

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL  
CONSTITUCIONALISMO E  
DEMOCRACIA: O NOVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO**

**SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

---

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



# **VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO**

## **SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

---

### **Apresentação**

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**DIGNIDADE HUMANA E VIOLAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NAS GRANDES  
DESOCUPAÇÕES URBANAS: “CULPA” DA ATUAÇÃO JUDICIAL  
“HERMÉTICA” OU DO MEDO DA HERMENÊUTICA?**

**DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO EN LA VIVIENDA VIOLACIÓN DESALOJOS  
URBANOS: "LA CULPA" DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL "HERMÉTICOS" O EL  
MIEDO A LA HERMENÉUTICA?**

**Cláudia Karina Ladeia Batista <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente trabalho se propõe a abordar o direito à moradia e sua interpretação, bem como o ativismo judicial enquanto ferramenta destinada à concretização do referido direito fundamental social. Empregando-se a pesquisa bibliográfica e se valendo do método dedutivo, o artigo trata da evolução do constitucionalismo e da importância do emprego da hermenêutica constitucional à adequada aplicação do direito. Por fim, defende-se que não só por meio de direitos de cunho prestacional se assegura o direito à moradia. Defende-se que também pela vedação de posturas que atentem contra os ditames constitucionais o judiciário desincumbe a contento de seu múnus público.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Dignidade humana, Direito à moradia, Hermenêutica, Grandes desocupações urbanas

**Abstract/Resumen/Résumé**

Este artículo tiene como objetivo abordar el derecho a la vivienda y su interpretación y el activismo judicial como una herramienta para la aplicación de este derecho social fundamental. El empleo de la literatura y haciendo uso del método deductivo, el artículo trata de la evolución del constitucionalismo y la importancia de la utilización de la hermenéutica constitucional a la correcta aplicación de la ley. Por último, se argumenta que no sólo a través de la naturaleza prestacional de los derechos para garantizar la defensa del derecho a la vivienda. Se argumenta que también las posiciones inconstitucionales de sellado del poder judicial desincumbe a la satisfacción de su munus público.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Ativismo judicial, La dignidad humana, Derecho a la vivienda, Hermenêutica, Desalojos urbanos

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela ITE. Docente efetiva nos cursos de graduação e pós-graduação em direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Enquanto teóricos e práticos debatem as mazelas e vantagens do rompimento com o normativismo jurídico e a filiação ao novo paradigma decorrente do neoconstitucionalismo, a concretização do direito à moradia está cada vez mais distante do agir judicial nas grandes desocupações. Muitas são as decisões proferidas em ações de reintegração de posse de áreas urbanas irregularmente ocupadas cujo cumprimento representa verdadeira afronta aos ditames constitucionais consagradores do direito à moradia e à dignidade humana.

O déficit habitacional, compreendido como insuficiência de unidades habitacionais e a existência de moradias em condições inadequadas afeta a parcela mais pobre da população. A falta de condições financeiras fecha o leque de oportunidades de morar, de modo que ocupar irregularmente imóvel ou área urbana é uma das poucas alternativas, senão a única. Trata-se de um contingente populacional carente da ação Estatal preventiva e eficaz no desenvolvimento de políticas públicas.

Há que se considerar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e, como tal, não pode ser ignorada. Sendo um direito universal importa a todo ser humano, embora afete com maior gravidade a população mais carente. Considerado em sua dimensão negativa, pressupõe a abstenção do Estado da prática de atos que importem em violação do referido direito.

Tomando o direito à moradia enquanto direito a prestações (sob a perspectiva positiva), deve o Estado, no âmbito do Poder Executivo, proporcionar moradia digna por meio de implementação de políticas públicas voltadas à satisfação de tal direito, políticas estas que devem ser norteadas pelas disposições constitucionais.

No aspecto legislativo, cumpre ao Estado contribuir para a proteção do direito em estudo a partir da edição de leis (em sentido amplo) que assegurem o acesso, bem como meios de proteção contra a violação. O arcabouço normativo há de refletir os objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Assim, toda a produção legislativa e mesmo a atuação do Poder Judiciário devem espelhar o espírito constitucional de justiça, desenvolvimento nacional, inclusão social, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais. Mas a atuação judicial no deferimento e cumprimento de mandados de reintegração de posse e remoção forçada de pessoas e coisas guarda consonância com as previsões constitucionais? A “neutralidade” enquanto comportamento asséptico e indiferente do magistrado, bem como a renúncia ao emprego da hermenêutica constitucional

pode conduzir aos malgrados “decisionismos” ou à manifesta violação do preceito constitucional consagrador do direito à moradia.

## **1. CONCRETIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA**

A compreensão holística do sistema constitucional é essencial ao intérprete. Tal concepção lhe possibilita a consciência do processo histórico de formação do Estado, de suas deficiências sociais, das mazelas institucionais e, sobretudo, dos anseios sociais. É, pois, condição para que o hermenauta compreenda a dimensão e o alcance pretendidos pelo legislador originário quando da elaboração do texto constitucional.

A neutralidade não pode fazer do intérprete o habitante enclausurado de uma redoma que o separa da realidade, posto que somente pelo conhecimento desta realidade é que o direito exerce a função transformadora dada pela Constituição prospectiva – a efetivação dos propósitos constitucionais. Nesse sentido, Barroso (1999) considera a neutralidade conceito bem mais complexo que imparcialidade e impessoalidade – esses sim essenciais a um bom hermenauta. Pela imparcialidade tem-se a ausência de interesse imediato na questão e, por impessoalidade a ação em prol do bem comum e não para o favorecimento de alguém.

Barroso sustenta que a neutralidade em sentido ideal pressupõe que o juiz seja educado para a compreensão e a tolerância. Que seja despido de preconceitos e que possa aceitar o “[...] diferente, seja homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente deficiente”. (BARROSO, 1999, p. 276-277).

