

QUESTIONAMENTO SOBRE A APLICABILIDADE DE LEI PRIVADA EM ÂMBITO DIFUSO

“Da gangorra ao gira-gira...”

Os fatos a partir do dia 21 de agosto de 2006

De tamanho projeto de reintegração de posse na região do Grajaú, em favor da Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista - CTEEP, em trâmite pela 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, decorreu a intensificação do caos urbano e intra-familiar, inclusive por conta da extensão territorial do bem objeto do litígio. Em avaliação sem maiores levantamentos, presume-se que, na história paulistana, esta seja a mais densa atividade de reintegração (leia-se densa, enquanto razão entre território e tempo dispensado para a ação). Cerca de 200 famílias foram deslocadas de seus imóveis em quatro dias, ao longo de cerca de um quilômetro.

No dia 21 de agosto, segunda-feira, uma adolescente, até então atendida no CEDECA Interlagos - Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos telefonou alertando da possibilidade de, no dia seguinte, ocorrer a reintegração de posse da área onde residia. Segundo policiais militares da região, no final da madrugada, todos os moradores do lote em que aquela morava seriam retirados de suas casas. No mesmo momento em que era solicitada por ela auxílio e orientação particulares, víamos a probabilidade de se instalar uma desorganização altamente prejudicial aos habitantes da comunidade da Chácara Cocaia, local do litígio.

No início da manhã do dia 22 de agosto, chegava ao local uma equipe de três funcionários do CEDECA. Nessa oportunidade, de longe já se avistavam os tratores, força policial, carregadores, caminhões e técnicos da empresa REINTEGRA, responsável pelo serviço terceirizado de remoção da mobília e demolição imediata das casas. No local, contactou-se com três Conselheiros Tutelares presentes.

A demolição prosseguiu sem provocação de seu atraso pelos moradores, dentre os quais um, em muitos, criava obstáculos que poderiam protelar o ato; Com eficiência, logo este se concluiria.

Durante o dia, adolescentes chegaram a atear fogo em um amontoado de móveis rejeitados pelas próprias famílias. Imediatamente, policiais tomaram seus postos estratégicos e suas posturas opressoras para afastar as pessoas do local de modo a debelar-se com os tratores o fogo.

Ao final da tarde, os “moradores” mostravam-se muito pouco organizados. A consciência coletiva como forma de luta era tão precária e instável quanto a consciência de justiça dos desembargadores que determinaram em sede de liminar, cumprindo a Lei, a intervenção na comunidade. O individualismo reinava nos dois impérios: no da pobreza consumida e no do Direito injusto.

Nos dias 23, 24 e 25 de agosto, a determinação judicial seguiu o caminho de devastação. Desta vez, na Vila Zilda e Jd. Novo Horizonte, localizados na área da contenda.

Nesse sentido, a abordagem a seguir vem de encontro com a natureza jurídica e sociológica das leis permissivas, proibitivas e mandamentais constituintes do caso concreto, no extremo sul paulistano.

Embora as conquistas sociais precisem, por vezes, permear dialeticamente as sombras entre legalidade e ilegalidade, não obstamos a legalidade, em termos positivistas, dos atos processuais que contemplam a demanda judicial; porém, propomos a reflexão acerca da legitimidade e coerência com a justiça social tão proclamada em favor dos direitos sociais de aplicabilidade também sob querela, programática ou imediata, motivo pelo qual se discute, neste espaço, uma suposta incongruência entre as leis privadas e os fatos coletivos e difusos que caracterizaram os acontecimentos.

Breve Contemporaneidade do Direito

São previstos, no Direito Brasileiro, os modelos de detenção, posse e propriedade de terras. O Direito Privado tomou as rédeas ao os incluir no elenco dos direitos civis e políticos. Em outras palavras, ao se adotar, mesmo que equivocadamente, porém corriqueiro, a classificação de geração dos direitos, temos que o direito à propriedade vem na rebarba dos direitos de primeira geração, entre cujos maiores representantes estão a igualdade e a liberdade.

Desse modo, observa-se a segmentação da natureza do direito de propriedade: natureza civil, portanto particular, vez que não se concebe a propriedade coletiva como modelo institucional atual, o que não se confunde com a natureza das pessoas jurídicas, de direito público ou privado.

O Código Civil de 2002 classifica o direito de propriedade como direito real (*res = coisa*), ou seja, direito das coisas, quais sejam: propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca e anticrese (artigo 1.225). O artigo 1.228, em seu §1º, recepciona saudável previsão constitucional contida no artigo 182, § 2º, da CF/1988, quando trata do direito de propriedade:

“§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...).”

