XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

CÁTIA REJANE LICZBINSKI SARRETA

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

JULIA MAURMANN XIMENES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cátia Rejane Liczbinski Sarreta; Cristhian Magnus de Marco; Julia Maurmann Ximenes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-732-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas do CONPEDI continua sendo procurado para a discussão da produção científica sobre esta relevante problemática. Em Porto Alegre foram três grupos. O primeiro deles (GT I) foi coordenado pelos professores Cátia Rejane Sarreta, Cristhian Magnus de Marco e Julia Maurmann Ximenes.

Em 2018, ano que a Constituição completou 30 anos, mais uma vez o principal objeto de análise dos trabalhos apresentados foi a efetivação dos direitos fundamentais sociais, na maioria dos casos diante da distância entre a previsão constitucional e a realidade. Assim, a discussão envolveu a formulação e implementação de políticas públicas que efetivem direitos sociais como saúde, moradia, educação, cultura, previdência e assistência social, bem como políticas que busquem a igualdade racial e o respeito a identidade de gênero.

Em outro agrupamento de pesquisas desenvolvidas ou em andamento na temática, podemos salientar o debate sobre os diferentes atores envolvidos na relação entre Direito e Políticas Públicas: Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Legislativo e Executivo Municipal. O controle de políticas públicas e a atuação de diferentes atores na efetivação de direitos fundamentais sociais têm sido objeto de pesquisas a partir de um olhar do caso, o que enriquece o debate teórico, permitindo a discussão sobre estratégias para uma relação mais harmoniosa entre o campo jurídico e o político na efetivação dos direitos.

Por fim, um último grupo de trabalhos discutido no GT I destacou as dificuldades financeiras na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Como conciliar mínimo existencial e reserva do possível em um país com inúmeros desafios na diminuição da desigualdade social? Esta é mais uma questão que permanece instigando os pesquisadores a continuarem suas pesquisas.

Boa leitura!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Prof. Dr. Cristhian Magnus de Marco – UNOESC

Profa. Dra. Cátia Rejane Liczbinski Sarreta – FGV

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A COLISÃO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO "LANCEIROS NEGROS": O LUGAR DO DIREITO E DO ESTADO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

THE APPEAL COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CASE OF "BLACK LANCEIROS": THE PLACE OF LAW AND THE STATE IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Marcelo Cacinotti Costa [1]
Vinicius de Melo Lima [2]

Resumo

Na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo muito se fala a respeito da efetividade dos Direitos Fundamentais, no conceito de cidadania participativa e no dever constitucional vinculante do Estado na contínua produção de políticas públicas, mas muito pouco se verifica, na prática, em relação aos deveres e aos anseios constitucionais obrigatórios aos partícipes da República. É neste contexto que se aborda a colisão aparente de direitos fundamentais no caso "Lanceiros Negros", a concepção fraca do "Estado" no cumprimento de seus deveres ordinários e o Poder Judiciário carente de uma Teoria da Decisão Judicial.

Palavras-chave: Teoria da decisão judicial, Direitos fundamentais, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

From the standpoint of contemporary constitutionalism, much is said about the effectiveness of Fundamental Rights, the concept of participatory citizenship and the binding constitutional obligation of the State in the continuous production of public policies, but very little is actually practiced in relation to the duties and constitutional desires obligatory to the participants of the Republic. It is in this context that the apparent collision of fundamental rights is addressed in the case of "Black Lancers", the weak conception of "State" in the fulfillment of their ordinary duties and the Judicial Power lacking a Judicial Decision Theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of judicial decision, Fundamental rights, Public policy

[1] Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela (URI), Santo Ângelo-RS, Advogado e Professor da UNICRUZ. E-mail: mccacinotti@hotmail.com

[2] Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça/RS e Professor da ULBRA, Campus de Torres/RS. E-mail: vmelolima@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se reveste da preocupação sobre o nível interpretativo hermenêutico-constitucional utilizado nas decisões judiciais do País, mais especificamente envolvendo questões sensíveis à sociedade, situação que, também, é tratada por alguns como caso de colisão (aparente) de normas constitucionais. E, dessa forma, que a presente abordagem se destina a enfrentar os aspectos decisórios decorrentes na solução de caso concreto que envolve o direito à propriedade e o direito à moradia digna (dignidade da pessoa humana), como direitos que integram o vasto rol de direitos fundamentais que integram o bloco constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil.

Com o escopo didático-propedêutico buscou-se trabalhar a questão central deste estudo a partir do rumoroso caso ocorrido em meados do ano de 2017, na cidade de Porto Alegre-RS, envolvendo o pedido judicial de reintegração de posse de um prédio público (propriedade do Estado do RGS) em face da invasão do local, ocorrida em 14-11-2015, por pessoas ligadas ao movimento social (denominado de Lanceiros Negros[1]) em prol de pessoas sem moradia.

No dia 14 de junho de 2017 ocorreu na cidade de Porto Alegre-RS o cumprimento de decisão judicial para reintegrar na posse o Estado do RGS, como proprietário de um prédio localizado na rua Gal. Câmara, nº352, no centro da capital gaúcha. O processo judicial tombado sob nº001/1.15.0192440-1, em tramitação perante o Foro da Comarca da Capital, envolveu a retomada de imóvel público que vinha sendo ocupado, como já referido, desde o dia 14-11-2015, por pessoas sem moradia representadas pelo Movimento de Lutas nos Bairros, Vilas e Favelas (MLB), este ligado à organização líder do movimento denominada "Lanceiros Negros".

---

[1] A Ocupação Lanceiros Negros tem seu início em 14 de novembro de 2015, há exatos 171 anos do Massacre de Porongos, quando cerca de 70 famílias, formadas por crianças, bebês, adolescentes, gestantes, pessoas com deficiência, idosos, famílias indígenas e adultos trabalhadores, integrantes do Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favelas (MLB), ocuparam um prédio público abandonado no Centro da cidade de Porto Alegre. A maioria das famílias é originária de áreas de risco, onde perderam seus pertences em enchentes e não tiveram condições suficientes para pagar os valores de aluguel em um lugar de moradia digna. Além dessas, outras famílias buscaram a ocupação foragidas da guerra instaurada pelo tráfico de drogas em seus bairros. Por essas e outras razões, decidiram então ocupar um prédio abandonado há mais de uma década, que estava sem função social e reivindicar por moradia digna. FAGANELLO, Cláucia Piccoli; GUEDES, Iris Pereira. **Ocupação Lanceiros Negros: alternativa proposta por um movimento social em reivindicação ao direito à moradia digna frente ao governo do Estado do Rio Grande do Sul**. IV Congresso Brasileiro de Estudos Organizacionais. https://anaiscbeo.emnuvens.com.br/cbeo/article/view/243 - Acessado em 04-07-2017.

