

Ocupação de bens de uso especial como forma de manifestação popular

Cynthia Thomé

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Recentemente vários prédios públicos de uso especial vêm sendo ocupados por cidadãos como forma de impor sua participação nas decisões políticas e garantir o respeito à soberania popular. A evolução da sociedade demonstrou que o modelo de democracia representativa vivenciado pelos diversos países que o adotaram apresenta problemas que impedem o pleno desenvolvimento social. Para tentar solucionar tal impasse, muitas nações começaram a incorporar em seus sistemas jurídicos mecanismos de participação popular na atuação estatal, seja nos seus processos de tomada de decisão, seja como ferramenta de controle, formato que alguns países passaram a chamar de democracia participativa. Tem-se este modelo hoje como ideal para o combate às arbitrariedades do Estado contra os direitos fundamentais dos indivíduos.

A participação administrativa é um princípio implícito na Constituição Federal, conectado ao princípio democrático, princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa (PEREZ, 2009, p. 83) – é um direito e um dever do cidadão, porém incipiente no Brasil. Há um longo caminho a ser percorrido, visto que a realidade atual está longe de garantir o efetivo exercício da cidadania.

As manifestações populares são uma maneira de procurar impor ao poder público a participação administrativa frente a falta de diálogo prévio com os particulares antes da tomada de decisões que impactem diretamente seu cotidiano, que pode se dar de várias formas – entre elas, a ocupação de bens públicos de uso especial. Os prédios públicos de uso especial têm uma destinação específica para cumprir uma finalidade a que o Estado é obrigado, e a ocupação impede que esta finalidade seja atingida.

Este trabalho tem por objetivo verificar se este tipo de manifestação de vontade encontra amparo na Constituição Federal e nas demais regras previstas em nosso ordenamento jurídico.

Democracia representativa e participativa

O Estado Democrático que vivemos hoje decorre das revoluções liberais do final do século XVIII, com a evolução subsequente. Iniciou-se com a intenção de combater o absolutismo, ou seja, com a finalidade primordial de findar o poder exercido de forma arbitrária e autocrática. No século XIX, evolui a *teoria da democracia* consagrando-se o modelo de democracia representativa, hoje visto como o ideal para o combate às arbitrariedades do Estado contra a liberdade dos indivíduos.

Desde então, como anotado por Marcos Augusto Perez (2009, p. 28), passa a ser reconhecido como democrático:

o governo que preserva as liberdades públicas, direitos fundamentais individuais como a liberdade de locomoção, de comércio, de pensamento e expressão; o governo que evita a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o “povo” exprimiria sua “vontade suprema” e delegaria aos seus mandatários o poder de governá-lo por determinado período.

A democracia representativa atingiu seu apogeu entre o fim do século XIX e início do século XX, e culminou com a mudança no perfil do Estado.

Impulsionou o exercício das liberdades públicas e, sob pressão dos eleitores, foram consagrados os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração. A partir de então, o Estado passou a ingerir em todo o tecido social, regulando relações de toda natureza. (ibid., p. 29)

Não tardou para que a ciência política viesse diagnosticar os problemas vivenciados pela democracia representativa:

(1) oligarquização dos partidos políticos; (2) excessiva profissionalização política; (3) desinteresse dos eleitores pela participação política; (4) incapacidade dos parlamentares para identificar e resolver os complexos problemas inerentes à atuação estatal no domínio social e econômico; (5) falta de educação política dos eleitores, levando-os a optar mais emotiva do que racionalmente no momento da escolha dos governantes; (6) dificuldade de contenção do abuso do poder econômico nas eleições; (7) influência nociva dos meios de comunicação de massas; (8) personalização excessiva do processo eleitoral; (9) desprestígio da lei enquanto instrumento normativo; (10) concentração de poderes nas mãos da burocracia do Executivo; (11) cerceamento do debate parlamentar mediante a edição de atos normativos com força de lei pelo Executivo. (ibid., p. 31)

Apesar da persistência de tais problemas ante a ausência de modelo que pudesse afastá-los de forma definitiva, alguns estados adotaram a democracia participativa, ou semidireta, como princípio de estruturação da organização política – o modelo soma a indispensável técnica da democracia representativa com as vantagens da democracia direta. Conforme Álvaro Luiz Valery Mirra:

A democracia participativa não elimina a distinção entre governantes e governados e nem supõe a exclusão da representação político-eleitoral. Diversamente, a democracia participativa, como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, configura “um passo adiante da democracia representativa que, sem substituí-la, vem aperfeiçoá-la e revitalizá-la na realização substantiva da legitimidade”, facultando ao governado, na lição de Elival da Silva Ramos, “o uso de instrumentos de participação no poder que façam governante sentir a sua condição de veículo da vontade popular” (MIRRA, 2011, p. 48)

A democracia participativa complementa o modelo liberal e surge para tentar sanar os problemas enfrentados pela democracia representativa, apresentando instrumentos de controle sobre a atuação estatal e ampliando a participação popular na tomada de decisões. De acordo com André Ramos Tavares:

Em virtude desse “desvirtuamento institucional” do Estado, a doutrina tem assinalado a insuficiência do mandato eletivo como legitimador das decisões politicamente adotadas pelos exercentes dos cargos eletivos. E não sendo o mandato imperativo cogitável em termos de teoria política e adequação lógica, será correto concluir que “a mera concordância popular (eleição) no preenchimento desses cargos é condição necessária, mas não suficiente para realizar-se a democracia: ela só se plenificará com a decisão democrática e com o controle democrático. Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos, seja também a expressão da vontade popular. Na verdade, é mais importante que a decisão seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido. O provimento democrático age, assim, como uma mera garantia de que a decisão virá a ser, efetivamente, tomada de acordo com o interesse coletivo; entre provimento e decisão democráticos há, portanto, uma relação de meio para fim”. Frise-se, portanto, que participação política não é somente participação eleitoral, por meio do voto. Aliás, a participação “muitas vezes é mais eficiente por outros meios”, e a democracia pode consolidar-se independentemente da vontade majoritária ou até contra ela. Ademais, no complexo sistema partidário atual, com suas especificidades e exigências para candidaturas, a realização de eleições não significa que o povo escolha livremente seus representantes, e muito menos assegura que se governe por meio deles. A crise do modelo democrático representativo fica, pois, latente. Esse é o panorama geral do qual emerge a necessidade da participação política do cidadão como um direito fundamental, o qual se trata de direito “altamente desejável para a realização da sociedade democrática”. Mais do que isso, o direito de participação, enquanto direito fundamental do homem, impõe a necessidade de reconhecimento do poder individual de atuar sobre o poder deferido ao Estado. É que decorrendo toda norma jurídica, como professa Goffredo Telles Jr., “de uma escolha, de uma opção feita pelo Poder, e convertida num ato decisório, numa tomada de posição desse mesmo Poder”, importa a participação e atuação exatamente nesse ponto, a tomada da decisão. (TAVARES, 2004, p. 357, grifo do autor)

Contudo, há de ser observado que a participação política do cidadão não é apenas um direito, mas também um dever. Não se trata de uma opção, mas imposição, que justamente visa a todos garantir os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como forma de possibilitar o pleno desenvolvimento do ser humano e, em consequência, a evolução da sociedade.

Cidadania

Um dos fundamentos de nossa República é a cidadania, para o exercício da qual a Constituição Federal assegura aos brasileiros direitos sociais essenciais, além de prever uma série de outros instrumentos a fim de garantir o cumprimento de tais direitos. Todavia, o exercício da cidadania ainda engatinha, visto que direitos sociais não são garantidos (apesar de previstos), sendo que há uma enorme distância entre as normas impostas constitucionalmente ao Estado e a realidade em que vivemos. A desigualdade social ainda reina e a extrema pobreza continua instalada de forma vergonhosa em nosso país, tudo de forma a impedir que o cidadão tenha consciência de seus direitos.

A cidadania é a qualidade do cidadão, que, como membro de um Estado, tem direitos e deveres, nas esferas civil, política e social, que o autorizam a participar ativamente da vida e do governo de seu povo – é caracterizada pela posse de direitos civis, políticos e sociais. Ela representa os direitos e deveres de um indivíduo em relação à sociedade em que vive, o que não implica apenas em atribuição de direitos, mas também de deveres, pois o direito de um está resguardado quando observado pelo outro: é, por fim, uma garantia mútua de direitos.