Entretanto, sociologicamente, o percurso de compreensão do significado da palavra *propriedade* sofreu várias mudanças. No meado da Idade Contemporânea, não se punia com prisão quem cometesse crime contra o patrimônio. Com a ascensão do capitalismo industrial, os serviços de indústria e comércio recebem maior proteção, e por consequência, protegem-se os proprietários dos meios de produção. A partir daí, então, nas primeiras décadas do séc. XVIII, a reforma da lei penal é alterada com a previsão legal de contenção física do indivíduo que infringe tal norma protetiva. O Direito Penal, inevitavelmente, oficializa a parcialidade do governo em favor de quem tem bens juridicamente existentes. Ao mesmo tempo, essa ciência deixa de ser atuante pela norma e se consolida, em sintonia mais sensível aos ditames cotidianos, sobre o comportamento social. A conduta infratora passa a ser previamente coibida. O furto, roubo ou apropriação do patrimônio não permite a análise da presença de legitimidade; estabelece-se, em termos positivistas, que a conduta descrita seja avaliada diretamente a partir da existência, ou não, do fato, e, em seguida, da culpabilização e imediata responsabilização.¹

O Direito sedimenta-se de acordo com a ideologia estatal. O Estado, no decorrer dos últimos séculos, vem se ausentando diretamente do papel interventor na esfera civil, promovendo, especialmente nas últimas décadas do século XX, o que se denomina de “participação da sociedade civil”, mas mantém explícita e oficialmente a persecução penal, a partir do momento em que a vingança privada deve dar lugar à vingança do soberano (*lesa majestatis*). Para tanto, nomeiam-se funcionários públicos com o fim de realizar a punição dos seus próprios pares.

Desse modo, contrapondo-se a essa concepção, ao tomarmos ciência de que os atos judiciais criminais fazem verdade, produzem direito na esfera civil que tem como elemento a verdade formal, não a real, percebemos a sutileza do fluxo de ordem no próprio ordenamento jurídico: o Estado faz acontecer mesmo no setor judicial em que não apresenta influência direta, e, tratando-se o Poder Judiciário de parte do alicerce da Federação, na qual não se mexe (o sistema de *freios e contrapesos* - Cláusula Pétreia), os efeitos urgem no campo extra-judicial.

Na seqüência do raciocínio, observa-se que o Direito Civil vem seguindo a lógica do Direito Penal, a ideologia da punição: luta entre bem e mal; certo e errado; preceito e sanção; jogo que se fundamenta na soma igual a zero: justiça retributiva². A luta legal de forças admite somente um vencedor, e, mais, diante de um litígio de visão retrospectiva, sem perspectiva de resultar em ganhos prospectivos para todos, sem se perceber um sistema distributivo. Em suma, o “bem” é revelado a partir de versões de fatos constituídos, e o “mal” necessariamente eleito para se depositar a culpa, sua responsabilização, ao lado oposto, a isenção do “bem”.

Partamos para uma próxima tese.

¹ Michael Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*.

² José Reinaldo Lopes. *Os tribunais e os direitos sociais no Brasil. Saúde e Educação (um estudo de caso revisitado)*. “A Natureza do processo de direitos sociais”.

Do Esbulho Possessório

A lei Penal ampla e vigente data de 1940, no Estado Novo Vargasista, período em que a industrialização promove o início da virada demográfica a ser solidificada duas décadas depois, com a crescente urbanização e, paralelamente, o crescimento vegetativo. Sendo assim, o controle sobre as pessoas necessita considerar a família não mais como *modelo* a ser seguido, mas como *instrumento* de controle comportamental – antes que o feitiço tornasse contra o feiticeiro³. A unidade familiar que sempre fora célula *mater* da sociedade contemporânea ocidental, torna-se ferramenta para a vigilância sobre o indivíduo. Ao mesmo tempo, o Estado de Bem-estar Social europeu sedimenta-se sobre as derrocadas das guerras. Nesse sentido, é, mais uma vez, o Estado travestido em cada ser humano, e sua correspondente família “estruturada”, como forma de justificar a diminuição de seu papel interventor: discurso formador do neoliberalismo.

Nota-se, nesse contexto, a necessidade de se atualizar a lei penal brasileira. O Código Penal em vigor traça critérios de análise do criminoso segundo a luta de classes: os indicadores de punição focalizam enfaticamente a classe pobre.⁴ Mais incisivas do que a tipicidade penal nos artigos da Parte Especial são a concepção de crime, a dosimetria penal e a execução das penas (Parte Geral). Exemplificativamente, mais controlador do que a descrição dos crimes moralmente de maior gravidade, como homicídio, latrocínio e os sexuais, é o crime descrito no artigo 288: quadrilha ou bando. Controle do comportamento social pela perseguição ao pensamento humano. Pune-se aquele que nada fez, mas supostamente planejou fazer.⁵

A partir dessa situação, podemos analisar brevemente o crime de *esbulho possessório* no qual estão enquadradas, automaticamente, nos Boletins de Ocorrência, as pessoas que ocupam terras alheias.

1 – “Artigo 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

§1º - Na mesma pena incorre quem:

II – invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório”

2 – Ocupação não é invasão. Palavras que se distinguem, preliminarmente, por seu conceito gramatical. Ocupar: estar ou ficar na posse de.; Invadir: entrar à força ou hostilmente em. (*Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Nova Edição. Editora Nova Fronteira, 1993*).

Avaliação sobre o tema descrito no dispositivo penal:

³ Jacques Donzelot, *A Polícia das Famílias*.

⁴ Não é a toa que o Estado é figura fictícia elaborada e mantida, por meio das guerras sociais, pelos vencedores – até o século XIX, proprietários dos meios de produção; daí em diante, em regra, os detentores e manipuladores (não têm propriedade, mas têm a posse dos meios) dos instrumentos ideológicos midiáticos globais (é a intromissão da televisão em cada casa reproduzindo o panóptico foucaultiano e a teletela orwelliana).