Como se verificou das matérias jornalísticas publicadas na época, bem como da própria decisão judicial que ora se propõe a analisar, embora tanto o MLB como os Lanceiros Negros tenham alguma vinculação político-partidária, as pessoas que se encontravam na posse do bem público, cerca de 70 famílias que participaram da ocupação, são originárias de bairros pobres periféricos da Grande Porto Alegre, como Morro da Cruz, Lomba do Pinheiro e da região das ilhas das Flores, da Pintada e dos Marinheiros. Dez famílias de indígenas, muitos deles vendedores de artesanato, também residiam no local.

Daí a grande relevância do presente estudo, com uma proposta de análise hermenêutica, principalmente por exigir do julgador a adequada interpretação dos institutos constitucionais envolvidos ou, como querem alguns, em "colisão", o que enseja a necessidade de uma "resposta correta" (constitucionalmente adequada no que se refere à preservação dos princípios constitucionalmente assegurados na Constituição/1988) na acepção dworkiniana.

I – ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DECISÓRIOS

O caso da ocupação do imóvel público envolve o ajuizamento de ação judicial de reintegração de posse pelo Estado do Rio Grande do Sul em 16-11-2015, que resultou na prolação de decisão liminar para desocupação do local no prazo de 72 horas, condicionada à indicação de local por parte do Estado para abrigo provisório de todas as pessoas que se encontravam no imóvel. A referida decisão judicial foi objeto de agravo de instrumento por parte de ambos os litigantes, AI nº 70.068.006.030[2], Relator Des.

[2] AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MOVIMENTO DE LUTA NOS BAIRROS, VILAS E FAVELAS (MLB). IMÓVEL INVADIDO DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ORDEM DE SUSPENSÃO DA LIMINAR E RELOCAÇÃO DOS INVASORES. INVIABILIDADE. No caso em concreto, há que se ter em consideração o fato de que a medida de reintegração de posse liminar foi deferida pelo juízo monocrático, em favor do Estado do Rio Grande do Sul, trazendo os elementos adequados e pertinentes para tanto. Por outro lado, eventual solução para a busca de relocação das pessoas que invadiram o imóvel, sejam elas crianças, idosos e gestantes, devem ser buscadas na seara política, junto aos órgãos administrativos competentes, não podendo o Poder Judiciário, ao arrepio da lei que trata sobre lide possessória, adentrar em área de competência privativa do Poder Executivo. Mostra-se indevida qualquer intervenção judicial no sentido de permitir a permanência dos requeridos no imóvel, porquanto existem inúmeras outras famílias que padecem das mesmas carências e aguardam concretização de seus anseios mediante políticas públicas que atendam igualitariamente a todos. Ademais, o próprio juízo de origem também já se acautelou no sentido de determinar que a ação seja acompanhada pelo Conselho Tutelar. Decisão recorrida reformada para afastar a ordem a suspensão da liminar e a indicação de local para abrigo provisório das pessoas que se encontram no imóvel. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70068006030, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 07/04/2016).http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70068006030&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-

Eduardo João Lima Costa, da 19ª Câmara do TJRS, cujo recurso foi provido a favor do ente público no sentido de afastar a suspensão da medida liminar determinada na sentença em relação ao abrigo provisório para os ocupantes do imóvel.

Em síntese, o Tribunal de Justiça Gaúcho afirmou em sua decisão colegiada que:

> (...) **eventual solução para a busca de relocação das pessoas que invadiram o imóvel, sejam elas crianças, idosos e gestantes, devem ser buscadas na seara política, junto aos órgãos administrativos competentes, não podendo o Poder Judiciário, ao arrepio da lei que trata sobre lide possessória, adentrar em área de competência privativa do Poder Executivo**. Mostra-se indevida qualquer intervenção judicial no sentido de permitir a permanência dos requeridos no imóvel, porquanto existem inúmeras outras famílias que padecem das mesmas carências e aguardam concretização de seus anseios mediante polícias públicas que atendam igualitariamente a todos (...) (grifo nosso).

No corpo do acórdão constou entendimento no sentido de que a realocação das pessoas que se encontram no local objeto da discussão possessória, sejam elas crianças, idosos ou gestantes, é questão de natureza política, situação que inviabiliza que o Poder Judiciário, de acordo com as disposições acerca da lei possessória, adentre em área de competência privativa do Poder Executivo.

Mais adiante admite o Relator que o Estado do RGS não possui interesse ou condições de cumprir a determinação judicial monocrática no sentido de realocar as pessoas para local próprio, na forma do art. 6º da CF e artigo 11.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, direcionando a solução da lide ao que denominou de "colisão de normas da CF, no sentido da omissão do Estado em realocar os ocupantes e o direito à moradia, há que se proceder em juízo de ponderação, face os direitos em choque". (grifo dos autores).

Em continuidade, a linha da fundamentação da decisão do Tribunal de Justiça invoca o que denominou de "princípio da proporcionalidade" para dizer que o princípio da isonomia impõe ao Estado direcionar a todos um tratamento igualitários tanto formal como materialmente, arrematando no sentido de que se deva adotar legislação que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ao adentrar na análise do caso concreto, invocando novamente o que denominou de "princípio da proporcionalidade", arremata, dizendo:

8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acessado em 04-07-2017.

> (...) não se poderá averbar de conduta inconstitucional, no momento, a omissão do Estado do Rio Grande do Sul em proceder na relocalização dos ocupantes para inviabilizar a eficácia e eficiência da ação de reintegração de posse. É até correto, em certa medida, admitir que a omissão do Estado em responder ao juízo monocrático tenha conteúdo violador de regra constitucional, mas não é motivo para impor a sustação de ato jurisdicional que incorporou ao direito subjetivo do agravante. (grifo dos autores).

E diante do aludido "princípio da proporcionalidade", justificando, assim, estar diante de uma colisão de direitos, tece os seguintes "balanços" para chegar a um veredicto (resposta jurisdicional) em favor do Estado ("que nada mais é do que o povo organizado em instituição de natureza civilizatória" – será mesmo?):

> (a) o bem é público, (b) o prédio não tem natureza e estrutura para moradia, (c) impossível a usucapião de imóvel público, (d) os invasores residiam em local diverso, (e) o ato consumado implicaria em malferir a regra do artigo 191 da Constituição Federal, (f) o ato tem natureza política que não deverá ser menosprezado e declarado inválido, eis que visa a reflexão do Estado ao direito de moradia digna do cidadão, cuja ponderação implica na interpretação que o ato dos invasores não poderá sobrepujar a regra constitucional de respeito aos bens públicos, sob pena de subversão dos deveres e limites de atuação do cidadão. (grifo dos autores).