O autor considera que a neutralidade “[...] pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto de seu trabalho” (BARROSO, 1999, p.276). O autor não desconsidera, entretanto, “[...] uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever”.(BARROSO, 1999, p. 277).

Se a neutralidade “ideal” não é possível, é corriqueira, porém, a neutralidade enquanto “conceito asséptico de justiça”. Tal ideia de neutralidade torna o intérprete indiferente à sua responsabilidade enquanto ator social, bastando-lhe, para o reconhecimento da excelência de seu trabalho, a execução “mecânica” da tarefa que dele se espera – julgar.

A neutralidade nos termos postos é de tal forma nociva que é impossível não a comparar, guardadas as devidas distinções, ao comportamento de Adolf Eichmann, nazista julgado em Jerusalém sob a acusação de ser o responsável pela logística que culminou na

morte de seis milhões de judeus. Hannah Arendt, na obra *Eichmann em Jerusalém* relata o acusado como um burocrata exímio cumpridor de ordens e incapaz de uma reflexão crítica de seus atos. Nas palavras da autora, “[...] seus atos eram de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu dever, como repetia insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia a ordens, ele também obedecia à lei”. (ARENDR, 2000, p. 154).

A comparação é pertinente no sentido de demonstrar o quão nociva pode ser a atuação de um juiz “neutro”, indiferente à noção de justiça. Nesse sentido, por ser de uma clareza notável, transcreve-se as considerações de Barroso:

A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, **relativamente à propriedade**, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é o fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça. (BARROSO, 1999, p. 279, grifo nosso).

O reconhecimento da dimensão desses valores constitucionais é elemento de concretização dos direitos fundamentais-sociais por ela assegurados. Não se pode confundir, entretanto, substancialismo com “[...] qualquer filiação à filosofia da consciência ou ativismos judiciais. O estabelecimento dos ditos valores comuns não pode ser entendido como “decisionismos” ou “discricionariedades interpretativas”. (STRECK, 2006, p. 87-89).

O cumprimento das promessas da modernidade pressupõe, por parte do Estado (aí compreendido o Judiciário), uma postura protetora de efetivação e não mais de abstenção (ou neutralidade) como a do modelo liberal-individualista-normativista. A atuação jurisdicional efetiva ora defendida trafega sobre uma linha tênue, que constitui verdadeiro divisor de águas entre a interpretação servil e o autoritarismo judicial.

Não se ignora os riscos inerentes ao ativismo jurisdicional, entre os quais a judicialização das escolhas políticas e da própria política como um todo. Considera-se, entretanto, um risco necessário ao efetivo cumprimento dos princípios e direitos fundamentais-sociais sobre os quais repousam as pilastras do Estado Democrático de Direito.

Ademais, não se deve desconsiderar que o “[...] constituinte é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Tal fato dá relevo às potencialidades do direito constitucional e suas possibilidades interpretativas” (BARROSO, 1999, p. 289). Defende-se, assim, que o intérprete não “segregue” a “prospecção constitucional”, interpretando-a segundo os “limites mais estreitos” da legislação ordinária. Que, em síntese, não ignore o

potencial transformador da Constituição ou, nas sempre precisas palavras de Barroso (1999, p. 289):

Sem abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente.

É evidente que compreender esses aspectos prospectivos requer do intérprete uma postura igualmente progressista, mais interessada em concretizar a Constituição (e enfrentar todos os problemas que tal atitude requer) que meramente atuar no quase sempre “confortável” limite da lei.

Não se trata de ignorar riscos do ativismo judicial. Salienta-se, entretanto, que o risco há de ser minimamente reduzido por meio de atuação séria e combativa do Judiciário pautada neste novo paradigma da pós-modernidade – a hermenêutica-jurídico-filosófica. Por seu emprego espera-se assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais sem incorrer nos típicos problemas relacionados à legitimidade das decisões judiciais, à ditadura da toga e à judicialização da política. É o que se verificará posteriormente no presente trabalho.

Antes, porém, cumpre analisar as críticas à atuação jurisdicional que, adequando-se ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, transpõe antiga (e por vezes confortável)<sup>1</sup> atribuição de “dizer o direito” como sinônimo de “dizer a lei”.

## **2. O (DES)CONFORTO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL PARA ALÉM DA LETRA DA LEI**

Ao longo da história o Estado, por meio do Poder Judiciário, tem desempenhado a função de apaziguar os conflitos de interesses objetivando assegurar a manutenção da ordem e da paz social. Todavia, a mudança de paradigma de atuação jurisdicional ainda provoca desconforto no meio jurídico e fora dele quando, sob o argumento de concretizar direitos, a atuação jurisdicional impacta a do Poder Executivo.

Deixar a cargo do Judiciário a interpretação do conteúdo, limites e eficácia de conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, ainda assusta. Esperar que o juiz do caso

---

<sup>1</sup>O conforto a que se refere o texto reside no fato de o julgador não necessitar de construções argumentativas mais profundas para sustentar sua decisão, posto que os argumentos encontram-se no próprio texto de lei. Não raro a interpretação literal torna-se, entretanto, desconfortável, tendo em vista que o rigor do texto legal destoa por completo da ideia de justiça.

concreto determine o alcance de palavras carregadas de conteúdo valorativo (justiça, meios adequados, duração razoável, bem comum, entre outros) pressupõe considerar que esses profissionais possuam mais que o domínio da técnica. É preciso que sejam dotados de acurados conhecimentos de hermenêutica constitucional, de modo a interpretar a lei segundo critérios axiológicos e finalísticos que, nem sempre considerados, dão azo a decisionismos e outros problemas que impactam negativamente toda a construção de um Judiciário atuante.

