência, tema que pouco serviria ao escopo deste estudo, valemo-nos tão somente da distinção entre eficácia e efetividade, definidas pela maioria da doutrina como sendo eficácia (eficácia jurídica):

“A qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade”⁹².

O autor demonstra a nítida distinção entre os dois termos, embora não negue sua íntima vinculação.

Quanto à efetividade (eficácia social), ensina Luis Roberto Barroso que:

“... significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e

⁹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 49-50.

simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.⁹³

O professor Eros Roberto advoga a premissa de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto se faz, na verdade, uma decisão pela sua execução, ou seja, pela sua efetivação⁹⁴, opinião que se afasta da corrente tradicional, enquanto diz que a eficácia social não se manifesta no âmbito da aplicação da norma, mas sim, após o momento de sua aplicação, sabendo, porém, que nada garante que as decisões tomadas pelo judiciário (como instância primordialmente incumbida do poder-dever de realizar o Direito, aplicando-o aos casos concretos) sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tão pouco garantindo que sejam realizados os fins buscados por elas.⁹⁵

A despeito desta posição, caminhar-se-á na esteira da posição clássica predominante, atitude mais correta para os fins deste estudo, e definir-se-á a eficácia jurídica como

“a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplica aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”.⁹⁶

Para Sarlet interessa não só a eficácia jurídica, mas também a efetividade, ou eficácia social; por isso, destaca-se um trecho conclusivo de sua obra, no qual o autor assevera que:

“ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação, razão pela qual o adequado enfrentamento dos problemas

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996, p. 83.

⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 314.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 317.

suscitados naquela esfera pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização dos direitos fundamentais.”⁹⁷

Também se faz mister, para o bom entendimento do problema da eficácia e efetividade, trazer as diversas classificações das normas – em especial dos direitos fundamentais –, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, insculpido no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, as perspectivas negativa e positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, bem como alguns aspectos a respeito de suas naturezas objetiva e subjetiva, temas que se passa a abordar.

Quanto às classificações das normas constitucionais, tratar-se-á, ainda que de maneira sucinta, das diferentes correntes, para ao final, concluir pela mais atual das concepções, utilizando-a para uma melhor compreensão da questão.

A vertente clássica, preconizada entre nós por Ruy Barbosa, reinou por volta de setenta anos, tendo seu início com a primeira Constituição Republicana. Segundo esta doutrina de inspiração norte-americana, as normas constitucionais – em sentido amplo – se dividiam em normas auto-aplicáveis e normas não-auto-aplicáveis. Tal distinção outorgava às primeiras a capacidade de, *per se*, surtirem seus efeitos, garantindo direitos ou impondo deveres, enquanto às normas não-auto-aplicáveis, necessário seria uma atuação complementar legislativa, no sentido de determinar seu conteúdo normativo e impor-lhe força executiva.⁹⁸

Ainda na linha clássica, Pontes de Miranda sintonizava suas idéias com as demais, diferenciado apenas quanto à terminologia e pelo fato de admitir, ao contrário de Ruy

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 211.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 213.

⁹⁸ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 214-215.

Barbosa, normas do tipo programáticas, reconhecendo tal tipo de norma em função do “fracasso do modelo liberal de Estado”⁹⁹, idéia que transpassa a noção de que, para Pontes de Miranda, o Estado, intervindo de maneira reduzida, não propiciaria à sociedade condições suficientemente adequadas à existência digna, razão pela qual haveria a necessidade de normas que estabelecessem fins ao quais o Estado estaria vinculado. O jus-filósofo português dividia as normas em “bastantes em si mesmas” e “normas incompletas” ou “não bastantes em si mesmas”.¹⁰⁰

Ressalvada sua notória importância para a evolução do pensamento constitucional em nosso país, seu modelo se mostrou defasado, principalmente se tomar-se por conta a nova característica de nosso direito constitucional, “de cunho notadamente social e programático”¹⁰¹; característica que fez inverter a linha de raciocínio à época, partindo agora, da premissa de que “a maioria das normas constitucionais constitui direito pleno e diretamente aplicável”, não dependente de interferência legislativa.¹⁰²

A partir de então, a doutrina pátria tentou formular modelos mais condizentes com as aspirações de nosso Estado - de natureza social -, tendo como precursor José Horácio Meireles Teixeira que, inspirado nas críticas já formuladas à doutrina clássica, sustentou um modelo dicotômico, dividindo as normas em “normas de eficácia plena” e “normas de eficácia limitada ou reduzida”, sendo essas últimas, subdivididas em normas programáticas e de legislação, as primeiras investidas de conteúdo ético-social, enquanto as segundas dotadas de “caráter técnico”.¹⁰³

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 216.

¹⁰⁰ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.216.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 216-217.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 76.

¹⁰³ TEIXEIRA, João Horácio Meireles. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991, p. 320-321.

Importante ressaltar que, já para este autor, idéia que ainda hoje vigora em oposição às concepções clássicas, todas as normas constitucionais possuíam algum tipo de força normativa, sendo-lhe medido sua quantidade na proporção de sua aplicabilidade, no dizer do autor:

É de se notar, portanto, que uma norma não-auto-aplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípios de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora¹⁰⁴; porquanto, de maneira completiva, é dotada de eficácia, ainda que diminuta.

Em seguida, José Afonso da SILVA, em sua obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, formulou a “teoria tricotômica da eficácia”, dividindo as normas em “eficácia plena”, “eficácia contida” e “eficácia limitada”. Quanto ao primeiro grupo cremos que não paira dúvida, restando ao segundo e ao terceiro a devida explicação.¹⁰⁵

Para o publicista, as normas de eficácia contida:

“...dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem a atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”.¹⁰⁶

As normas de eficácia limitada caracterizam-se, em sua essência, pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não sendo dotada de normatividade suficiente para, por si só e

¹⁰⁴ TEIXEIRA, João Horácio Meireles. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991, p. 313-314.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 79.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 79 e 105.

desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando uma intervenção legislativa¹⁰⁷.

Tais normas englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios.¹⁰⁸

Como já referido anteriormente, a proposta deste capítulo restringe-se à análise sumária da evolução do pensamento constitucional no que concerne à eficácia das normas, destituído de qualquer intenção explicar todas as teorias e concepções doutrinárias sobre o tema, sendo suficiente, para que se encerre este tópico, apenas a referência a outros autores, como Maria Helena Diniz, que formulou sua teoria após a promulgação da Constituição de 1988 e dividiu as normas em quatro grupos, porém, utilizando-se do mesmo critério, bem como algumas idéias inovadoras, que trouxeram critérios diferentes para a aferição da eficácia das normas.

Nesta esteira, destacam-se Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, cuja concepção leva em conta o modo de incidência das normas constitucionais (o modo pelo qual a norma regula a matéria sobre que incide)¹⁰⁹, assim como Luis Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Melo, que formularam suas teorias embasados “na consistência da situação jurídica dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais”.¹¹⁰

Cumpre, por derradeiro, de modo a atestar as conclusões na seara da eficácia das normas constitucionais, evidenciarmos os pontos convergentes manifestos nos dias atuais, a saber:

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 73 e 106.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 73 e 106.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982, p. 34 e ss.

“todos os autores citados partem da premissa de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais”, sendo mister uma detida análise de seu conteúdo para a determinação desse *quantum*.

“Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, sem que, com isso, lhes seja negado eficácia a estas normas”.

“Todas as normas constitucionais, assim como dotadas sempre de um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante seu grau de densidade normativa, também podem considerar-se – em certa medida – diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade”.¹¹¹

Não obstante a classificação das normas definidoras de direitos fundamentais possuírem alguma particularidade, abrir-se-á mão de uma detida análise a esse respeito, levando em conta que, para demonstrar a que fim nos guiamos, bastante se faz considerá-las em seu aspecto geral, sabedores de que, insertas no texto constitucional, seu regramento não foge ao limite do indispensável para o propósito deste estudo.

Importa, neste momento, consoante ensina Ingo Sarlet¹¹², tomar por conta a “multifuncionalidade” dos direitos fundamentais, dividindo-os em dois grupos a serem pesquisados:

“nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais e

¹¹⁰ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 222-223.