Dessa forma, diante dos principais fundamentos decisórios acima referidos, já se tem elementos suficientes para aferir se o caminho argumentativo trilhado pelo julgador está adequado ao sentido constitucional que se erigiu no País após a promulgação da Constituição de 1988. Ressalta-se a importância de cuidar da questão prática, posta em julgamento, de conteúdo constitucional à luz de uma interpretação hermenêutica. O resultado final, assim, não representa o aspecto mais importante de uma decisão judicial, pois, no caso em análise, havendo duas possibilidades, as chances de acerto são de 50%. Mas muito mais do que isto, busca-se investigar, daí o objeto central deste estudo, qual o caminho argumentativo trilhado para se chegar a resposta (correta) constitucionalmente correta?

II – A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NO DIREITO

A interpretação se afigura com um dos grandes desafios da filosofia. E isso se justifica simplesmente porque temos acesso às coisas de modo idêntico, embora cada um dos indivíduos tenha a sua capacidade específica de interpretar aquilo que se apresenta. Sobre o tema, Paul Gorner, ao se referir à obra heideggeriana, diz que "(...) Heidegger tem uma concepção de 'mundo' de acordo com o qual o mundo não é um ente, nem

mesmo a totalidade dos entes, mas a estrutura de significância que torna possível todo e qualquer tipo de comportamento em relação aos entes”[3].

A questão é que, como ensina Emmanuel Carneiro Leão, “(...) no nível do pensamento objetivo da ciência não há como distinguir uma tela de Van Gogh de um cartaz de coca-cola ou uma poesia de um *jingle* de propaganda(...)”[4]. O equívoco está em se acreditar na possibilidade de se interpretar sem qualquer pré-compreensão e perspectiva prévia sobre o ser em causa no texto e no intérprete.

Daí a posição central da linguagem como *a casa do ser* e como *condição de possibilidade* para que algo possa transcender em direção à Verdade do Ser. Emmanuel Carneiro Leão, no ponto, refere, dizendo:

> O comércio com os entes, de que necessita o homem para existir, se sustenta e articula numa pré-compreensão multiforme da Verdade do Ser, vigente na dimensão da linguagem, por cuja força o homem sempre usa a palavra ‘é’. Chama as pessoas e coisas de entes. Com ela se comunica em termos de essência e existência, de constância e mutabilidade, de ser e não-ser, de poder e dever ser, de ser verdadeiro e falso, de vir a ser e sempre ser, de ser presente, passado e futuro. Em todas as locuções o homem apreende e compreende, colhe e escolhe, une e reúne, confere e difere tudo que lhe advém da totalidade do ente sob o vigor da Verdade do Ser, explicitamente indeterminada mas de extensão e compreensão inesgotável. O termo transcendência indica essa excelência do homem de ultrapassar e superar a obscuridade do ente, com o qual constantemente se comunica em sua existência, iluminando-lhe o sentido, tornando-lhe transparente o ser na luz da verdade[5].

Pensar o sentido das coisas é exercer filosofia, como uma atividade que sempre estará relacionada com a própria linguagem (Wittgenstein), já que se constitui em um existencial e não num corpo de doutrina, tornando imprescindível, pois, discussão, crítica, reflexão, “saída da dúvida metódica”, “contínua provocação”, “permanente vigilância crítica” sobre os problemas do conhecimento e da ação humana.

A relação da filosofia hermenêutica com a ciência tem a proposta clara de pensar o pensado e frutificar, almejando um contínuo e progressivo projeto de crescimento, pois a filosofia não pode ser confundida com um saber substantivo, nem superior ao saberes positivos (a filosofia reside na diferença ontológica entre a metafísica e a ciência), movimento circular do (des)velamento que propicia o novo.

A filosofia deve ser considerada científica quando necessário levantar alguns questionamentos, de forma fundamentada, coerente e racional. A todos aqueles que se

---

[3] GORNER. Paul. **Ser e Tempo**: uma chave de leitura. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2017, p.44
[4] LEÃO. Emmanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977, p.218.
[5] LEÃO. Emmanuel Carneiro. *Op. Cit.*, p.112.

lançam na árdua tarefa interpretativa (e no Direito de modo ainda mais intenso), impõe-se a necessária realização do enfrentamento hermenêutico revestido de autoridade (da tradição), cujo desiderato exige o envolvimento de verdadeiras proposições, isto é, a utilização de argumentos com coerência de princípio[6].

Discussão, reflexão e análise são atividades apartadas de posturas axiomatizadas, dogmáticas que carregam pretensões absolutas. Entretanto, não significa abrir mão de uma lógica racional positivada. Indícios formais que permitem se levar em conta as condições prévias de sentido da elaboração e fundamentação de um sistema jurídico justo e coerente, prova da confiança no poder da autonomia da razão humana. A razão analítica, embora possa ser caracterizada como razão sem esperança (Javier Murgueza); de outro lado, o irracionalismo pode conduzir ao solipsismo e à discricionariedade, versão pós-moderna da arbitrariedade.

É possível, portanto, reivindicar uma interpretação baseada na situação hermenêutica da tradição, porquanto abandoná-la é dar lugar a uma liberdade para atribuir sentidos de acordo com a vontade do intérprete. A Filosofia no Direito não pode renunciar ao tratamento "epistemológico" do tema da Justiça, nem a Teoria da Justiça pode abdicar da racionalidade prática (moralidade política), que desde já se antecipa, na dimensão de validade, como co-originária do Direito[7].

E é neste contexto de entrelaçamento entre a compreensão/interpretação e a facticidade, entre a consciência histórica (fusão de horizontes) e o círculo da compreensão (tradição), para lembrar a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que ocorre o que se denomina na Filosofia de transcendência[8], característica indispensável para algo não se deixar apreender como ente.

---

[6] "O convencionalismo difere do direito como integridade exatamente porque o primeiro rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos. O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.164

[7] Vide: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade de validade – Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.48.

