

Atuação judicial e controle de políticas públicas: o exemplo da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001 na tutela do direito fundamental à moradia por meio do reconhecimento da usucapião sobre bem público.

Judicial performance and control of public policies: the example of Civil Appeal No. 1.0194.10.011238-3/001 in the protection of the fundamental right to housing through the recognition of adverse possession over public property.

Sheila Santos Rolemberg¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar a atuação positiva e reflexiva do poder judiciário no controle de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais em um contexto de crise, desfuncionalização, deslegitimação política do Estado Moderno e judicialização de demandas sociais. Exemplifica-se o ativismo judicial com fito na concretização de políticas públicas a partir da análise da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001, ação judicial que exige a tutela jurisdictional do direito fundamental à moradia e que acaba por reconhecer a usucapião especial de bem público desafetado de função, tese advogada por parte minoritária da doutrina. A pesquisa bibliográfica toma por fundamento estudos de Arenhart, Bobbio, Cunha Júnior, Farias e Rosenvald, Fortini, Fortini, Piovesan, Tartuce e Simão, Wolkmer, dentre outros estudiosos, tendo sido realizada, ainda, pesquisa e análise de acórdão dos Tribunais Superiores, STF e STJ, além dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Novos Direitos; Ativismo Judicial; Usucapião; Bens Públicos.

¹ Doutoranda (2019-atual) e mestra (2018) em Políticas Sociais e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Salvador - UCSAL. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Guanambi (2015). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB (2012). Pesquisadora bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa da Bahia – FAPESB (2019-atual). Advogada-sócia do Rebelo & Rolemberg Advocacia. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/BA. E-mail: ssrolemberg@gmail.com. ORCID: 0000-0002-8880-1333.

Abstract: This study aims to analyze the positive and reflexive action of the judiciary in the controle of public policies for the realization of fundamental rights in a context of crisis, dysfunctionalization, political delegitimation of the Modern State and judicialization of social demands. Judicial activism is exemplified with a view to implementing public policies based on the analysis of the Civil Appeal n. 1.0194.10.011238-3 / 001, a lawsuit that requires the jurisdictional protection of the fundamental right to housing and which ends up recoocuing the special usucapión Of public good deprived of function, thesis advocated by minority of the doctrine. The research is based on studies by Arenhart, Bobbio, Cunha Júnior, Farias and Rosenvald, Fortini, Fortini, Piovesan, Tartuce and Simão, Wolkmer, among others. STJ, in addition to the State Courts of Justice.

Keywords: Fundamental rights; New Rights; Judicial Activis; Public properties.

Introdução

A logística do sistema de expansão, acumulação e circulação do capital gera contradições internas que propiciam a emergência de crises estruturais. A necessidade de regulação da relação capital e trabalho impõe a legitimação desta ordem por meio da instituição de um aparato político correspondente, qual seja o Estado.

Ao Estado Moderno são atribuídas funções básicas que, em decorrência das contradições intrínsecas ao próprio sistema, colocam essa instituição em conflito por impossibilidade de cumprir seu papel, ou seja, sua desfuncionalização, consequência de um novo fenômeno, a globalização do mercado, que acaba por orientar a logística de sua atuação e organização, colocando em xeque a soberania dos Estados-Nação.

O Estado Democrático de Direito instituído no Brasil com a Constituição Federal de 1988 está em crise, necessitando, assim, rever seus papéis na esfera econômica, nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais, posto que os modelos conhecidos não mais apresentam funcionalidade adequada.

Da Carta Magna, fundada na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, além do pluralismo político, emerge um modelo de Estado indissociável da realização dos direitos fundamentais e dotado de instrumentos que permitem o resgate da igualdade e da solidariedade, porpondo-se uma

ordenação jurídica voltada para garantia e implementação do futuro, transferindo a tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

O espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Nesse momento, o juiz ganha papel de destaque como o “terceiro imparcial” que compensa o “déficit democrático”. O Poder Judiciário, contudo, ainda está baseado no modelo jurídico individualista, formal e dogmático, sendo imperiosa a reformulação do paradigma de forma a se readequar conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os “novos” direitos. A capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, está intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, dependendo o referido poder, enquanto sistema, do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência, medida através da sua capacidade de absorver e tratar conflitos.

Dentro desse contexto, o trabalho traz como pano de fundo a discussão sobre a concretização do direito fundamental à moradia, a atuação do judiciário na tutela desse direito, trazendo o questionamento sobre a aplicabilidade usucapião especial para fins de moradia sobre bens públicos desafetados de função como instrumento de regularização fundiária.

As questões vinculadas à regularização fundiária fomentam grandes discussões na contemporaneidade. A posse de propriedade alheia é uma realidade cotidiana que coloca em confronto interesses de proprietários e posseiros. Aos interesses de proprietários impõe-se o princípio da função social da propriedade e dentre os grandes proprietários no Brasil está a Estado. Evidente que os interesses do Estado quanto às suas propriedades imóveis por vezes divergem dos interesses de particulares. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro protege de forma diferenciada o direito de propriedade de entes públicos e de particulares.

A discussão quanto à função social da propriedade pública é de fundamental pertinência. Não somente para garantir o direito de posseiros, posto que a usucapião é o único instituto que garante de forma efetiva e plena o direito de propriedade destes, mas, para impor ao Estado que dê efetiva destinação social às propriedades públicas, o que pode, também, ser imposto frente à possibilidade de prescrição aquisitiva quando conferida a esta função para fins de moradia por particular, sob a égide do princípio constitucional da função social da propriedade.

Por ser o mencionado princípio constitucional tido como consectário do princípio basilar da lei maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana, e frente à sua intrínseca vinculação com o direito fundamental do acesso à moradia, vislumbra-se a possibilidade da tomada de um posicionamento a favor da ideia de que entre a norma-princípio da função social e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, existe hierarquia axiológica, devendo, então, prevalecer a primeira, sendo possível vislumbrar a concretização do mencionado direito social fundamental por meio de atuação positiva e reflexiva do poder judiciário no julgamento de demandas.

Para fomentar a discussão, buscou-se trabalhar com a Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001, no qual foi proferido Acórdão que se apresenta como decisão inovadora o suficiente para impulsiona o fortalecimento da tese advogada por parte minoritária da doutrina. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sites do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais de todo o Brasil a partir da pesquisa livre pelos termos “usucapião”, “bem público” e “município” – este último somente na pesquisa nos Tribunais Estaduais. Dentre os acórdãos apresentados pelos sites foi selecionado 1 (um) deles, o qual foi objeto de análise pormenorizada.