¹¹¹ Ingo Sarlet em síntese dos diversos autores citados em sua obra, “A eficácia dos direitos fundamentais”, p. 224-229.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

políticas) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como os direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional)”¹¹³.

Conforme já anunciado, ao deter-se ao problema da eficácia dos direitos fundamentais, surge à tona a função exercida pelos direitos de defesa, que, dirigidos em regra a uma abstenção por parte do Estado, “assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos¹¹⁴” capazes, por si só, de serem exigidos dos poderes constituídos por seus detentores, “inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade”¹¹⁵.

Igual facilidade não se encontra quanto aos direitos de natureza prestacional, uma vez que exigem, quase à unanimidade¹¹⁶, “...um comportamento ativo de seus destinatários”¹¹⁷.

Deve-se, portanto, seguindo raciocínio do doutrinador a quem nos socorremos, ter sempre em mente sua natureza ao estudar o problema da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, se negativa ou positiva, assim com a forma com que foram positivados, “fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais¹¹⁸”. Antes, porém, impende aprender sobre o alcance do art. 5, § 1º da CF, denominado “princípio da aplicabilidade imediata e da eficácia plena”.

Diz a norma: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

¹¹⁶ Aqui demonstra-se o duplo caráter dos direitos fundamentais, enquanto funcionam como direitos de defesa e direitos exigirem uma prestação do Estado.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

Como primeiro obstáculo a vencer, tem-se como certo, fundado na vasta doutrina, que o preceito desta norma não se atém aos direitos e garantias individuais, qualquer que seja a forma com que se interprete o dispositivo, estando ela apta a irradiar seus efeitos a todas as categorias de direitos fundamentais. Ademais, apesar de não ser objeto de nosso estudo, pode-se ressaltar a incidência desta norma inclusive aos direitos fora do catálogo e até mesmo em tratados internacionais.¹¹⁹

Há, porém, posições controvertidas sobre o verdadeiro alcance - no que diz com a eficácia - desta norma que, para se chegar a alguma conclusão, deve-se, ainda que resumidamente, elencá-las nesta etapa.

As diferentes concepções “oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei”, e os que:

“situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa¹²⁰”.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 236-237.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 236-237.

O autor avança dizendo que ante uma omissão do legislador ou dos órgãos estatais, o constituinte tratou de criar instrumentos bastantes para combatê-la, “nomeadamente o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade”¹²¹.

Numa posição intermediária situa-se Celso Bastos, ao sustentar que:

“Os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo judiciário, da posição reservada ao legislador”¹²².

Urge destacar, a título de conclusão, um ponto de convergência na doutrina, ponto esse que transpassa desde as posições mais conservadoras, que negam aplicabilidade do dispositivo a determinados direitos sem uma intervenção legislativa, quanto as mais avançadas, defensoras de uma inarredável aplicabilidade direta a todos os direitos fundamentais, sem distinção de sua forma de positivação, tampouco de sua carga normativa. Essa concordância se faz presente, no dizer de M.G. Ferreira Filho, segundo o qual “o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os permaneçam letra morta no texto da Constituição”¹²³.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 238.

¹²² Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 238-239.

¹²³ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 238.

Com base no exposto e no consenso da doutrina, certo é afirmarmos que o Constituinte dotou os direitos fundamentais de uma aplicabilidade e eficácia imediata, independentemente de sua carga normativa, sendo o dispositivo aplicável sem distinção a todos os direitos e garantias fundamentais. Trata-se, segundo lição de Flávia Piovesan, “da tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais” imposta aos órgãos estatais, e de norma de caráter vinculante, capaz de investir “os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”¹²⁴.

No dizer de Ingo Sarlet, “no âmbito de uma força jurídica reforçada, os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia”, “...de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, deverá ser necessariamente fundamentada.”¹²⁵, fato este que ter-se-á oportunidade de estudar mais adiante.

Para auxílio da compreensão quanto o alcance da eficácia dos direitos fundamentais, utiliza-se critério consolidado na doutrina já anteriormente referido, que divide os direitos em autênticos direitos de defesa ou de cunho negativo e direitos prestacionais, que necessitam, via de regra, de uma atuação positiva por parte do Estado para se concretizarem.

No que concerne aos direitos de defesa, maior dificuldade não há em reconhecer-lhes eficácia e aplicabilidade imediata, tendo em vista que ao Estado cabe apenas se abster para não violá-los. Significa dizer que sua densidade normativa é bastante, dada a vontade do Constituinte.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 243.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 246-247.

Aos direitos prestacionais não lhes são dadas as mesmas facilidades, havendo divergências quanto a sua verdadeira eficácia e necessidade de concretização por parte do legislador infraconstitucional.¹²⁶

Não obstante se tome como critério a funcionalidade dos direitos, deve-se, segundo ensinamento do Prof. Ingo Sarlet, denunciar a duplicidade de caráter de alguns deles, possuidores que são de uma natureza negativa - por se fazerem sem intervenção legislativa -, dependentes meramente de uma conduta omissiva do Estado, em sintonia com uma natureza eminentemente prestacional, normativa ou material, como é o caso de alguns direitos sociais que serão oportunamente estudados.¹²⁷

Apesar da diversidade das classificações desse critério, bem como diversos outros aspectos pertinentes ao tema, devido à delimitação deste estudo não nos deteremos a analisá-los, retornando a apreciá-los pontualmente quando da nossa conclusão, se assim julgarmos indispensável para a sustentação de nossa proposição. Cumpre, neste momento, apenas admitir a possibilidade das normas definidoras de direitos fundamentais gerarem aos seus titulares autênticos direitos subjetivos, servindo essa regra não apenas para os direitos de defesa, como também para os derivados de prestações estatais, mesmo que dependentes de sua força normativa. Demais fatores impeditivos serão retomados oportunamente.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 254-256.

¹²⁷ SARLET Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu conteúdo, contexto e possível eficácia. R. bras. de dir. Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 88-92, jul./set. 2003.

4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até este momento de nosso estudo, analisou-se teorias, realizou-se digressões filosóficas, buscou-se fundamentar a existência dos direitos fundamentais, bem como trabalhou-se o problema de sua eficácia e efetividade, tudo, é bom que se registre, sem qualquer intenção de completude. Neste capítulo, ainda que se continue na seara teórica, encontramos-nos próximos a possíveis conclusões, sendo, portanto, de extrema importância discorrer acerca da teoria da colisão de princípios, expediente de primeira validade ao deslinde de nosso caso *in concreto*.

Para esse intento, surge como norte as lições teóricas desenvolvidas por Robert Alexy. O autor propõe, a partir das idéias de Dworkin, uma distinção teórico-estrutural entre regras e princípios, e afirma ser possível, a partir de então, “a formulação de uma teoria dos limites, uma teoria satisfatória de colisão e uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”. A par desta contribuição, “essa distinção teórico-estrutural constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, assim, condição para a resposta ao problema da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.¹²⁸

Para Dworkin, “os princípios são *standarts* que devem ser observados por se constituírem uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹²⁹ Diferentemente das normas (ou regras) jurídicas, “que formam o único referencial do direito para o

¹²⁸ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 82-83.

¹²⁹ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 82-83.

positivismo, os princípios portam uma dimensão de peso ou importância e, se entram em conflito, obrigam a considerar o peso relativo de cada um.”¹³⁰

Alexy, conquanto não negue a distinção entre regras e princípios, erige o conceito de norma a gênero, possuidor das espécies regras e princípios, e os define:

“os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Os princípios são chamados de *mandamentos de otimização*, caracterizado pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades reais e jurídicas”.¹³¹

As regras, a seu turno, “como normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo válidas, implicam na exata realidade daquilo que elas exigem, nem mais nem menos”¹³².

Em outras palavras, as regras trazem a exata dimensão no âmbito de sua execução, enquanto os princípios, na condição de mandamentos *prima facie*, manifestam uma normatividade que pode ser relativizada, a depender das circunstâncias jurídicas e fáticas.