Os direitos e deveres decorrem de um conjunto de valores sociais, que estão em constante mutação, visto que a sociedade não é estanque, mas sim em permanente evolução – dinâmica que altera constantemente os valores e interesses da coletividade. Os direitos políticos, atributo da cidadania, garantem ao indivíduo participar na formação do governo, bem como em sua administração.

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 1998, p. 14)

O exercício da cidadania é fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade, pois as mazelas estatais só podem ser combatidas com a participação da população na constante construção de um Estado que garanta os anseios da coletividade e o bem comum. A cidadania existe somente com o efetivo exercício. A ausência de participação volitiva da população na escolha de seus representantes, na forma de administração, na edição de leis, na escolha de políticas públicas, implica em ausência do exercício da cidadania. O exercício pleno dos direitos civis, políticos e sociais, por sua vez, só se concretiza com a educação.

Como já dito anteriormente, a democracia representativa sem a participação popular não vem se revelando como apta a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, pois forças contrárias predominam na realidade, como a força do poder econômico que exerce diretamente sua influência nas decisões do Estado (através de financiamento de campanhas eleitorais e outras formas de pressão, como *lobbies*), do poder da mídia no controle da formação de opinião e da distância entre eleitor e seus representantes, em razão do crescimento da população e do atual sistema eleitoral.

O voto não legitima o representante do povo a atuar da maneira como bem entender, distante da vontade popular, das aspirações sociais. O fato de o representante ter sido

eleito não avaliza qualquer tomada de decisão. A atuação política deve obrigatoriamente visar ao bem comum. Para que isso sempre ocorra, a participação popular na gestão do interesse público é imprescindível. Assim como notado por Tavares (2004), mais importante do que legitimar a ocupação do cargo é encontrar formas que legitimem a decisão pública adotada no exercício deste.

Contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido no melhoramento de uma consciência coletiva. A participação popular na formação e controle de políticas públicas ainda é incipiente. A oferta de educação de qualidade, com conteúdos próprios de preparação para a cidadania é que tornará possível que todos e cada um de nós tomemos consciência do nosso papel para o bem-estar coletivo.

Um povo sem acesso à educação é facilmente manipulado e pode ser conduzido à formação de maiorias que nem sempre representam o bem comum, mas sim o bem institucionalizado. O pluralismo, que representa a tolerância e a moderação, é indispensável para a democracia. Como bem sintetizado por Tavares (2004, p. 369):

A pluralidade é essencial na democracia, exigindo-se não o consenso majoritário, mas sim a tolerância da diversidade e, a partir dela, a possibilidade de múltiplas opções a serem igualmente sopesadas no momento de tomada de uma decisão política.

A participação política dos cidadãos na formação das decisões do Estado, bem como para controlar e impor limites ao poder, é que representa a efetividade da cidadania.

Participação popular na tomada de decisão estatal: instrumento importante para legitimidade, eficiência e controle do exercício do poder

A República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político” (BRASIL, 1988, artigo 1º).

Como declara a nossa Carta Maior, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (ibid., parágrafo único do artigo 1º). O povo detém a soberania e, como tal, a democracia participativa não se resume à mera declaração formal de que o povo detém o poder. É com o exercício desse poder que ela se aperfeiçoa. Para tanto, a Constituição Federal prevê uma série de mecanismos de participação popular na atuação estatal que consagram a democracia participativa, como o referendo, o plebiscito, consultas e audiência públicas, entre outros.

A participação popular tornou-se indispensável para a realização da democracia e:

Infiltra-se no exercício de todas as funções estatais. O Legislativo abre-se ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular de leis, devendo contar também com a colaboração dos cidadãos no exercício da fiscalização do Executivo. O Judiciário passa a contar com diversos instrumentos participativos tais como as ações populares, os mandados de segurança coletivos, dentre outros. A Administração Pública, por seu turno, contará com o administrado para exercício das funções decisórias, consultivas ou de controle. (PEREZ, 2009, p. 35)

A participação política do cidadão é a garantia fundamental para a manutenção da democracia, visto que aumenta a eficiência do Estado, melhora a qualidade das decisões e sua efetividade, além de gerar o desenvolvimento da sociedade civil. É a forma de o indivíduo dialogar com a Administração e influenciar nas escolhas que o afetarão, bem como de defender os interesses coletivos.

