

Volume 9

O Direito Achado na Rua

Introdução crítica ao Direito Urbanístico



Universidade de Brasília

Reitora : Márcia Abrahão Moura
Vice-Reitor : Enrique Huelva

EDITORA



UnB

Diretora : Germana Henriques Pereira

Conselho editorial : Germana Henriques Pereira
Fernando César Lima Leite
Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
Carlos José Souza de Alvarenga
Estevão Chaves de Rezende Martins
Flávia Millena Biroli Tokarski
Izabela Costa Brochado
Jorge Madeira Nogueira
Maria Lidia Bueno Fernandes
Rafael Sanzio Araújo dos Anjos
Verônica Moreira Amado

Volume 9

O Direito Achado na Rua

Introdução crítica ao Direito Urbanístico

Organizadoras e organizadores

José Geraldo de Sousa Junior
Nelson Saule Junior
Adriana Nogueira Vieira Lima
Henrique Botelho Frota
Karoline Ferreira Martins
Lígia Maria S. Melo de Casimiro
Marcelo Eibs Cafrune
Marcelo Leão
Mariana Levy Piza Fontes
Rodrigo Faria G. Iacovini
Sabrina Durigon Marques

EDITORA



UnB

Coordenadora de produção editorial : Equipe editorial
: Luciana Lins Camello Galvão
Revisão : Jeane Antonio Pedrozo
Projeto gráfico e capa : Cláudia Dias
Ilustrações : Nazareno Afonso

© 2019 Editora Universidade de Brasília

Direitos exclusivos para esta edição:
Editora Universidade de Brasília
SCS, quadra 2, bloco C, nº 78, edifício OK, 2º andar,
CEP 70302-907, Brasília, DF
Telefone: (61) 3035-4200
Site: www.editora.unb.br
E-mail: contatoeditora@unb.br

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação
poderá ser armazenada ou reproduzida por qualquer meio sem
a autorização por escrito da Editora.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade de Brasília

I61 Introdução crítica ao direito urbanístico [recurso eletrônico] /
 organizadoras e organizadores, José Geraldo de Sousa Junior
 ... [et al.]. – Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2019.
 495 p. – (O direito achado na rua ; 9).

Formato: PDF.
ISBN 978-85-230-0930-4.

1. Direito à cidade. 2. Movimentos sociais. 3. Direito
urbanístico. I. Sousa Junior, José Geraldo de (org.). II. Série.
CDU 34:711(81)

Impresso no Brasil

Sumário

PARTE I

O DIREITO ACHADO NA RUA E UMA PERSPECTIVA CRÍTICA PARA O DIREITO URBANÍSTICO

Apresentação ————— 16

Nota ao prefácio ————— 22

Prefácio: Introdução ao Direito ————— 24

Roberto Lyra Filho

Os conflitos urbanos no Recife: o caso Skylab ——— 30

Boaventura de Sousa Santos

CAPÍTULO 1 ————— 66

Brasília, *urbs, civitas, polis*: moradia e dignidade humana

José Geraldo de Sousa Junior e Alexandre Bernardino Costa

CAPÍTULO 2 ————— 78

Comentário ao texto: “Os conflitos urbanos no Recife: o caso do Skylab”, de Boaventura de Sousa Santos

Eduardo Xavier Lemos

CAPÍTULO 3 ————— 82

Direito e espaço urbano: uma perspectiva crítica e progressista

Marcelo Cafrune e Lucas P. Konzen

CAPÍTULO 4 ————— 86

O Direito Urbanístico achado nas ruas brasileiras

Benny Schvarsberg, Camila Maia Dias Silva e Flávia Pedrosa

CAPÍTULO 5 ————— 93

O Direito Urbanístico vai à cidade: por uma leitura jurídica inserida na produção conflitiva do espaço urbano

Alvaro Pereira, Giovanna Bonilha Milano e Leandro Franklin Gorsdorf

CAPÍTULO 6 ————— 100

Entra em beco, sai em beco... Direitos, emergências e tensões em torno do direito à moradia

Adriana Nogueira Vieira Lima, Liana Silvia de Viveiros e Oliveira e

Maria José Andrade de Souza

CAPÍTULO 7	108
Existem instrumentos urbanísticos “progressistas” ou “regressistas”? Reflexões sobre uma possível “entrada” para pensar criticamente o Direito Urbanístico <i>Alex Ferreira Magalhães</i>	
CAPÍTULO 8	116
E a favela veio para o centro <i>Jacques Távora Alfonsin</i>	
CAPÍTULO 9	123
Notas para um (des)curso de Direito Urbanístico <i>Julia Ávila Franzoni e Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino</i> <i>Labá – Direito Espaço Política</i>	
CAPÍTULO 10	130
A produção da cidade ilegal: processos de estigmatização e criminalização de espaços urbanos <i>Alicia Soares, Ana Antic, Catarina Sula, Gabriel Carvalho, Gabriel Mariotto, Gianluca Biagini, Grazielly Rocha, Guilherme Novaes, Gustavo Formenti, João Sano, Laura Gonzaga, Leticia Kleim, Mariana Guerra, Marianna Haug, Raiany Boaventura, Samaerika Santos e Tais Fagundes</i> <i>Núcleo de Direito à Cidade</i>	
CAPÍTULO 11	136
Raça, espaço e direito: reflexões para uma agenda decolonial no Direito Urbanístico <i>Luana Xavier Pinto Coelho e Lorena Melgaço</i>	
CAPÍTULO 12	144
A cidade como um bem comum pilar, emergente do direito à cidade <i>Nelson Saule Júnior</i>	
CAPÍTULO 13	153
Iluminismo e cidade em Sergio Paulo Rouanet: pontos de partida para uma discussão sobre o direito à cidade <i>Wilson Levy</i>	