## **2.1 Ativismo Judicial**

Judicialização e ativismo judicial “são primos”, nos dizeres de Barroso, mas não se permitem tomar um por outro (BARROSO, 2012). Entende-se por judicialização a decisão de questões de repercussão política e social pelos órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias originalmente incumbidas de analisar tais questões, como o Poder Executivo e o Poder Legislativo no âmbito de sua atuação. Tal fenômeno implica em significativas mudanças na linguagem e argumentação e expressa uma tendência mundial.(BARROSO, 2012).

Porquanto pareçam semelhantes, judicialização decorre do modelo constitucional adotado, de modo que o Judiciário decide o que lhe cabe fazer, conhecendo uma pretensão objetiva ou subjetiva deduzida de uma norma constitucional. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu conteúdo e seu alcance.(BARROSO, 2012).

O ativismo judicial decorre de uma participação mais ampla e efetiva do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, a partir de uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, inclusive pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, em especial quanto à matéria de políticas públicas.(BARROSO, 2012).

A aparente sutileza das diferenças esconde distinções que ora se evidencia: a judicialização decorre do exercício de atividade típica do Poder Judiciário, no âmbito de sua atuação prevista constitucionalmente e com o propósito de concretizar o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988. O ativismo vai além – e faz do Judiciário um novo “pivô” de concretização de direitos fundamentais.

Se o problema da concretização de direitos sociais, notadamente moradia, não se encontra na seara precípua de atuação do Judiciário (pelo menos não no aspecto prestacional), por qual razão se associa o ativismo judicial à implementação de tal direito?

Não se defende o ativismo judicial como ferramenta para a solução dos problemas de moradia, o que seria ingênuo. Sanar o problema do déficit habitacional está muito mais relacionado às questões de política econômica e social, dependentes de uma melhor distribuição de renda e desenvolvimento de políticas públicas sérias de moradia popular.<sup>2</sup>

As medidas destinadas a sanar ou pelo menos atenuar o problema devem partir do Executivo por meio de implantação de políticas públicas sérias e do Legislativo, ao qual incumbe legislar de modo a “democratizar” o acesso à moradia. Tais ações, contudo, pressupõem paciência para a colheita de resultados de longo prazo.

Em resposta a questão acima posta, admite-se que apenas pequena parcela das infrações ao direito à moradia chegará ao Poder Judiciário. Entende-se, porém, que cabe a este, nos casos postos à sua apreciação, cuidar para que o direito à moradia não seja violado com sua anuência ou, diretamente, por sua atuação.

Assim, quando se defende uma atuação judicial positiva e protetora do direito à moradia, não se está a defender a ingerência do Judiciário em política econômica e escolhas públicas, o que de fato acarretaria intromissão em desacordo com o princípio constitucional de separação de poderes, salvo casos excepcionais onde tais medidas se justifiquem *in concreto*.

Entende-se, entretanto, que o “direito de morar não espera” e que ao Poder Judiciário cabe concretizar o direito à moradia no aspecto de defesa. Que o juiz não pode mandar “porta afora” e jogar ao relento pessoas desprovidas de qualquer sorte de auxílio e que habitavam imóvel cuja função social não vinha sendo cumprida adequadamente. Defende-se que também não pode desalojar sob o argumento de que “a moradia é indigna” sem que uma opção menos indigna seja ofertada.

Ademais, as “políticas”<sup>3</sup> para a concessão de moradia temporária, nem sempre são determinadas judicialmente e, quando o são, nem sempre são atendidas nas desocupaçõesforçadas. São apenas um paliativo oferecido à necessidade de morar que tem pressa e não espera. Todavia, a dignidade humana não se concretiza com tais soluções emergenciais simplistas.

---

<sup>2</sup> Não se considerou a solução mais reacionária de Engels, na obra "Para a questão de moradia" (1984), em virtude da completa inadequação com o capitalismo. O autor sustenta que a solução dos problemas de moradia estaria justamente no rompimento com o modelo capitalista e no acesso do operariado aos bens e meios de produção, o que não se considera neste estudo, por obviamente alheia à realidade jurídico-econômica-social brasileira.

<sup>3</sup> Utilizou-se, propositalmente aspas para designar que não se tratam de verdadeiras políticas, mas ações isoladas de atendimento precário e, nem sempre presentes em todas as desocupações forçadas. São medidas que de modo algum solucionam o problema da falta de moradia. Constituem mero amparo por tempo exíguo em abrigo coletivo ou, quando muito, o pagamento de aluguel social por poucos meses. Caracterizam ações tópicas e pontuais e não políticas públicas destinadas à redução do déficit habitacional.

Não se defende, porém, que o Judiciário venha usurpar atribuições constitucionais do Executivo e implantar políticas públicas determinando o destino das verbas a serem administradas, no sentido de tornar obrigatória a construção de tantas unidades quantas forem necessárias para sanar o déficit habitacional. Tampouco poderia seriamente fazê-lo, sob pena de afronta à separação de poderes,<sup>4</sup> a despeito de alguns autores sustentarem que a separação dos poderes hoje decorre mais de razões utilitárias que de temores de insurgência de um poder contra outro.(CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Não se pode olvidar que entre as críticas apresentadas ao ativismo judicial estão relacionadas à ausência de legitimidade democrática, tendo em vista não se tratar de órgão representativo das escolhas populares. Não em parte de razão a ingerência do Judiciário nas escolhas públicas, doutrinariamente denominada “judicialização da política” ou ainda “politização do Judiciário”, é alvo de críticas.

Contudo a abstenção e o recolhimento do julgador aos limites passivos da letra fria da lei, numa tarefa de julgar conforme a cômoda interpretação gramatical, também o é, como aponta importante lição de Capelletti:

[...] mas esse imperativo [do ativismo judicial] pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (*restraint*) ou cautela conservadora dos juízes. **Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso, de derrogação daquelas ‘virtudes’ – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores.** (CAPPELLETTI, 1993, p. 92, grifos nossos).

É preciso, pois, reconhecer que o ativismo judicial, embora não seja extreme de vícios, é importante em uma realidade jurídico-política na qual a concretização das diretrizes constitucionais ainda não é fato, e sim meta.

