

Os movimentos sociais e a função social dos bens públicos

Paulo Magalhães da Costa Coelho¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. O Estado e os movimentos sociais

A história do Brasil revela com clareza a difícil relação entre o Estado e os movimentos sociais reivindicatórios, mesmo quando a pauta desses últimos é definida essencialmente nas normas e limites do direito capitalista e da Constituição Federal.

Aliás, não se cuida de uma dificuldade específica do Estado Brasileiro, mas de todos aqueles Estados de um capitalismo periférico, que têm dificuldades de arbitrar no conflito distributivo da riqueza, das promessas da modernidade e da retórica constitucional.

É evidente que, no Brasil, de modo absolutamente especial, mercê de uma elite econômica absolutamente predatória e atrasada, a questão ganha contornos ainda mais dramáticos.

No Brasil, a questão social sempre foi uma “questão de polícia”, em razão da dificuldade atávica do Estado em lidar com movimentos sociais, ainda que nos marcos da legalidade capitalista, mercê da matriz autoritária da gênese que, aliás, reflete em grande parte os influxos de uma sociedade excludente e igualmente autoritária.

Os Estados e, de modo especial, o Estado Brasileiro, combatem firmemente os movimentos sociais, notadamente aqueles que confrontam as suas estruturas, inclusive, com seu aparato jurídico normativo.

Sobre o tema em estudo específico, dirá o Professor Alysson Leandro Mascaro:²

O reconhecimento institucional dos movimentos sociais não acarreta, factualmente, ao Estado e ao direito, o reconhecimento de suas demandas. É possível legalizar sindicatos e, nem por isso, proceder a políticas sistemáticas de aumento dos salários. É possível legalizar partidos de esquerda e controlar a opinião pública pela direita, por meio de monopólios dos meios de comunicação de massa. É possível aceitar movimentos de minorias e de despossuídos, permitindo suas manifestações nos espaços públicos, sem que as políticas públicas se orientem a tanto.

Quanto às dinâmicas que se apresentam como contraditórias à reprodução capitalista ou às opressões específicas em seu seio, os Estados contemporâneos operam ou com instrumentos de repressão ou, em caso contrário, com legalização indiferente às demandas. Nesta última hipótese de reação aos movimentos sociais, o Estado mantém-se, no que tange à sua faceta do Poder Judiciário, em posição

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado de PUC-SP. Professor e coordenador da Escola Paulista da Magistratura.

² MASCARO, Alysson Leandro. *Estado, direito e movimentos sociais*.

majestática de árbitro das questões sociais como questões individuais, ou ignora tais demandas com a justificativa de ser mero propiciador passivo-indutor de infraestrutura para um desenvolvimento social “natural”, como é o caso dos Poderes Executivos, refêns de uma visão de mundo neoliberal.

Tais soluções majestáticas do Estado e do direito, no entanto, são problemáticas e se chocam com a dinâmica social em duas frentes. Há contradição quanto à própria amarração jurídico-institucional do direito e quanto à natureza do capitalismo contemporâneo.

No que tange à armação normativa e institucional, as sociedades capitalistas contemporâneas afirmam cartas constitucionais principiológicas, que configuram o espaço estatal dando-lhe tanto competência quanto horizontes valorativos. No entanto, os princípios declarados pelas constituições contemporâneas quase sempre se chocam entre si, pois que a sua anunciação se faz por meio de linhas valorativas que não guardam unidade lógica. Para tal problema, o próprio direito se dedica, com o dispêndio de muita energia teórica, a estabelecer critérios de ponderação e de mensuração de ótimos entre normativas disruptivas.

Mas, em especial, o arcabouço jurídico principiológico acaba se chocando ainda frontalmente com a própria dinâmica da realidade social, uma vez que os contornos pretendidos pelas normas, regras e princípios do direito não são aqueles da materialidade das relações capitalistas. Assentada numa lógica geral de valoração do capital, a materialidade das relações do direito se estabelece nos contratos e na propriedade privada, cujos horizontes são a acumulação. Os princípios do direito também confirmam tais horizontes, mas lhes impõem focos ou matizes que são desconhecidos ou negados pela concretude das relações sociais.