PARTE II

O DIREITO À CIDADE COMO PARADIGMA DO DIREITO URBANÍSTICO

CAPÍTULO 14 162

O direito à cidade: desafios para a construção da utopia por uma vida transformada

Henrique Botelho Frota

CAPÍTULO 15 171

O direito à cidade achado na rua e o ordenamento jurídico brasileiro

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

CAPÍTULO 16 178

O direito à cidade sob a lente dos intérpretes do Direito

Daniel Gaio

CAPÍTULO 17 186

Reflexões preliminares sobre a reforma urbana e o direito à cidade

Rafael Soares Gonçalves

PARTE III

ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO NO BRASIL

CAPÍTULO 18 194

“Ainda vão me matar numa rua”: direito à cidade, violência contra LGBTI+ e heterocisnormatividade na cidade-armário

Claudio Oliveira de Carvalho e Gilson Santiago Macedo Júnior

CAPÍTULO 19 202

Além do protesto: Movimento Pau de Arara reivindica a cidade

Lauro Gurgel de Brito

CAPÍTULO 20 208

Assessoria técnica e organização popular em defesa do direito à cidade: a experiência das ZEIS em Fortaleza, Ceará

Marcela Monteiro dos Santos, Lucas Gollignac Lessa e Thais Oliveira Ponte

CAPÍTULO 21 214

A capoeira como (re)significação do direito à vida urbana

Álison Rafael de Sousa Lopes

CAPÍTULO 22 223

A cidade como espaço de lutas por direitos: a política referencial de direito à cidade da Cese em sua atuação junto aos movimentos sociais

Vanessa Pugliese

CAPÍTULO 23 232

Cidades para as Pessoas: experiências e desafios do direito à moradia e a participação popular na gestão urbana do município de Blumenau – SC

Anamaria Teles, Carla Cintia Back, Feliciano Alcides Dias, Marilda Angioni e Luiz Guilherme Karpen

CAPÍTULO 24 240

Desafios para a concretização de direitos que brotam das lutas sociais: assessoria jurídica popular e o caso da ocupação urbana em Santo Antônio de Jesus-Bahia

Leonardo Fiusa Wanderley

CAPÍTULO 25 248

O direito achado nas ruas do Rio: uma nova agenda do direito à cidade

Enzo Bello e Gladstone Leonel Júnior

CAPÍTULO 26 255

Direito à moradia achado na rua e o poder judiciário

Rafael de Acypreste e Alexandre Bernardino Costa

CAPÍTULO 27 265

Direito à moradia para as mulheres sob a ótica da autonomia: atuação e conquistas dos movimentos sociais

Maiara Auck

CAPÍTULO 28 271

Direito ao trabalho e à moradia como indissociáveis ao direito à cidade: relato da experiência do programa Polos de Cidadania com uma cooperativa formada por trabalhadores com trajetória de rua

Sielen Caldas de Vilhena, Ana Laura Gschwend Monteiro,

Barbara Franciele Oliveira Gualberto e Luísa Bergara de Souza

CAPÍTULO 29 278

O endireitamento da agenda urbana como efeito do poder conservador das ruas no golpe de 2016

Rene José Keller e Suellen Bezerra Alves Keller

CAPÍTULO 30 287

A função social da posse e moradia: direitos achados nas ocupações organizadas no centro de São Paulo

Carmen da Silva Ferreira, Jomarina Abreu, Luciana Bedeschi

CAPÍTULO 31 294

O jargão como delimitador de espaços urbanos – uma comunidade de travestis do bairro Sete Portas – Salvador (BA): uma análise à luz da Ecolinguística e do Direito Achado na Rua

Tadeu Luciano Siqueira Andrade

CAPÍTULO 32 304

Movimento Sociocultural Noitesuja e a luta pelo direito à cidade

Amanda Nobre Alayon Mescouto da Silva, Amayna Beatriz Neves Farias Dantas da Cunha, Elis Silva de Carvalho, Leonardo Botelho dos Santos e

Maura Sabrina Alves do Carmo

CAPÍTULO 33 310

Práticas urbanas insurgentes, pluralismo jurídico e assessoria popular na construção do direito à cidade: o caso do Ceas

Elen Catarina Santos Lopes, Manoel Maria do Nascimento Junior e

Thaianna de Souza Valverde

CAPÍTULO 34 316

Um projeto histórico de liberdade: a experiência dos ciganos Calon do bairro São Gabriel, em Belo Horizonte – MG, no processo de regularização fundiária

Priscila Paz Godoy

CAPÍTULO 35 325

Participação social na revisão do Plano Diretor de Palmas –TO: o Judiciário diante de sua função política

João A. Bazzoli e Nayara Gallieta Borges

CAPÍTULO 36 332

População em situação de rua: direito à moradia, direito à cidade

Francisco das Chagas Santos do Nascimento

CAPÍTULO 37 340

Os povos indígenas e as lutas pelo bem viver a cidade no Brasil

Assis da Costa Oliveira, Isabella Cristina Lunelli e Renata Carolina Corrêa Vieira