Gustavo Justino de Oliveira (2010) relata que no contexto da Administração Pública Democrática a participação administrativa gera efeitos extremamente positivos: maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade; possibilita aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos; e enseja a criação de efetivos espaços de negociação.

O princípio da publicidade garante a transparência, pois permite ao cidadão se inteirar dos fatos e atos que geram decisões políticas e possibilita a interferência na tomada de decisões, integrando a vontade do povo à decisão política a ser tomada. Por outro lado, o cidadão passa a ter conhecimento das limitações administrativas que impedem o atendimento geral dos pleitos de todas as categorias de interesses, fato que contribui para o cumprimento das decisões e reduz a insatisfação com a Administração.

A sociedade civil é heterogênea, detém diversos interesses que, em grande parte, são contrapostos. Os representantes eleitos também não representam a população com interesse homogêneo – o que seria praticamente impossível, dado o número de eleitores que representam, a complexidade das questões sociais, e ainda a dificuldade de se ter consenso sobre assuntos polêmicos mesmo em pequenos grupos. Assim, ao ouvir a população para a tomada de decisões, a Administração também passa a atuar como árbitra das diferentes aspirações em disputa, buscando a composição possível entre estas no caso concreto, em uma difícil tarefa tendente a conferir uma maior legitimidade ao exercício do poder, dado indispensável para o fortalecimento da democracia.

As opções administrativas feitas com a participação popular normalmente são as mais adequadas para a situação; afastam escolhas que reflitam apenas os interesses dos representantes, contrários ao interesse coletivo e anseios da sociedade; facilitam a governabilidade; geram responsabilidade ao cidadão, bem como incentivam a sociedade a buscar as soluções mais adequadas aos problemas que esta vivencia. Como concluído por Gustavo Justino de Oliveira:

Parece estreme de dúvidas que a estruturação e a consolidação de uma Administração Pública Democrática, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representa um inestimável reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as suas atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2010, p. 183)

Impedir ou negar a abertura do processo decisório da Administração à participação popular pode gerar a insurgência dos cidadãos contra escolhas adotadas autocraticamente pelo Poder Público, o que pode assumir a forma de protestos coletivos que culminem na ocupação de bens públicos de uso especial, que será abordado a seguir.

Ocupação de bens públicos de uso especial

O Estado, criação do Direito, é um ente incorporado cuja presença se faz com as atividades desempenhadas pelos agentes públicos e seu grupo de bens físicos. Conforme artigo 98 do Código Civil (BRASIL, 2002), são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

O artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2002) classifica os bens quanto à destinação: bens de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; bens de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e bens dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Marçal Justen Filho (2014) define bens de uso especial como os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas – isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública.

Os bens públicos são inalienáveis (com exceção dos bens dominicais e desafetados, desde que observadas as exigências legais), impenhoráveis e imprescritíveis. Pertencem a toda coletividade e, por tal razão, gozam de proteção específica, como as garantias acima indicadas, para que continuem nas mãos da coletividade e não sejam sujeitos de desvios por má conduta de administradores, seja ela dolosa ou culposa – ou seja, a administração de bens públicos se orienta por normas de direito público e supletivamente por normas de direito privado no caso de omissão.

Impõe-se ao Estado zelar pelos bens públicos. É dever e não faculdade, ou seja, o uso não fica a critério do administrador, não cabe a ele usar da forma que bem entender. Trata-se de imposições normativas que o gestor público deve obedecer, de forma eficiente, sob pena de responsabilização pessoal por omissão. A sujeição dos bens públicos às normas de Direito Público gera consequências inabaláveis; entre elas, no caso de turbação ou esbulho, a incidência da autoexecutoriedade. Desse modo, cabe ao Estado, independentemente de ordem judicial, praticar os atos de defesa do patrimônio público, por se tratar de bem público, admitindo-se o ingresso de ação judicial somente nos casos em que for inviável a autoexecutoriedade.