Com isso, o campo jurídico vive em constante impasse quanto aos movimentos sociais. Se os horizontes valorativos do direito levam a uma exegese consequente de seu arcabouço normativo, no sentido de apoiar as demandas dos movimentos sociais, as práticas materiais da sociabilidade capitalista negam tal leitura eminentemente jurídico-principiológica. Quase sempre, com isso, o jurista lê os princípios do direito de acordo com as possibilidades factuais do presente, sem tensionar sua dinâmica nem expandir seus escopos. A transformação de muitos princípios constitucionais, pela teoria jurídica, em normas programáticas, é um exemplo de minoração do arcabouço jurídico-principiológico em favor de uma realidade material imediata.

O mesmo se dá com a intersecção entre direito e movimentos sociais no que tange às políticas públicas. A leitura normativa estatal principiológica, seja no campo executivo, seja no campo judiciário, em geral fenece mediante argumentos como os da reserva do possível. Ocorre que as políticas públicas, lastreadas em normativas constitucionais, impõem deveres ao invés de possibilidades discricionárias. O governo e a administração pública, então, são compungidos a prestações positivas em face dos cidadãos. No rescaldo entre a autonomia relativa do campo jurídico e o mergulho na materialidade da dinâmica social, o mundo do direito, via de regra, acaba se suicidando em termos de potenciais.

Embora não se trate aqui de uma reflexão específica sobre os princípios constitucionais, não se pode perder de vista, na tarefa hermenêutica, que esses se constituem em núcleos portadores de valores de grande significação para o sistema de proposições normativas.

Eles refletem um posicionamento ideológico do Estado e da nação em face dos valores de humanidade. Bem por isso, o Estado-Administração, legislador ou juiz, não pode ignorá-los, antes, ao contrário, está a eles vinculado mesmo nas hipóteses de atuação discricionária.

A antiga visão que reduzia as constituições a mero modelo retórico, programático e de linhas de intenções absolutamente tênues, restou superada historicamente.

No moderno constitucionalismo, a Constituição ocupa a centralidade da ordem jurídica nacional — e os princípios o seu coração —, com uma missão claramente dirigente e vinculadora dos Poderes do Estado.

É necessário, por outro lado, desmistificar certa postura conservadora que encobre com seu discurso o conflito que também permeia o universo jurídico, fazendo crer que a eleição de uma opção discricionária é uma tarefa técnica, em busca de uma racionalidade que, no mais das vezes, representa tão somente tentativas de manutenção do *status quo*.

E, mais do que isso, representa uma tentativa de domesticação de todos os discursos, de todas as contradições, buscando dissolvê-la na ideologia monológica da globalização e da pós-modernidade.

Quando certos atores jurídicos se deparam com as normas que buscam implementar o Estado Social, tornam-se perplexos e inoperantes, e mergulham numa prática meramente reprodutora, excessivamente individualista e reducionista, reforçando a exclusão social.

Esse paradigma estritamente normativista, típico de um Estado liberal, está em crise, porque não consegue dar respostas efetivas e concretas a uma sociedade absolutamente cindida e com enormes desníveis sociais.

A crise resulta de um modelo de direito positivo, com sistema fechado e abstrato e da sua necessária referência a um mundo real de miséria, exploração e exclusão.

É preciso, portanto, readequar a cultura jurídica a uma sociedade complexa, que tem como modelo normativo um Estado democrático e social de direito, de modo a se proceder a inversão do eixo metodológico da hermenêutica jurídica e dos objetivos jurídicos a serem alcançados ou, em outros termos, a certeza jurídica e a proteção de liberdade negativa devem ceder lugar a uma postura mais construtivista e distributiva, fazendo entrar em cena, agora como protagonista, a liberdade positiva.

É necessário, portanto, abandonar a postura dogmática-formalista, para que o direito público possa ser instrumento de concretização de principiologia constitucional e de seus vetores axiológicos mais fundamentais: o Estado social e democrático do direito, a dignidade humana e a igualdade não apenas formal, mas sobretudo, substancial.

Espera-se, portanto, a partir da criação de novos paradigmas, uma revisão dos agentes do Estado e, de modo especial, daqueles que interpretam o direito, de modo a contribuir com o avanço na relação com os movimentos sociais e, com isso, qualificar as lutas sociais em outro estágio, que não seja tão somente a criminalização dos excluídos.