Avançando na questão sobre colisão de princípios, identifica-se, segundo lição de Alexy, o duplo caráter normativo das disposições de direito fundamental. “Conjugam em si, a um só tempo, regra e princípio”, explicando:

“são princípios na medida em que podem ser contrabalanceados com outros, ou seja, desde que se pode avaliar o peso relativo de cada um para decisão do caso. Têm

¹³⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 82.

¹³¹ Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 87-88.

¹³² PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 88.

caráter de regra porque estabelece determinações frente a outras disposições de direito fundamental que a elas se contrapõe”.¹³³

Sem que se entre no mérito da discussão sobre qual lado da moeda teria peso maior, - se o da regra ou o do princípio -, deve-se apenas, para os estreitos limites deste trabalho, admitir seu duplo caráter, servindo-nos, inclusive, da melhor doutrina. Agindo assim, “consegue-se coordenar um certo grau de flexibilidade normativa”, utilizando o caráter de princípio, necessário para resolver o problema da ponderação dos princípios e o caráter de regra, garantidor da segurança jurídica enquanto mandamento do dever ser.¹³⁴

Lado outro, tem-se como certa a equivalência entre as normas constitucionais, sendo defeso falarmos em princípios absolutos, assim como assentou a doutrina. O que pode ocorrer é uma normatividade exacerbada determinada pelo Constituinte, traduzida num “reforço do caráter de regra dessa norma constitucional”. Daí porque alguns autores preferem uma hierarquização de princípios, “denominando alguns de princípios estruturantes.”¹³⁵

Tal ocorrência, porém, não autoriza um pensamento que penda para uma natureza absoluta de um determinado princípio, apenas demonstra a necessidade de argumentos jusfundamentais mais preciosos e apurados se o intento for o da prevalência do princípio oposto. Outrossim, fica latente a possibilidade de relativização dos princípios, desde que presentes circunstâncias jusfundamentais, aptas ao processo de ponderação da medida de seus valores.¹³⁶

¹³³ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 91-92.

¹³⁴ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 93-94.

¹³⁵ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 95-96.

¹³⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 96.

Alexy diria: “O caráter de princípio das normas constitucionais...”, em especial dos direitos sociais – por serem importantes para este estudo -, “...além de permitir que eles sejam ponderados quando entram em colisão entre si”, vinculam objetivamente o Estado e, “através da ponderação em um caso concreto, pode-se chegar a adscrever uma regra que, sob determinadas circunstâncias, valerá como solução desse problema”. É dizer em outras palavras que, analisando o caso *in concreto* - sua “história” pormenorizada – pode-se, mediante o juízo de peso de valores das normas arroladas, dado ao seu caráter de princípio, extrair uma regra orientadora da solução, capaz de solver o problema em tantos casos quantos as circunstâncias foram as mesmas.¹³⁷

Julgamo-nos, nesta etapa do trabalho, aptos a análise específica da solução em caso de colisão entre princípios, pressuposto para a compreensão de uma eventual tomada de posição frente ao problema do nosso tema central. E é com base no que foi visto até o momento que, nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, defini-se uma situação de colisão “sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”.¹³⁸

Karl Larenz, citado por Stainmtz em sua obra, explica o fenômeno da seguinte maneira: “Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada”.¹³⁹

¹³⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 98.

¹³⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

¹³⁹ Apud STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62-63.

Embora se creia que não há mais dúvida a respeito, ratifica-se a definição de colisão com as palavras de Robert Alexy, que divide as oposições em “colisão de princípios e conflito de regras, alertando para o fato de que ambas têm em comum o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados contraditórios”, e completa: “O conflito de regras resolve-se no âmbito da validade, pois não podem coexistir duas regras, no mesmo ordenamento jurídico, que conduzam a resultados diferentes”, pelo que já foi devidamente explicado serem as regras aplicáveis ou não, desde que válidas. “Utiliza-se os recursos disponíveis na Teoria Geral do Direito, como os critérios da “especialidade, anterioridade e hierarquia”.¹⁴⁰

Já na questão da colisão de princípios, visto como já foi que estes são mandamentos de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível, dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso específico, diz a melhor doutrina estar na “dimensão de peso” portadas por eles, a solução da colisão.¹⁴¹

Depende para a resolução da colisão de princípios, “a ponderação de seus pesos relativos”, ou seja, a detida análise de todos os fatores envolvidos no caso em tela, para se chegar a definição de qual princípio precederá a tal.¹⁴²

Alexy é quem melhor define as leis e critérios para essa ponderação. Antes, porém, deve-se enumerar as hipóteses de colisões, divididas por Gavara de Cara em: “concorrência

¹⁴⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 101.

¹⁴¹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 101.

¹⁴² PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 101-102.

de direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais e conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.”¹⁴³

Já Alexy agrupa a segunda e a terceira hipóteses por julgar se referirem ao mesmo fenômeno, e denomina as colisões de “colisão de direitos fundamentais em sentido estrito – “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais” – e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo – “quando há colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos”.¹⁴⁴

Para a hipótese de concorrência, basta explicar que se trata de dois ou mais direitos fundamentais que gravitam na órbita de apenas um titular, visto que mais nos importa a terceira hipótese.

Segundo a melhor doutrina, a importância da elaboração de métodos para a solução destes conflitos figura-se na complexidade apresentadas por determinados casos, também chamados de “hard cases” - Dworkin - ou “casos duvidosos” – Alexy -. A estes, dificilmente submete-se apenas uma norma, “um simples enquadramento, uma simples subsunção, uma simples interpretação de disposições normativas” como nos “casos rotineiros”. “Não há uma única solução correta possível. Cogitam-se alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão”¹⁴⁵

¹⁴³ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 64-65.

¹⁴⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 65-66.

¹⁴⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67-68.

Como já referido, as condições do caso serão determinantes na escolha da precedência de um princípio sobre outro, atuando, também, “como suposto de fato de uma norma”, ou seja, sua dupla função serve não só para indicação do princípio precedente, mas também para deferi-lo o caráter de regra que, presentes aquelas circunstâncias, pode-se aplicar o mesmo princípio considerado precedente.¹⁴⁶

Daí a formulação da lei de colisão, cujo conteúdo é expresso nos seguintes termos: “As condições sobre as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”¹⁴⁷

David Wilson, em reflexão sobre esses conceitos, diz que:

“sob determinadas circunstâncias presentes em um caso o princípio P1 precede ao princípio p2, que com aquele colide, então daí deriva uma regra R proibitiva de aplicação de p2 e que determina as consequências jurídicas da aplicação de p1. R, resultante da ponderação elaborada no caso, também pode ser chamada de norma de direito fundamental adscrita, pois a ela foi possível oferecer uma fundamentação jusfundamental correta”.¹⁴⁸

Por isso, conforme ensina Alexy, “como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode-se formular uma norma de direito fundamental adscrita com caráter de regra na qual pode ser subsumido o caso”.¹⁴⁹

Transcrevendo os conceitos para uma fórmula, tem-se:

¹⁴⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 59-60.

¹⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 127.

¹⁴⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 103.

¹⁴⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 103.

Onde $p_1=p_2$, aplica-se R(regra), pois, dado C(circunstância), $p_1>p_2$

Entenda igualdade por igualdade abstrata.

Se ainda há que se questionar a racionalidade das proposições de Alexy, ele trata de formular “uma lei da ponderação” capaz de esvaziar os argumentos contrários ao método: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância do outro”.¹⁵⁰

Ademais,

“contra os que ainda levantam o argumento do decisionismo particular que esse processo pode acarretar, Alexy diz que de fato as ponderações, na medida em que são decisões judiciais, realizam-se para a solução de um caso particular. Nada a temer nesse sentido, pois até mesmo com Kelsen as decisões judiciais são consideradas decisões individuais”.¹⁵¹

Ainda sobre essa crítica, o jusfilósofo alemão emenda:

“de acordo com a lei de colisão, sobre a base da ponderação, sempre é possível formular uma regra, o que quer dizer que a ponderação no caso particular e a universalidade não são inconciliáveis. Isso dado a já referida dupla função das circunstâncias do caso. Essa regra, se presentes as mesmas circunstâncias, embora em outro caso, continuam a valer”.¹⁵²

¹⁵⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 203.