Todavia, se poucas são as efetivas contribuições para os direitos e garantias fundamentais advindas de um juiz que se limita a declarar a “verdade da lei”, o enfrentamento dos textos normativos pelo Judiciário de maneira crítica e não meramente subserviente pode levantar o temor da “ditadura do juiz”. Esse foi um termo cunhado para denominar o ativismo judicial visto de forma pejorativa, no qual a atuação jurisdicional incursiona indevidamente por outros poderes, usurpando atribuições dos órgãos democraticamente eleitos.

---

<sup>4</sup> “[...] a Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDiv em REsp nº 485.969/SP. 1ª Seção. J. 23/08/2006. Rel. Des. José Delgado, unânime; STF. AgReg no RE nº 410.715/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03/02/2006; STJ. REsp nº 303.605/SP.

Se a “elasticidade” da norma constitucional defendida no ativismo judicial apresenta circunstâncias negativas, a autocontenção judicial não se mostra eficaz na concretização de direitos:

Pela autocontenção o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. (BARROSO, 2012, p. 26).

Pela autocontenção, o espaço de incidência da Constituição é reduzido ao Judiciário em favor das instâncias políticas, ao passo que o ativismo, em princípio, “[...] procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”.(BARROSO, 2012, p. 26).

Assim sendo, a despeito das críticas feitas ao ativismo judicial, a autocontenção judicial, representada pela importância reduzida dada pelo juiz aos princípios e fins constitucionais, não é compatível com um Estado Democrático de Direito comprometido com a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Trazendo as digressões apresentadas para o plano fático, tem-se que, nas grandes desocupações de imóveis urbanos, a atuação do juiz segundo a autocontenção limitar-se-ia a avaliar a presença dos elementos legais autorizativos para a concessão da liminar de reintegração de posse, por exemplo. O juiz não precisa estabelecer maiores incursões pela hermenêutica constitucional. Reporta-se à solução plausível do positivismo clássico, unindo sua decisão aos ditames legais por meio de subsunção.

Fosse a mesma decisão comprometida com o ativismo judicial no sentido mais pernicioso da expressão, a atuação judicial com o propósito de concretizar ditames constitucionais poderia ultrapassar o contorno das atribuições do Judiciário e efetivamente criar despesas a serem custeadas pelo Executivo.

Em sentido diverso, porém, a recusa em conceder reintegrações de posse sem casos “extremos”, ou sua concessão condicionada à apresentação de meios para o exercício da moradia em outro local, ainda que temporário, configura somente a obediência ao direito fundamental à moradia em sua dimensão defensiva e, via reflexa, a concretização da dignidade da pessoa humana.

Por fim, como bem aponta Lênio Streck (2006, p. 289), “[...] o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição”. Considera-se, entretanto, que decisões ativistas não devem ser habituais, e sim

pontuais – em momentos históricos ou casos determinados que assim exigem, tendo em vista que uma democracia sólida pressupõe atividade política intensa e saudável, bem como um Congresso dotado de credibilidade. (BARROSO, 2012).

## **2.2 Interferência na Separação de Poderes**

Um dos principais óbices à exigência judicial dos direitos sociais prestacionais é a alegação de ofensa ao princípio da separação de poderes. A atuação judicial pela qual o juiz requisita ao Estado meios alternativos de suprir o direito à moradia para aqueles que estão sujeitos à privação da mesma nas grandes desocupações urbanas acaba por ensejar a criação de despesas ao Estado.

A evolução do constitucionalismo e a mudança do Estado Liberal abstenseísta ao Estado Social e Democrático de Direito não se coaduna com um posicionamento indiferente do Judiciário diante da infração de direitos fundamentais cometida por vezes pelo próprio Estado.

Considerando tal conjuntura, defende-se que o mínimo existencial relacionado à moradia deve ser observado pelo Judiciário quando da remoção de pessoas e seus bens nas desocupações forçadas e que o estabelecimento de meios alternativos, embora configurem despesa ao Estado (e em geral toda e qualquer implementação de direitos, mesmo os de liberdade, implicam em custo), não caracteriza ingerência de um poder no outro nem ofende a separação.

Não parece razoável defender, nesse cenário constitucional, que por receio de ofensa à separação de poderes, permita-se que o direito à moradia seja tolhido. Não se pode ignorar que sua violação implica, por via oblíqua, violação ao direito à vida, à integridade física, à saúde, à intimidade e própria dignidade humana, todos igualmente fundamentais. Assimsendo, sustenta-se que no Estado Democrático de Direito a judicialização<sup>5</sup> não seja de plano afastada sem que haja sequer um cotejamento dos bens jurídicos em conflito.

De fato, não compete ao juiz gerir o orçamento, determinando a realização de políticas públicas de moradias nos bairros “X” ou “Y”. A gestão orçamentária e o emprego dos recursos públicos integram a seara das decisões políticas sujeitas à conveniência e oportunidade do administrador público visando o bem comum. Este é o entendimento de Oliveira, com a ressalva a que se deu o devido destaque:

---

<sup>5</sup> Utilizou-se propositalmente judicialização e não ativismo judicial por entender que a atuação judicial no sentido de dar efetividade à norma constitucional não configura ativismo no sentido pejorativo do termo, por não figurar usurpação de atribuições nem interferência indevida de um Poder em outro.

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. **A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.** (OLIVEIRA, 2006, p. 405, grifo nosso).

Assim, a determinação de que seja garantido o direito fundamental à moradia antes de qualquer medida judicial voltada ao despejo forçado nada mais é que a obediência do julgador aos preceitos constitucionais. De igual modo a eventual recusa no deferimento de reintegração de posse no caso áreas urbanas descumpridoras da função social não há de ser vista como afronta ao direito de propriedade, mas de atendimento ao direito à moradia em consonância com as disposições constitucionais que condicionam o exercício da propriedade ao cumprimento da função social.