⁵ Novamente, a descrição orwelliana anunciada na *Polícia do Pensamento (1984)*.

- a) Primeiro critério é avaliar se houve invasão – e não ocupação - por uma das três formas: violência, grave ameaça ou concurso de pessoas.
- b) Segundo critério: percepção do elemento subjetivo: o dolo de agir com a finalidade de cometer esbulho possessório.

Portanto, em casos de ocupação, ainda que chamada de invasão, realizada, p. ex., por somente um casal, em nada configura o sujeito ativo, pois o tipo penal exige para tanto a prática por maior quantidade. Tampouco ocorre a tipificação quando não se usa de violência ou grave ameaça, pois a violência deve ser empreendida contra a pessoa e não contra o patrimônio.

A partir dessa análise, destaca-se que é imensa a probabilidade de se associarem os atos ilícitos de esbulho possessório de âmbitos penal e civil. A anuência do legislador civilista ao evocar as verdades do Direito Penal, e a concordância do intérprete em assim fazê-lo, geram o risco de, muito embora os requisitos legais sejam distintos, deslocar-se para a esfera civil a mesma verdade produzida na esfera penal, elaborada sob indicadores retributivos, sancionatórios e persecutórios.

Das Leis Civil e Penal

A formação e a compreensão dos Costumes e da Moral dão origem à Legislação. Disso já sabemos. Contudo, para abordarmos o Direito Contemporâneo, tal como é, precisamos nunca perder de vista a apropriação que a academia e os tribunais fazem da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, pela qual há uma Norma Hipotética Fundamental que determinaria a elaboração de uma “primeira lei” escrita, que, por sua vez, serviria de base jurídica para as demais a serem constituídas. Outra característica, adotada inclusive com maior incidência para definição da própria teoria kelseniana, está na exegese jurídica, segundo a qual o operador do direito, especialmente o magistrado, obterá a melhor interpretação legal se, e enquanto, enquadrar o fato juridicamente interessante na medida da moldura estabelecida pela pintura positivista. Em outras palavras, o jurista deve olhar os fatos jurídicos com instrumentos genuinamente positivados em lei, sem a contaminação de valores e circunstâncias que possam, eventualmente, degenerar o conteúdo primordial da norma legal. O instituto conhecido do *ser* e *dever-ser* torna-se eminente e centralizador de qualquer análise de tipificação de um fato à norma. Se a todo direito corresponde uma ação, a completude desse preceito concretiza-se a partir da percepção do ato ilícito e, posteriormente, sua correção ao encaixe na norma controladora do comportamento. O direito privado, enfim, é reservado àquela pessoa que sofreu ou sofrerá prejuízo em decorrência de ato de outrem, litígio composto sem a direta intervenção do Estado. Por meio da ação, o (a) prejudicado (a) visa a: 1) restabelecer a *status quo ante* ou, na maioria das vezes, ver na punição do outro sua restituição (seja indenizatória, seja para efeitos morais da Defesa Social). O prejuízo, nesse caso,

transfere-se para o “ofensor”, motivo pelo qual, enquanto se agir sob o mecanismo da simples gangorra do direito, certamente a justiça retributiva persistirá. Enquanto a concepção das relações sociais seguir ordenada pelo modelo atual do binômio *ser* e *dever-ser*, conspirada pelo mote da luta de classes, a justiça distributiva sofrerá intensos bloqueios para se firmar como princípio de um real equilíbrio de forças, transcendente às relações diretas da oposição de interesses.

Estabelecida a associação, por um viés sociológico e filosófico, entre Direito Penal e Direito Civil (categóricos estereótipos do Direito Clássico), conclui-se que ambos regem-se, na essência, por um mesmo princípio: preceito e sanção. Norma Primária e Norma Secundária. É exatamente o que se tratou no texto acima: a gangorra entre infração legal e persecução, civil ou penal.

Da Lei Civil

Entre os efeitos da posse, temos, no Novo Código Civil, que o possuidor tem direito de ser mantido na mesma em caso, dentre outros, de esbulho. Os moradores de determinada região são possuidores até que se prove o contrário. O contraponto ao estado de possuidor, comumente revelado quando da ocupação de terra pública, é a condição de detentor:

“Art. 1198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.”

Interpreta-se, assim, que a detenção é relação direta de favorecimento (pelo elo de *dependência*).

Após a breve conclusão, vamos a trecho do acórdão prolatado no Agravo de Instrumento de nº 053.05.012547-0:

“É que tratando-se (sic) a área esbulhada de bem público de uso especial, destinado à execução do serviço público de transmissão de energia elétrica, a ela não se aplica o art. 924 do Código de Processo Civil [liminar], que restringe a liminar a atentado possessório ocorrido entro do prazo de ano e dia, e isto porque o caráter público do bem faz com que sua ocupação por particulares tenha a natureza de mera detenção, impossível cogitar-se tecnicamente de posse.”

Observamos, aí, um equívoco. De acordo com breve leitura do artigo 1198 do Código Civil, reparamos que a justificativa utilizada para estabelecer a condição de detentor – sob a negativa do estado de possuidor – não tem nexos. A causa para ser detentor não se encontra na razão de não ser possuidor. Detenção é momento de relação de dependência com o possuidor indireto ou de estado sob ordem deste. Portanto, nem todo possuidor de bem público é detentor do mesmo.