¹⁵¹ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 104-105.

¹⁵² Apud PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 105.

Estevez Araújo brilhantemente sintetiza ao se referir aos princípios como mandados de otimização, aplicáveis na maior medida possível, “cuja conduta exigida somente se pode determinar uma vez que se conheçam as circunstâncias do caso concreto”.¹⁵³

Encerradas as preliminares sobre a ponderação de princípios, passamos a exposição de seu método e procedimentos, guiados sempre pela doutrina majoritária, que, no dizer de Wilson Steinmetz, formula a seguinte questão: “Com se operacionaliza a ponderação concreta de bens? A solução se faz por meio da afirmação: “mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade”.¹⁵⁴

É bom que se diga que para este trabalho independe a análise terminológica e conceitual, principalmente no que diz com a diferença entre ponderação e proporcionalidade; basta, para os fins que se persegue, saber que é consenso na doutrina a utilização desse princípio na solução de “casos difíceis”, dependendo sua aplicação da constatação de dois pressupostos básicos: “(1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização e ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro; (2) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto. Essa verificação implica que a ponderação de bens deve ser uma

¹⁵³ PARDO, David Wilson de Abreu. Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 105-106.

¹⁵⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143.

ponderação concreta e não abstrata, inobstante possa o operador do direito fazer uma ponderação abstrata prévia, porém, “apenas com finalidades heurísticas”.¹⁵⁵

Gomes Canotilho diz representarem, as noções de ponderação ou de balanceamento, uma viragem metodológica, e aponta três razões para essa viragem:

“(a) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige da norma de decisão que considere as circunstâncias do caso; (b) a natureza principal de muitas normas constitucionais, de modo especial aquelas que conferem direitos fundamentais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto, uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia), na qual há um juízo de validez; (3) fratura da unidade de valores de uma comunidade, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efetuado para a solução dos conflitos”.¹⁵⁶

De volta ao método de aplicação do princípio da proporcionalidade, deve-se compreender sua estrutura, dividida em três sub-princípios ou princípios parciais, denominados de princípios da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, estrutura dada a uma “relação de meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado.”¹⁵⁷

De maneira resumida, trataremos dos três sub-princípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁵⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141-142.

¹⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141.

¹⁵⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

Ao Princípio da adequação, também denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade pressupõe-se uma verificação da finalidade perseguida, em consonância com a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental. “Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido”. “o juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental”.¹⁵⁸

O princípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade, necessita, para a sua compreensão e auxílio na solução do caso, que se pergunte “pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado. “Trata-se de verificar...” – em caso de apenas uma medida proposta – “...se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão”.¹⁵⁹

Quanto ao terceiro princípio parcial, ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sua compreensão implica na máxima de que: “os meios elegidos devem manter-se uma relação razoável com o fim perseguido”. “O princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional”. Para Canotilho, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio é ou não desapropriado em relação ao fim”. Trata-se do princípio da justa medida.¹⁶⁰

¹⁵⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

¹⁵⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

¹⁶⁰ Apud STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

Como deve ter sido observado, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se traduz na ponderação de bens propriamente dita, “é o mandato de ponderação”.¹⁶¹

Alexy ainda formula o procedimento a ser aplicado em caso de verificação de colisão de direitos fundamentais, trata-se da forma de operacionalização do método, que ainda ter-se-á a oportunidade de abordá-la adiante.

Apresentados os pressupostos teóricos necessários ao enfrentamento da questão posta, passa-se à solução da controvérsia em concreto.

¹⁶¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152-153.

5. SOLUÇÃO IN CONCRETO

Em fim, chega-se ao ponto crucial deste trabalho. É neste capítulo que ter-se-á a confirmação de uma decisão teórica que aponte para uma solução à angustiante pergunta da sociedade brasiliense: É possível vender diretamente, sem que haja licitação, as terras públicas dos condomínios horizontais do Distrito Federal?

Caso consigamos resposta a esta indagação, teremos participado concretamente do processo. Caso negativo, menor não será o mérito científico deste trabalho, certos de uma efetiva contribuição.

Para iniciar se faz preciso, conforme anunciado, trazer a tentativa de desconstrução dos argumentos contrários à venda direta, efetuada em duas etapas. Primeiramente se fará a abordagem dos princípios básicos da Administração Pública e uma provável afronta ao princípio isonômico; posteriormente, caso reste intacto apenas o princípio da necessidade de licitação em se tratando de terras públicas, far-se-á, mediante o procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade, o derradeiro enfrentamento ao tema, com vistas à solução do caso concreto.

5.1 – Análise dos Princípios Básicos da Administração Pública e do Princípio da Isonomia

Hely Lopes Meireles, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro” informa:

“Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade”.¹⁶²

“No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo”. Não pode negar os deveres que a lei lhe impõe, nem, por outro lado, deixar de objetivar suas atividades “à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública”.¹⁶³

Ainda para entender acerca dos fins da administração pública, importa frisar nota da obra do mesmo autor, enquanto discorre sobre o *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular* e seu decorrente *princípio da indisponibilidade do interesse público*, afirmando serem de observância obrigatória pelo administrador, não podendo a Administração Pública dispor desse interesse geral, pelo simples fato de que não é ela a titular desse interesse público, e sim o Estado.¹⁶⁴

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade. É a

¹⁶² MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 86.

¹⁶³ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 86.

¹⁶⁴ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 101.

própria condição de sua existência¹⁶⁵”, que apesar de não estar explícito, se faz presente por meio de outros princípios como o *princípio da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente*.

“Essa supremacia do interesse público é o motivo de desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados”, sempre com vistas a garantir o fim social a que a norma se propõem. Essa vinculação da Administração tem como fim último a “busca e cura do interesse público”.¹⁶⁶

De todo o exposto quanto aos princípios da Administração Pública, pode-se extrair algumas conclusões de suma importância para este estudo. De início, que esses princípios servem de alicerce para toda e qualquer conduta da Administração, e como princípios, independem de lei para sua observância, podendo decorrer inclusive do regime jurídico.

Ato contínuo, segue o raciocínio de que a razão de ser de todos esses princípios é tão somente a busca do interesse público, que se mostra mais importante do que um interesse individual, e à Administração é conferida a gerência e tutela desse interesse, cujo verdadeiro detentor é o Estado.

Segue que, em sendo nosso Estado um Estado Democrático de Direito com tarefas sociais, conclusão retirada de nosso sistema jurídico, toda conduta da Administração deve ter como escopo a guarda dos fins sociais preconizados por seu Estado, destinados à coletividade.

¹⁶⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

¹⁶⁶ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 102.

Portanto, a Constituição Federal não obriga que se atente tão somente para a indispensabilidade do dever de licitar, impõe sim, uma necessária perquirição do fim último dos atos do Poder Público: a “busca e cura”¹⁶⁷ do interesse social.

Poderia questionar-se sobre o alcance dessa coletividade, se o destino dos fins da Administração é a coletividade determinada ou indeterminada, se parte de um todo ou se tomada indiscriminadamente em sua totalidade. Sem que se pretenda buscar definições precisas a essa questão, prefere-se atacá-la quando da análise do *princípio da isonomia*. Assim poder-se-à verificar a procedência da proclamada afronta à igualdade em caso de uma eventual venda direta dos lotes.

Vencida esta etapa, passa-se a enfrentar o princípio da isonomia, incessantemente invocado pelos que defendem o procedimento licitatório como única saída para a transferência de titularidade das terras em questão.

Nesta quadra, cumpre destacar o intento que passa-se a perseguir como forma de decisão teórica. Foi visto no capítulo anterior que não há princípios absolutos, e que estes são “mandamentos de otimização” a serem cumpridos na medida de suas possibilidades, observadas as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto, unicamente capazes de relativizar sua aplicação.

Inicia-se esta abordagem com os dizeres introdutórios da obra de Celso Antônio Bandeira de Melo: “Rezam as constituições – e a brasileira no art. 5º, caput – que todos são iguais perante a lei¹⁶⁸”. O Constituinte propõe não apenas uma igualdade perante a norma posta,

¹⁶⁷ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 102.