Não são raros, contudo, os julgados em que os meios alternativos para que se promova a desocupação não podem ser exigidos, dado o entendimento de ingerência do Judiciário nas escolhas públicas.<sup>6</sup>

Por outro lado, Ana Paula Barcellos defende que o mínimo existencial deve ser associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias e é capaz de conviver com a reserva do possível.(BARCELLOS, 2002).

Os ditames constitucionais não podem ser tomados como mera promessa inconsequente. Não se pode, porém, desprezar a cláusula da reserva do possível e enaltecer sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de banalizar seu conteúdo – como se todas as “necessidades” humanas fossem essenciais à dignidade. De outra sorte, não se pode ignorar também, que a teoria da reserva do possível é invenção do direito germânico, cuja realidade, bastante diversa da nossa, não reclamava tantas ações estatais.

Figueiredo e Sarlet sustentam que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice: a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e a proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade. Pondera o autor que a observância de tais fatores associada aos princípios constitucionais exigem um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, “[...] na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como

---

<sup>6</sup> “[...] a Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério”. Cf. BRASIL. STJ. EDiv em REsp nº 485.969/SP. 1ª Seção. J. 23/08/2006. Rel. Des. José Delgado, unânime; STF. AgReg no RE nº 410.715/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03/02/2006; STJ.

ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”.(FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 149).

A reserva do possível não se trata de um princípio. Trata-se de um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também serve de garantia dos mesmos desde que observados “[...] os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.(FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 165).

A satisfação das necessidades materiais mínimas está relacionada ao princípio da dignidade humana e não pode ser alijada pelo “mantra” da insuficiência de recursos, erigido levemente por alguns juristas à categoria “princípio”<sup>7</sup> da reserva do possível.

Defende-se, pois, que não se pode eximir o ente federativo de sua obrigação de efetivar ao menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Agindo sob o argumento de que não há recursos suficientes, o Executivo viola as disposições constitucionais fazendo-as promessas inconsequentes e inexecutáveis.<sup>8</sup> Acolhendo esse argumento de maneira generalista e diante da insatisfação do núcleo mínimo de direitos fundamentais pelo Executivo, o Judiciário afronta a Constituição, violando um dos fundamentos do Estado que é a promoção da dignidade humana.

---

<sup>7</sup>As divisões e subdivisões doutrinárias de aspecto retórico nas mais diversas áreas de direito flexibilizaram a ideia de princípio (que já não tem necessária vinculação com início, fundação ou essência de algo) e inflaram seu conteúdo, de modo que “tudo é princípio”. Tal crítica é bem fundamentada no debate estabelecido entre Luigi Ferrajoli e Lênio Streck sobre constitucionalismo no qual este último critica “pan-principiologismo” que desvirtua e enfraquece os verdadeiros princípios de ordem constitucional. (STRECK, 2012, p. 59-74).

<sup>8</sup>Sobre controle judicial de políticas públicas para assegurar o mínimo existencial ver RE nº 436.996/SP (rel. Min. Celso de Melo) e ADPF nº 45/DF. Nesta última, o Ministro Celso de Melo em seu voto fez considerações que merecem ser citadas por elucidativas: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item nº 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ nº 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Melo). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ [...]. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. (ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Melo, Informativo/STF nº 345/2004).

Nesse sentido, é preciso considerar que o condicionante econômico que estabelece os limites do “financeiramente possível” não é a verdadeira causa da violação do mínimo existencial por parte do Estado. Para Alfonsín, “os ‘limites do possível’ para a satisfação das necessidades de alimentação e **moradia** serem atendidas com folga não se deve a nenhuma ‘falta de recursos’, mas sim, ao modo como esses são apropriados e geridos”.(ALFONSIN, 2003, p. 129, grifo nosso).

Dessa forma, não se pode conceber, sob pena de desprezar a proteção constitucional consagrada aos direitos sociais, que o Estado utilize a chamada reserva do possível (que, no Brasil acabou sendo aplicada como reserva do financeiramente possível) para se esquivar de seu múnus público, sobretudo em razão das disposições do art. 5º, § 1º segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Não se pode, portanto, permitir que a teoria da reserva do possível “[...] sirva para justificar o imobilismo político e jurídico, além de comprometer a efetividade dos direitos sociais no Brasil”.(LEDUR, 2009, p. 98).

No passado, o afastamento da justiciabilidade de direitos sociais tinha por fundamento a alegada afronta à independência entre os poderes e a programaticidade das normas. Hoje se tem a reserva do possível como argumento levado a efeito para obstar a concretização de tais direitos, sob a alegação de ausência de recursos suficientes.

## **2.4 Da (In)Suficiência de Parâmetros para a Decisão Judicial**

Diante do contexto apresentado, mostra-se cada vez mais essencial a capacidade de interpretação do julgador, cuja atividade há de ser norteada pelos ditames constitucionais.

Entretanto, tal tarefa não é fácil. Fugir do positivismo jurídico é enfrentar as mazelas de tentar compreender, nem sempre com sucesso, a nebulosa questão: “o que esperar do juiz?”<sup>9</sup>. Não raramente essa é a reflexão dos acadêmicos de direito nos primeiros anos de estudo, a quem os limites inseridos pela letra da lei configuram “a fortaleza” contra o arbítrio judicial. De fato, o direito positivo representa limites e parâmetros à atuação jurisdicional, limites estes que já não se coadunam com o neoconstitucionalismo e com os ideais que

---

<sup>9</sup>Certeza jurídica. É, em parte, a resposta encontrada por, Samantha ChantalDobrowolski em vigoroso estudo de AulisAarnio quanto à justificação jurídica. Chama a atenção para que, instado a decidir, nem sempre o juiz tem diante de si uma resposta unívoca. Por tal razão o dilema é o receio de que quem decide lance mão de solução discricionária à semelhança “do seu ponto de vista”. Espera-se do julgador a certeza jurídica que se traduz, em sentido estrito, no acesso à Justiça e, em sentido amplo, na expectativa de que as decisões não constituam arbitrariedade (o acaso, a imprevisibilidade) e que estejam de acordo com a moralidade válida, amplamente aceita no meio social. Para a autora, “[...] pode-se concluir, portanto, que o direito tem que ser tanto previsível quanto aceitável”. (DOBROWOLSKI, 2002, p. 54).

permeiam o Estado Democrático de Direito. Mas se a “certeza jurídica” não provém da lei, do que decorre ela?