[8] A constituição de possibilidade já é e está sempre determinada a ser uma ultrapassagem; talvez porque sua condição maior tenha de ser a ação. Mas, ultrapassar o que? O que está para ser ultrapassado é a própria possibilidade, uma própria inserção, lançar-se. É tornar a ser o que já é e está sendo. Um tornar-se que está fora do âmbito de um início constatado, um começo sem começo nem fim; uma irrupção que não pode ser medida de um ponto de partida a fim de enxergar dali o ponto de chegada. Mas é talvez o próprio ponto de chegada o próprio início, como em um círculo. Esta é uma clarividência que Heidegger nos ensina muito

A transcendência se manifesta exatamente pela ligação que se verifica da hermenêutica com o inapreensível, com a ligação que existe entre as coisas de agora com as coisas do passado, como um círculo (hermenêutico) que ocorre na circularidade não viciada, porque se dá na própria relação do ser com ente, isto é, em constante velamento e desvelamento.

Assim, diante do relevante papel normativo da jurisdição que, para além de tão-somente resolver casos, se caracteriza também na tarefa de fixar precedente judiciais obrigatórios (CPC, art. 926), imprescindível ao tribunais e magistrados estarem atentos ao sentido (constitucional) das coisas e às características dos direitos fundamentais[9]. Somente assim, será possível ver concretizado no mundo jurídico maior previsibilidade, segurança jurídica e, principalmente, efetividade da "*vontade de constituição*[10]" que se encontra disponível a todos os operadores do Direito, bastando simplesmente que se disponham a enxergar.

III – A CONSTITUIÇÃO E O PROJETO POLÍTICO DE UMA COMUNIDADE

A necessidade de se falar em Constituição como o projeto político (moral) de uma comunidade, como no Brasil, decorre da identificação do problema da erosão temporal da normatividade constitucional bastante marcante no exemplo brasileiro. Grande parte das manifestações institucionais daqueles que integram o poder político da nação parece não ter compreendido de modo adequado a questão da *validade* de seus atos ligada à noção de *autoridade moral*, pois é o que se pretende neste tópico.

Os termos grifados acima têm origem na obra de Luís Pedro Pereira Coutinho (*A Autoridade Moral da Constituição: da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*), que traz a seguinte consideração:

---

bem. A esta ultrapassagem denominou-a transcendência, pois ambas as palavras são sinônimas. *Trans* etimologicamente refere-se a um movimento, uma noção de origem e destino. Ultrapassar não trata de superar, como p. ex. numa corrida os carros disputam por velocidade quem chegará primeiro; mas antes, o verbo diz outra coisa: ultrapassar se refere a ser, ao tornar-se, perfazer-se, transcender. BRAZIL, Luciano Gomes. **Transcendência em Heidegger: sobre Racionalidade e Fundamento**. Revista Aproximação, nº 03, 1º Semestre de 2010.

[9] Vide: MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.140.

[10] Vontade de Constituição é um termo presente na obra de Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição, que significa, entre outras coisas, a impossibilidade de se adjudicar o sentido da Constituição, pois ela se constitui da moralidade política de um povo, que deve ser preservada e aplicada de modo incondicional. (vide: HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991).

> (...) perante uma normatividade escrita ou não escrita, 'originária' ou 'superveniente que apresente uma pretensão de validade enquanto normatividade de *Direito* Constitucional, em que termos pode essa mesma validade ser reconhecida e, desde logo, *tem sido* reconhecida? E a conclusão que chegamos, e que anunciamos desde já, é a de que essa validade pode ser reconhecida (*tem sido* reconhecida) quando haja *autoridade moral* da normatividade em causa, não é, inclusivamente, a *validade* uma categoria distinta da *autoridade moral*[11].

Abordar a autoridade moral da Constituição significa, portanto, identificar uma normatividade calcada na democracia, como sede de uma República bem regulada e com projeção na justiça (social), pois estes constituem os *standarts* de normatividade que devem nortear a atuação do Estado. Daí a necessidade de contextualizar o enfrentamento de um caso prático (lanceiros negros) aliado à questão da normatividade da Constituição, no sentido de evidenciar que inexiste *discricionariedade* do Poder Judiciário no que se refere à normatividade[12] dos direitos fundamentais.

Embora se possa afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, simplesmente porque há a possibilidade, como se sabe, das pessoas abdicarem, por exemplo, do direito à imagem ou do direito à privacidade; noutro turno, não há como abrir mão da *constitucionalização* do Direito, da *proibição de retrocesso* e da *aplicabilidade imediata* dos direitos fundamentais. Isso significa dizer que os direitos fundamentais não entram em rota de colisão e nem se coadunam com a denominada ponderação de valores (Alexy), o que significa dizer de igual forma que sua aplicação não pode ser consequencialista, como defendem alguns.

José Emílio Medauar Ommati, ao dispor do tema dos Direitos Fundamentais, lançando mão da obra de Ronald Dworkin, comenta:

> É possível, como nos mostra Dworkin, construir uma teoria consistente e unificada dos valores, de modo que eles não entrem em colisão. Trazendo essa ideia para os direitos fundamentais, pode-se perceber que, na verdade, as colisões entre direitos fundamentais sempre são aparentes, pois, na situação concreta é possível perceber quem tem o direito e quem não tem. Portanto, ao contrário do que se afirma majoritariamente, direitos fundamentais somente farão sentido em um ordenamento democráticos se forem absolutos, pois se afirmo ter um direito fundamental, tal direito não pode ser restringido de forma alguma. É nesse sentido que tem toda razão, mais uma vez, Ronald Dworkin

---

[11] COUTINHO. Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, introdução.

[12] Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz consequências de evidente relevo. As normas que os obrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.145.

> ao defender a ideia de que direitos fundamentais são trunfos que funcionam contra tudo e contra todos, contra as maiorias[13].

Na verdade, a atuação do Poder Judiciário, seja ela em temas de grande relevância nacional, de competência do Supremo Tribunal Federal, como o caso da (des)criminalização do aborto, seja em casos como o que ora se propõe a analisar, inexistirá, por parte do julgador, qualquer margem de subjetividade que possa prevalecer em detrimento dos "valores" constitucionais expressos em torno da dignidade da pessoa humana sob a denominação de Direitos Fundamentais.

A noção de dignidade da pessoa humana, caudatária da filosofia kantiana, exige a proteção à dignidade da pessoa humana sob o aspecto da proteção à vida e da autodeterminação ou autogoverno (liberdade). Portanto, a atuação do Estado deve se pautar pela máxima efetividade na proteção do indivíduo e na mínima intervenção possível do Estado na liberdade de escolha das pessoas sobre aquilo que entenderem ser melhor para cada uma delas.