PARTE IV

O DIREITO URBANÍSTICO APLICADO PARA A PROMOÇÃO DA POLÍTICA URBANA

CAPÍTULO 38 **348**

Resistências urbanas e assessoria técnica, a arquitetura possível e necessária

Caio Santo Amore, Leandro de Oliveira Coelho, Maria Rita de Sá Brasil Horigoshi e Rafael Borges Pereira

CAPÍTULO 39 **358**

A política urbana que nós amávamos tanto: balanço e perspectivas do Direito Urbanístico no Brasil

Betânia de Moraes Alfonsin, Paulo Eduardo de Oliveira Berni e Pedro Prazeres Fraga Pereira

CAPÍTULO 40 **366**

O plano diretor e a legislação brasileira: avanços, retrocessos e desafios

Mariana Levy Piza Fontes

CAPÍTULO 41 **375**

Direito Urbanístico e propriedade em um bairro autoconstruído de Salvador

Raúl Márquez Porras

CAPÍTULO 42 **382**

Desafios de implementação do direito à cidade nas periferias brasileiras: a desinformação urbanística na ZEIS Bom Jardim

Clarissa Figueiredo Sampaio Freitas e Mariana Quezado Costa Lima

CAPÍTULO 43 **389**

Direito achado nas ruas, nos rios e nos mares: a regularização fundiária entre as funções arrecadatória e socioambiental do patrimônio da União

Patricia de Menezes Cardoso

CAPÍTULO 44 **399**

Ocupação de edifícios em grandes cidades brasileiras: questões de regularização fundiária

Edson Ricardo Saleme e Renata Soares Bonavides

CAPÍTULO 45 **406**

Orçamento participativo no Distrito Federal: um aprendizado urbano democrático e cidadão

Nair Heloisa Bicalho de Sousa

CAPÍTULO 46 _____ 417

O papel da normativa internacional do direito à moradia e a luta pela sua efetivação

Ivan Tamaki Monteiro de Castro e Livia Gimenes Dias da Fonseca

CAPÍTULO 47 _____ 424

O poder público e o instituto do tombamento na eficácia da preservação de imóveis no centro antigo da cidade de Salvador

Lysie dos Reis Oliveira e Camila Celestino C. Archanjo

CAPÍTULO 48 _____ 432

Usucapião coletiva em litígio: os limites do sistema de justiça na interpretação do art. 10 do Estatuto da Cidade a partir do estudo de caso das ações do Bolsão Sabará, na cidade de Curitiba – PR

Maria Eugenia Rodrigues Trombini e Alice Dandara de Assis Correia

CAPÍTULO 49 _____ 442

Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) e O Direito Achado na Rua no contexto da crise epistemológica da ciência moderna

Paulo Somlanyi Romeiro

CAPÍTULO 50 _____ 449

A cidade das pessoas: em defesa da função social da propriedade e da posse urbana

Karla Moroso, Benedito Roberto Barbosa, Orlando Santos Junior e

Fórum Nacional de Reforma Urbana

PARTE V

RETRATOS DA PRODUÇÃO
SOCIAL DO DIREITO
URBANÍSTICO

O Direito Urbanístico achado na rua _____ 453

**Sobre os autores, as autoras, os
organizadores e as organizadoras** _____ 483

Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico

O Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU)¹ é uma associação civil de âmbito nacional sem fins lucrativos que atua como produtor de conhecimento e disseminador de reflexões em torno do Direito Urbanístico, tendo como fundamento a defesa do direito à cidade. Com atuação desde 2005, reúne profissionais, pesquisadores e estudantes e possui, dentre suas finalidades, o desenvolvimento de pesquisas que incidem sobre a reivindicação, desenho e implementação de políticas urbanas e ambientais, apoiando movimentos populares e outros atores sociais no que diz respeito à promoção do direito a cidades justas, democráticas e sustentáveis.

Mais do que se preocupar com o desenvolvimento do direito urbanístico como uma disciplina hermética, o IBDU atua sempre no sentido de ampliar o debate, agregando conhecimentos variados e múltiplos, inclusive aqueles que surgem das práticas cotidianas dos movimentos sociais. Ao longo desses 14 anos de atuação, o Instituto constituiu uma ampla rede de associados, que congrega juristas, urbanistas, arquitetos, advogados e demais estudiosos da área do planejamento urbano, colocando-se como uma entidade que maneja a lei e tem em seu horizonte o que está além dela.

Com uma administração interna descentralizada, o IBDU tem como diretriz institucional uma atuação espalhada e descentralizada no território nacional, buscando incidir em todas as cinco macrorregiões do país e congregando narrativas diversificadas e perspectivas múltiplas do que é direito à cidade.

Passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e quase duas décadas do Estatuto da Cidade, é possível constatar que houve significativo avanço da ordem jurídico urbanística no país, referenciada nos marcos das funções sociais da cidade e da propriedade, da gestão democrática das cidades e do bem-estar de seus habitantes, processo para o qual contribuímos ativamente, mesmo antes de nossa fundação. Diante do contexto de crise política e social vividas no país nos últimos anos, muitas dessas conquistas encontram-se sob ameaça. O Instituto encontra-se comprometido com a defesa dos valores e princípios consagrados por esta ordem, mobilizando seus associados e articulando-se com outros atores engajados na resistência aos retrocessos impostos.