1. Estado, crise e desfuncionalização

O Estado Moderno pode ser concebido como aquele nascido a partir da segunda metade do Século XV com o desenvolvimento do capitalismo mercantil, tratando-se, portanto, de um fenômeno específico da modernidade, construído historicamente (BOBBIO, 1998, p.83). Com o fim do complexo sistema feudal, precindiu-se de uma racionalização da gestão do poder, ao passo que as relações sociais evoluíam, carecendo de nova roupagem política.

A lógica capitalista, por meio de sua sistemática de expansão, acumulação e circulação do capital, prescindiu da subsunção do trabalho ao capital, tendo como pressuposto a separação do produtor direto de seus meios de produção e subsistência, condição que impõe sua subordinação. Para a legitimação desta ordem e regulação da relação capital e trabalho se fez necessária a instituição de um aparato político correspondente, o Estado Moderno.

Ao Estado são atribuídas funções, as quais foram expandidas progressivamente com a expansão estrutural da economia de mercado. Essas funções, descritas como econômicas, são subdividas por KURZ (1997, p. 95-108) em cinco níveis, quais sejam a implementação de um

processo de “juridificação”, a prestação de serviços para sanar problemas sociais e ecológicos, o fornecimento de agregados infra-estruturais, a atuação como operador da produção para o mercado e promoção de política de subsídios e o protecionismo.

Para o referido autor o primeiro nível, o jurídico ou o processo da “juridificação”, consiste na codificação das ações e relações sociais por meio do Direito, tornando-se o Estado, então, uma máquina legislativa permanente (KURZ, 1997, p. 96).

O segundo nível, que está relacionado a uma atividade crescente na resolução dos problemas sociais e ecológicos, em substituição dos sistemas sociais locais por sistemas sociais nacionais. Essa atuação, que somente pode ser exercida pelo Estado, pois o mercado não possui sensibilidade ou órgãos competentes, visa o cuidado com indivíduos em etapas ou condições de vida que os excluem do processo incessante de transformação do capital em trabalho, ou dos indivíduos que foram expulsos durante o processo de adaptação à modernização, a qual causa rupturas estruturais periódicas e leva ao desemprego em massa. Ainda em consequência da modernização, o Estado acaba por suportar os custos ecológicos subsequentes, devendo este criar instituições especiais para cuidar das questões (KURZ, 1997, p. 96-97).

O terceiro nível, qual seja o fornecimento de agregados infra-estruturais, a exemplo da construção de rodovias e parte do sistema de tráfego, o abastecimento energético, a comunicação, a formação profissionalizante, a educação, a criação e manutenção de instituições científicas, a canalização dos esgotos, o tratamento do lixo, o sistema de saúde pública, dentre outros. Dispõe Kurz (1997, p. 99) que constituem planos de ação gerais, concernentes à sociedade, estando inseridos na produção ao nível da empresa, mas que não podem ser fornecidos pelo mercado, inclusive por conta da racionalidade da administração empresarial.

O quarto nível, a atuação como operador da produção para o mercado, delega ao Estado o papel de empresário. Este status é conferido ao Estado sobretudo em sociedades de “modernização tardia”, ou seja, que entraram tarde no moderno sistema produtor de mercadorias, “*pois em muitos países somente a máquina estatal podia alavancar, através da acumulação centralizada do ‘trabalho abstrato’ (Marx), a tentativa de estabelecer uma conexão com os países desenvolvidos*” (KURZ, 1997, p. 100).

Por fim, o quinto nível da economia estatal são a política de subsídios e o protecionismo, que consta da influência indireta do Estado no processo de mercado da

produção de mercadorias através da regulação meramente jurídica, o que garante, ao menos formalmente, a subsistência de empresas privadas através de subsídios e/ou protecionismo, em território nacional (KURZ, 1997, p. 101).

As funções econômicas descritas pelo autor em suas diversas dimensões geram demandas financeiras ao Estado que crescem permanentemente a pari passo com a expansão da economia de mercado e, inexoravelmente, com a relação monetária abstrata. As fontes de renda do Estado são restritas, contudo, não possuindo este, em verdade, nenhuma faculdade de criação de dinheiro, dependendo estruturalmente da aquisição de dinheiro pela sociedade civil no mercado, de modo que se possa financiar também a atividade crescente do Estado. O financiamento "regular" do Estado é a tributação de rendas, subsistindo outras fontes, quais sejam, os empréstimos, sejam nacionais ou internacionais, a concessão ou privatização e, por fim, a emissão de moedas. A questão denota falta de autonomia do Estado em consequência do sobrepeso estrutural do pólo econômico frente ao polo estatal-político.

Destaque-se, entretanto, que não somente a atividade essencial do Estado encarece excessivamente como, também, a valorização do capital regride ciclicamente, sinalizando, assim, um esgotamento da reprodução da economia de mercado em sua própria base, conforme disposto por Kurz (1997, p. 11-112). O cerne da questão emerge do fato de que, por meio do aumento da produtividade e da racionalização, há consequente redução da mais valia, na medida em que se minimiza sua própria substância, o trabalho abstrato.

A economia de mercado moderna, a qual cresceu sobretudo dentro do espaço funcional das nações criadas no Séc. XVIII, globalizou-se, sendo a exportação de mercadorias incrementada apela exportação do capital, já no Séc. XX, o que “devassou as entranhas da economia nacional” (KURZ, 1997, p. 135).

Em consequência, o Estado se torna cada vez menos o “capitalista ideal”, sendo sua atuação cada vez menos incisiva sobre o estoque de capital nacional, pois a economia privada avança todos os limites, enquanto o Estado permanece restrito às suas fronteiras territoriais. O Estado perde o poder de impor limites à ação desenfreada do mercado, tendo sua competência diminuída, pois diante de qualquer ameaça de empecilho às suas intenções e objetivos, as empresas globalizadas ameaçam realocar seus investimentos para outras nações. A internacionalização do estoque monetário propicia a perda do controle estatal sobre o capital e diminui as receitas públicas, o que, por consequência, leva a déficit financeiro (KURZ, 1997, p. 138).

Vê-se, desta forma, que as contradições inerentes à logística de expansão, acumulação e circulação do capital geram uma crise econômica estrutural e cíclica que acarreta em empecilhos, inclusive, à atuação do Estado no exercício das suas funções econômicas, o que implica na sua desfuncionalização. Dentro desse contexto, discute-se a democracia, umas das formas de governo de aceção negativa histórica que impera como regime entre os países do mundo, inclusive o Brasil.

A democracia, conceituada por Winston Churchil como sendo “...a pior das formas de governos exceto todas as outras formas que foram experimentadas de tempos em tempos”, toma como base e ponto de referência o “povo”, por ser, afinal, objetivo do governo o cuidado quanto ao bem-estar de todos os cidadãos por meio da representação (HOBSBAWM, 2001, não paginado).