Os *padrões de moralidade* que se encontram institucionalizados na Constituição, como bem ressalta Francisco José Borges Motta[14], nada mais são do que princípios (deontológicos) que reforçam a autonomia do Direito e se legitimam pelo sistema democrático, o que faz com que inexista, por parte do magistrado, qualquer margem de liberdade em aplicar ou deixar de aplicar os valores constitucionais consagrados na Carta Política.

Daí que, em situações concretas caracterizadas pelo conflito aparente de normas, onde o Poder Judiciário tem o dever constitucional de jurisdicionar para solver litígios, a hermenêutica[15] exsurge como elemento interpretativo imprescindível para desvelar o

---

[13] OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 67.

[14] De fato, para Dworkin, pois, os princípios 'forçam' a determinação de direitos e deveres jurídicos. É por isso que são *normas*, que possuem caráter *deontológico*. São padrões de moralidade institucionalizada no Direito, e cuja aplicação, contrariamente ao que possa parecer, somente reforça a sua *autonomia* (e legitimidade, já que se pretende democraticamente produzido). Nessa sede, não há *consenso, conciliação* ou *meio-termo* que faça as vezes de se reconhecer o direito de quem efetivamente o tem (é o *having right* do qual falamos antes). Disso depende, mais do que a satisfação de um interesse privado, a concretização do Estado Democrático de Direito. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.157.

[15] A hermenêutica avança ainda mais um passo entrando na sua fase linguística, com a controversa afirmação de Gadamer de que 'um ser que pode ser compreendido é linguagem'. A hermenêutica é um encontro com o Ser através da linguagem. Ultimamente, Gadamer defendeu o caráter linguístico da própria realidade humana, e a hermenêutica mergulha nos problemas puramente filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade. Ela coloca-se no centro dos problemas filosófico de hoje; não pode fugir às questões epistemológicas e ontológicas pois a própria

sentido constitucional, suspendendo pré-conceitos inautênticos, e ratificando os ideais de moralidade política e de justiça que estruturam a comunidade jurídica.

A história institucional de um país é a fonte de sentido que deve ser considerada em todo o processo interpretativo que envolva, principalmente, o controle dos atos de poder do Estado[16], reafirmando o verdadeiro sentido da expressão *segurança jurídica*. Aliado a isto, investir na tradição histórica significa acreditar na coerência e na integridade do Direito como elementos indispensáveis ao fortalecimento da igualdade, da imparcialidade e, principalmente, à persecução da justiça (moral).

A forte ligação do pensamento gadameriano (a autoridade da tradição) com a obra de Ronald Dworkin (romance-em-cadeia) é facilmente perceptível e foi trazida ao contexto acadêmico pelas mãos do Professor Francisco José Borges Motta, ao pontuar:

> (...) o texto do norte-americano não poderia ser mais claro do que efetivamente é. Primeiro, quando reconhece a incontornabilidade da tradição: 'Não nego o que é óbvio, isto é, que os interpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente'; depois, quando repete que o intérprete não parte, portanto, de um *marco zero* na interpretação: 'A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, e nem isso está sugerido na idéia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado melhor imagem possível'; e, por fim, quando o norte-americano encontra no próprio Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas[17].

O adequado tratamento dispensado à propriedade e à função social da posse, como direitos fundamentais, tema central desta abordagem, de há muito pode ser percebido pela atuação dos Tribunais Superiores, bem como pela própria legislação infraconstitucional que sucede a Constituição da República de 1988, cuja força normativa não pode ser desprezada por qualquer órgão do Estado, nem mesmo no âmbito administrativo. Daí o relevante enfrentamento do estado d'arte do Direito e o julgamento do caso prático objeto deste estudo.

No ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *leading case* da conhecida Favela Pullman, mitigou o direito de propriedade, em aplicação do princípio da função social da posse, levando em conta todo o contexto institucional que já era

---

compreensão é defendida como um tema epistemológico e ontológico. PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, p.51.

[16] No Brasil, por exemplo, é possível afirmar que existe uma tradição jurídica direcionada para o controle dos atos decisórios do Estado. Já na Constituição Republicana de 1891, realizada sob a influência do constitucionalismo norte-americano, o qual teve sua inserção no país sob a ação de Rui Barbosa, houve a adoção do tipo de controle jurisdicional difuso no ordenamento pátrio (art.59, §1°, alíneas 'a' e 'b').

[17] MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 98.

bastante evidente menos de uma década após a promulgação da Constituição de 1988. O caso paradigma foi ementado[18] levando em conta que o direito à propriedade não pode ser tratado como um direito absoluto frente a função social, ressaltando o contexto social já consolidado e suficiente a ser reconhecido pelo Estado o direito dos possuidores.

Do mesmo modo o Código Civil, Lei n. 10.406/02, publicada em janeiro de 2002, com a entrada em vigor em janeiro de 2003, trouxe importante inovação de cariz constitucional na medida em que possibilita o adequado equilíbrio tanto do direito de posse de sua função social quanto o direito à propriedade. Na dicção do artigo 1.228, §4º e 5º[19], ao tratar na propriedade, o legislador não esqueceu de registrar que este direito não é absoluto e precisa ser exercido nos limites de sua função social, sob pena, inclusive, de perder o direito de reaver de quem injustamente a possua ou detenha.

Assim, fortalecida a posse no âmbito da legislação infraconstitucional, quando exercida com função social coletiva, envolvendo pessoas reconhecidamente em situação de vulnerabilidade econômico-social, em detrimento do direito do proprietário que poderá, no máximo, ser indenizado nos termos do § 5º do artigo 1228 do Código Civil, sem direito de reaver o bem para si. Inclusive, a "justa indenização", se for o caso, ao fim e ao cabo pode ser suportada pelo Estado, principalmente quando figurar como parte na demanda e contribuir, passiva ou positivamente, para a consolidação da ocupação da área irregular objeto do litígio.

Isso poderá ocorrer em situações nas quais o Poder Público, reconhecendo a facticidade da posse coletiva, implanta no terreno desapossado ao proprietário, por si próprio ou através de suas concessionárias, equipamentos urbanos: água, iluminação

---

[18]"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7- STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido." (STJ - REsp 75.659/SP - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - Publicação: 29/08/2005) - https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-00495198/inteiro-teor-12956705?ref=juris-tabs - Acessado em 30-08-2018.