Para Samantha a certeza jurídica “é um fenômeno cultural [...] vinculado com as formas de pensar vigentes na sociedade e com o conceito de democracia desenvolvido ao longo da história no mundo ocidental” (.DOBROWOLSKI, 2002, p. 48). Decorre daí a ideia de previsibilidade e aceitabilidade, que só podem ser avaliadas a partir da justificação das decisões judiciais, por meio das quais “[...] o juiz constrói a credibilidade na qual se lastreia a confiança que os cidadãos têm nele”. (DOBROWOLSKI, 2002, p. 55).

Nos bancos da graduação, falava-se na “vontade de legislador”, como se fosse esse um ser absoluto e extremo de vícios, conhecedor das vontades dos representados e dotado de valores norteadores da norma justa. Tempos depois, se descobre ser o legislador tão sujeito a falhas quanto qualquer outro ser humano. Descobre-se que cada membro da casa legislativa atua segundo suas convicções filosóficas, morais, religiosas e político-partidárias. E mais: que tais convicções, embora nem sempre coincidam com a vontade do representado, normalmente, influenciam a produção legislativa. Ainda assim, teme-se mais o “produto” da atuação judicial que da legislativa. Pergunta-se, pois: quem tem medo dos critérios de julgamento do juiz? Talvez o maior temor seja justamente a falta de critério, ou o estabelecimento de um critério oculto, não justificado na decisão. Em linguagem popular – “achismo”. Em bom português-jurídico – “decisionismo” ou “discricionariedade”.

O fato é que a velocidade com que o mundo tem mudado não é acompanhada a contento pelo ensino jurídico que ainda se vale, lamentavelmente, de questões individuais envolvendo “Caio, Tício e Melvio” quando, na verdade, é cada vez mais comum demandas envolvendo direitos transindividuais. Assim sendo, o aluno é capaz de compreender o esbulho praticado por Caio na posse de Tício que gera a este o direito pretender a concessão de uma liminar na reintegração em se tratando de “posse nova”. Fosse, entretanto, a posse de Tício objeto de esbulho coletivo, estaria o acadêmico preparado para solucionar o impasse para além da letra da lei, sopesando os direitos em conflito?

Teme-se que o estudo jurídico, há algum tempo, prepara técnicos na aplicação da lei, mas não consegue, por vezes, dar-lhes suficiente conhecimento histórico, sociológico e filosófico para que, mais do que técnica, tenha o profissional do direito (notadamente o juiz) o conhecimento de sua realidade.

Outro problema que faz a decisão judicial temida envolve a legitimidade. Por pressupor o Legislativo regularmente constituído enquanto poder dotado de representação popular entende-se ser o legítimo porta-voz da vontade social. Talvez por isso, entre os leigos,

toda lei é, em tese, justa e fruto do interesse comum. Falta a referida legitimidade ao Judiciário, no qual os juízes são investidos nos cargos mediante aprovação em concurso público e os membros do STF indicados pelo chefe do executivo federal. Talvez por essa aparente carência de representatividade tema-se mais a má atuação jurisdicional que a legislativa.

A legitimação do juiz não advém da representatividade popular e sim da publicidade da justificação da decisão. Assim sendo, “[...] através da justificação aberta das decisões, legitima-se o poder exercido pelo juiz. A fundamentação (justificação) é um pré-requisito do controle das decisões nas sociedades democráticas”. (DOBROWOLSKI, 2002, p. 57).

Correndo o risco da infame comparação, talvez seja o legislador “reconhecido” como “deus” por representar a “voz do povo”. Seria uma espécie de “materialização jurídica” do adágio popular: “a voz do povo é a voz de Deus”. Ocorre que o juiz não é representante do povo. A voz do juiz não é, portanto, a voz do povo. Sendo assim, não é a voz de Deus. Talvez por isso se tenha maior temor da má técnica de julgamento que da má técnica legislativa. Ou mais receio de um Poder Judiciário atuante (ativista, na melhor acepção do termo) que subserviente à lei.

Tem-se, assim, no meio não jurídico, e mesmo nele, a reconfortante e ingênua ideia de que a lei é produzida abstratamente, desinteressada dos valores e isenta de interesses. Tal pensamento constitui uma espécie de “autismo representativo” no qual os representados olham para si mesmos e ignoram a existência de fatores externos que justificam o agir dos representantes. Esse é, pois, um dos grandes problemas do procedimentalismo – ignorância dos representados acerca da importância de seu papel social e as fundadas dúvidas acerca da “representatividade”.<sup>10</sup>

Ademais, considerando, pois, o caráter falho do legislador enquanto ser humano que é, não se pode pressupor que a produção legislativa seja extenuada de vícios. Não sendo perfeita, suas lacunas ensejam a interpretação judicial, temida por representar, não raro, a vontade do julgador. Este, por sua vez, também profere decisões segundo seus valores, princípios morais e religiosos, convicções pessoais, entre outros.