Há quem entenda que a autotutela só pode ser utilizada na impossibilidade de manejo da via judicial com tal finalidade, como no caso de situação de risco de perigo iminente de perecimento de pessoas e/ou bens, pois a intervenção do Judiciário serviria como garantia contra excessos na atuação dos agentes estatais, além de resguardar a própria Administração quanto a futuros questionamentos.

Ora, não é a intervenção do Poder Judiciário que tem o condão de afastar abuso de poder ou excesso de violência, mas sim a forma como se dará a atuação da Administração. Caso a medida seja efetivada de modo organizado e adequado para a ação que se pretende executar, com estratégias de atuação pré-definidas, não haverá abuso ou excessos. Cabe ao Estado efetivar a medida e assumir o risco de sua conduta, respondendo civil e criminalmente por abuso ou excesso. Ademais, tal critério parte da premissa de que o Estado é inimigo dos direitos fundamentais e não ente cuja existência se justifica precisamente para a garantia de tais direitos – pois o Estado existe para garantir o direito quando violado

por terceiros. Abusos cometidos no passado somente sinalizam a necessidade de evolução e aperfeiçoamento das instituições, que ocorrerá com a efetiva fiscalização da sociedade.

No caso de ocupação de bens públicos de uso especial como forma de manifestação popular, alguns ainda sustentam que não é cabível a reintegração de posse, visto que os ocupantes não têm a intenção de ter a posse do bem, mas sim chamar a atenção do Poder Público para um determinado problema. Ora, a ocupação traduz a intenção de ter a posse do bem, ainda que transitória e com outros objetivos. O que importa é que a posse do bem foi retirada da Administração, fato que basta para configurar o esbulho. O uso do espaço afetado a prestação de um serviço público para protesto configura, sim, esbulho, pois retira do Estado a posse do bem e impede a continuidade da atividade que é desenvolvida no local. Findar a ocupação do bem fará com que os ocupantes/protestantes busquem outro meio de se fazerem ouvidos, que não prejudique o interesse de terceiros.

No Estado Democrático de Direito, vocacionado a intervir para garantir a real efetivação e fruição dos direitos fundamentais, estes não são vistos mais como meros instrumentos de exclusiva proteção do indivíduo face à atuação estatal arbitrária, principalmente no que concerne ao âmbito penal, mas também como ferramenta apropriada à tutela do indivíduo em face de ataques de terceiros. Nesse sentido, precisa é a lição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, quando assevera que:

Se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento ou, numa outra expressão desta mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado. Esta concepção já pressupõe [...] o abandono de uma visão liberal-pura de Estado e da contraposição total de Estado/Sociedade.

Ainda nesse sentido, depois de discorrer sobre a dimensão dos direitos fundamentais enquanto geradores de direitos subjetivos do cidadão frente ao Estado, Suzana de Toledo Barros acrescenta que “as normas de direitos fundamentais influem também na relação cidadão x cidadão e, assim, possuem efeitos sobre terceiros, ou, como denominado pela doutrina alemã, um efeito horizontal”.

Fornecendo elementos para a fundamentação de tal ordem de argumentos, Robert Alexy atesta que “atualmente a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita” (2008, p. 528). Em termos de garantia de direitos fundamentais, Lenio Luiz Streck reforça a ideia acima desenvolvida asseverando que o agressor não é somente o Estado:

O Estado não é o único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando um direito fundamental de outra.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 378) reforça a tese sustentada no debate asseverando que:

Assume relevo a assim denominada [...] perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.

Ademais, ao analisar a estrutura dos direitos fundamentais sob o aspecto do direito a algo, Alexy (2008, p. 193-196) exemplifica com o direito à vida, consagrado pelo artigo 2º, § 1º, 1, da Constituição alemã, assegurando que dele resulta não só que o seu titular tem em face do Estado um direito de que este não o mate, mas, principalmente, um direito a que o Estado proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros. O autor assegura que a distinção entre aqueles direitos se faz exclusivamente através de seu objeto. No primeiro deles, o objeto do direito se restringe a uma ação negativa de seu destinatário (o Estado), enquanto no outro constitui uma ação positiva. Na primeira hipótese se fala, na lição do autor, em “direitos de defesa” e na última em “direitos de prestação”.