[19] Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm - acessado em 30-08-2018.

pública e luz domiciliar... Contribui e estimula a implantação e crescimento da área irregular, fornecendo material para o arruamento de vielas e realizando obras de asfaltamento e urbanização. Quando o município, por força da sua atuação positiva, como alhures exposto, ou por força da sua atuação negativa, não coibindo o desenvolvimento de área de apropriação urbana ou rural irregular e deixando de reprimir o surgimento de novas habitações irregulares, se torna também partícipe da posse coletiva do terreno particular, dando as condições para que o apossamento indevido prossiga (e até desenvolva, em algumas situações), ele se torna passível de responsabilização e, portanto, de se constituir em sujeito passivo da indenização prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil.

Foi o que decidiu a 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 7080408-7[20], de 10 de dezembro de 2008, definindo que, se a posse qualificada dos requeridos conta com a guarida da municipalidade, que provê todas as condições necessárias para a habitação e até edita lei considerando a área como de especial interesse social, deve responder pela indenização ao proprietário, de modo espontâneo, ou a requerimento deste.

A atuação do Estado[21], nos termos do que dispõe o art.170, inc. III e VII da Constituição da República, está balizada entre os princípios gerais da atividade

---

[20] POSSESSÓR1A - ÁREA INVADIDA HÁ ANOS E DECLARADA PELA MUNICIPALIDADE COMO DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL - REINTEGRAÇÃO – INADMISSIBILIDADE. A arguição do princípio da função social da propriedade não pode servir de fundamento para dar licitude a toda e qualquer invasão, pois ao Estado de Direito é que compete a sua implementação. Todavia, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora, área esta declarada como de especial interesse social pela municipalidade. Se é verdade que a função social da propriedade não pode ser utilizada para dar amparo a toda e qualquer invasão, mormente porque ao Estado de Direito é que compete a sua implementação, na hipótese, escorreito se revela o decisum recorrido. Deveras, o caso retrata verdadeira colisão de direitos fundamentais, refletindo, de um lado, o direito à propriedade da autora e, de outro, o direito à moradia dos requeridos. Nesse vértice, impõe-se a otimização dos direitos em conflito, com o escopo de se assegurar a situação que evidencie o menor prejuízo aos direitos em contraste. Por isso, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora (algumas delas de cinco anos - vide fls. 178/208). Ressalte-se que a posse objurgada dos requeridos, transformada em verdadeiro bairro (fotos de fls. 212/213), conta com guarida do Município de Santo André, o qual editara a Lei n° 8.300, de 19 de dezembro de 2001, tornando a área como de especial interesse social. Destarte, como bem decidido pelo juízo a quo, "cabe ao município proceder sua desapropriação ou, se assim não o fizer, a autora requerê-la", não se olvidando que as relações que tratam de propriedade e moradia devem prover prestígio que merece o princípio da função social da propriedade e, sobretudo, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana. TJSP, Apelação Cível nº 7080408-7. 21ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Siqueira de Pretto. Acórdão de 10 de dezembro de 2008.

[21] A moradia digna é um direito de todos e um dever do Estado, conforme disciplina o artigo 6º da Constituição Federal. É dever dos municípios, nos termos do *caput* do art. 182, da Constituição, manter política de desenvolvimento urbano com o objetivo do pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e garantir o bem-estar de seu habitantes, sob pena do proprietário sofrer sérias restrições aos seu

econômica, dentre outros, pela *função social da propriedade* e pela *redução das desigualdades regionais e sociais*. Portanto, constituem-se como objetivos do Estado assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, o que significa dizer que as políticas públicas e o próprio orçamento público devem estar continuamente voltados para a solução de problemas como moradia, irregularidade fundiária, saneamento básico...

Dessa forma, causa estranhamento epistêmico o posicionamento do Poder Judiciário, como integrante dos poderes da República, na atual quadra (constitucional) da história, ao julgar questão possessória envolvendo a invasão de prédio público por número considerável de pessoas sem moradia, restringindo-se aos limites do cabimento da ação (pressupostos substantivos e adjetivos), sem ingressar nos deveres institucionais do Estado em promover a justiça social e a existência digna das pessoas, como acima se explicitou. Daí a relevância da análise, a partir da perspectiva de uma teoria da decisão judicial, o caso denominado "lanceiros negros", e a necessidade de se obter uma resposta constitucionalmente adequada.

IV – O CIDADÃO, DESTINATÁRIO DA JURISDIÇÃO, POSSUI UM DIREITO FUNDAMENTAL A OBTER UMA RESPOSTA CORRETA DO ESTADO?

É certo poder afirmar que existe um rol de direitos fundamentais previsto na Constituição que não pode ser considerado taxativo, situação plenamente justificada pelas características do direitos fundamentais, mas, também, pela própria dinamicidade das relações sociais, contínuo aumento da complexidade decorrente do avanço tecnológico e, ainda, do crescimento populacional em grandes centros urbanos, como consequência do êxito rural que marcou o Brasil a partir dos anos 60/70.

De todo modo, os direitos fundamentais podem estar em todo o lugar, bastando apenas que se identifique a necessidade de proteção da dignidade das pessoas. Portanto, receber do Estado um julgamento constitucionalmente adequado, isto é, ter assegurada a existência de regras de procedimento prévias e nela estar presente a ampla defesa, o

---

direito de propriedade, tais como desapropriação, imposto predial progressivo e usucapião, nos termos do §4º e seus incisos, do art. 182 da Constituição.

contraditório e a fundamentação das decisões, são, por exemplo, aspectos indicativos de que as regras de processo podem ser erigidas a direitos fundamentais[22].

Sendo assim, é possível afirmar, também, que as pessoas têm sim direito fundamental a uma (teoria) *decisão judicial adequadamente constitucional*[23], embora se saiba que, na prática, nem sempre as coisas são como deveriam ser. Eis a principal crítica deste estudo.

Os movimentos sociais, na maioria das vezes, em situações de conflito, são alvo de inúmeras críticas da sociedade e acabam sendo vistos, pelo senso comum, como um agente despersonificado que visa única e exclusivamente tumultuar a ordem social e ou levar vantagem com ocupações em detrimento do legítimo direito da propriedade. Entretanto, para além disso, os movimentos sociais deveriam ser vistos como agentes sociais de transformação política, já que, o que pretendem e representam, via de regra, não é propriamente a propriedade da área invadida, quase sempre inadequadas[24] para moradia, por exemplo, mas provocar ou indagar o Estado a respeito da (ine)existência de políticas públicas sérias e efetivas, pois eles se constituem em tarefa básica e contínua do gestor público, segundo a Constituição da República.