Voltando-nos a uma reflexão a partir da leitura clássica quanto às formas de governo, tem-se que a concepção de Winston Churchil perfilha ao entendimento de Aristóteles, por exemplo, que assevera ser a Democracia a melhor das piores, ou a pior das melhores, podendo ser identificada como uma degeneração da “politia”, termo introduzido pelo teórico para caracterizar a forma de governo onde o poder soberano é exercido por muitos, ou seja, pela massa, visando o bem público, o interesse comum (BOBBIO, 1998, p.56).

Aristóteles, que concebe como sendo o fim do Estado o bem comum, dispõe que constituição e governo possuem mesmo significado, sendo este último o poder soberano da cidade a ser exercido por “um só”, por “poucos” ou por “muitos”. Daí, parte sua distinção entre as formas de governo, somando-se ao critério “quem” governa o critério “como” governa. Estas foram subdivididas em 6 espécies, cada espécie apresentava seu reflexo bom e mau (“como” governa), sendo classificada a partir de quantas pessoas governavam (“quem” governa). Assim, constituiria a monarquia, na tipologia aristotélica, o “governo bom de um só”, ou seja, que busca o interesse comum, e a tirania, sua perspectiva negativa, ou seja, “o governo mau de um só”, que busca interesses privados; a aristocracia, forma boa de governo de poucos e a oligarquia, que corresponderia ao “governo mau de poucos”; e a “politia”, termo que se confunde com o próprio conceito de constituição, que corresponde ao governo bom exercido por muitos, e a democracia, governo mau exercido por muitos.

Cabe referir, ainda, que para Aristóteles a forma de governo “politia” constituiria uma fusão da oligarquia e da democracia, inspirada no princípio da mediação, consistindo num regime em que a união dos ricos e dos pobres deveria remediar a causa mais importante de

tensão em todas as sociedades, qual seja, a luta dos que não possuem contra os proprietários. Seria este, então, o regime mais propício a assegurar a “paz social”. Para este, as cidades melhor governadas apresentam predomínio da classe média e baixo perigo de revoluções por conspirações e revoltas dos cidadãos.

Platão, teórico que precede Aristóteles, também concebia a democracia numa perspectiva negativa, entendendo que se trataria de uma forma corrompida de governo. Para este, o fim do Estado seria a justiça, entendida como atribuição a cada um da obrigação que lhe cabe, de acordo com as próprias aptidões. O bem proposto pela democracia seria a liberdade, contudo, o desejo insaciável desse bem, em troca do qual tudo o mais é abandonado, determina a deformação dessa forma de governo, preparando o caminho para a tirania. Assim, quando um Estado constituído democraticamente está nas mãos de maus governantes, sendo a liberdade usufruída além da medida, ocorre a corrupção, a partir da conjunção de interesses particulares para a supressão de interesses da coletividade.

Bobbio (2000, p.12-20), na obra “O Futuro da Democracia”, traz a definição de democracia mínima como uma contraposição a todas as formas de governo autocrático, caracterizada por um conjunto de regras primárias ou fundamentais, que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Entretanto, para a definição mínima de democracia, prescinde-se, ainda, que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais, de forma a ser ofertada condição do exercício do poder de escolha, sendo para isso necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc., direitos que deram fundamento à emergência do estado liberal e que dão base à doutrina do estado de direito exerce o poder dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo.

Ao tratar da Teoria da Forma Social, Hobsbawn (2001) evidencia que, no Estado Moderno, esta forma de governo, a democracia liberal, toma por premissas a concentração de poder em relação a outras unidades que operam em seu território; a aceitação de sua autoridade pelos habitantes; e o provimento de serviços aos habitantes que de outro modo não seriam fornecidos ou o seriam de forma não eficaz. Contudo, essas premissas veem sendo progressivamente invalidadas, o que se impõe, inclusive pelo fenômeno da globalização, fazendo com que o estado perca a soberania para o mercado.

“Produzir onde os salários são mais baixos, pesquisar onde as leis são generosas e auferir lucros onde impostos são menores” (KURZ, 1997, p. 137) são exigências características da concorrência no mercado globalizado contemporâneo. O capital, que não mais integra o estoque de capital nacional, imprime uma nova dinâmica estratégica que desprivilegia o desenvolvimento econômico, o que vem ocorrendo desde o início do Século XX quando a exportação de mercadoria foi incrementada pela exportação de capital. Com o objetivo de atrair o capital, os Estados acabam perdendo o “comando” sobre o capital e tendo diminuídas suas competências. Ao passo em que se impõe uma integração direta e sem entraves ao mercado mundial, simultaneamente, um número cada vez menor de pessoas consegue se integrar a este².

Evidência da soberania do mercado sobre o Estado pode ser extraída da ideia de invalidação progressiva da premissa do provimento de serviços qualificados pelo Estado, que foi intensificada desde a década de 70 pelo fortalecimento de uma ideologia crítica ultraradical do liberalismo e defesa da menor interferência do Estado nas relações sociais. Para Hobsbawn (2001, não paginado), passou-se a argumentar, à época, tomando por fundamento convicções mais facilmente correlacionadas com o teológico do que com evidências históricas, que todos os serviços prestados pelas instituições públicas são dispensáveis ou são melhor fornecidos pelo mercado. A forma de operacionalização da empresa privada, que maximiza lucros, se tornou paradigma.

Nesse contexto, emerge o que Hobsbawn (2001) denuncia como sendo o problema mais grave e imediato da democracia, qual seja o voto sem valor, a esquizofrenia da representatividade. Isto porque, num mundo cada vez mais globalizado e transnacional, os governos coexistem com forças que exercem sobre a vida cotidiana de seus cidadãos um impacto com força ao menos equivalente, mas, que em graus diversos, estão fora de seu controle. Em contraponto, os Estados não podem optar em abdicar quanto à influência ou

2 Tratando sobre o resultado desastroso desse tipo de globalização refere Kurz (1997, p. 140): “Além disso, a globalização acarreta uma nova contradição estrutural entre o mercado e o Estado. De fato, por meio da internacionalização do estoque monetário, o capital foge ao controle estatal e diminui as receitas públicas. Por outro lado, o capital globalizado depende mais do que nunca de uma infra-estrutura funcional (portos e aeroportos, estradas, sistemas de transporte e comunicação, escolas, universidade, etc), que, como antes, deve ser organizada por iniciativa estatal. A globalização, podemos concluir, tira do poder do Estado os meios financeiros imprescindíveis para o próprio desenvolvimento da globalização.