Deste modo, é perfeitamente dedutível do modelo de Estado constitucionalmente adotado pela República Federativa do Brasil a obrigatoriedade do Estado de proteger os particulares de ataques a seus direitos fundamentais provenientes de outros indivíduos ou entidades privadas.

Assim, impõe-se ao Estado, além de mera proibição de interferência nos bens, valores ou interesses consagrados na Constituição, uma verdadeira obrigação de proteção, de modo a torná-los eficazes e não transformá-los em letras mortas na frieza do texto constitucional.

Nesse diapasão, Streck salienta com propriedade que:

Já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção ao arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais. (artigo 5º, caput, da Constituição do Brasil, 1988)

Não é por outra razão que, por meio do Direito Penal, o Estado não só protege o sujeito ativo da infração penal de uma intervenção abusiva do poder público na esfera de seus direitos individuais, como também garante à coletividade e a todos os seus membros a proteção de seus bens jurídicos.

Extrai-se, em consequência, a segura conclusão de que, com base em legítima atividade hermenêutica, harmonizadora do conflito estabelecido entre princípios e direitos constitucionalmente consagrados, a proteção à segurança dos demais membros da coletividade deve sobrepor-se à da liberdade de expressão do pensamento, mesmo porque

utilizada abusivamente por vândalos para justificar o cometimento de graves delitos. É a lógica da prevalência do interesse público sobre o individual.

Consigne-se, ainda, por oportuno, que postura diversa, no sentido de fazer prevalecer o interesse individual do delinquente sobre o coletivo dos demais membros da sociedade, fere de morte o princípio da proporcionalidade, em sua face de proibição de proteção deficiente.

É certo que costumeiramente o princípio da proporcionalidade é relacionado à proibição de excesso, mas, inegavelmente, na atualidade, não se discute que ele apresenta outra faceta, consubstanciada na *proibição de proteção deficiente*.

Nessa trilha, aliás, se projeta a lição de Streck quando diz:

a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada de proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, grifo do autor)

Como já dito, a cidadania está em permanente construção e é exercitada diariamente através das relações estabelecidas entre os indivíduos, entre o indivíduo e a coisa pública e entre o indivíduo e o meio ambiente. Ora, se a cidadania não se resume apenas a direitos, mas também a deveres, e entre esses deveres está o de respeitar o direito dos demais cidadãos e também da coisa pública, como pode-se admitir a ocupação de bens de uso especial em detrimento do uso a que se destinam, para garantir cidadania? A atuação de um indivíduo, ativa ou passiva, gera consequências na esfera jurídica de outros indivíduos. Assim, como parte integrante de uma sociedade, deve-se agir dentro do limite do direito dos demais cidadãos.

Os bens públicos de uso especial, em grande parte, garantem a prestação de serviço público fundamental. A sua ocupação para exigir um direito, mesmo que assegurado constitucionalmente, mesmo que representando os anseios de uma coletividade, não justifica a negação do direito de outro a um serviço fundamental.

Normalmente os ocupantes de bens públicos de uso especial pretendem chamar a atenção para um problema. Porém há várias outras maneiras de alcançar o mesmo propósito, como a manifestação coletiva da liberdade de expressão com o uso de bens públicos de uso comum ou até mesmo a provocação do Poder Judiciário com a ação popular. Foi o que se viu nas manifestações de rua ocorridas nos últimos anos, que ganharam uma visibilidade que não se via há muito tempo, em nítida demonstração do senso coletivo de nossa sociedade.

Conflito de direitos

O direito de participação do cidadão garante a ele o direito de participar na formação da vontade política da comunidade, que pode se dar com a livre manifestação do

pensamento, expressão e associação. Todavia, a Constituição Federal assegura uma série de outros direitos fundamentais, como o direito ao trabalho e o direito à educação.