No caso da Ocupação dos Lanceiros Negros, embora tenha havido reuniões entre os representantes do movimentos e a Secretaria de Justiça e de Direitos Humanos, o Estado enxergou o Movimento como adversário, tanto que, em 16/11/2017, em meio às tratativas administrativas para solucionar o impasse, ajuizou ação de reintegração de posse, como acima referido, com liminar concedida para desocupação do imóvel no prazo de 72h, sob pena de uso de força pública para cumprir a medida.

Sobreveio manifestação no processo do Ministério Público Federal, Ofício 2297/2015, salientando, em atenção às disposições da Constituição e de Tratados

---

[22] O próprio artigo 1º do CPC traz a seguinte disposição: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

[23] "(...) a resposta correta significa, em verdade, a possibilidade de decisões adequadas à Constituição, razão pela qual precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na intersubjetividade, a comunhão em torno de regras e princípios para a construção do Estado Democrático de Direito". COSTA, Marcelo Cacinotti. LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia**: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.32.

[24] Edifício Wilton Paes de Almeida, com 24 andares e 11.083 m2 de área construída, localizado no centro da capital paulista, desabou em 1º de maio de 2018. Abandonado pela União desde o ano de 2003, abrigava 92 famílias, com 248 pessoas cadastradas na Prefeitura Municipal, que ocuparam o local sob a coordenação do Movimento Social de Luta por Moradia (MSLM), ao menos entre 2015 e 2017. https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/edificio-wilton-paes-de-almeida-predio-que-desabou-em-sp-foi-projetado-na-decada-de-1960-e-era-patrimonio-historico.ghtml. Acessado em 16-08-2018.

Internacionais de Direitos Humanos aos quais o Brasil é signatário, a necessidade de o Estado indicar, em caso de cumprimento da medida liminar, para onde as famílias seriam realocadas, no sentido de minimizar todo e qualquer efeitos adverso no momento do cumprimento da medida.

A manifestação do MPF – Ministério Público Federal foi de suma importância para o adequado tratamento constitucional do caso, tanto que serviu de suporte argumentativo para que o juiz da causa suspendesse a medida liminar, até que o Estado cumprisse o teor do parecer ministerial. Embora o egrégio Tribunal de Justiça, ao apreciar o recurso de Agravo de Instrumento nº 70.068.006.030 (vide nota de rodapé nº 02), tenha retrocedido na interpretação que melhor compreende os anseios morais da Constituição.

Jurisdicionar, afirmando que, em tratando de direitos fundamentais (tais como dignidade da pessoa humana, moradia digna e segurança) aplicáveis a crianças, a idosos e a pessoas desabrigadas, que o Poder Judiciário não pode tutelar, sob a frágil alegação de que devem ser preservadas às regras do direito possessório, é negar uma tradição decisória construída principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal[25] que autoriza e legitima todas as decisões judiciais que visam à proteção e a salvaguarda de direitos fundamentais.

O potencial crítico dos direitos humanos aponta para a circunstância de que os mesmos "não podem ser reduzidos à categorização e à classificação; seu conteúdo não se presta à apresentação categórica. Temos uma sensação de estar cercados por injustiça sem saber onde a justiça reside. Os direitos humanos representam essa denúncia de injustiça [...]"[26].

No mesmo sentido, Höffe afirma que a tematização dos direitos humanos somente como direitos fundamentais escritos não somente ignora seu status jurídico-moral, senão reduz também seu potencial crítico. Para o autor, somente aquele que proceda separando claramente os direitos humanos dos fundamentais, e referindo-os logo uns a outros, poderá aportar, por um lado, a possibilidade de seguir desenvolvendo criticamente, em nome dos direitos humanos, aqueles outros direitos fundamentais que estejam em vigor dentro de um ente comum; e, por outro, formular a tarefa de ampliar a

---

[25] MS 33072 AgR. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 6-11-2014 (política de cotas raciais); RE 440.028. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 29-10-2013; RE 722778 AgR. Rel(a). Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma do STF, j. 25-3-2014 (acessibilidade de pessoas deficiência física em prédios públicos); AI 829984 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma do STF, j. 14-5-2013 (concessão de medicamentos).

[26] DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 373.

proteção dos direitos fundamentais, mais além de um ente comum particular, a coexistência de todos os entes comuns, a uma comunidade jurídica internacional[27].

Uma concepção de direitos humanos sociais mínimos é defendida por Gosepath, à luz do princípio da proteção fundamental prioritária, de maneira a compreendê-los como "compensação de determinados danos sociais, que devem ser impedidos, isto é, compensados com base em razões morais compartilhadas". Dito de outro modo, os direitos sociais têm como objetivo e limite a "eliminação dos prejuízos desiguais, em relação aos quais o indivíduo não é responsável, e a produção de um estado de chances iguais, para a realização de reconhecidas funções e capacidades". Assim, deve-se garantir a toda pessoa o direito à segurança básica e a um mínimo existencial, protegendo-se a integridade física em todas as suas dimensões, oferecendo a todos a medida de assistência social, em "situações de emergência para evitar o prejuízo, que as impede de estar em condições de realizar, em medida suficiente, todas as funções e capacidades reconhecidas em geral como valiosas"[28].

Do caráter programático das normas constitucionais sobre direitos fundamentais sociais, na dependência de uma normatização ulterior pelo legislador infraconstitucional, na atual quadra da história sopram os ventos no sentido da concretização e da implementação direta da Lei Maior, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*. Um dos exemplos acerca dessa virada jurisprudencial é justamente a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal no que toca ao mandado de injunção, passando da teoria abstrata à teoria concretista, em julgamento relativo à greve dos servidores públicos[29].

Vale destacar o emprego das *sentenças com efeitos aditivos*, as quais podem ser definidas, em sentido lato, como decisões positivas de inconstitucionalidade cujo conteúdo implique *"tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que*

---

[27]HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 168-9.
[28]GOSEPATH, Stefan. "Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental". TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 73, 79.
[29]Para uma análise do referido julgamento (MI 670-9-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007), bem como a evolução jurisprudencial no que tange ao mandado de injunção, na perspectiva da dispensabilidade da *interpositio legislatoris* para a concretização judicial dos direitos sociais, leia-se a importante análise de Cadermatori e Strapazzon, sustentando que a legitimidade da democracia decorre, sobretudo, da responsividade às expectativas normativas decorrentes de um ordenamento constitucional compromissório. CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Sistema garantista e protagonismo judicial". In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 207, 219 e ss.

conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição"[30] (grifo dos autores). A decisão aditiva tem por objetivo "reprimir omissões legislativas (parciais) inconstitucionais, violações do princípio da igualdade ou discriminações não autorizadas constitucionalmente, remedir vazios provocados pela mera anulação de normas"[31]. Dessa forma, uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória tem os seguintes pressupostos:

> i) Que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional como fundamento para a reparação imediata e com efeitos futuros de uma inconstitucionalidade parcial declarada por aquele órgão; ii) Que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia "self executing"; iii) Que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exeqüível por si própria; iv) Que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou dessa norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico[32].