Na ausência de disposição clara da lei, cuja aplicação do direito resultasse de mera subsunção, o juiz proferia o julgamento em relativa discricionariedade. Não sendo o sistema estanque, tal discricionariedade era utilizada com frequência. Assim se ideia de pureza do direito apregoada por Kelsen fazia do juiz um ser alheio à realidade e servo da lei, a influência

---

<sup>10</sup>Utilizou-se o termo entre aspas no sentido enfatizar a existência de dúvidas sobre o real desempenho da representatividade legislativa dos interesses do povo.

de valores próprios o conduz, invariavelmente, a decisões maculadas por suas impressões pessoais ou adstritas à sua (do juiz) “visão do mundo”.

Por outro lado, o julgamento, segundo a aplicação dos princípios, sobretudo os princípios constitucionais, reduzem a margem de discricionariedade de forma que, “[...] por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’; portanto, ‘fecham’ a interpretação judicial (e não a ‘abrem’)” (STRECK, 2006, p. 142). Assim sendo, a densificação dos princípios constitucionais a fim de alcançar a máxima efetividade de suas normas e a concretização dos direitos fundamentais sociais não configura abertura para a discricionariedade ou arbítrio na atuação judicial. Ao contrário: estabelece verdadeiros parâmetros para o exercício hermenêutico onde antes, na ausência de clareza da lei, reinava a discricionariedade. Nesse sentido, é a lição de Sanchís ao comentar a obra *El Derecho Dúctil* de Zagrebelsky:

*[...] los principios constitucionales limitan la discrecionalidad al menos por dos motivos entrelazados: primero, porque suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían –entonces sí– que ser creados por los jueces; y, segundo, porque requieren se identifiquen con un género de razonamiento mucho más complejo que el tradicional de la subsunción, un razonamiento que se instala allí donde antes se suponía que reinaba la discrecionalidad [...]. Parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido [...].* (SANCHÍS, 1996, p. 140).

O rompimento com o positivismo jurídico fez cessar a ideia de que o direito basta em si mesmo, como fruto perfeito e acabado do Estado Liberal. Zagrebelsky já chamava a atenção para o fato de que, fosse o direito composto apenas de regras (desconsiderando-se os princípios), seria possível a mecanização de sua aplicação. Julgar seria o estrito exercício de subsunção do fato à letra da lei e sua interpretação estanca no tempo e desconexa com a realidade social e demais ciências. Por tais razões, o positivismo entrou em declínio, como bem aponta Sanchís (2011, p. 154):

*A mi juicio, el gran mérito del antipositivismo es que ha sabido actuar como saludable revulsivo de desconocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo legalista del Estado Liberal Decimonónico y, sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral y política.*

A mesma orientação já havia externado Robert Alexy (2008), para quem toda norma encerra em seu bojo princípios e regras das quais se retira o conteúdo jurídico do ordenamento. A Constituição Federal representa, no ordenamento pátrio, esse conjunto de regras e princípios maiores, aos quais deve se ajustar toda a legislação.

Para Alexy, as escolhas não de ser norteadas pela proporcionalidade, segundo a qual o intérprete há de vislumbrar se a medida é adequada, necessária e proporcional ao fim almejado. Ao analisar a adequação, cabe ao intérprete escolher a medida mais eficaz entre as várias possibilidades fáticas existentes; há de escolher ainda o meio menos gravoso de se alcançar o fim almejado; por fim, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, há de fazer a ponderação ou sopesamento propriamente dito – mandamento de otimização ante as possibilidades jurídicas existentes.

Segundo o autor acima referenciado, princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Defende-se, assim, que os princípios constitucionais configuram verdadeiros limites e diretrizes à atuação jurisdicional, limitando sobremaneira o decidir e mais, constituindo verdadeiro guia de fundamentação da decisão.

Peter Habermas (1997) ensina que a interpretação da norma não pode se restringir ao método lógico-dedutivo próprio do positivismo. Isso porque a evolução da sociedade e, principalmente, do constitucionalismo, requer do intérprete conhecer e interpretar a norma em uma sociedade aberta: “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento de sociedade aberta [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. (HABERMAS, 1997, p. 13).

Defende-se neste trabalho que a ponderação considere a densificação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de modo que o agir jurisdicional seja por ela permeado como condição para o respeito e atendimento da vontade constitucional.

Deve o juiz afastar-se tanto quanto possível das herméticas decisões de gabinete, sem que com isso se comprometa a isonomia que dele se espera. Enquanto ator social que é, deve estar ciente do contexto, realidade e tempo em que atua e atuar em consonância com essa realidade.

Direito e realidade são aspectos que não se podem divorciar. Considerar separadamente cada um deles significa despir de qualificação a norma jurídica e desprezar sua adequação social. Abstração da norma (aqui considerada “dever ser”) não deve implicar na ignorância do fato social (ora considerado como “ser”).

Tanto mais eficaz será a norma quanto maior a coesão entre ela e o meio por ela regulado. Direito e realidade, assim considerados de forma individualizada e estanque, soa aparente dicotomia. Pressupõe considerar indissolúvel a realidade social da produção

normativa e sua aplicação. Tanto mais concreta será a lei, quanto mais ela representar identidade com o anseio social. Como bem salientou Walter Claudius Rothenburg (2012), “direito é realidade”.

Contudo, essa realidade nem sempre se encontra estampada a olhos vistos na letra da lei, enquanto criação abstrata. Cabe ao intérprete compreender toda a estrutura na qual ela se encontra inserida para, só a partir de então, dizer seu conteúdo. É como se a lei, a princípio cinza, fosse “colorível” com as nuances do espaço e tempo onde é aplicada. Trata-se de tarefa árdua, nem sempre feita com esmero.

Em importante contribuição ao prefaciá-lo trabalho de Rodolfo Luiz Vigo, Luiz Carlos de Azevedo com maestria defende que: “se o direito não acompanha as transformações ocorridas no substrato social e insiste em permanecer na estrutura formal do dispositivo, direito já sequer será e tornar-se-á inútil, afastado da realidade presente, contraditório até”.(AZEVEDO, 2005, p. 08).