Entretanto, são sobretudo as reações desesperadas dos homens “cuspidos” do mercado que desencadeiam a crise do novo sistema mundial. Os custos da “segurança” crescem em proporções astronômicas. Os antigos países imperialistas, numa economia globalizada, não podem mais declarar guerra uns aos outros, mas são obrigados a mobilizar conjuntamente uma “polícia mundial” contra os perdedores globais, a fim de garantir condições sociais condizentes às ilhas de riqueza.”

atuação dessas forças que estão fora de controle. A opção que resta aos governos, mediante pressão incessante de uma opinião de massa continuamente monitorada, é passar a impressão da governabilidade, de estabilidade.

Spengler (2007, p. 80), após distinguir diversas formas governo que decorreram a partir da constituição do Estado Moderno³, define o Estado Democárstico de Direito, tomando por base as lições de Canotilho, que este corresponde a uma ordem jurídica limitada pelo povo, no qual prevalece o princípio da soberania popular, sendo esta a forma de governo vigente no Brasil. Atentando para essas definições, a autora passa a tartar da crise do Estado Contemporâneo, o qual necessitaria rever seus papéis na esfera econômica, nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais, posto que os modelos tradicionais não mais funcionam, evidenciando que o Estado vive uma crise que ameaça o desempenho das suas funções características (p.80-81).

Compreendendo que as palavras “fluidez” e “liquidez” são metáforas adequadas para representar essa nova fase da modernidade, efeito da globalização, entende Spengler (2007, p. 90-91) ser a crise ameaçadora para a continuidade da estabilidade, pois promove uma ruptura do paradigma da supremacia absoluta da lei em decorrência da desregulação estatal, da lentidão em se dar resposta a demandas produzidas cada vez mais rapidamente, à incapacidade do Estado em ocupar seu espaço, dando margem ao surgimento do direito inoficial e do direito marginal, enfim, ao deslocamento entre legislação positivada e a realidade social. E continua:

Com efeito, as crises estatais hoje estão definidas como crise conceitual, cujo cenário é o Estado da modernidade e que tem como aspectos principais de debate o território, o povo, o poder (soberania) e os direitos humanos, com reflexos no público/privado (discutindo o nacional, o local, o supranacional e o “extranacional”). Todas as demais crises acontecem no Estado contemporâneo, e são: crise estrutural, cujos aspectos principais são o financeiro, o ideológico (burocracia x democracia) e o filosófico (individualismo/solidarismo), sendo que suas conseqüências são a desconstitucionalização, a flexibilização e o desprestígio prático; a crise política atinge a democracia representativa com reflexos na participação e representação política, nos sistemas partidários e eleitorais, na apatia política e em suas novas fórmulas de democracia. Por último, a crise funcional aborda as funções do Estado que passa por uma crise, cujos aspectos são refletidos no Legislativo (*lex mercatoria*, direito inoficial e marginal), no Executivo (assistencialismo) e na Jurisdição (fórmulas alternativas).

Acrescenta WOLKMER (2013, p. 123) aduzindo que a ordenação pragmática que sustenta os modelos de Estado e Direito Modernos - a qual favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), edifica uma concepção monista de

³ A autora atenta para a confusão conceitual e terminológica quanto ao termo Estado (p. 30-31).

regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista (ciência jurídica), tem sofrido, nas últimas décadas do século XX, fortes impactos provenientes do "espaço-tempo mundial", expressos numa conjuntura de globalização. Esse projeto de modernidade está em crise, posto que se vivencia o deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. As contradições apresentadas pelo paradigma atual da ciência jurídica tradicional propiciam lentas e graduais mudanças e construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar.

Dentro desse contexto de crise e desfuncionalização do Estado, devemos atentar para o papel do Poder Judiciário e de suas instituições, além dos efeitos e limites dessa atuação, para a concretização dos direitos fundamentais garantido constitucionalmente e instituídos pelo Estado Democrático de Direito, o que passamos a fazer a seguir.

2. O Poder Judiciário e seu papel na tutela de novos direitos

O Estado Democrático de Direito, para Spengler (2007, p. 80-85), propõe ordenação jurídica voltada para garantia e implementação do futuro, transferindo a tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário. O seu conteúdo vai além da garantia da dignidade da pessoa, sua ação é de oportunizar a participação pública na formação da vontade democrática popular, haja vista exercendo o dever de estruturar o "Estado Constitucional" articula "Direito" e "poder" sob a prevalência do princípio da soberania popular, na qual o poder político deriva do poder do povo. A lei se submete, assim, a instância mais alta, a Constituição, espaço de mediação que potencializa a complexidade legal e obedece a princípios como, constitucionalidade, organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; justiça social; igualdade; divisão de funções ou poderes; legalidade; segurança e certeza jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, que se funda na soberania popular, conforme já mencionado, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, além do pluralismo político. Esse Estado é indissociável da realização dos direitos fundamentais e será dotado dos instrumentos que permitam o resgate da igualdade e da paz social pela lei, lei esta que não se presta só a corrigir as condições dos desiguais.

Dentro do contexto de crise do Estado e Direito Moderno, sinaliza Wolkmer (2013, p. 124) que se faz necessária a construção de novo paradigma para a teoria jurídica, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de "novos" direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e individual. Dispõe, ainda, que:

O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de "fundamentais" constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos novos referentes ao homem, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do juracionismo deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à estreita conexão com as transformações da sociedade. Assim, para o pensador italiano o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados com o nascimento, a ampliação e a universalização dos "novos" direitos. Essa multiplicação histórica dos "novos" direitos processou-se, no dizer de Bobbio, por três razões: a) aumentou a "quantidade de bens considerados merecedores de tutela"; b) estendeu-se "a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem"; c) O homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, "(...) mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. (2013, p.123-124)

Considerando a condição de pessoa como requisito único para a titularidade de direitos - ser humano tido como essencialmente moral, dotado de unidade existencial e dignidade, Piovesan (2010, p. 11-12) articula a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, por estar adstrito a legítimo interesse internacional quanto ao tema, superando-se, assim, a concepção de que a forma a qual o Estado tratava seus nacionais constitui problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Conclama-se, desta forma, pela universalidade, ou seja, pela extensão universal dos direitos humanos. Para a autora "o valor da dignidade humana, incorporado pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos", sustentado a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos, a partir de uma visão integral do direito, o que é expresso na Declaração Universal (PIOVESAN, 2010, p. 12).