2. A reintegração de posse nos bens públicos

É matéria absolutamente incontroversa na doutrina e nas decisões judiciais dos tribunais brasileiros, salvo dissensões pontuais, que a ocupação de bens públicos não implica posse e sua proteção, mas mera detenção a determinar quase sempre a reintegração liminar.

Todavia, não é raro nessas hipóteses, embora o conflito social venha a ser desqualificado pelo direito que, quase sempre, o coloca na dimensão meramente subjetiva e individualista, que venha a ocorrer uma colisão entre o direito de propriedade e a garantia constitucional da moradia, além da função social da propriedade que é ínsita à própria natureza daquela particular, como também da pública.

Embora o direito positivo guarde robusto arcabouço de proteção à propriedade e seus consectários, não se pode tomar essa tutela como absoluta, especialmente quando confrontada e sopesada com direitos sociais fundamentais.

Também, não se pode olvidar a natureza do bem público, cuja proteção possessória é buscada pelos entes públicos, nas hipóteses de ocupações por movimentos sociais de moradia.

Cuida-se, especificamente e quase sempre, de bem dominical e, como tal, não vinculado a certa e prévia finalidade de interesse público absolutamente cogente.

E, exatamente por tais bens não se inserirem na esfera de interesse público e não terem destinação específica, sujeitam-se, ainda que parcialmente, ao regime jurídico de direito privado, inclusive com possibilidade de alienação, cumpridos, evidentemente, os requisitos legais.

Igualmente por essa razão, qual seja a inexistência de interesse público específico a vinculá-lo, há de atender integralmente ao princípio da função social da propriedade.

A função social da propriedade é princípio-garantia art. 5º, XXIII, da Constituição Federal e princípio político conformador do regime jurídico desse instituto e vinculante, portanto, não só do domínio particular, como ainda, do próprio domínio público.

Todo arcabouço jurídico de proteção à propriedade privada ou pública que, aliás, goza de indiscutível prestígio no ordenamento jurídico e, ainda, nas decisões judiciais, há de ser submetido, interpretado e compreendido à luz do princípio da função social.

Não é a hipótese, aqui, de dissertar sobre força vinculativa dos princípios constitucionais, inclusive, como instrumento hermenêutico.

Todavia, há que se ter em conta que os princípios irradiam e iluminam a compreensão das diversas regras que integram o sistema jurídico, conferindo-lhes sentido e unidade ideológica, para além de um mero agregado de normas.

Bem por isso anota Silvio Luís Ferreira da Rocha em excelente monografia sobre o tema dos bens públicos:

O citado princípio, para nós, informa toda a relação jurídica de propriedade pública ou privada. É certo ter o citado princípio graus de eficácia distintos quando incide sobre uma relação jurídica de propriedade privada e quando incide sobre uma relação jurídica de propriedade pública, o que não significa, no entanto, que a relação jurídica de propriedade pública não sofra a influência, também, do princípio da função social.

No caso dos bens dominicais, semelhantes aos bens privados, o princípio da função social da propriedade comporta o efeito de submetê-los à força aquisitiva da posse contínua e pacífica, não bastando para impedir este efeito uma proposição genérica que subtrai os bens públicos do raio de ação da prescrição aquisitiva.

Com efeito, não há interesse público, genérico ou específico que justifique a insubmissão da classe de bens dominicais a todos os efeitos do princípio da função social, diante da semelhança que eles guardam com os bens privados. O qualificativo público, no caso dos bens dominicais, não produz a consequência de os subtrair dos efeitos da posse prolongada, pois o público decorrente da qualidade ostentada pelo titular, não traduz interesse, passível de ser protegido, superior ou melhor do que o interesse comportado pelo princípio da função social da propriedade.³

Como se sabe, uma vez configurado um conflito entre bens jurídicos amplamente tutelados pelo ordenamento, faz-se necessário realizar o juízo de ponderação, do qual um direito há de prevalecer em detrimento de outro.

Na hipótese, para a solução do impasse e o devido equilíbrio entre os interesses conflitantes, notadamente para a *justa* aplicação do direito à propriedade, seria inconcebível o acolhimento da pretensão da reintegração sem a devida observância do *direito à moradia digna e o lapso temporal mínimo, para que os sujeitos da ocupação possam encontrar nova morada.*

Observe-se que muitas vezes a reintegração da posse e a imediata demolição das moradias construídas na referida área pública provoca o desabrigo de adultos e crianças em situação de hipossuficiência, o que vai de encontro com a razoabilidade devida, bem como representa uma afronta a um direito social constitucionalmente estabelecido.