¹⁶⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 9.

impossibilitando tratamentos discriminatórios, mas também, que a mesma norma deve nascer em conformidade com a isonomia.¹⁶⁹

O mesmo autor define: “ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”.¹⁷⁰

Aqui, a exemplo do autor, busca-se definições precisas sobre a matéria, mister indispensável para se atingir clara posição se, alienando diretamente as terras em questão, haveria ou não afronta ao *princípio isonômico*.

Como sustentáculo, utilizamo-nos do modelo teórico do referido autor, fazendo uso de seu método, adequado pois, à realidade de nosso caso concreto. Sendo assim, cumpre-nos buscar respostas às mesmas questões formuladas por ele, a saber:

“O que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? Quando é vedado à lei estabelecer discriminações?”¹⁷¹

¹⁶⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 9.

¹⁷⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 10.

¹⁷¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 10-11.

Respondidas essas questões, estamos certos de que chegaremos ao perquerido consenso, e teremos aclarada a afirmação de Aristóteles, segundo a qual preconizava a igualdade em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Para tanto, sem que haja necessidade de trazer à colação os inúmeros exemplos do autor, pode-se concluir com suas palavras que: “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”¹⁷².

Passamos ao modelo desenvolvido para a aferição de afronta à isonomia, dividido em três etapas:

- “a) a primeira diz com o elemento tomado com fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”¹⁷³.

“Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente

¹⁷² MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 18.

¹⁷³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 21.

existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”.¹⁷⁴

Em suma, apenas com a detida análise das três etapas, nesta ordem consideradas, podemos concluir por ofensa ou não ao princípio da igualdade. Somente se chegarmos intactos ao fim da última proposição teremos a certeza de que não haveria – juridicamente - óbice há uma alienação direta, sem a realização do procedimento licitatório, aos atuais moradores dos condomínios irregulares.

Quanto à primeira questão (o fator de discriminação ou *discrimen*), o autor a divide em dois requisitos:

- “a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;
- b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação, a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesma* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”.¹⁷⁵

Ora, sendo a igualdade princípio garantidor da defesa contra perseguições gratuitas e inibidor de privilégios injustificáveis, qualquer lei que individualize seu destinatário, de modo absoluto, incorreria em ofensa à isonomia. Seria o caso, para usar exemplo do autor, “da

¹⁷⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 21-22.

¹⁷⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 23.

norma que declarasse conceder tal benefício ou impusesse qual sujeição ao indivíduo X, filho de Y e Z”.¹⁷⁶

Quanto ao segundo requisito:

“é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas”.¹⁷⁷

Em outras palavras, qualquer fator utilizado como *discrímen* que não guarde relação lógica com a coisa, situação ou pessoas envolvidas na questão, ou seja, neutro, será inidôneo. Isso pode ocorrer ao utilizar-se, “sem fomento jurídico satisfatório” o fator “tempo” como critério de *discrímen*.¹⁷⁸

Explicada a primeira premissa do modelo teórico, trataremos agora da necessária correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida.

“Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes”.¹⁷⁹

A Contrário sensu, uma norma deverá ser rechaçada caso não guarde essa relação lógica entre as situações diferenciadas e o fator diferenciador.

¹⁷⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 29-30.

¹⁷⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 29-30.

¹⁷⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 31-35.

A título de melhor explicar, mais uma vez nos valemos de exemplo do autor, que propõe como suposição uma lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso, sendo vedado igual tratamento aos funcionários magros. Na situação hipotética, é explícita a ausência de correlação entre o fator utilizado como critério de discriminação (peso elevado) e os efeitos jurídicos atribuídos a ele (afastamento remunerado para assistir congresso religioso).¹⁸⁰

Por fim, há que se ressaltar, consoante apontamento do autor, que “a correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, ‘pura’, a dizer, isenta de penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas”.¹⁸¹ Significa dizer que, na análise das circunstâncias afetas ao caso em tela, há que se considerar esses “ingredientes”, sem prejuízo da manutenção da regra isonômica.

Ultrapassadas as duas barreiras anteriores, resta explicar a terceira premissa da teoria, definida por “consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição”.¹⁸²

O último elemento, conforme anuncia o autor, “encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para

¹⁷⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 37.

¹⁸⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 38.

¹⁸¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 39.

¹⁸² MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 21.

discriminações legais”.¹⁸³ Trata de verificar se a situação jurídica tida como diferenciadora, possui guarida no ordenamento constitucional pátrio.

Melhor explicando: “as vantagens calcadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”.¹⁸⁴ Do mesmo modo, “não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva”.¹⁸⁵

Por derradeiro, ainda sobre o nexu lógico, é indispensável que este “retrate um bem - e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional”.¹⁸⁶

Passa-se agora, após a explicação do método, à averiguação de nosso caso concreto, buscando respostas às perguntas já referidas, na esperança de demonstrar, em definitivo, a existência ou não de afronta ao *princípio isonômico*.

É bom que se ressalte, de forma a demonstrar que não se pretende ater-se ao exame de constitucionalidade de Lei específica, que para atingirmos nosso intento, tomaremos por conta uma lei hipotética, bastando, para os limites de nosso estudo, que tenha como fim a alienação das terras diretamente aos atuais possuidores, e que utilize, para a escolha dos beneficiados bem como dos desprestigiados, de critérios objetivos, desconsiderando o uso do procedimento licitatório.

¹⁸³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 41-42.

¹⁸⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 41-43.

¹⁸⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 42.

¹⁸⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 42-43.

Somente assim isentaremos nosso estudo de posições tendenciosas, tendo em vista a quantidade de leis editadas – tanto federais como distritais – com o mesmo propósito.

Seguindo os passos de Celso Antônio Bandeira de Melo, identificaremos, primeiramente, o fator erigido a *discrímen*, após, passaremos a demonstração da correlação lógica em abstrato entre esse fator e a situação jurídica diferenciadora gerada por conta dele. Feito isso, concluiremos com a confrontação desse resultado com os valores positivados em nosso sistema constitucional, obtendo, como resultante, uma situação concreta de quebra ou de identidade com o *princípio igualitário*.

Em uma eventual alienação das terras em questão sem o procedimento licitatório, está claro que o *discrímen* se mostra, com clareza, na *venda direta* aos atuais possuidores. Deve-se, de pronto, perguntar: Esta lei elege como fator de discriminação algo que singularize, “no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar?”¹⁸⁷ A resposta tida como óbvia é pela negativa. Não há no caso em exame individualização alguma que conceda benefício ou atribua encargo a determinada pessoa. Não há que se cogitar em individualização capaz de impedir que tal situação possa voltar a ocorrer; muito pelo contrário, se o Governo incorrer na mesma inércia, tanto na fiscalização para impedir novas invasões, quanto na ausência de políticas habitacionais, de modo a reduzir o déficit habitacional em nossa cidade, teremos, certamente, situação que guardará similitude com a ora vivenciada.

Uma outra pergunta para fechar questão quanto ao primeiro requisito seria: O traço diferencial adotado – *venda direta* - reside, necessariamente na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada? Temos como certo que sim. O fator de *discrímen* – *venda direta* – está

¹⁸⁷ Indagação realizada por Celso Antônio Bandeira de Melo e que nos serve como parâmetro

umbilicalmente ligado às pessoas envolvidas, possuidoras das terras e detentoras de direito fundamental constitucionalmente amparado (direito à moradia).

Todo o problema de fato existente, se deve ao fato – já referido anteriormente – da ausência de políticas públicas que visassem a moradia, inércia do Estado enquanto permitiu as invasões por grileiros, e déficit habitacional elevado. Portanto, o fator de *discímen* não conduz a uma relação apenas com as pessoas, mas também com a situação.

Já mencionamos que nossa lei hipotética possui critérios objetivos bastantes para determinar os contemplados com o benefício da *venda direta*. Tais critérios, exatamente por serem objetivos, desconsideram qualquer manifestação de ordem subjetiva quanto ao tema, determinando eficácia e efetividade à lei apenas e tão somente à pessoa ou ao grupo de pessoas que demonstre cabalmente estarem exercendo seu direito fundamental. Não podem ser incluídos, de forma alguma, para os efeitos desta lei, indivíduos com pretensões meramente especulativas, ou que não necessitem daquelas moradias para o exercício do já referido direito fundamental.