De acordo com Patrícia Baptista, a dicotomia interesse público-privado não é mais suficiente para resolver os problemas dos fins da Administração Pública.

Ao lado do interesse público e dos interesses privados, concorrem agora novas categorias de interesses que a formulação original da ideia da supremacia do interesse público ignorava por completo: os interesses coletivos, difusos e sociais (BAPTISTA, 2003, p. 198). No caso de ocupação de bens de uso especial, alguns indivíduos são privados de direitos, como quem trabalha ou estuda no local.

Os direitos fundamentais não são absolutos, e em caso de tensão entre eles cabe sopesá-los, mediante juízo de ponderação, para que se opte pelo mais adequado à situação, considerando os demais bens jurídicos a serem tutelados. São direitos relativos que encontram limitação nos demais direitos consagrados na Constituição Federal. É fisicamente impossível preservar dois direitos fundamentais quando antagônicos; o exercício de um prejudica ou invalida o do outro.

Anote-se que “a pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo *interesse público*, que não se confunde com aquele fixado pelo legislador, mas, ao contrário, é tido como uma grandeza autônoma pluralista” (BAPTISTA, 2003, p. 204, grifo da autora). Para solucionar o impasse, o método da ponderação deve ser aplicado. Como anotado por Lorena Duarte Santos Lopes:

Visando solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade, conforme visto anteriormente.

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam.

[...]

Após constatar que existe de fato um conflito, é possível iniciar a ponderação propriamente dita dos interesses envolvidos em disputa. Nessa fase ocorrerá o sopesamento de valores envolvidos no conflito. Após a atribuição de pesos, será necessário decidir com qual intensidade esse grupo de normas deve prevalecer no caso concreto.

[...]

A utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de se servir a subjetivismos exacerbado, envolvendo avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Por essa razão, é preciso ter em mente alguns limites que devem ser respeitados na utilização da ponderação. (LOPES, 2012)

Como observado por Patrícia Baptista, o critério para a ponderação é o princípio da proporcionalidade.

É o princípio da proporcionalidade, com efeito, que fornece o instrumental que servirá de parâmetro à valoração dos interesses relevantes em jogo. Em outras palavras, são critérios oriundos da construção desse princípio que guiarão a Administração no processo

de pesagem dos interesses representados no procedimento. A máxima realização dos interesses em jogo, o menor sacrifício possível de cada um deles, a adequação dos interesses manifestados para o alcance dos objetivos pretendidos e a prevalência dos direitos fundamentais representam apenas alguns dos balizamentos para orientar a Administração no processo de ponderação”. (BAPTISTA, 2009, p. 214)

Como já dito, os direitos fundamentais não são ilimitados; como tal, cabe ao Estado garantir a convivência pacífica entre direitos e interesses potencialmente antagônicos que convivem no meio social de modo a garantir sua fruição na medida do possível pelos respectivos titulares.

Ocupação de bens de uso especial, exercício regular da cidadania e conflito de direitos

Os bens de uso especial são destinados à prestação de um serviço ou atividade pública. Eles têm uma destinação, normalmente, para garantir um direito fundamental. Por outro lado, o exercício da cidadania, explicitado no direito de manifestação e livre associação é assegurado pela Constituição Federal. Contudo, tais direitos não são absolutos, mas sim limitados pelo alcance de outros direitos fundamentais.

A ocupação de bens de uso especial, como escolas, impede ou limita o acesso à educação. As aulas são suspensas ou perturbadas por um aglomerado de pessoas, descontentes com determinada situação, que dizem representar a vontade da maioria.

No conflito entre o direito à livre manifestação do pensamento e direito ao trabalho e educação sobrepõem-se o direito à educação e o direito ao trabalho, considerando que o direito à livre manifestação pode ser exercido de várias outras formas, e que o trabalho e a educação raramente podem ser exercidos em outros locais, quando possível, certamente com grande prejuízo. Assim, podemos concluir que o direito à livre manifestação do pensamento não sofre prejuízo enquanto os demais praticamente ficam aniquilados.