Note-se que, além de princípio, está erigido, como *garantia constitucional*, o direito à moradia digna, o qual constitui norma de ordem pública, dotada de *imperatividade e inviolabilidade.*

Nesse sentido, importante consignar que esse direito foi reconhecido e implantado como pressuposto para a *dignidade da pessoa humana*, bem como recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, *caput.*

A dignidade da pessoa humana, como princípio normativo que é, atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais, bem como exige e pressupõe o reconhecimento e proteção pelo Estado.

Nesse raciocínio, para a satisfação desse princípio maior — dignidade —, deve-se observar e preservar os direitos que lhes são inerentes, a exemplo do direito à moradia digna.

Além disso, cabe destacar que não é ele garantido apenas nacionalmente, como também o é no plano internacional, como pondera o juiz Luis Manuel Fonseca Pires:⁴

Assim, o despejo forçado não deve ser a primeira, mas a última medida a ser tomada, como prevê o Comunicado Geral n. 7 do Comitê de

³ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 153.

⁴ 3ª Vara da Fazenda Pública; Processo 1022325-65.2015.8.26.0053

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [...] Nos casos em que o despejo mostre-se efetivamente necessário, recomenda-se: i) oportunidade de consultar as pessoas afetadas; ii) um prazo razoável à desocupação e ao acesso às informações, e que o despejo ocorra durante o dia; iii) a presença de autoridades públicas; iv) identificação das pessoas afetadas; v) disponibilidade de assistência jurídica. Deve-se considerar que Pactos Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, prescrevem que o despejo forçado deve ser precedido de medidas que prestigiem os direitos humanos (i), e que o direito social à moradia encontra estatutura constitucional – art. 6, caput (iii). Assim, muito há que se fazer antes de reintegrar a posse à autora.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, no qual se protege o exercício de garantias sociais e individuais dos seus cidadãos, não se poderia afastar um direito que constitui elemento fundamental para o exercício de outros.

Assim, tem-se que o texto constitucional não pode ser resumido a um simples “catálogo de boas intenções”.

Da mesma forma, o direito à moradia digna nele previsto também não deve ser tomado como um mero exercício de retórica, que, embora positivado, não recebe a eficácia devida. Ao contrário, a sua implementação no plano fático torna-se uma medida impositiva.

Como bem assevera Luiz Antonio Rizatto Nunes,⁵ ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, princípio intimamente atrelado ao direito aqui discutido:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor, como deve ser levado em conta sempre, em qualquer situação. A Constituição Federal impõe sua implementação concreta, não só nos princípios citados e demais direitos fundamentais do art. 5º, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, honra, privacidade etc., como também assegurando os direitos sociais previstos no art. 6º, ao meio ambiente equilibrado e sadio do artigo 225 etc. Portanto, percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social. [...] É preciso que se lute por sua implementação, e é dever de todos os operadores do Direito – diga-se novamente – implementá-la, torná-la eficaz.

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizatto. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.423-424.

A questão da ocupação dos bens públicos dominicais ganha extrema complexidade e relevo no interior de um Estado que se vincula ideologicamente a um perfil democrático e social de direito, como indubiosamente lhe impõe esses contornos a Constituição Federal.

Estado esse que se vincula nessa conformação, ideológica e juridicamente, às promessas da Constituição Federal de não só respeitar como promover a dignidade humana, a qual, sem o implemento dos direitos sociais e à moradia digna, será apenas e tão-somente um modelo retórico.

Daí o porquê de se concluir que a reintegração de posse nos bens públicos dominicais, sem a vinculação específica e concreta do Estado ao cumprimento dos programas sociais de moradia, constitui atentado a uma garantia constitucional e à própria dignidade humana.

Nesses termos, entre proteger esse direito social, intimamente atrelado à dignidade da pessoa humana, ou se lhe impor um direito patrimonial, como o é o da propriedade privada, não restam dúvidas de que o primeiro deve prevalecer.

Referências bibliográficas

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *O controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado, Direito e Movimentos Sociais*.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.