Daí pode-se concluir que, sendo a lei propícia ao exercício do direito fundamental à moradia, qualquer manifestação que não vá ao encontro de tal fim deve ser rechaçada, e a função dos critérios é tão somente a de exercer o contra-peso deste fim a ser alcançado, de modo a estabelecer a correlação lógica abstrata.

Se nossa lei hipotética possui fator de *discrímen* – *venda direta* – válido, e se sua legitimidade mantém correlação lógica em abstrato com a situação em voga, resta determo-nos à última e derradeira questão, sem a qual morreríamos ilhados, a míngua de uma consistente conclusão.

Existe consonância da correlação lógica demonstrada com os valores positivados em nossa Constituição? Parece, à primeira vista, ser esta a de mais fácil resposta, não somente por já termos nos referido ao direito fundamental à moradia, tido como direito positivado, possuidor de eficácia imediata.

Não obstante essa real constatação, ainda teríamos como nos arrimar nos efeitos do direito à moradia, em especial à geração de direitos subjetivos. Quanto ao tema, bastaria explicar que, possuindo o direito fundamental à moradia um duplo caráter – direito de defesa e direito a prestação – trata-se, em especial, de invocarmos sua natureza de defesa no caso de eventual ato que viesse expropriar os atuais moradores do uso e gozo desse direito.

Há, portanto, plena consonância dos fins de nossa lei hipotética com os valores positivados em nossa Constituição, mais ainda se considerarmos estar tratando de um direito fundamental. Porém, nossa lei não nos deixa livre de outra constatação imediata, a de que também há, em se aplicando norma dessa natureza, afronta a outro valor ou bem constitucionalmente protegido, qual seja, o *princípio da necessidade de licitação* em se tratando de alienação de bens públicos.

Não por outro motivo foi deixado para utilizar por último as lições que dizem com a ponderação entre princípios constitucionais. Em exame superficial, nossa lei hipotética não guarda ofensa ao *princípio da igualdade*, todavia, apenas por meio de uma ponderação entre os dois princípios restantes – necessidade de licitação e direito à moradia – é que se poderá afirmar, sem sombra de qualquer dúvida, ser possível ou não alienar as terras dos condomínios diretamente aos atuais moradores, intento a ser tratado a seguir.

5.2 – Direito à moradia X princípio da necessidade de licitação

Desde então, passa-se ao enfrentamento da colisão entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente garantidos propriamente dita, determinado pelo conflito entre o princípio restante – necessidade de licitação – e o direito fundamental à moradia.

Apenas por considerar a maneira mais simplificada para lidar com o tema, trata-se-á de descrever o procedimento a ser adotado, identificando as etapas a serem seguidas e aplicando-as uma a uma ao nosso caso na ordem lógica oferecida por Robert Alex. Somente avançar-se-á à próxima etapa caso se mostre comprovado o rompimento da etapa anterior; agindo assim, poder-se-á acompanhar com mais clareza o método engendrado pelo autor.

“Primeiramente, verifica-se se efetivamente há uma colisão de direitos fundamentais. Isso implica averiguar, interpretativamente, se os direitos em tensão são estatuídos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas-princípios constitucionais”¹⁸⁸.

É clara a resposta a esse quesito. Temos sim, em nosso caso, uma colisão entre princípios constitucionais, descritos na situação já referida alhures, qual seja, o insistente posicionamento do Ministério Público local em alienar os lotes dos condomínios somente por meio de licitação e, de outro lado, a população envolvida – cerca de quinhentas mil pessoas – ao invocarem seu direito à moradia, pleiteando a venda direta para a legitimação de suas propriedades. Portanto, não há dificuldade alguma em demonstrarmos a colisão entre duas normas-princípios: *Direito fundamental à moradia e necessidade de licitação para alienação de bens públicos*.

¹⁸⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 153.

A seguir, deve-se demonstrar se o fim (alienação das terras) perseguido pelo meio (decisão normativa restritiva), possui guarida em nosso ordenamento constitucional. Quanto a essa proposição, também maior dificuldade não há, levando-se em conta que o princípio que determina a alienação de bens públicos por meio de licitação está insculpido em nossa Carta Magna. Significa dizer que uma eventual decisão normativa restritiva – legislativa ou judicial - de direito fundamental, encontraria supedâneo em nosso sistema normativo constitucional, desde que exaustivamente justificada.

Nesta etapa, dever-se-ia proceder a descrição da situação em conflito, objetivando identificar todas as circunstâncias relevantes do caso, pressuposto indispensável para adentrar-se na verificação dos sub-princípios do método. Todavia, essa descrição já foi feita em capítulos passados, sendo assim, nos furtaremos em tecer maiores comentários acerca da situação fática de nosso problema, à exceção de determinadas considerações pontuais que julgamos necessárias para uma melhor compreensão do caso.

Feitos os “testes prévios¹⁸⁹”, passa-se à análise propriamente dita do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, tomado em seus três sub-princípios, já explicados.

O princípio da adequação, conforme estudado, “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 154.

¹⁹⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

Trata-se de saber se a norma – legislativa ou judicial - que veicula a necessidade de licitação, se mostra apta, útil, apropriada para atingir o fim perseguido, qual seja, a alienação mediante venda das terras públicas. Cuida-se de indagação que leva, aparentemente à fácil conclusão. Se tomarmos o fim da norma – transferência de propriedade – restritivamente, a resposta evidente é positiva.

Melhor explicando: Uma decisão normativa que propusesse a necessidade de licitação (meio), se mostraria adequada, apta, para a transferência de propriedade das terras em questão, finalidade última a que se destinaria tal decisão.

Portanto, sem fazer uso dos fins sociais a que as normas atinam, damos por encerrada e transposta a barreira do primeiro sub-princípio, passando a enfrentar o princípio da necessidade, também conhecido como “princípio da menor ingerência possível”.¹⁹¹

“Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão”.¹⁹²

Neste momento deve-se perguntar se há, no caso concreto, medidas outras que restrinjam de forma mais branda o direito fundamental à moradia. Tal questionamento trata de procurar a verdadeira necessidade da medida restritiva que, embora adequada, possa sucumbir a outra medida igualmente eficaz e menos gravosa ao referido direito.

¹⁹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

¹⁹² STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150-151.

Quando, em capítulos anteriores, descreveu-se a situação fática de nosso caso concreto, enfatizou-se os diversos aspectos envolvidos no tema. Falou-se do problema ambiental, urbanístico, criminal, dentre outros. Também salientou-se que os compradores dos lotes, sem aqui analisarmos se os adquiriram de boa ou de má fé, não se furtariam à obrigação de pagarem pelas terras novamente, considerando as terras como públicas. Brasília, também consoante já assinalado, possui um déficit habitacional de longa data, sendo, inclusive, um dos fatores que concorreram para o surgimento dos condomínios em nossa capital. Ora, basta um raciocínio não muito elaborado para concluir que, se estas mesmas pessoas não concorreram para a prática de crime de grilagem de terras, ou de qualquer outro crime contra a administração federal, e se estão a exercer direito fundamental próprio constitucionalmente garantido, ao poder público incumbe a missão de sustentar uma solução menos gravosa aos ditos moradores (mormente por ter contribuído com esta situação), desde que comprovem, objetivamente, por meio dos critérios já referidos quando da análise do princípio da igualdade, o exercício pleno e tão somente de seus direitos fundamentais à moradia.

Precisa-se, contudo, explicar quais os danos ao direito à moradia ocasionados por um eventual procedimento licitatório para a transferência de propriedade dos lotes dos condomínios horizontais.

É preciso enfatizar, sempre que necessário, a finalidade da decisão normativa que se deseja aplicar ao caso. Manifesta-se, sem sombra de dúvida, na alienação das terras públicas, objeto de destinação à moradia de aproximadamente 500.000 pessoas em Brasília.