Dentre suas linhas de atuação, é importante ressaltar, o IBDU tem o compromisso ainda de promover a reconstrução cotidiana do campo do Direito Urbanístico a partir do diálogo com interseccionalidades como gênero, raça e sexualidade. Ativamente participante da pesquisa acadêmica no Brasil, o Instituto edita e promove semestralmente a Revista Brasileira de Direito Urbanístico (RBDU), revista acadêmica que tem por iniciativa a difusão do pensamento crítico sobre temas relacionados à política urbana e suas implicações na ordem jurídica.

¹ Página na internet: <http://www.ibdu.org.br/>.

Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos

O Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos (NEP)¹ representa a mais nítida iniciativa concernente aos direitos humanos no âmbito da Universidade de Brasília. Trata-se de uma unidade de pesquisa, organizada em perspectivas temáticas e interdisciplinares, administrativamente vinculada ao Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (Ceam). Congregando professores, estudantes, servidores, profissionais e investigadores de diferentes áreas, dedica-se o NEP à reflexão sobre o problema da paz e à promoção da dignidade da pessoa humana.

Basicamente, segue uma linha de atuação com o propósito de reunir pessoas e entidades públicas e privadas para debater e desenvolver novas formas de ensino e aprofundar a pesquisa sobre a paz e os direitos humanos a fim de que se estabeleçam relações recíprocas, neste campo, entre a sociedade e a universidade.

A concepção de direitos humanos a que se referem os objetivos do NEP deriva de um texto que serviu de ponto de partida para as discussões levadas a efeito no Colóquio sobre Direitos Humanos na América Latina, promovido, em 1987, em conjunto com a Fundação Dannielle Mitterrand (France-Libertes). Nesse texto, o NEP afirmou que, na América Latina, o problema dos direitos humanos compreende não somente a luta pelos direitos humanos da tradição liberal, como os direitos individuais, políticos e civis, e os direitos dos trabalhadores na pauta socialista, mas, também, a transformação da ordem econômica nacional e internacional, contra toda a marginalização, a exploração e as formas de aniquilamento, que impedem a possibilidade de uma participação digna nos resultados da produção social e o pleno exercício do direito à cidadania. A dignidade aí referida não exprime somente a ideia absoluta e abstrata de natureza humana, designativa dos direitos tradicionais. O NEP sustenta uma concepção abrangente desde a qual a noção de paz compreende um sistema complexo de relações políticas que dependem da estreita relação entre direitos humanos, democracia e liberdade.

O NEP se constitui como uma unidade de pesquisa, dirigida por um conselho deliberativo composto por todos os seus membros, o qual elege um coordenador e o seu vice, nomeados pelo reitor da Universidade. A maioria dos membros, incluindo aqueles diretamente ligados à Universidade, participam do Núcleo sem remuneração, exceto a participação em recursos de financiamento de pesquisa ou pró-labore e a remuneração derivada do contrato básico do professor ou servidor. A estrutura material e de pessoal de apoio é oferecida pela Universidade, por meio do Ceam.

Criado em 1º de dezembro de 1986, por ato do reitor e autorização do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe), o NEP registra resultados significativos, com reconhecimento nacional e internacional, conforme consta de relatórios anteriores (nomeação para o prêmio Unesco de Educação para os Direitos Humanos, candidatura indicada pela IPRA – International Peace Research Association; resenha de Andre-Jean Arnaud no nº 9, 1988, de *Droit et Societé*, Montcretien, Paris). Seus membros, qualificados em sua formação científica e experientes na prática de uma intervenção transformadora na sociedade, têm forte presença em eventos, com publicações de trabalhos e progressos em pesquisas nos campos da paz e dos direitos humanos, pela identificação de três linhas principais de pesquisa, a saber: O Direito Achado na Rua, Pesquisa para a Paz e Direitos Humanos e Cidadania.

¹ Texto originalmente publicado no primeiro volume da série *O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao Direito*, em 1993.



PARTE I

O Direito Achado na Rua e
uma perspectiva crítica para o
Direito Urbanístico

Capítulo 8

E a favela veio para o centro

Jacques Távora Alfonsin

1. Introdução

O número das famílias sem teto no Brasil varia conforme os critérios norteadores das pesquisas que servem de base para as estatísticas. Em todo caso, sabe-se que, no Brasil, esse número alcança milhões de pessoas, quase todas pobres ou miseráveis. Com a licença de arquitetos, sociólogos e juristas, a favela está sendo tomada aqui de forma generalizada, como todo aquele espaço físico de terra e de edificação, como um lugar de sem tetos, pela insegurança de vida e de posse da multidão ali residente, deixando-a sob permanente risco de ser removida. Sem garantia do seu futuro destino, no caso de alguma ação judicial, ou outro tipo de violência, como enchente ou deslizamento de terra, impor o desapossamento da sua moradia, se é que se pode chamar de moradia uma situação como esta.