Tratou-se do caso como se fosse, p. ex., concessão para prestação de serviço público. À luz da interpretação feita pelos magistrados do TJSP, faz parecer tenha surgido discussão acerca da possibilidade de uma empresa de ônibus, ou de televisão, utilizar o espaço público para o Estado, ao delegar a essas empresas o exercício específico, fazer cumprir o dever de garantir determinados direitos (transporte público e comunicação/imprensa). Obviamente, aí sim, não caberia falar-se de posse, mas mera detenção, pois nunca a empresa haveria de litigar em favor da aquisição do bem em razão – se pensarmos apenas nos requisitos processuais – da ausência da *possibilidade jurídica do pedido*.

De volta ao caso concreto anunciado no início do texto, temos que o acórdão concedente do pedido de reintegração assume que o vínculo havido entre os moradores e a terra é de mera detenção, eis que se trata de bem público. Artifício alegado para negar a condição de possuidores, o argumento de engano alia-se ao principal fundamento apresentado pelos desembargadores, como tacada aparentemente certa e pungentemente derradeira: *imprescritibilidade aquisitiva do bem público*. Segundo esse entendimento, inviabiliza-se a alegação de restrição temporal – ano e dia -, de modo que a autora desfrute do ato magistral de não ser ouvida a parte contrária, concedendo-se o pedido em sede de liminar. É o que se destaca no mesmo acórdão:

“Como pontificou nesta Corte o eminente Sidnei Beneti, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 193.570-5/3-00. ‘A relação de mera detenção não se purifica jamais unilateralmente, donde não se transforma em posse protegida pela Direito, de maneira que, quando reclamado o bem pelo Poder Público, deve haver imediata demissão da detenção’. E mais: ‘a restrição legal de só admitir a liminar no caso de posse de mais de ano e dia é instituída em função do respeito à posse, que pode vir transformar-se de relação de fato em relação de direito, não da detenção, que nunca virá a produzir direito, no caso em que haja obstáculo à

constituição de direito, como é o caso de imprescritibilidade aquisitiva de bens públicos”.

O argumento é de que, por não ser, em hipótese nenhuma, o bem público passível de usucapião, não há que se falar em dilação temporal para, no aguardo de instrução probatória, declarar-se o estado do bem. Isto é, de acordo com tal fundamento, na medida em que o bem não pode ser usucapido, a decisão liminar é cabível em qualquer momento processual e factual. Portanto, nesse entendimento, não há que se afirmar posse de bem público por particular. Concluindo-se que, de acordo com a posição do TJSP, aquele que ocupa imóvel público não é possuidor, mas mero detentor.

Desse modo, não bastasse o equívoco desenvolvido pela definição do fato como *detenção*, o argumento da imprescritibilidade é mostra evidente de que se equivocaram novamente os magistrados ao manterem o olhar conservador e desinformado para o antigo formato do Direito (o Direito Clássico), promovendo um *apartheid jurídico* ao segmentar normas, de modo a traçar indicadores incisivos, como se a natureza dos respectivos fatos fosse passível de desagregação diante de tamanha complexidade das relações sociais. Logo mais, viremos a existência, mesmo que remota, de precedentes legais reconhedores de usucapião do bem público.

Da Lei Processual Civil

Para iniciarmos uma superficial análise sobre o teor sociológico do instituto LIMINAR, impõe-se focar o assunto principal.

Com efeito, de acordo com o acórdão retro-transcrito, parte do processo nº 053.05.012547-0, referente à reintegração de posse de área situada no território da região do extremo sul paulistano (bairro Chácara Cocaia – Grajaú) – trecho sob o qual correm fios principais de energia, formula-se o seguinte:

1 – em março de 2005, a empresa CTEEP - Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista propôs ação de reintegração de posse sob a alegação de esbulho possessório perpetrado por diversos moradores da região em litígio;

2 – em junho de 2005, o MM. Juiz indeferiu o pedido liminar pleiteado, fundamentando:

- a) a área é de grande proporção territorial;
- b) os terrenos ocupados receberam centenas de construções residenciais, inclusive realizadas com alvenaria;

- c) a posse deve ser objeto de litígio em ampla defesa e contraditório, o que se legitima pelo espaço temporal de ano e dia confirmado entre a ocupação e reação jurídica da autora;
- d) a autorização, em liminar, para a retirada dos ocupantes e derrubada das casas seria de grande impacto, causando enorme e imensurável prejuízo para a comunidade como um todo.

3 – Assim, o magistrado aguarda a contestação.

4 – Em seguida, a autora interpôs Agravo de Instrumento.

5 – Em setembro, dá-se, no TJSP, provimento ao Agravo sob a fundamentação acima exposta.

6 – Expedido mandado de reintegração de posse em 30 de junho de 2006, em 11 de agosto, oficiou-se o Conselho Tutelar do Distrito respectivo, advertindo que, nos dias 22, 23, 24 e eventuais seguintes, dar-se-ia a intervenção de reintegração.

Percebe-se, assim, a aparente regularidade processual, nos termos da lei. De acordo com o artigo 928 do CPC, estando instruída a petição inicial, o juiz pode, sem ouvir a parte contrária, deferir o pedido de liminar e expedindo-se o devido mandado reintegratório. E assim ocorreu. Retrocedamos na História.