Segue que, sendo as terras destinadas à moradia, sabedores que somos de que o Governo não pretende reintegrá-las pura e simplesmente para, ato contínuo, dar-lhes a mesma

destinação, podemos ratificar como verdadeiro fim da decisão normativa a transferência de propriedade das terras em questão.

Tendo nossa Constituição a função precípua de manter nosso Estado como Democrático de Direito e com tarefas sociais, e tomando como premissa a prevalência do interesse público com vistas às mesmas ações sociais, enfatizamos que, a outra conclusão não se chega se não a de que ao Estado incumbe a legalização de uma situação fática mediante a transferência da propriedade por meio da venda das terras.

Sendo assim, surgem as indagações: É função de nosso Estado transferir essa propriedade seguindo unicamente as regras da lei de licitações, aferindo a vantagem da melhor oferta? Tendo nosso Estado uma preocupação social inerente, lhe é concedido o direito de atentar contra um direito fundamental garantido em nossa Constituição, fazendo prevalecer apenas a garantia de cifras maiores trazidas pela modalidade da melhor oferta em detrimento de uma situação fática já consolidada? É indispensável ao Governo, nesse processo, uma maior arrecadação aos cofres públicos, desconsiderando a situação fático-jurídica vivenciada pelos moradores? E por fim, ainda que as perguntas não se exauam aqui, é necessário o uso de uma decisão normativa que guarde similitude ao modelo proposto no caso Taquari, conhecido de todos?¹⁹³

Bastaria uma superficial abordagem do processo licitatório desenvolvido no condomínio Taquari para identificar as falhas, que foram desde perigosos conflitos entre os ocupantes e os eventuais compradores, até a posterior venda dos moradores que se aventuraram em

¹⁹³ Na licitação promovida no Condomínio Taquari, embora os administradores públicos e o Ministério Público insistam em elevá-lo ao modelo a ser proposto para a alienação do restante das terras, inúmeros foram os problemas ocorridos e já referidos no corpo do texto, que, além de não se conseguir a venda de todos os lotes (o que provavelmente não ocorreria se fosse adotada a venda direta, houve conflitos perigosos entre os atuais ocupantes, na defesa de suas propriedades, e os compradores.

cobrir os lances ofertados e posteriormente não conseguiram arcar com as prestações, passando pelo fracasso na tentativa de se vender a totalidade dos lotes.

Restaria encontrar respostas a estas indagações para concluir que, apenas uma solução menos gravosa, capaz de atentar de forma mais branda contra o direito fundamental à moradia, desde que adequada e eficaz, possibilitaria alcançar o fim que a norma pretende (transferência de propriedade).

Portanto, concluí-se que, da análise do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, não conseguimos ultrapassar a barreira do segundo sub-princípio. A medida proposta pelo *Parquet* não nos parece, embora adequada, necessária ao intento da norma, tratando-se de medida desproporcional. Torna-se imprescindível encontrar solução menos danosa ao exercício do direito fundamental dos atuais moradores dos condomínios, sob pena de exercer-se arbitrariamente, posições isentas do verdadeiro interesse social a que se destina nosso Estado.

Por conseguinte, a medida sugerida por seu *ex adverso* (venda direta), deve ser analisada sob a tutela do princípio da proporcionalidade.

Relembrando o que foi visto quando da análise da medida proposta pelo Ministério Público, tem-se que trata-se de medida adequada, pois satisfaz o fim perquirido pela decisão normativa, e igualmente necessária, sendo, pois, menos ofensiva ao direito à moradia, tendo em vista que aos atuais ocupantes dos lotes restaria, sem embaraços, exercerem direitos próprios e fundamentais, descartando eventual concorrência desigual com pretensos compradores de maior poderio financeiro (incorporadoras e especuladores de terras).

Incumbe, por derradeiro, submetê-la a ponderação propriamente dita, ou seja, ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, comparando-a a necessidade de licitação apregoada pelos defensores do modelo proposto no Condomínio Taquari.

Ao falar-se de ponderação entre princípios, tem-se que tomar por conta os argumentos levantados pelo Ministério Público, para posteriormente contrapô-los aos argumentos favoráveis a uma venda direta. Embora grande parte destes argumentos já foi arrolada e combatida, surgem duas alegações ainda pouco exploradas neste trabalho, quais sejam, os aspectos econômico-financeiros e uma fortuita ofensa à segurança jurídica.

Tais argumentos, conforme matérias que transcrevemos, informam:

“A escolha do modelo de licitação dos condomínios em área pública terá reflexos no bolso do contribuinte do Distrito Federal. A diferença entre a licitação e a venda direta dos terrenos poderá ser medida em **cifrões**. Ao optar pela concorrência no Setor Habitacional Taquari, a Terracap faturou R\$ 11 milhões a mais na alienação de cerca de mil lotes a preços de mercado...”¹⁹⁴”

“...A diferença obtida na concorrência pública ocorre porque os terrenos freqüentemente são arrematados por um valor acima do avaliado pela empresa no edital. Como em todo leilão, leva quem apresentar o maior lance e o interessado sempre se dispõe a pagar um pouco mais para assegurar o negócio. Em três licitações promovidas na primeira etapa do Taquari, a Terracap faturou 18% acima do preço mínimo”¹⁹⁵.

Na mesma reportagem, sob o título de: “nas ‘vantagens’ de cada um”, encontramos as seguintes justificativas:

¹⁹⁴ CAMPO, Ana Maria. Venda direta de condomínios dará prejuízo ao GDF. Disponível em: <www.correioweb.com.br/avulsas.htm> Acesso em: 04 out 2004.

¹⁹⁵ CAMPO, Ana Maria. Venda direta de condomínios dará prejuízo ao GDF. Disponível em: <www.correioweb.com.br/avulsas.htm> Acesso em: 04 out 2004.

“Representa uma vantagem financeira para o Estado e conseqüentemente para toda a população, que poderá usufruir, por meio de investimentos em infraestrutura urbana, dos recursos arrecadados a mais; oferece segurança jurídica. A licitação é aceita por promotores e pela justiça. Portanto, não acarreta longas demandas judiciais com o Ministério Público; reduz o mercado clandestino de lotes, já que as pessoas temem comprar um terreno que posteriormente poderá entrar em uma licitação¹⁹⁶”.

Quanto à redução do mercado clandestino, é evidente que não se trata de medida apta a coibir em definitivo a venda sem a devida escrituração dos lotes. É ilusão que pende ao idealismo pensar que, imprimindo o processo licitatório pura e simplesmente, a ação dos grileiros restaria impedida. Enquanto o Estado se fazer omissivo, os estelionatários de plantão se farão presentes. Apenas ações pró-ativas, que antecedam o agravamento de problemas dessa natureza é que teriam como resultado a redução da demanda de invasões de terras e parcelamentos irregulares.

Tal constatação revela o que resta deste argumento: o medo das pessoas de adquirirem lotes em condomínios irregulares; porém, de longe resolve o cerne do problema: o exercício do direito à moradia dos atuais ocupantes desses mesmos condomínios. Não se trata meramente de coibir novas aquisições, e sim de acomodarmos uma população de aproximadamente 500.000 pessoas, que porventura teriam seus lotes arrematados por terceiros, quiçá por grandes incorporadoras ávidas por lucros.

Quanto ao argumento financeiro, traduzido nos lucros auferidos pela Terracap, ponderamos com seus valores institucionais, depreendidos de sua missão, visão e negócio, a seguir elencados:

¹⁹⁶ CAMPO, Ana Maria. Venda direta de condomínios dará prejuízo ao GDF. Disponível em: <www.correioweb.com.br/avulsas.htm> Acesso em: 04 out 2004.

“**MISSÃO** : Administrar a terra pública promovendo o desenvolvimento econômico e social do Distrito Federal.

VISÃO : Excelência na administração do solo do Distrito Federal.

NEGÓCIO : Utilizar a terra pública como fonte de recurso para desenvolvimento econômico e social do Distrito Federal¹⁹⁷”.