Sob tais limitações de análise, entendemos conveniente dividir o nosso estudo sob inspiração de um jurista espanhol, Antonio Hernández Gil, que foi presidente do Tribunal Supremo da Espanha, cujas lições já nos serviram na defesa político-jurídica de gente pobre, no magistério e em outros artigos de doutrina. Ele coloca em questão, em duas de suas obras, *La función social de la posesión* e *La posesión*, o que entendemos possa ser tomado como base de tudo o que envolve a posse de uma fração de terra, como o próprio conteúdo do direito humano fundamental social de moradia. Ao comparar a função social da posse com a do direito de propriedade, o autor abre oportunidade também para o debate sobre todos os conflitos sociais, refletidos no mundo jurídico, quando esses direitos estão em causa nesses mesmos conflitos:

A posse ganhou fama de tema difícil. Seria presunçoso negar um fundo de certeza ao assento tradicionalmente repetido. Antes de tudo, há que se deslindar terrenos e não confundir a dificuldade intrínseca com a obscuridade expositiva. [...] Para tal fim, convém ter sempre presente a diferença que existe entre o dado real inevitável, o fator-histórico positivo e o tratamento científico. (GIL, 1969).

O dado real inafastável, o fator histórico positivo e o tratamento científico podem ser estudados em suas implicações recíprocas, ainda que de forma resumida, como eixos principais da crítica jurídica do direito humano fundamental de moradia enquanto condicionado por posse colocada em conflito com qualquer outro direito sobre terra, especialmente o de propriedade. A abordagem seguida de cada um desses eixos pode facilitar, talvez, a compreensão do grande desafio que se encontra implicado no acesso a esse bem de vida, na condição de conteúdo de direito, que o reconhece e pretende garanti-lo, também como parte integrante do direito à cidade.

2. O dado real inevitável

Como acontece diuturnamente no Brasil, tanto no meio urbano quanto no meio rural, o dado real inevitável desse direito é o de a própria vida das pessoas depender da posse de um espaço físico onde se abrigue e, em um Estado que se proponha democrático e de direito, de um modo suficiente, seguro e digno. Integrada no perímetro urbano, a moradia não é um espaço isolado, independente da cidade, de todos os serviços públicos que a servem, do ambiente favorável à convivência humana. As favelas, incluindo-se os cortiços, as áreas imóveis de risco, as subhabitações, as malocas de beira de rios e lagoas sujeitas a cheias periódicas, os barracos colocados sob pontes ou marquises e outros lugares onde multidões pobres ou miseráveis encontram chão, não preenchem, evidentemente, nenhuma daquelas condições, ressalvadas apenas as que já receberam alguma intervenção pública do tipo, por exemplo, de regularização fundiária. Nada disso lhes veta o direito à cidade.

Habitar, morar, residir ou qualquer outra denominação que se possa dar ao direito de moradia implica em respeitar e garantir sua existência, validade e eficácia, como pressuposto de dignidade e cidadania de qualquer ser humano. A ausência de um teto sob tal condição também provoca, por si só, danos irreversíveis em outros direitos humanos fundamentais, bastando lembrar segurança e saúde, por exemplo, para comprovar-se duas das principais características desses direitos, a indivisibilidade e a interdependência. Daí a oportunidade de se avaliar, no nível do respeito à vida inerente ao direito de moradia, quais os efeitos da não satisfação da necessidade humana que lhe dá conteúdo.

A começar por esse dado real inevitável, em coletânea de estudos organizada por Jesús Ballesteros, María José Añon Roig contribui com o artigo *Fundamentação dos direitos humanos e necessidades básicas*. Vale a pena lembrar cinco das lições desta jurista sobre as necessidades humanas, aqui recolhidas para relacioná-las com o direito humano fundamental social de moradia:

Nós não elegemos as nossas necessidades, sobre as quais possamos ter uma atuação positiva ou não; nós não temos que justificar nossas necessidades com razões para dizer que uma necessidade existe; as situações ou estados de necessidade nos colocam diretamente em relação com a noção de dano, prejuízo grave para a pessoa – aqui, oportunamente, a autora distingue necessidade de desejo, mostrando como a primeira é aquela da qual “não podemos escapar”, sob pena de: o prejuízo, ou grave detrimento “manter-se exatamente nas mesmas condições, salvo essa situação se ver satisfeita, cumprida ou realizada, não havendo nenhuma possibilidade alternativa de sair disso” –; “não se trata

de contratempos, problemas ou prejuízos passageiros, mas sim de uma ‘degeneração’ permanente de qualidade da vida humana que há de manter-se enquanto não se obtenha uma satisfação”.

A simples juntada de uma certidão do registro público de um imóvel, entretanto, em um processo judicial qualquer, tem sido julgada suficiente para desapossar multidões inteiras de suas moradias, sem qualquer atenção ao uso (!) que o autor da ação contra elas proposta está fazendo da terra onde essas famílias vivem, o que mostra os injustos efeitos que decorrem da desconsideração da necessidade vital contida no direito de moradia como provada por Roig. Da injustiça social, na qual se encontra a causa dessa desconsideração, parece que ao Judiciário está proibido de enfrentar e remediar, mesmo no micro-processo das lides onde ele é chamado a julgar. É como se a função social de propriedade ou da posse não fosse prevista em lei justamente para impedir essa mutilação interpretativa dos fatos, da lei e do Direito.

É o que propomos analisar, também em resumo, no que Gil chama de “fator histórico-positivo”, ao qual se refere como segunda base empírica de abordagem da posse. Serve de introdução para esse fator, uma severa e oportuna lembrança de Herrera Flores. Com muita propriedade, dizia este lembrado jurista: “Quando se luta unicamente por direitos – e não pelo acesso aos bens necessários para uma vida digna – já estamos lutando encerrados na jaula de ferro do liberalismo individualista dominante na concepção jurídica ocidental.”