Os direitos sociais são direitos, catedraticamente, de origem da segunda geração em diante. Atravessando o século XIX, os trabalhistas são os que se sedimentam. No século XX, primeira década, a Revolução Mexicana cria as condições para Emiliano Zapata e Pancho Villa conquistarem espaço político para se decretarem os primeiros direitos do trabalhador. No decorrer do século XX, confirmadas pela adoção do princípio na Constituição de Weimar, de 1919, constituições nacionais latino-americanas passaram a discriminar os direitos laborais, a partir dos quais se abriu brecha para que os diversos movimentos sociais legalizassem as intenções, há séculos legítimas.

É nesse passo que a Constituição Federal de 1988 consagra os direitos fundamentais, permeados que são pelos direitos sociais. A relação de igualdade formal entre os cidadãos é preconizada no *caput* do principal artigo constitucional, anunciando os direitos sociais, especificamente presentes no artigo 7º.

No entanto, segue discussão acerca da aplicabilidade dos direitos sociais, tais como o direito à propriedade, segundo sua função social. Sob certo aspecto, seria norma de conteúdo programático, ou seja, seria, para a adaptação social, imprescindível uma norma regulamentadora. E assim se dá quando se trata de alguns corpos de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Leis Ambientais, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Lei Orgânica da Assistência Social, Lei de Diretrizes e Bases etc). Porém, ao mesmo tempo, pensando especificamente em direito à propriedade conforme a função social, há

dizeres acerca da aplicabilidade imediata da norma configurada no artigo 5º, inciso XXII, combinada com a do artigo 182, todos da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, as injunções são cada vez mais necessárias enquanto se deseja enxergar a efetivação desses direitos, em sua maioria, somente em lei reconhecidos⁶.

A adequação dos direitos sociais à realidade cultural brasileira sofre múltiplos obstáculos na medida em que o Direito Privado ainda gerencia, especialmente no âmbito do direito adjetivo, o andamento processual de maioria dos assuntos, com a óbvia exceção dos de natureza de Direito Público. Ocorre que, com o passar dos tempos, percebe-se que a processualística do Direito Privado nem sempre se adequa ao Direito Privado Substantivo. A classificação do que é ou não é Direito Material Privado faz-se ultrapassada na medida em que subentende ser desse grupo um conjunto de direitos que, na coletividade, não podem mais ser tratados como componente do Direito Privado. Em outras palavras, a soma de fatos individuais, aos quais correspondem ações individuais, de tratamento judicial conforme esse Direito, nem sempre pode ser compreendida como objeto de litígio sob os moldes do Direito Processual Civil Clássico. O direito coletivo ou difuso numa determinada comunidade não significa a soma de direitos individuais dos membros dessa mesma comunidade. Outro exemplo, já conhecido: um homem que trabalha duzentos dias faz menos do que duzentos homens trabalhando num só dia. Esse é dos aspectos da correlação de forças mencionada em alguns trechos desse texto.

Analisemos os fatos enunciados no processo judicial em questão.

Cada morador que esteja ocupando o terreno em lide é sujeito passivo da ação regularmente tratada no âmbito do Direito Privado Adjetivo. O caso comum ocorre quando somente um ocupante é parte no pólo passivo do processo. Nessa situação, corriqueira e naturalizada que é, não se pretende interferir agora.

Todavia, quando várias são as casas levantadas, uma a cada momento, em terreno de grande proporção territorial, as residências, constituintes de uma nova comunidade, acabam por caracterizar a situação processual da área em conflito, na medida em que os atos processuais são comunicados, de casa em casa. A residência sobrepõe-se ao papel do morador, pois, afinal, infelizmente, importa à autora saber e distinguir quantas são as casas e o perímetro ocupado, e menos a quantidade de pessoas, construtoras de laços comunitários. Sendo assim, enquanto, sensivelmente, a conclusão mais coerente seria um processo contra cada morador, de modo esquizofrênico, o que mais acontece, eventualmente sob o argumento da economia e celeridade processual, é elencar diversos moradores, sem um prévio estudo sobre o vínculo e ânimo de comunhão condominial e comunitária, com atos de ocupação em tempos distintos, e processá-los em uma só peça. Conseqüência: todos são, de uma só vez, notificados, citados e têm, no mesmo

⁶ *Políticas Públicas. A responsabilidade do administrador e o ministério público.* Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. Ed. Max Limonad.

momento, suas casas demolidas por conta da imediata reintegração de posse, sob o fundamento judicial já elucidado pelos desembargadores do TJSP.

A aplicação de uma lei processual civil privada, neste caso, desconfigura totalmente a relação de equilíbrio entre os princípios constitucionais e a balança dos direitos fundamentais.