É relevante notar que a indignação coletiva decorre de uma percepção subjetiva da realidade que advém da experiência vivida pelo cidadão, mas que também pode ser instituída por boatos, esperanças infundadas, pânico generalizado, influência de algum tipo de liderança, de formadores de opinião ou por exploração da mídia. Desse modo, nem sempre os manifestantes defendem interesses que podem ser considerados seus ou que representem entendimento pessoal consciente sobre a questão defendida.

A ação coletiva que visa manifestar o descontentamento pode ocorrer de várias formas, entre elas as previstas no sistema jurídico em vigor, que seguem o comportamento-padrão, ou as que não seguem o padrão, sob o argumento de ausência de eficácia dos mecanismos usuais colocados à disposição do cidadão.

Admitir manifestações que fogem ao padrão usual, como a ocupação de bens públicos de uso especial, acaba esbarrando em uma perigosa conduta que será obrigatoriamente suportada por toda a sociedade; tem-se, ainda, o efeito reflexo, pois obrigam-se todos a tolerar o mesmo tipo de conduta defendendo orientação contrária.

As manifestações coletivas têm influência na relação entre cidadãos e não apenas entre Estado e cidadão; como tal, são admitidas até o limite do direito do outro cidadão. A colidência de direitos fundamentais se resolve pela técnica da ponderação, que não

atinge situações que vão além da legalidade; ou seja, se há abuso no exercício de um direito, prevalece o regularmente exercido.

Manifestação acompanhada de depredação ao patrimônio público, impedimento ao livre exercício do trabalho ou educação vão além da legalidade, do regularmente aceito, e ingressam no território da ilegalidade. No caso de ocupação das escolas, a causa que se pretendia defender ou a atenção que se pretendia chamar, poderia ocorrer de outras formas, tão eficientes quanto, como passeatas ou ações judiciais, sem prejuízo do direito ao trabalho e à educação.

Conclusão

O modelo da democracia representativa apresenta problemas que já não mais atendem aos anseios da sociedade. A democracia participativa surge para tentar sanar os problemas enfrentados pela democracia representativa, com a criação de instrumentos de controle sobre a atuação estatal e o aumento da participação popular na tomada de decisões. A participação popular é indispensável para a realização da cidadania e está presente em todas as funções estatais.

A ocupação de bens de uso especial vem sendo utilizada como forma de manifestação popular para chamar a atenção de um problema e exigir que a vontade da coletividade seja levada em consideração na tomada de decisão política. Todavia, por vezes, tal forma de ocupação acaba por colidir com outros direitos, prejudicando por completo o seu gozo por outros cidadãos. O exercício de um direito fundamental por um cidadão aniquila o exercício de outro direito fundamental por outro cidadão; o direito de um se sobrepõe ao direito de outro. Como resolver tal impasse?

Em caso de colidência de direitos fundamentais, deve ser utilizado o sistema de ponderação, que é guiado pelo princípio da proporcionalidade. Devem ser levados em conta a máxima realização do interesse e o menor prejuízo possível.

A ocupação de bens de uso especial pode impedir o acesso à educação ou ao exercício do trabalho. Já o exercício da cidadania pode ser feito de outras formas, também eficazes; deve, portanto, prevalecer o direito ao trabalho e educação. Por serem tidos como grandeza autônoma pluralista tais interesses pelo Estado, impõe-se a ele a obrigação de retomar o imóvel, conforme seu poder de autotutela, para proteger o patrimônio público e preservar direitos fundamentais de terceiros.

Referências

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://bit.ly/2D9F3h0>>. Acesso em: 4 maio 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DALLARI, Dalmo. *Cidadania e direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1998. (Coleção Polêmica).

FELDENS, Luciano. *Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, Lorena Duarte. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2yGji55>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Centro de Apoio Operacional Criminal. *Nota técnica*. Disponível em: <<https://bit.ly/2RJAZZT>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORAIS, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício de poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2A4Ylm4>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Acórdão: 2015.0000881950*, Relator: Coimbra Schmidt, DJ: 23/11/2015, 7ª Câmara do Direito Público Disponível em: <<https://bit.ly/2yh33f4>>. Acesso em: 12 abr. 2017.