É possível que os administradores públicos estejam confundindo conceitos quando sustentam, sem qualquer constrangimento, a arrecadação de maiores lucros em detrimento de um problema de natureza social. A Terracap, empresa pública, possui como corolário o desenvolvimento econômico e social do Distrito Federal por meio de seu patrimônio (terra pública). Ora, se o Estado permite, ou no mínimo se omite quanto às apropriações indevidas de seu patrimônio; peca, novamente por omissão, no que diz com programas habitacionais destinados a classe média do Distrito Federal, e depois busca lucros por intermédio de um problema social constituído, não há como negar uma total inversão de valores enquanto desprestigia sua visão; uma confusão entre conceitos (econômico e financeiro) e uma conseqüente desconsideração de sua missão e negócio.

A busca por lucros de uma empresa estatal em um procedimento licitatório – concorrência pública – não pode preponderar sobre o exercício de um direito fundamental.

Ainda sobre a confusão entre conceitos, sugere-se uma análise da alegação de oferecimento de segurança jurídica na realização do procedimento licitatório. Tal justificativa remete à análise do princípio da segurança jurídica que, sem a pretensão de estudarmos a matéria a fundo, basta, para a compreensão de sua ponderação, alguma demonstração de natureza conceitual.

¹⁹⁷ Valores institucionais da empresa Terracap retirados de seu site: www.terrcap.df.org.br

Mais uma vez pedimos auxílio ao doutrinador Ingo Sarlet, que em recente artigo publicado na revista de direito social nos ensina:

“Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e em toda sorte de iniquidades”¹⁹⁸.

Considerando a abrangência do direito à segurança jurídica, temo-lo como “...um direito à segurança, no sentido de um direito à proteção (por meio de prestações normativas e materiais) contra atos – do Poder Público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais¹⁹⁹”.

A alegação de que a realização da venda direta acarretaria batalhas judiciais com o Ministério Público, por isso, o procedimento licitatório oferece segurança jurídica, em nada tem a ver com o verdadeiro significado do princípio. Pelo contrário, não pode o Estado arredar o direito do cidadão a exercer direitos, sendo estes inerentes às pessoas e garantidos constitucionalmente, sob o argumento de uma segurança jurídica simplesmente para que haja conformismo com suas idéias. É justamente por meio de um embate jurídico, devidamente instruído, que tem-se - ao menos em um Estado de Direito – a manifestação inequívoca da prevalência de uma vontade sob a outra.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Social, v. 14, 2004, p. 13.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Social, v. 14, 2004, p. 15.

Portanto, após a desconstrução dos argumentos arrolados pelos defensores da licitação como solução única à luz da legalidade, encerramos a ponderação – princípio da proporcionalidade em sentido estrito - com a afirmação de que a venda direta, (ou qualquer procedimento licitatório que ofereça a preferência na compra antes da abertura dos lances) ao menos para servir ao propósito de decisão normativa que vise a transferência de propriedade, é adequada, necessária e proporcional, não havendo óbice a sua aplicação.

Aplicando a lei de colisão de Robert Alexy, tem-se que, dadas às circunstâncias do caso, exhaustivamente apresentadas, depreende-se o suposto de fato da regra que impõe a venda direta ou com direito de preferência, manifesto na aplicação predominante do direito fundamental à moradia. Em qualquer caso que se analise, e que as mesmas circunstâncias se fizerem presentes, haverá a aplicação de igual norma de direito fundamental adscrita.

CONCLUSÃO

O Direito, independente de sua fundamentação ou tentativa de justificativa, possui uma característica intrínseca de suma importância, traduzida na expressão do bom senso do legislador e do aplicador da lei. Atos de natureza política podem e, constantemente atentam contra essa característica na medida em que pessoas são usadas como instrumentos para alcançar fins egoisticamente justificáveis, tratando-se, em verdade, de um atentado à moral Kantiana.²⁰⁰

O problema enfrentado neste trabalho exemplifica a noção de que ao Poder Público incumbe – mormente quando tratar-se de direitos fundamentais - a defesa dos interesses sociais, sob pena de desnaturação do verdadeiro sentido desses direitos, que constituem, “para além de uma função limitativa do poder (que ademais não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal”²⁰¹.

Tal legitimação é constantemente levada à prova, gerando, exatamente pela ineficiência política-administrativa do Estado, um descontentamento quase generalizado e “a incomensurável frustração ao regime político vigente, tornando a democracia mera disposição distante da realidade exigida pela sociedade”²⁰².

Não se diverge pois quanto à importância dos direitos sociais, em especial o direito à moradia, e não por outro motivo tal direito foi incluído, por meio de emenda

²⁰⁰ Na medida em que pessoas seriam utilizadas como meio para se atingir fins egoísticos, teríamos, em verdade, uma desconsideração da natureza social do problema e uma conseqüente ofensa aos princípios morais preconizados por Kant.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

constitucional, no rol dos direitos fundamentais. Tamanha relevância não pode ser desconsiderada sem uma argumentação sólida e consistente, tendo em vista tratar-se de:

“...célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto social e produtivo, empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente, a Nação”²⁰³.

Falar em exercício do direito à moradia é falar em dignidade da pessoa humana, e onde houver ofensa a qualquer direito fundamental, ou em última análise, onde prevalecer “a concepção do homem-objeto”, constituirá “justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana”²⁰⁴.

Por tratar-se de problema de direito fundamental social, deve ser encarado com a devida importância que o tema sugere, e, sem a intenção de inovarmos nesta etapa do estudo, trazemos a noção de vedação de medidas constrictivas em matéria de direitos fundamentais, plenamente assentada em nossa doutrina, e que proíbe, em qualquer hipótese, a supressão pura e simples ou restrição que invada o “núcleo essencial”²⁰⁵ do direito fundamental. Tal imposição não serve apenas ao poder reformador da Constituição e ao legislador infra-constitucional, mas também aos demais órgãos estatais, por estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais.

²⁰² PUGLIESE, Roberto G. A reforma do judiciário e a dignidade humana.

²⁰³ Trecho do Texto da exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 26, de 2000.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 107-108.

Por fim, aos que ainda empunham às turras a bandeira de um procedimento licitatório nos moldes como defende o Ministério Público, lembramos que, em uma sociedade dinâmica como a de um Estado Social e Democrático de Direito, é chegada a hora dos administradores e do próprio *Parquet* se furtarem de posições ideológicas estáticas, em prol dos direitos fundamentais dos indivíduos. Devem, os mesmos, utilizarem em suas ações de uma hermenêutica principiológica, em contraposição a essa visão meramente legalista e positivista de longe ultrapassada²⁰⁶.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Social, v. 14, 2004, p. 37.

²⁰⁶ Paulo Bonavides chamou esta nova visão, em recente seminário realizado em Brasília, na semana do advogado, de normatividade da razão prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: 3. ed. Ed. Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.
- CAMPO, Ana Maria. **Venda direta de condomínios dará prejuízo ao GDF**. Disponível em: <www.correioweb.com.br/avulsas.htm> Acesso em: 04 out 2004.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.
- GARCIA, André. **Venda direta e longa**. Disponível em: <www.condominios.com.br/noticias.htm> Acesso em: 03 mar 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.
- Lei n.º 6.766, de 19.12.79. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. DOU de 20.12.79
- MALAGUTTI, Cecília Juno. **Loteamentos clandestinos no DF: legalização ou exclusão?** Mestrado, Universidade de Brasília – Arquitetura e urbanismo, 1v, 232p, Brasília, 1996.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- OCUPAÇÃO E LEGALIDADE DAS TERRAS DO DF, 1999, Brasília, CLDF. Seminário realizado na Câmara Legislativa do Distrito Federal com a participação de parlamentares, pessoas do povo, membros do Ministério Público e administradores.
- PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- PUGLIESE, Roberto G. **A reforma do judiciário e a dignidade humana**.

QUEIROGA, Alessandra Elias de. **Concretização do princípio da função social da propriedade em face dos parcelamentos irregulares do solo**. 2000. 233 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

RIBAS, Otto. **Regularização dos condomínios**. Disponível em :
<www.iabdf.org.br/noticias/regularizacao_dos_condominios.htm> Acesso em: 03 mar 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Direito Social, v. 14, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. R. bras. de Dir. Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 81, jul./set. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

TEIXEIRA, João Horácio Meireles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991.