Outro problema do direito “hermético” é considerar modelos alheios aos elementos factuais, axiológicos e normativos. Para o Reale(2002, p. 62) a legitimidade de um modelo jurídico “[...] depende, na realidade, tanto da fonte de que resulta como do conteúdo ético-social de sua interpretação e aplicação ao longo do tempo”. Tal conteúdo há de ser valorado segundo a finalidade do modelo para o ordenamento como um todo. Somente pela compreensão global do ordenamento jurídico e dos valores por ele eleitos e seus propósitos é possível fazer com que o direito por ele produzido seja harmonizado “[...] com os valores que no seu todo compõem a intencionalidade do justo”.(REALE, 2002, p. 62).

Enfrentar o desafio de dizer o direito a partir do adequado emprego da hermenêutica constitucional é o que se espera dos membros do Judiciário. O equilíbrio sutil que deles se espera nem sempre se faz presente. Não raro a prática jurídica se depara ora com déspotas de toga, típicos representantes do ativismo judicial no pior sentido do termo, ora com escravos da lei, acorrentados ao normativismo jurídico. A concretização do direito à moradia tenta resistir entre esses dois extremos, conforme se analisa a seguir.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A história do direito ocidental já experimentou diversas metodologias para a aplicação da lei. Entretanto, tais buscas não refletiam a adequação do direito à realidade histórico-social do Estado que o instituiu. Há muito que a atuação jurisdicional pauta-se mais na observância do conteúdo normativo aferido pela literalidade da lei que pelo exercício hermenêutico.

É preciso que a atuação judicial não seja nas desocupações forçadas mera reprodução da proteção legislativa de 1916 ao modelo de propriedade privada absoluta. Infelizmente tal postura ainda permeia a interpretação de magistrados imbuídos do ‘ranço’ do direito de propriedade absoluto, ilimitado e oponível *erga omnes*. Trata-se de um direito de propriedade arquetizado à luz do Código Civil de 1916 e ainda não permeado pelos ideais da Constituição Federal de 1988. A concepção desse direito de propriedade de caráter patrimonial e individualista o afasta do modelo considerado pelo Constituinte de 1988, pelo qual o exercício deve corresponder a um dever fundamental de que ela cumpra sua função social.

O conhecimento do contexto histórico-social brasileiro e o exercício hermenêutico permitem defender que o intérprete da Constituição (especialmente o juiz) não pode “reduzir” a proteção constitucional consagrada ao direito à moradia, de modo a adequá-la aos limites estabelecidos por normas infraconstitucionais, algumas delas, inclusive, anteriores à Constituição Federal de 1988.

É evidente que assim agindo, o juiz interpreta a Constituição de acordo com a lei, o que representa inversão da ordem hermenêutica em prejuízo da concretização dos preceitos do Estado Democrático de Direito. Ademais, a atuação nesses moldes implica em pernicioso redução da “força normativa” da Constituição e configura manifesto “ativismo judicial negativo”, tendo em vista não demonstrar consideração quanto às normas constitucionais mais basilares e os direitos por elas assegurados.

Tem-se como tese defendida neste trabalho que, pela densificação da dignidade humana, pode o juiz ou tribunal deixar de conceder ordem de desocupação forçada (seja ela reintegração de posse ou outra medida), ainda que presentes os requisitos legais, quando por outros meios seja possível solucionar o impasse. Considera-se, pois, como argumentos, a força normativa da Constituição, a densificação da dignidade humana no que concerne à moradia e a necessária análise do direito de propriedade sob o enfoque constitucional.

Considera-se que a desocupação é medida excepcional e como tal deve ser tratada. Assim, quando o conflito não puder se resolver por meio menos gravoso e lesivo à dignidade humana, seja a desocupação deferida condicionalmente à prévia apresentação dos meios necessários para que os ocupantes do imóvel possam exercer o direito à moradia em outro local (mesmo que tais medidas impliquem em eventual ônus ao Estado ou ao particular).

Defendeu-se, por fim, que a atuação nesses moldes não configura afronta à separação de Poderes, mas mera ação pontual destinada a fazer com que o núcleo central do mínimo existencial à moradia não seja violado. Em última análise, evita-se que o Judiciário seja instrumento de violação da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ABREU, João Maurício Martins de. **A efetividade da defesa do direito à moradia em juízo: estudo de casos no Brasil**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, 2009. Disponível em: <[http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/joao\\_mauricio.pdf](http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/joao_mauricio.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. **Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 07, n° 02, p. 391-415, jul./set., 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322011000200002&-script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322011000200002&-script=sci_arttext)>. Acesso em: 09 abr. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Sergio Antonio Fabris, 2003.

ARENDDT, Hannah. **Eichmannem Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2000.

AZEVEDO, Luis Carlos de. Prefácio. In: VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição. fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, SP: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 05, n° 01, p. 23-32, jan., 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/-index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. AgReg no RE n° 410.715/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 03 fev. 2006a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EDiv em REsp n° 485.969/SP. 1ª Seção. J. Rel. Des. José Delgado, unânime; **Diário da Justiça**, 23 ago. 2006.b

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **REsp n° 303.605/SP**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araujo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de AulisAarnio**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2002.

ENGELS, Frederich. **Para a questão da habitação**. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa: Avante-Progresso, 1984. Disponível para donwload em :<  
[http://resistir.info/livros/engels\\_q\\_habitacao.pdf](http://resistir.info/livros/engels_q_habitacao.pdf)> Acesso em 21 ago. 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de doutrina da 4ª Região**, nº 24. Porto Alegre, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/-ingo\\_mariana.html#16](http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/-ingo_mariana.html#16)>. Acesso em: 26 out. 2015.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jungen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1997.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais**. 2012. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/-pdf/anima5-Seleta-Externa/Water-Claudius-ROTHENBURG.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de principios, entre el positivismo y el jusnaturalismo?** 1996. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1423-71.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: ROSA, Alexandre Moraes de et al.(Org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-74.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.