Ao lado do sistema normativo global se desenvolvem os sistemas normativos regionais de forma complementar, compondo um universo instrumental de proteção aos direitos humanos, inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal. Emerge, assim, a tutela dos direitos fundamentais fundados constitucionalmente. Importa aqui um destaque quanto à distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos disposta por Sarlet (2012, p.18):

(...) o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Face a universalidade e ampliação desses "novos" direitos, com fito em precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, propõe Wolkmer (2013, p. 126 – 130), compartilhando as interpretações de autores como Bonavides e de Sarlet, a ordenação histórica dos "novos" direitos em cinco grandes "dimensões", haja vista que esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente, restando claras a "inter-relação e a indivisibilidade" de todos os direitos. São eles: a) os de primeira “dimensão”, os direitos civis e políticos, correspondendo a direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão, sendo inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos "negativos"; b) os direitos de segunda “dimensão”, os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado mas ensejam sua garantia e concessão a todos indivíduos por parte do poder público; c) os de terceira “dimensão”, os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade, sendo seu titular categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação); d) os de quarta “dimensão”, os direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética, direitos específicos que tem vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros; e) e, por fim, os de quinta dimensão, direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

O surgimento e a existência dos "novos" direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das modificações das realidades sociais, por isso, sua conceituação deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais, coletivas e metaindividuais. Emergindo informalmente

por meio das ações sociais, em decorrência das práticas conflituosas ou cooperativas, o processo histórico de criação ininterrupta dos "novos" direitos toma por fundamento a afirmação permanente das necessidades humanas específicas e a legitimidade de ação dos novos atores sociais, dentro de um contexto de crise dos paradigmas de fundamentação e num cenário composto por novos atores sociais, demandas e necessidades emergenciais e conflitos plurais.

Apesar da afirmação formulada por Spengler (2007, p. 80-85) de que no Estado Democrático de Direito há deslocamento da tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, assente a autora que a lei democrática vincula até mesmo o legislador que a cria, pois não é instrumento de dominação arbitrária. A leitura formal, entretanto, não é suficiente para enfrentar conteúdos reais e atuais da sociedade submetida a contradições econômicas e culturais, violada em sua consciência política; aqui, o ordenamento jurídico convive com o pluralismo de fontes e ordenamentos e a lei pode manter conflitos ao invés de solucioná-los sem a ação dinâmica que une Estado e Direito.

O Judiciário não deve se afastar da realidade social, porque urgente o resgate de direitos não realizados, a ponto de haver o deslocamento do centro de decisões. A consecução do objetivo depende da revisão do modelo rígido da normativa que ainda trabalha conflitos interindividuais quando a sociedade já se reveste de demandas transindividuais – essa é a crise do modelo de produção do Direito. Partindo dessa assertiva, infere Spengler (2007, p. 85-86):

Assim, afirmar que a concretização do Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos pode e deve ser relativizado, já que não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista¹⁶³ visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Ocorre que a Constituição não está sendo cumprida. Faltam políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, e o Judiciário surge como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Então, havendo inércia dos demais poderes, a efetivação do Direito (e dos direitos) passa por este deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário. Mas, para que se possa alcançar tal desiderato, necessitamos primeiro superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal/individualista. Para tanto, é preciso entender que - sustentando esse modo liberal-individualista de produção de Direito – existe um campo jurídico, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho à parte, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador.

Necessário, assim transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os "novos" direitos. Diante da existência de limitações nos procedimentos, impõe-se a ousadia da criação de mecanismos alternativos, fundados em instancias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas. Propõe Wolkmer (2013, p. 142):

Ao transpor os obstáculos para um acesso mais efetivo à Justiça por parte dos novos atores individuais, coletivos e transindividuais, é forçosa a exigência de uma gama de alterações profundas e inovações radicais que transcendam as esferas tradicionais de jurisdição, alcançando formas menos rígidas, mais céleres e plurais de procedimentos processuais. Tais implicações vão desde as modalidades de gerar a produção de "novos" direitos até a sua apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária. Cabe destacar, dessa forma, no interior do Direito positivo estatal, a utilização não só de um Judiciário reformado e mais democrático, mas a ampliação e efetivação de outras instancias reguladoras dos conflitos que envolvem "novos" direitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e os Juizados Especiais (Cíveis e Criminais).

Piovesan (2010, p. 17-32) elenca sete desafios e perspectivas para avançar no fortalecimento da proteção judicial como garantia e instrumento de distribuição de justiça e de efetiva proteção de direitos, quais sejam: a) ampliar e democratizar o acesso ao Poder Judiciário; b) reduzir a distância entre a população e o Poder Judiciário; c) otimizar a litigância como uma estratégia jurídica-política de proteção dos direitos humanos; d) democratizar os órgãos do Poder Judiciário e fortalecer o controle social quanto à composição de seus órgãos de cúpula; e) sistematizar dados estatísticos visando aprimorar a prestação jurisdicional; f) assegurar a observância de standards jurisdicionais no âmbito federativo brasileiro; e, g) encorajar a aplicação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Diante dos diversos desafios para a concretização do Estado Democrático de Direito, a implementação dos direitos humanos como racionalidade de resistência se apresenta como plataforma emancipatória. Partindo do pressuposto de que nossa Constituição impõe ao Judiciário, enquanto poder desarmado, que a esta instituição seja submetida a competência última de decisão, imperiosa a luta pelo direito a uma justiça mais acessível, independente, efetiva e democrática, que exerça sua jurisdição inspirada pela ética dos direitos humanos.

3. Atuação Judicial e o controle de políticas públicas: o exemplo da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001 na concretização do direito fundamental à moradia por meio do reconhecimento da usucapião sobre bem público

A vedação à prescrição aquisitiva de bens públicos, teoricamente, é inerente à sua natureza. Sob essa fundamentação, a Constituição Federal do Brasil dispõem em seu artigo 183, § 3º que: “*Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião*”. A primeira vez em que a usucapião foi expressamente proibida foi no Decreto nº 22.785, de 1933, seguindo-se por norma semelhante disposta no Decreto nº 710 de 1938 e, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 9.760 de 1946. Em 1963 o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 340 consagrou o entendimento de que “*desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*”.

Observe-se que o legislador utiliza critério formal para distinguir o bem público do bem particular, posto que o Código Civil de 2002, em seu art. 98, atribuiu a condição de bens públicos aos que compõe o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, definindo que os bens formadores do arcabouço patrimonial das pessoas jurídicas de direito privado não são merecedores do título.

Esse critério de distinção imposto pelo legislador, não se apresenta em consonância com a realidade político-social de um Estado Democrático de Direito, pois valoriza rótulos e promove divisão hermética entre as categorias de bens a partir do regime jurídico a que se submetem as pessoas jurídicas da Administração Pública, sem contemplar a realidade. Em verdade, homenageiam-se indistintamente os bens das pessoas jurídicas de direito público, independentemente de estarem dedicados ou não para o alcance do interesse público⁴ (FORTINI, 2004, não paginado).