No caso em Juízo, mais de cem famílias foram, num único dia, retiradas de suas casas. Centenas de trabalhadores prejudicam-se desde já pela expectativa de não terem condições de sobrevivência que possibilitem a ida digna ao trabalho no dia seguinte, ou mesmo não tem dinheiro suficiente para custear, ao menos de início, eventual aumento do número de transporte⁷. Centenas de crianças deparam-se com a possibilidade de faltarem, até que se acomodem, às aulas, conforme a nova localização de abrigo provisório, com risco, inclusive, de perderem o ano escolar, bem como se afastar, abruptamente, das relações constituídas com amigos e colegas. Os serviços comerciais da comunidade sofrem abalo na medida em que, num só dia, perdem boa parte de seus consumidores para outras localidades, sem contar o fechamento dos estabelecimentos dos próprios pequenos comerciantes, moradores da área reintegrada. A relação comunitária é rompida quando uma grande quantidade de famílias é subtraída total ou parcialmente, mesmo que temporariamente, do vínculo cotidiano ali aos poucos construído.

Então, estamos diante de duas ilegitimidades:

- 1) o instituto e natureza da liminar: a ordem de liminar em função de um artigo processual vestido de roupas privadas, porém aplicada em espaço público e num contexto de direitos difusos e coletivos, autorizando a “remoção” de uma comunidade inteira, em um só dia, sem o direito de contestação (contraditório) dos fatos alegados por um sociedade de Direito Público;
- 2) condição de tempo para o ato de reintegração: a inexistência de lapso temporal entre a notificação de desocupação, ainda que inserida no mandado de citação, e o mandado de reintegração de posse, impossibilitando a organização intrafamiliar e comunitária a uma retirada com o devido respaldo de cada morador entre seus pares e entre estes e o Poder Público Local. Apontamos essa ilegitimidade não no sentido de questionar o valor do requisito temporal da liminar, que é, por óbvio, a peculiaridade a lhe colocar em patamar diferenciado de disputa processual junto aos tribunais, mas, especificamente, para o fim de avaliar o próprio efeito, a consequência da aplicação antiquada e anacrônica desse instituto. O efeito é tão desestruturador dos bens, atividades escolar e profissional dos

⁷ “Um plano diretor contendo uma política de uso e ocupação do solo pode ajudar muito na racionalização das necessidades de deslocamentos. Sabe-se até pela simples observação visual que a habitação cresce em direção do extremo leste da cidade e o trabalho avança no quadrante sudoeste. O resultado? Mais viagens, maiores distâncias percorridas e, portanto, mais congestionamentos”, in *A CRISE DA MOBILIDADE URBANA EM SÃO PAULO*. Roberto Salvador Scaringella.

membros de cada família, quanto a ruptura das relações comunitárias, dado o impacto imprimido no coletivo.

Enfim, quer-se dizer que casos de reintegração de posse como esse são legais porém ilegítimos (injustos), porquanto há inadequação entre lei e fato. O *dever-ser* normativo-conseqüência é incongruente ao *ser* fático-causal.

Os direitos coletivos e difusos vêm a tona quando o assunto toma proporções da ordem da aqui cogitada. Porém, ainda há lacunas legais que provocam aplicação de lei processual civil privada em casos avaliados como simples soma de direitos individuais, não se enxergando o prejuízo causado de modo trans-individual. Na medida em que nem sempre o conjunto de direitos significa a soma dos direitos singulares, procura-se amparar determinados casos sob outro enfoque, sob outro Direito, sob o plano de um novo Direito Social, tal como prevêem o Direito da Infância e da Juventude, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito do Idoso, componentes que são dos Direitos Humanos, direito de todos os humanos, sem classificação por quantidade, sem mensuração. Esse Direito Social, por mais retrógrado que sociologicamente se mostre, porquanto não passe de reforma social, perceptivelmente insuficiente para as transformações de equilíbrio pretendidas, é reconhecimento, causa e conseqüência de abalo nas culturas estruturais de poder. É preciso, sempre, o cuidado de se perceber que há grande possibilidade de as reformas afastarem mais ainda as práticas revolucionárias, caso, no caminhar dos tempos, seja naturalizado o processo de suavização dos conflitos, abrindo-se mão dos meios tão digladiadores quanto, de fato, construtivos.

O Efeito das Ilegitimidades

O primeiro item refere-se à ordem de liminar sem a oitiva da parte contrária. De fato, é, por lei, incoerente, conceitualmente, a combinação desses dois momentos, quais sejam, a audiência com ambas as partes e a qualidade de urgência mote da concessão em liminar. Diante disso, vemo-nos tendentes a perceber que é necessária a inversão dos valores e princípios dogmáticos para que se altere a ordem de aplicação da norma processual. A partir da análise fática aqui desenvolvida, no que tange ao novo âmbito do Direito, configura-se a injustiça além da correta aplicação da lei, pois, à luz das preces tradicionais, Direito não se resume à lei, mas tenta se aproximar da Justiça, por mais que, dentro do modelo retributivo, não se alcance justiça coletiva. Valores inerentes à avaliação do caso concreto fazem crer que nem sempre a lei pode ser o único fundamento para o sopesar do Direito. Deixar, então, no caso prático, de ouvir todos os moradores ou, pior e no conjunto, conceder em sede de liminar a ordem de reintegração é puro descaso com a vida comunitária e, mais, com as causas sociais e econômicas geradoras da situação aniquilada.