3. O fator histórico-positivo

O dano irreversível da histórica ausência de garantias à efetividade dos direitos sociais, como o da moradia, cujo custo nunca merece prioridade nos orçamentos públicos, frequentemente seguido de renúncias fiscais em favor do capital, já alerta para o fato de que, para as necessidades cuja satisfação é inadiável, lembradas por María Roig, visivelmente presentes no exercício efetivo do direito de moradia, o espaço é muito estreito e ao mesmo se proíbe, tacitamente, dar maior atenção. O povo pobre, então, não encontra outra saída que não a da favela. Antigamente, essa só encontrava assento nas periferias, enxotadas pela gentrificação. Agora, até as periferias já se encontram com gente amontoada. Daí ela ter-se mudado para o centro urbano, com a mesma e dolorosa insegurança de posse, que o comprove o incêndio de um edifício de 24 andares no Largo do Paissandu, no centro de São Paulo, abrigo de dezenas de famílias pobres, no dia 1º de maio de 2018. Mesmo sob um ordenamento jurídico privatista e patrimonialista como o nosso, é possível duvidar-se do *dado real inevitável* de que toda a multidão vítima daquele incêndio estava exercendo o seu direito de moradia? Se a resposta for negativa, a favela que veio para o centro de São Paulo chegou ao centro físico da cidade, mas não conseguiu alcançar o centro do mundo jurídico, pelo menos o “oficial”.

Aí todo o mérito do Direito Achado na Rua. Para este, não é concebível que um meio de vida, como é a casa, seja negado sem que se traia diretamente o fim ao qual ele se destina, ou seja, o direito à própria vida posto em causa neste sinistro. Trata-se, então, de um direito não escrito, mas existente, válido e eficaz? Sim. A vida não depende de certidão. Esse é o ponto crucial de todos os direitos humanos fundamentais. A idolatria do devido processual legal, onde se encontram encravados o papel e a burocracia, já chegou ao ponto de substituir a natureza. Vale mais o documento do que o corpo da pessoa. Justamente por isso é que a maior parte dos direitos fundamentais sociais vem sendo historicamente garantida pelo Direito Achado

na Rua e não pelo Estado. Nem se precisa do jusnaturalismo, frente a essa realidade, para se demonstrar como é classista e artificial a polêmica sobre se a eficácia dos direitos humanos fundamentais sociais vale somente para as relações jurídicas das pessoas com o poder público e não para as relações privadas.

Basta a leitura da quantidade de leis, de doutrina e de árduas construções jurisprudenciais que, muito antes de sua formulação oficial, como ato de um Estado, já tinham sido reconhecidas, de fato, como direitos e, assim, respeitados como se fizessem parte de um ordenamento jurídico dotado de autoridade e sanção, tanto fora como dentro do Estado. Esta não seria uma perigosa porta aberta para todo o tipo de ativismo administrativo ou judicial? – Responda-se tal pergunta por outra, para desarmar a provocação maliciosa que ela esconde: o ativismo judicial só vicia o direito não escrito, aquele que vem da rua? Além desse tipo de inconveniência não se encontrar imune, o direito positivado, escrito, vale contra o seu risco, na interpretação e aplicação de qualquer direito, a advertência até de um famoso positivista (!), dos mais famosos juristas brasileiros do século passado, quando pergunta sobre onde mora (!) o direito:

Onde ele reside? Nos nossos espíritos? É muito frágil repositório para energias que domam a todos; e uma coisa é o direito e outra o conhecimento, a ideia, o sentimento do direito. Só nos Códigos e nas leis escritas? Não; porque não precisa ele, sempre, de estar no papel para atuar, e nem do que se lança nos pergaminhos, nos livros, nos diários oficiais, ainda que leis se digam, merece o nome de regra jurídica. Na sociedade? Sim; é ali que o haveis de encontrar, na vida social, um de cujos elementos é ele; e, se quereis vê-lo, provocai-o, feri-o, que não tardará o vejais no que ele tem de mais perceptível, que é a coerção, ou no que há de mais geral e revelador da solidariedade inerente aos corpos sociais: a garantia. (PONTES, 1972, p. 86)

Datada de 1972, quando fazia 50 anos que a primeira edição tinha sido publicada, essa lição do velho Pontes pode até ser questionada hoje, pelo menos no que concerne à garantia devida aos direitos sociais, como o da moradia. Sua confiança na solidariedade, entretanto, como condição imprescindível para esse enfrentamento da injustiça aparecer coletivamente já antecipava o lugar e o tempo do Direito Achado na Rua e não nos “pergaminhos”. Aliás, como ele mesmo já advertira um pouco antes, na mesma obra:

[...] se atentais na continuidade da evolução, reconheceréis aquela mesma solidariedade no tempo, que produz a conexão orgânica das instituições jurídicas com o caráter do povo e as íntimas necessidades do grupo social. Para a semelhança entre o nascimento do próprio homem e o advento das instituições novas, proveu a coincidência com o próprio jorro de sangue. (PONTES, 1972, p. 82)

É isso. Não se trata de qualquer solidariedade. O direito que não está nos “pergaminhos”, encontra-a muito mais presente na rua e entre o *grupo social* do povo pobre, sem teto, muitas vezes com fome e, em matéria de moradia, aquele cujo sangue tem sido derramado frequentemente na execução das liminares possessórias que, de fato, lhes negam esse direito. A pretexto de salvaguardar posses e propriedades, mesmo quando essas são criminosas, ladras de terra por não cumprirem sua função social.