Frente a isto, apesar da doutrina e da jurisprudência majoritárias tenderem ao entendimento de que todos os bens públicos são imprescritíveis, ou seja, não podem ser adquiridos por usucapião, doutrina minoritária, vê distinção entre os bens públicos. Para esta, os bens públicos se distinguem em material e formalmente públicos, sendo que os primeiros são aqueles que possuem destinação público-social específica e os últimos podem até possuir

⁴ Fortini ainda exemplifica: Há bens que, embora integrem a estrutura patrimonial de autarquias (por exemplo), não guardam qualquer relação com o serviço público por elas oferecido. A geladeira que guarnece a sala de determinado dirigente de autarquia não pode ser considerada bem público (salvo pelo critério formal) por inexistir qualquer relação entre esta e a atividade fim desempenhada pela autarquia. A ausência de geladeira poderá trazer desconforto, mas jamais impedirá a prestação da atividade pública, razão pela qual não se lhe pode atribuir o tratamento que recairá sobre bens sem os quais é inviável o desenvolvimento da atividade estatal”.

destinação, mas podem estar a descumpri-la, situação em que passariam a ser usucapíveis, em respeito ao princípio da função social da propriedade (COUTINHO, 2009, p. 2).

Para Chaves e Rosenvald (2010, p. 279-280), partindo-se de uma análise civil-constitucional, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos seria equivocada, constituindo ofensa ao valor da função social da posse e ao princípio da proporcionalidade. Também para estes autores, os bens públicos se dividem em materialmente públicos, que seriam os registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, mas excluídos de qualquer forma de ocupação, e formalmente públicos, aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, pois dotados de função social⁵. A partir da classificação dos bens públicos conforme sua destinação e atendimento à função social, poderiam os bens formalmente públicos ser passíveis de usucapião, satisfeitos os demais requisitos, sendo obstada a usucapião somente sobre os bens materialmente públicos, pois, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.

Ao Estado Democrático de Direito não é permitido se furtar do respeito às próprias normas. Da própria denominação do “bem público” se extrai a necessária consonância ao princípio da função social da propriedade. A problemática é, em verdade, prática, pois vários dos ditos bens públicos não possuem afetação, estando, desta forma, em descumprimento com a função social da propriedade. Esse descumprimento, assim, como no caso dos bens privados, pois o conceito de propriedade é único, gera a possibilidade de aquisição do bem por usucapião (FORTINI, 2004, não paginado).

E para além disso, o interesse público não deve se sobrepor sobre o interesse particular, em especial, quando este último está interligado à concretização de direitos fundamentais. Conforme disposto por Sarmiento⁶, o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não constitui critério adequado para solver conflitos advindos de colisões desses interesses. Isto porque, o referido princípio é fruto de uma concepção autoritária do Direito Administrativo, empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade. O princípio em pauta vem, assim, tendo questionada sua existência,

5 Os autores entendem que, apesar da peculiaridade a que se deve atentam quanto à destinação dos bens públicos, a Constituição Federal se absteve “de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto.”

6 SARMENTO, Daniel . Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (organizador). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís, 2007.

com fito em sua reformulação, de forma que se torne mais compatível com os direitos fundamentais do administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito.

Elidindo a possibilidade da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, nos moldes em que se apresenta ainda hoje, tem-se que a técnica a ser utilizada para a resolução de conflito entre os valores constitucionais apresentado neste trabalho, qual seja o choque entre o princípio da função social da propriedade, que está entrelaçado à concretização do direito fundamental à moradia e à dignidade da pessoa humana, e a vedação constitucional da usucapião de bem público, seria a ponderação de interesses⁷.

Sobre a colisão entre princípios e, conseqüentemente, sobre a técnica de sopesamento dispõe Alexy (2015, p. 93-94) que se dois princípios colidem, um deles terá que “ceder”, o que não importa na sua declaração de invalidade nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de excessão, mas que um princípio tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Desta forma, no caso concreto, diferentes princípios teriam diferentes pesos e o princípio com maior peso apresenta precedência.

Cediço é que, contemporaneamente, o magistrado passa a assumir o papel de agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas, em substituição ao papel de mera “boca da lei”. Em decorrência da atribuição desse novo papel, o juiz é colocado a interferir e muitas vezes sobrepor um interesse ao outro, assumindo papel político na eleição de “prioridades de relevância, considerando os autos que tal atividade “no mais das vezes, dotará o magistrado de elevada carga de escolha pessoal, firmada em critérios subjetivos, algo a que os juízes não estão ainda habituados, pois é algo que não se verifica de regra em ações individuais” (ARENHART, 2005, p. 3).

Para apreender essa nova maneira de pensar se exige do magistrado que leve sempre em consideração os princípios fundamentais do direito, tendo em vista os seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência, e a sensibilidade com a realidade social. O sopesamentos dos interesses em disputa deve ser procedido mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A partir disto, o julgador deve buscar o equilíbrio entre os normas constitucionais conflituosas, observando se a restrição a cada uma delas é idônea para garantir

⁷ Humberto Ávila concebe que as normas-regra podem ser sopesadas, por não ser a ponderação método privativo de aplicação dos princípios, podendo estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática – caso das regras (GOMIERO, 2005).

a sobrevivência da outra norma; se tal restrição está sendo a menor possível para a proteção do interesse antagônico e, por fim, se o benefício logrado com a restrição a um interesse compensa o grau de sacrifício imposto ao interesse contraposto⁸.

Isto porque, “a proteção judicial deve sempre envolver a análise de meios, fins e motivos, observando-se se, no caso concreto, diante dos motivos apresentados, os meios são aptos (e, mais do que isto, são os mais adequados) a atingir os fins propostos” (ARENHART, 2005, p. 4).

Na colisão da vedação da usucapião sobre imóveis públicos disposta no art. 183, § 3º, da CF, norma regra que se reporta ao princípio da supremacia do interesse público, e o princípio da função social da propriedade, que tendo como pano de fundo a concretização do direito fundamental à moradia e da dignidade da pessoa humana quando da usucapião especial para fins de moradia, resta evidente a primazia deste último. Isto porque a norma-princípio confere maior concretude ao valor máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) quando em conflito com a norma-regra de proibição regulatória dos bens públicos.

A constitucionalização, apesar de repercutir sobre os diferentes poderes estatais, constitui obra precípua da jurisdição constitucional, podendo ser no Brasil exercida difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal, realizando concretamente a supremacia formal e axiológica da Constituição por meio da aplicação de diferentes técnicas e possibilidades interpretativas (BARROSO, 2005, p. 28).

Dentro de uma conjuntura de fatores que envolve não só a constitucionalização do direito, mas o aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário, verifica-se no Brasil expressiva judicialização de questões políticas e sociais, com especial destaque para as políticas urbanas, passando-se a se buscar nos tribunais instância decisória final para o deslinde de conflitos, em evidente politização da justiça⁹.