Já o segundo item vem na esteira do primeiro, eis que a ordem em liminar constitui-se da ausência de lapso temporal entre atos procedimentais que notifiquem os réus e os que os obriguem a se retirar da posse. Este lapso, porém, é de extrema importância, posto que não se coaduna com o preceito legal neste regime específico de ordem judicial. O intervalo de tempo tem sentido na medida em que as informações entre os comunitários, por mais rápido que circulem, não são comunicadas em espaço de tempo equivalente ao necessário para dois ou mais vizinhos se articularem. A mobilização dispensa tempo de organização de idéias e de atividades seja para a mera despedida e desfazimento de compromissos, seja para a resistência popular *in loco*. É aí que reside a questão “liminar”: surpreender o réu impossibilita sua reação, pois a cognição dos fatos vem, por vezes, depois do ato de negação do direito. A persecução estatal estabelece-se, mesmo em direito privado, para manter a ordem de acordo com o possuidor de bens jurídicos relevantes. É reflexo da ação persecutória penal nas leis privadas, inaplicáveis, reforçamos, no âmbito de direitos coletivos e difusos.

Evidente estarem animados os desembargadores do estado paulista, posto que pautados na Lei, em causar tamanho desastre social. Gerado, sob os preceitos legais para fazer frente às injustiças causadas pela interpretação e aplicação da lei, o Judiciário pretende-se justo no peso abstrato das normas; porém, no caso concreto do ato dos desembargadores que decretaram a medida irreversível, não se garante a por eles consagrada intervenção judicial na medida do equilíbrio fático.

O contexto das conseqüências marcadas anteriormente é a probabilidade de as pessoas desabrigadas não conseguirem se organizar para a contestação judicial e a reivindicação política, em conjunto, na medida em que buscariam, obviamente, abrigo em localidades distintas, como casa de vizinhos, parentes etc, sem contar o próprio ânimo em lutar contra a falta de seu reconhecimento como pessoas dignas de exercerem seus direitos. O desapego à causa escora-se numa coluna de várias descrenças ao longo da vida. Desse modo, é insinuante a medida processual de decisão, já em liminar, porquanto possa, com efeito, retirar totalmente o suporte político no qual a população ofendida debruçar-se-ia enquanto se desenvolvesse o processo judicial.

Em outras palavras, é certa a mira dessa ferramenta processual desigual e friamente utilizada, ainda que diante de uma nova conjuntura jurídico-social.

Estatuto da Cidade – EC 32/2001

Análise crítica e propositiva.

Depois dessa breve consideração sobre o tema processual a partir de reflexões históricas, os fatos atuais servem não só para promover o debate, como também para incidir sobre eventuais propostas verdadeiramente obedientes às conformidades da legislação atual. Em suma, não

bastasse tecerem-se comentários extra-legais, tem-se, também, a possibilidade de observar-se o enquadramento legal dos fatos de um modo menos injusto.

O Decreto-lei 271/67, em seu artigo 7º, inovou no quesito polêmico: instituiu a concessão de uso de terrenos públicos para fins específicos de urbanização, edificação e outras finalidades de interesse social. No entanto, tratava-se de medida permissiva sob a condição de limite de tempo determinado. Contrato por prazo definido.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 183, §3º, no entanto, proíbe: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. Encerra-se, aí, constitucionalmente, a regulamentação, a limitação sobre as intervenções de ocupação, prevendo-se até onde os movimentos organizados e desorganizados de moradia *podem* atuar e sobre o que terão ou não respostas positivas.

Contudo, obviamente, não podemos interpretar a Carta Federal sob o olhar gramatical. O espírito da Lei Magna veste-se de roupas largas que cabem, ou devem caber, em qualquer cidadão, brasileiro ou estrangeiro, com as ressalvas específicas. Se assim o é, não há como se analisar a lei sem se perder de vista a heterogeneidade das pessoas e dos atos e fatos jurídicos, razão porque a exegese deve obedecer à finalidade social de toda a legislação, desde a letra constitucional até regimentos internos de instituições não-governamentais. Sendo assim, nada mais coerente do que a interpretação teleológica e política de toda a Carta Maior, de 1988, independentemente de suas ressalvas, salvas as que permanecem, porém sem predominarem sobre o contexto.

Desse modo, o artigo 183, §3º se faz sem efeito em determinados casos. Entendemos que o ocorrido com os moradores do extremo sul paulistano encaixa-se na exclusão do artigo. Em outras palavras, há situações sociais, como a apontada no início do texto, que merecem interpretação conveniente ao meio-termo, ao sopesarem a cultura e a conjuntura política e social, com vista a não resultar nada absoluto, senão o próprio respeito ao direito comum de moradia. E direito habitacional é muito mais do que teto e paredes. Sai pelas janelas até onde os olhos querem enxergar: escolas e empregos próximos, saneamento, apropriação do espaço de uso comum, convivência comunitária etc.

Para se legitimar legalmente o argumento, confira-se o Estatuto da Cidade, lei 10.257/01, que regulamenta o art. 182, da Constituição Federal, em seu art. 4º:

*Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
V – institutos jurídicos e políticos:
h) concessão de uso especial para fins de moradia;*

Deflagrados sob a intenção latente de contemplar os cidadãos na medida da heterogeneidade jurídica e política de determinado grupo para com outro, os artigos dessa Lei recente apresentam, embora reformistas, atraentes perspectivas de mudança social gradual.

Ao regulamentar a Constituição Federal, especialmente a norma do artigo 182 - função social da propriedade -, chega a trazer aspectos legais urbanos nunca positivados, bem como a se confrontar com as culturas individualistas.