Portanto, a revisão judicial de políticas públicas deve ter em mente não apenas a crítica da capacidade institucional do Poder Judiciário, mas também as críticas à capacidade institucional das demais instituições (Executivo e Legislativo), em uma análise comparativa[33]. A questão central, em suma, "não é se pode ou não haver controle judicial, mas qual o seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial"[34].

V – CONCLUSÃO

O direito à propriedade deve atentar à sua função social, a qual irradia normatividade no âmbito das relações jurídico-privadas e na esfera que envolve o plexo de relações entre os cidadãos e o Estado.

O ente "Estado" é uma construção artificial que deve servir às pessoas e não o contrário, haja vista que os seres humanos são fins em si mesmos, vedada a

---

[30] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 364.

[31] ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

[32] MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 394.

[33]Nesse sentido, BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

[34]BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

instrumentalização do indivíduo em face de metas, programas ou de um suposto "interesse público", de definição vaga e abstrata.

A ocupação Lanceiros Negros revela, a um só tempo, que os *direitos humanos*[35] têm uma função de denúncia de injustiças sociais, como, no caso concreto, a envolver o direito social à moradia de pessoas vulneráveis (crianças, idosos, pessoas com deficiência, etc.), além de vincular o processo de produção de sentido normativo.

Dito de outro modo, não há discricionariedade judicial para negar a autoridade/normatividade dos direitos humanos e fundamentais, em todas as suas dimensões, à luz do princípio *pro homine* (artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Ora, o valor-fonte do Direito é justamente a pessoa humana de "carne e osso", com suas fragilidades e vicissitudes, cumprindo ao intérprete atentar à tradição inautêntica de violação dos direitos humanos relativos à posse no Brasil, desde as capitanias hereditárias até as áreas pertencentes, ainda hoje, à Fazenda Pública, à Igreja e aos grandes latifundiários, perpetuando uma lógica excludente e patrimonialista.

Romper com essa tradição inautêntica é fundamental para que se possa efetivamente compreender o sentido e o alcance dos direitos humanos. O Poder Judiciário tem um papel imprescindível no sentido de conferir eficácia aos direitos relativos à moradia e à posse, os quais preponderam sobre as "razões de Estado", que encontram tradução no denominado "interesse público secundário".

A decisão judicial a envolver litígios coletivos é policêntrica e multidimensional, cumprindo ao juiz, mediante a designação de audiências públicas, assegurar a comparticipação dos diversos personagens envolvidos no conflito, à luz da dignidade da pessoa humana e de uma concepção que tem por fundamento a ética da responsabilidade no direito brasileiro.

A metódica da ponderação foi empregada de maneira equivocada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no caso da Ocupação Lanceiros Negros, ressaltando o viés de confirmação do interesse meramente patrimonial da Fazenda Pública, em detrimento dos vulneráveis e das pessoas em situação de rua.

---

[35] "(...) buscando tratar o tema dos direitos humanos com o devido cuidado, exsurge reivindicações normativas que se justifiquem em uma base moral universalista cujos conteúdos penetram, há muito, nos direitos humanos e civis das constituições democráticas, através da ideia de dignidade humana. LIMA, Vinicius de Melo. Costa, Marcelo Cacinotti. **Direitos Sociais e Narrativas Processuais**: o policentrismo decisório na democracia brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.56-57.

O lugar do Direito e do Estado no Constitucionalismo Contemporâneo, sob o paradigma da hermenêutica filosófica, tem o seu enraizamento ontológico no existencial, sobretudo no plexo de relações entre os seres que se reconhecem reciprocamente na experiência mundivivencial marcada pela finitude humana. A quebra do reconhecimento recíproco entre os cidadãos viola as expectativas legítimas normativas decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, um olhar hermenêutico-reflexivo, a partir da necessária imbricação teórica entre a tradição gadameriana e o direito como integridade, de Dworkin, é condição de possibilidade para a construção de uma solução judicativo-decisória adequada à Constituição e comprometida com a eficácia dos direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

Agravo de Instrumento Nº 70068006030, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 07/04/2016). http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70068006030&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris;

BRAZIL, Luciano Gomes. **Transcendência em Heidegger: sobre Racionalidade e Fundamento**. Revista Aproximação, nº 03, 1º Semestre de 2010;

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013;

CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Sistema garantista e protagonismo judicial". In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm – Acessado em 30-08-2018;

COSTA, Marcelo Cacinotti. LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia**: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017;

COUTINHO. Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 2009;

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009;

DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014;

FAGANELLO, Cláucia Piccoli; GUEDES, Iris Pereira. **Ocupação Lanceiros Negros: alternativa proposta por um movimento social em reivindicação ao direito à moradia digna**

frente ao governo do Estado do Rio Grande do Sul. IV Congresso Brasileiro de Estudos Organizacionais. https://anaiscbeo.emnuvens.com.br/cbeo/article/view/243;
GORNER. Paul. **Ser e Tempo**: uma chave de leitura. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2017;
GOSEPATH, Stefan. "Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental". TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013;
HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade de validade – Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012;
HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991);
HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008;
https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/edificio-wilton-paes-de-almeida-predio-que-desabou-em-sp-foi-projetado-na-decada-de-1960-e-era-patrimonio-historico.ghtml. Acessado em 16-08-2018;
LEÃO. Emmanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977;
LIMA, Vinicius de Melo. Costa, Marcelo Cacinotti. **Direitos Sociais e Narrativas Processuais**: o policentrismo decisório na democracia brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;
MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016;
MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005;
MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005;.
MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;
MS 33072 AgR. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 6-11-2014 - http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000294079&base=baseMonocraticas – Acessado em 30-08-2018;
Nesse sentido, BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013;
OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;
PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70;
RE 440.028. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, j. 29-10-2013 - https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707308/recurso-extraordinario-re-440028-sp-stf/inteiro-teor-112170333 - Acessado em 30-08-2018;
STJ - REsp 75.659/SP - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - Publicação: 29/08/2005 - https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519 8/inteiro-teor-12956705?ref=juris-tabs - Acessado em 30-08-2018.