8 LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 nov. 2014.

9 Sobre a questão dispõe CUNHA JÚNIOR (2015, não paginado): “É dado da realidade, outrossim, que a considerável transformação do Estado no contexto social conduz inevitavelmente à superação de sua tradicional função de ‘proteção’ e ‘repressão’, reduzida à solução dos chamados conflitos privados (civis ou penais), de modo que ele não pode mais ser concebido como um simples *gendarme* ou *night watchman*. O novo Estado – o *État providence* dos franceses ou o *Welfare State* – assume importante papel no contexto da sociedade contemporânea, de natureza essencialmente *promocional*, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado. E é óbvio que, como acentua CAPPELLETTI, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, o Judiciário, como órgão

Decisão que aqueceu as discussões acerca da possibilidade da usucapião sobre bens públicos foi proferida no processo nº 194.10.011238-3, pelo juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, que indeferiu o pedido desocupação de área pública estadual formulado pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG) formulado em Ação Reivindicatória. A área em litígio soma 36 mil metros quadrados e está situada no Km 280 da BR-381, próximo ao trevo de Antônio Dias, onde residem cerca de dez famílias, formadas, em sua maioria, por servidores e ex-servidores do próprio DER- MG, instalados no local desde a construção da rodovia - cerca de 30 anos¹⁰.

O juízo de primeiro grau decidiu por declarar o domínio das famílias sobre a área ocupada, pedido contraposto formulado pelos réus, seguindo parecer do Ministério Público, por meio do promotor de Justiça Aníbal Tamaoki, curador do Patrimônio Público da Comarca de Coronel Fabriciano, que opinou pela improcedência do pedido do DER-MG, sendo favorável à declaração do domínio do imóvel ocupado. Conforme postagem publicada pelo professor Flávio Tartuce em seu Blog, o promotor afirma que:

Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade.

Como era de se esperar, o DER-MG recorreu da decisão desfavorável, tendo o TJMG se pronunciado sobre o caso em 08/05/2014 no acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001. O Órgão Colegiado decidiu por negar provimento ao recurso, conforme disposto em ementa que segue:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM "ANIMUS DOMINI" - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa,

desse novel Estado Social e Democrático de Direito, tem destacado e importantíssimo papel de fazer atuar os preceitos constitucionais, controlando e exigindo do Estado o cumprimento de seu dever de intervir ativamente na esfera social, 'um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar'".
10 TARTUCE, Flávio. Sentença de Minas Gerais reconhece usucapião de bem público. São Paulo, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014/08/sentenca-de-minas-gerais-reconhece.html>>. Acesso em: 11 de set.. 2014.

transferência que se opera, suprindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição. (TJMG, Acórdão, AC n. 1.0194.10.011238-3/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, DJ 08/05/2014)

Em meio a declaração de entusiastas sobre a temática e críticos ferrenhos à hipótese de aplicabilidade da usucapião dos bens públicos, importa uma análise apurada da decisão. Analisamos aqui somente o acórdão proferido pelo TJMG, pois essa é a proposta do trabalho - análise de decisões dos órgãos colegiados dos Tribunais de Justiça, e, ainda, pelo fato de não termos tido acesso ao inteiro teor da sentença de primeiro grau.

No recurso, o DER-MG alega ser proprietário do imóvel em litígio, o qual serviu de acampamento para os servidores da autarquia quando da construção das rodovias estaduais, e que, diante do contexto, os servidores sempre tiveram ciência de que o imóvel era de titularidade do DER-MG, configurando a sua tolerância na utilização do bem mera detenção consentida, não induzindo posse os atos de mera permissão ou tolerância.

Em seu voto, o Desembargador Relator Barros Levenhagen considerou que os requisitos para a usucapião restaram configurados, dando especial destaque à distinção entre detenção e posse, concluindo que os apelados exerciam posse sobre o bem objeto da lide, e que, apesar dos bens públicos não serem passíveis de aquisição por prescrição aquisitiva, o imóvel usucapiendo não estaria incluído em área de domínio público.

A decisão pode ser considerada inovadora, de maneira suficiente a impulsionar o fortalecimento da tese advogada por parte minoritária da doutrina, pelo fato de tomar por fundamento estritamente o preenchimento dos requisitos para a usucapião por parte dos particulares e a não inclusão do imóvel em área de domínio público. Observe-se que, conforme já disposto nesse tópico, o STJ já vem decidindo pela possibilidade da usucapião sobre imóveis onde não se comprova a titularidade pública do bem e sua inclusão em área de domínio público – o que se caracteriza essencialmente pela afetação a uma função pública. Entretanto, o acórdão não discute a titularidade do bem, se comprovada ou não, se restringindo a dispor sobre a inserção ou não do imóvel em área de domínio público, além do preenchimento dos requisitos da usucapião pelos particulares, senão vejamos:

(...) Constata-se ter sido preenchido não só o requisito temporal exigido no Código Civil, como também a qualidade dos apelados de legítimos possuidores a título próprio, da fração do imóvel objeto da presente demanda, sendo mister o reconhecimento de seu direito à aquisição da sua propriedade pela usucapião, ao contrário do que defende o apelante.

Ademais, cumpre ressaltar que malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, § 3º, da CF; art. 102, do Código Civil) o imóvel usucapiendo não está incluído em área de domínio público, tanto que, conforme

corretamente decidiu o Magistrado “a quo”: “Importa salientar que, no caso concreto dos autos, a viabilidade de se declarar a prescrição aquisitiva se encontra ainda mais evidente, porque já existe uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar os imóveis em comento ao Município de Antônio Dias, justamente para que este lhes dê uma destinação social, promovendo o assentamento das famílias que estão no local, conforme se verifica às fls. 264/266.

O trecho da sentença destacado no Acórdão referido acima explicita que a (des)afetação do imóvel a uma função pública se revelou preponderante da determinação da possibilidade da aplicabilidade da usucapião. Veja-se que a referência à existência de autorização expressa do DER para que fosse procedida doação do imóvel em litígio ao Município de Antônio Dias, de maneira que este último desse destinação social, nos leva à conclusão de que o bem, de fato, estava desafetado de função pública e que não havia interesse do DER em lhe conferir tal destinação, fomentando a máxima de que toda a propriedade deve atender a uma função social.

O precedente revigora a militância em favor da tese da usucapião sobre bens públicos por colocar em xeque a validade do requisito da titularidade do bem como critério preponderante para sua classificação como público.

Deve-se, aqui, fazer, contudo, ponderação sobre inflexão concernente a questão que recentemente vem despertando interesse da doutrina brasileira, qual seja a legitilidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade de políticas públicas. O papel do Poder Judiciário na interpretação e efetivação da Constituição fomenta debates na teoria/filosofia constitucional contemporânea, a qual toma rumos variados e assume formas diversas - ativismo judicial *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial (BARROSO, 2005, p. 48).