Aí mora o paradoxo: nem por isso o direito de moradia morre pela execução de uma liminar saída do direito dos pergaminhos. O Direito Achado na Rua resiste até à sua *revogação*. No caso da moradia desapossada pela ação de reintegração de posse, ele volta para a rua, se empodera e vige de novo na

rua e na favela. Basta lembrar-se de um exemplo, rigorosamente relacionado com o direito de parte de uma multidão, com moradia em uma favela, ter agora a possibilidade de ficar onde se encontra, livre de remoção, adjudicada ao reconhecimento do seu direito à regularização fundiária, depois de ter sido desapossada no mesmo ou em outro lugar.

Isso não cai do céu, já vigia (!) como direito, desde o momento em que, pela força do movimento popular em sua defesa, pobre e sem dinheiro para comprar terra onde morar, ela se viu forçada a ocupar o primeiro espaço disponível que encontrou para aí exercer posse de um bem indispensável à sua vida, mesmo quando essa esteja reduzida à sua sobrevivência.

Essa modalidade de proteção da moradia já existia, assim reconhecida sem carimbo oficial muito antes de viger qualquer lei escrita, o que nos convida a relembrar o quanto a função social da posse da terra, na maioria das ações possessórias que envolvem multidões pobres como rés, nunca ou quase nunca, é cogitada pelo Judiciário. Felizmente, já estão aparecendo muitos oásis no meio desse deserto, que os limites deste estudo não possibilitam ser aqui comentados.¹

4. Tratamento científico

O mesmo Pontes de Miranda (2002) ousou afirmar, em clara antecipação da doutrina constitucional, posteriormente defendida por Peter Haberle, sobre o que o último identifica como a “comunidade aberta dos intérpretes da Constituição”, o seguinte:

Os atos jurídicos, os atos da vida que não vão aos tribunais, são o maior repositório do Direito aplicado. Nos dados colhidos o pensamento escolhe o que se possa generalizar, e de tal preocupação abstrativa deriva o formalismo científico, algo de perigoso como o formalismo lógico. No Direito, avulta o risco, devido à missão investigadora e de certo modo postulante deixada aos profanos. Forma-se muita vez todo um sistema de regras escritas entrosadas e solidárias que constitui saber inútil posto que elegante, toda uma ciência abstrata e possível, senão estivesse em plena contradição com as circunstâncias, com a atualidade, a atualidade da vida. [...] A postura do espírito crítico diante da obra legislativa não poderia deixar de ser assaz fecunda para a ciência: revolveu a terra e trouxe à árvore social o forte alimento da realidade. A legislação abstrai; são mais ricas, mais concretas (principalmente muito mais concretas), posto que o não pareçam, a doutrina e a jurisprudência. [...] É preciso que a cidade seja feliz, escreve PLATÃO, nas Leis; ora, para isso, duas coisas são de mister: não cometer injustiça, não a sofrer. Não é difícil a primeira, mas é infinitamente mais difícil adquirir o poder necessário para não suportar.

Como se observa, é possível encontrar-se, mesmo em um autor positivista, uma extraordinária base retórica para a sustentação de que: a) existe um espaço de realização do Direito que não chega aos tribunais, seja por virtude do ordenamento jurídico quando é aceito e respeitado, seja por força da justiça feita

¹ Uma publicação da Terra de Direitos, todavia, *Diálogos sobre justiça e conflitos fundiários*, 2017, demonstra esse progresso, acrescentando o quanto a mediação tem contribuído para oferecer solução para esse tipo de lide.

pelas próprias mãos das vítimas das injustiças que a sua aplicação pode criar; b) são injustos os efeitos da legislação refém de um formalismo lógico que não arrisca vencer a distância que o mantém alheio à realidade onde vivem os “profanos”. Entre esses, para o que nos ocupa aqui, encontra-se todo o povo pobre com direito à moradia, mas sem acesso a ela; c) mais do que a conveniência de tal distância ser vencida, ela não deve ficar limitada a uma hipótese facultativa, mas o espírito crítico da lei é tão necessário para a sua interpretação e aplicação como a realidade do alimento é imprescindível para matar a fome; d) essa fome tem sido saciada muito mais pela doutrina e pela jurisprudência do que pela lei. Não é de se estranhar essa conclusão, pois os repetidos defeitos da última são logo sentidos pelas duas primeiras, nisso O Direito Achado na Rua antecipa a sempre oportuna suspeita de qual poder partiu a iniciativa de elaboração da lei, que legitimidade pode-se esperar dela quando for aplicada; e) se a cidade só é feliz quando e onde cada pessoa ou entidade preocupa-se em não cometer injustiça, é óbvio que ela deve enfrentar a dificuldade de tudo quanto é preciso fazer para não suportá-la e vencê-la. Como está presente nessa obrigação solidária, o direito à cidade, embora quão longe ainda nos encontremos de cumprí-la!