A redescoberta da cidadania e conscientização dos indivíduos quanto aos próprios direitos, além do fato do texto constitucional ter reconhecido novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de interesses fez com que houvesse um aumento significativo da demanda por justiça na sociedade brasileira, o que veio a exigir uma nova roupagem do Judiciário. Na busca pela concretização do bem-estar social este Poder, dentro da conjuntura de um Estado Social e Democrático, assume destacado e importe papel de fazer atuar os preceitos constitucionais, controlando e exigindo do Estado o cumprimento de seu dever de intervir ativamente na esfera social, sendo atribuído ao

magistrado o sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes (CUNHA JÚNIOR, 2015, não paginado).

Afirmando que o papel político compete, sim, ao magistrado, infere Arenhart (2005, p.5-6):

Em todo este papel interpretativo do magistrado se nota alta dose de critérios políticovalorativos. Embora se tente esconder esta imposição sob o manto de argumentos retóricos, não há dúvida de que há de se exigir do magistrado papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade. (...) Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas *não segundo suas próprias opiniões ou convicções*, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades. A partir desses critérios, não há sentido em o magistrado sentir-se desempenhando papel que não lhe compete.

O referido autor destaca o perigo que pode ser ocasionado pela desatenção à realidade, que “muitas vezes, tornará jurídica situação que não o seria, e justa uma realidade injusta”, isto porque (ARENHART, 2005, p. 7):

A par do domínio das técnicas de interpretação constitucional e de aplicação do direito com base na Constituição da República, a nova forma de pensar que se exige do magistrado exige, sempre, a atenta visão da realidade e a sensível percepção do interesse social que o caso demanda. É frequente notar que decisões são tomadas, em aberta injustiça, mas sob o argumento de que nada mais poderia ser feito, pois injusta é a lei, e não a decisão judicial. Em realidade, na grande maioria dos casos, esta decisão se mostra ainda mais perniciososa, já que acoberta a injustiça sob a proteção da lei, *muitas vezes mal interpretada ou mal aplicada*.

Desta forma, provocado o Judiciário, deve este, por meio de um ativismo judicial e um controle judicial na implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais e à plena satisfação dos valores sociais, intervir e se posicionar, assentado em argumentos racionais, perante imperativo de realização das conquistas obtidas pelo texto constitucional de 1988.

Considerações finais

O trabalho busca tratar da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas pública trazendo o exemplo da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001 na tutela do direito fundamental à moradia por meio do reconhecimento da usucapião sobre bem público. O estudo atenta para o papel do Poder Judiciário e de suas instituições, dentro de um contexto de crise e desfuncionalização do Estado Moderno, além de inferir sobre efeitos e limites dessa

atuação, para a concretização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e instituídos pelo Estado Democrático de Direito, numa perspectiva de sistemas normativos regionais, e de direitos humanos, considerando o sistema normativo global, inspirado na Declaração Universal.

Tomado o princípio da função social da propriedade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e, diante de sua estrita vinculação com o direito fundamental de acesso à moradia, é possível advogar a tese de que entre a norma-princípio da função social da propriedade e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos, mediante a aplicação da técnica da ponderação de interesses, há supremacia da primeira, devendo, assim, em caso de conflito, prevalecer a norma-princípio, orientando, desta forma, que os bens públicos cumpram função social, pois esta confere maior concretude ao valor máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) quando em conflito com a norma-regra de proibição regulatória dos bens públicos.

Têm-se que o instituto da usucapião especial para fins de moradia é meio eficaz para a regularização fundiária, devendo sua aplicação alcançar tanto os bens particulares quanto os bens de titularidade da Administração Pública que estejam desafetados de função, em caso de não atendimento à função social da propriedade. No Estado Democrático de Direito não é concebível que a Administração possa se furtar a atender a ditames constitucionais principiológicos na defesa de direitos patrimoniais que, se flexibilizados, podem trazer maiores benefícios na defesa de direitos sociais fundamentais, como é o caso do direito à moradia.

Da análise da Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001, vislumbra-se sinalização de que os operadores do direito, em especial os da magistratura, por meio do ativismo judicial, veem repensando seu papel no controle de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais e à plena satisfação dos valores sociais, papel político do qual não pode se eximir, em decorrência da ressignificação deste, em substituição ao papel de mera “boca da lei”, estando legitimado, assim, a intervir e se posicionar, assentado em argumentos racionais, perante imperativo de realização das conquistas obtidas pelo texto constitucional de 1988.

Referências

ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais. In: *A teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015. 2.a ed.

ARENHART, Sérgio Crus. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2016.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COUTINHO, Eldér Luis dos Santos. *Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos*. VI CONVIBRA – Congresso Virtual Brasileiro de Administração. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em: 02 de jun de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, Salvador, abr./maio/jun. de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 13 de agos. 2011.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Feral e Lindb*. 1v. 11 ed. Salvador: JusPodvum, 2013.

FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34656>>. Acesso em: 30 abril 2012.

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos: uma interpretação à luz da unidade Constitucional. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, m. 1691, 17 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10948>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

JELINEK, Rochelle. *O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 13 agos. 2011.

KURZ, Robert. A falta de autonomia do Estado. In: *Os últimos combates*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 91-115.

KURZ, Robert. Perdedores Globais. In: *Os últimos combates*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 135-141.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 nov. 2014.

MACIEL, Neuri José; ALMEIDA, Patrícia Silva de. *Usucapião de Bens Públicos: da Civilística a Publicização*. BDJur, Brasília, DF. 12 fev. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16400>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

PIOVESAN, Flávia. O Poder Judiciário e o Papel de suas Instituições na Construção do Estado Democrático Brasileiro. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de Souza;

PISANESCHI, Tatiane Crenn. *Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciários Brasileiro*. São Paulo: Oficina Editorial, 2010. p. 9-34. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/ciclododebates/volume_1_Direitos_reprodutivos_e_o_sistema_judiciario_brasileiro.pdf>. Acesso em: 28 agos 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. de 2009/2010. Acesso em: 21 de maio de 2012. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHIAVONE, José Guilherme Perroni; NOVAES, Elizabete David. A cidade e o direito à moradia: o instituto do usucapião como alternativa de regularização jurídica de habitações precárias em favelas. *Revista Jurídica UNICOC*, Ribeirão Preto, n. 6, out. 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de pós-graduação em Direito, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Coisas*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. Sentença de Minas Gerais reconhece usucapião de bem público. São Paulo, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014/08/sentenca-de-minas-gerais-reconhece.html>>. Acesso em: 11 de set.. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 31, Curitiba, 2013. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>>. Acesso em 08/03/2016

Submetido em 19/06/2020.

Aprovado em 21/07/2020.