Poucos motivos de organização do poder político-jurídico exigem tanta convergência de ação como aquele que oferece resistência contra a injustiça, especialmente a injustiça social. A conscientização do sentido comunitário que se encontra latente na cidade, quase sempre puxada por movimentos populares, tem capacidade já provada no passado para conquistar essa união de frente contra as manipulações ideológicas que, quando não conseguem mascarar os males da injustiça social, transferem toda a responsabilidade pelos seus efeitos às suas próprias vítimas. Um modo violento e solerte de separá-las da cidade e do direito que a esta corresponde.

Qualquer decisão judicial faz o mesmo quando esquece ou ignora a injustiça social como a verdadeira causa da existência das favelas. De regra, as liminares deferidas em ações possessórias para desapossar a multidão ali residente preferem a injustiça praticada individualmente por um proprietário ou possuidor que descumpra a função social da terra, nisso prejudicando todo mundo, do que a justiça social que O Direito Achado na Rua garantiu ao bem que se encontra em causa, em benefício de todas(os). A função social da posse, nesse caso, se fosse realmente respeitada, seria o remédio eficaz contra o descumprimento da função social da propriedade.

Parece existir, então, um surpreendente catálogo de legitimação, nessa lição de Pontes (1972), para um direito achado na rua empoderar o direito humano fundamental social de moradia, previsto em letra expressa da Constituição Federal, em seu art. 6º, especialmente quando a correlação de forças econômico-políticas estiver desequilibrando a elaboração das leis orçamentárias em prejuízo dos direitos humanos fundamentais sociais. Servir-se o direito à moradia, porém, das tutelas de urgência e evidência, para fortalecer as suas garantias, precisa ele estar prevenido de que essas têm predominado justamente em sentido contrário, utilizadas contra multidões de pobres, rés em ações possessórias ou reivindicatórias. Nunca, ou quase nunca, lembram-se das urgências e das evidências inerentes à satisfação da necessidade de morar. É como se urgência e evidência, a serem tuteladas, só possam ser cogitadas quando o direito patrimonial estiver sob lide, mesmo quando esse – aí a enormidade do erro hermenêutico de aplicação da lei – não cumpre com a sua função social. Ainda está para chegar o dia em que uma tutela de urgência alcance liminar capaz de ser executada com sucesso imediato, impedindo os profundos efeitos daquela injustiça social, de regra presente na distribuição da terra,

refletida no descumprimento dessa função, da especulação imobiliária, do poder político que preside as previsões orçamentárias que deixam de reservar verbas indispensáveis à cobertura do custo das garantias devidas aos direitos sociais. Do verdadeiro esbulho praticado contra esses direitos sociais e os que protegem o meio ambiente pela chamada liberdade de iniciativa econômica, quando essa sepulta mangues, dizima o que resta de sombra vegetal no meio urbano, impermeabiliza o solo, avança sobre áreas de preservação permanente, aumenta o efeito estufa, suja a terra, o ar e as águas.

Se isso tudo acontece como resultado de uma cultura jurídica convencida de que é dessa forma que se garante justiça, efeito de uma tradição privatista e patrimonialista hostil aos direitos humanos fundamentais sociais, não se explica nem se justifica. Quando esse caos prevalece, os direitos fundamentais sofrem de uma função ideológica para não revelarem, à grande parte dos seus intérpretes, inclusive presentes no Poder Judiciário, o que realmente não são, mas têm sido, ressalvadas muito raras exceções: uma concessão às/aos pobres, um favor do poder socioeconômico-político capitalista, registrado em letra de lei, para não passarem dessa previsão, melhor dito, dessa farsa. Quem aplica as leis sobre tais direitos, desprevenido dessa armadilha, pode nem se dar conta do quanto elas servem para aquietar sua consciência e descompromisso, reproduzindo a injustiça social.

Felizmente, em vários precedentes jurisprudenciais do Brasil, estão aparecendo muitos oásis no meio deste deserto, mas os limites impostos a uma coletânea de estudos, não permitem ser aqui comentados. A nossa contribuição, ora submetida à crítica das(os) nossas(os) leitoras(es), pode ser concluída com mais uma lição de Antonio H. Gil, sobre função social. Bem analisada, ela resume as razões pelas quais o descumprimento da função social da propriedade é uma das principais causas da existência das favelas e do desrespeito oficial e privado ao direito de moradia. Por outro lado, como o simples reconhecimento de eficácia da função social da posse seria suficiente para garantir uma cidade sem favela, com o direito de moradia estendido a todas(os) que ali convivam: “A função social da propriedade se estriba no que há nela de eliminável. A da posse se baseia, antes de tudo, no que ela tem de imprescindível” (GIL, 1969).

Referências

GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial S.A., 1969.

GIL, Antonio Hernández. *La posesión*. Madri: Editorial Civitas S.A., 1980.

BALLESTEROS, Jesús; ROIG, María José Añón. *Derechos humanos*. Tradução nossa. Madri: Tecnos S.A., 1992. p. 103.

FLORES, Herrera. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. *Repensar os direitos humanos no horizonte da libertação*. Cadernos IHU ideias 215, São Leopoldo: Unisinos, 2013. p.47.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema da ciência positiva do direito*. V. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 82-86, 128-131.

TROMBINI, Maria Eugenia. *Diálogos sobre justiça e conflitos fundiários*. Curitiba: Terra de Direitos, 2017.

MIRANDA, Pontes de. *Pluralismo y Constitución Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade Abierta*. Madri: Tecnos, 2002.