No mesmo Estatuto, os artigos 15 a 20, vetados pelo então Presidente da República, tiveram por ele mesmo inserção na Medida Provisória 2.220, editada em 04/09/2001, veiculada, no momento, pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, cujo capítulo regula as questões referentes à concessão de uso especial de bens públicos. Desta vez sem prazo determinado.

“Art. 1º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possui como seu, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título de outro imóvel urbano ou rural.”

É justamente esse o ponto a se defender e a se criticar. Quanto ao prazo: pertinente a regulamentação dos cinco anos como período mínimo retroativo para o reconhecimento legal da usucapião. Isso nos faz crer que, por extensão, quem tinha há mais tempo a posse do imóvel ostenta a pretensão de ver defendido no Poder Judiciário seu direito adquirido, a fim de obter a declaração judicial para efeito de registro imobiliário, necessitando burocraticamente de uma declaração formal para efeitos cartorários. E quem não tinha a posse de cinco anos, até a data firmada? Compreendemos que os cinco anos são lapso temporal fixo e permanente, devendo ser objeto de cálculo para qualquer época. Ou seja, vale para reconhecimento atual a usucapião originada de posse surgida, ininterrupta, no ano de 2001 (e anteriores), já que estamos em 2006. Certo que estamos disso, vamos aos institutos observados ao final do artigo.

Propriedade e concessão são os dois títulos a serem rejeitados na defesa do imóvel. Tendo sido definidas como distintas, a posse e a concessão são institutos que mais se aproximam de fato. De fato, porém não de direito. Desnecessário nos alongarmos. Todavia, impõe-se fazer constar a precisão do artigo 4º, no que diz respeito a essa observação. Aplicando-se o entendimento no caso prático, temos que as ocupações urbanas caracterizam-se, quase exclusivamente, por se encaixar perfeitamente na norma contida na lei ordinária regulamentadora, porquanto se escoram na *posse* de imóvel, nada mais do que isso.

Da posse para a propriedade

Por não estarmos em uma cultura coletivista, tanto na causa como no efeito, não teríamos como avaliar o caminhar do processo histórico, no ponto atual, sem mantermos por base o cunho individual dos direitos, por mais que tentemos enfatizar, nesse texto, os direitos de coletividades. E

os moradores do extremo sul intentam somente permanecer onde estavam ou, ao menos, ter tido imediato respaldo para se manterem no então *status quo*, até a solução definitiva da demanda.

Modestamente, sem discutirmos propostas sob novos planos, podemos, a partir da crítica ao repertório utilizado pelos desembargadores pertinentes ao caso, definir outras saídas, mais estratégicas, dentro do próprio sistema reformista e, muitas vezes, assistencialista. Fechemo-nos, por hora, na percepção da universalidade de direitos como princípio para a redefinição político-judicial dos direitos individuais, na busca do equilíbrio social.

Aos que moravam no local há menos de cinco anos não cabe o direito de usucapião, fato ao qual não nos reportaremos no momento. Porém, considere-se que a existência de uma única ocupação há cinco anos e um dia basta para bloquear uma intervenção interpretativa da lei tão marmórea e fugaz ao equilíbrio. Nesse passo, a noção de *justiça social* contrapõe-se à de *justiça legal*. Perdeu-se, há muito – o que se ilustra em diversas decisões sobre litígios desse plano -, a noção de *justiça social* quando da decisão no acórdão apontado acima.

Aos titulares da posse de mais de cinco anos caberia, obviamente, a defesa de tal alegação e a prova subsidiada pelos pensamentos que extravasam os princípios dos movimentos sociais e alicerçam leis legitimamente construídas, e desconstruídas a cada incompreensão judicial.

Àqueles posseiros deveria ser concedida a oportunidade de defesa processual, a partir da qual, sob contra-argumento do próprio dever do Estado de garantir a saúde da população, propostas legais no sentido de desapropriação mediante indenização seriam as cabíveis soluções imediatas (*imediatas* porque questões relacionadas a moradia, evidentemente, não são resolvidas por ressarcimentos financeiros, mas por meio de reconhecimento político dos direitos para a transformação social).

Ao menos assim, amenizar-se-iam os efeitos maléficos. É aí que se quer chegar com esse breve ensaio: da crítica ao sistema processual privado como instrumento de manutenção da ordem social à proposta de mudança política a partir da consideração legal e legítima de outras ordens jurídico-sociais vigentes, paralelamente à conservadora, porém sem a tamanha força com que esta resiste.

PARA NÃO DIZER QUE NÃO FALEI DAS FLORES

O Conselho Tutelar do distrito do Grajaú fora oficiado entre os dias 09 e 11 de agosto, dez dias antes do ato de reintegração. No dia 22, data da intervenção, presentes no local, alguns conselheiros nos certificaram terem notificado a Subprefeitura da Capela do Socorro para a tomada de providências de respaldo social, dada a irreversibilidade do processo. Aparentemente, o objetivo não fora atingida.

Ainda no dia 22, à tarde, cerca de 30 famílias se reuniram e rumaram em direção à Subprefeitura. Em conversa com Hólmer, coordenador de ação social, receberam somente a proposta de se instalarem em albergues, alertando, ainda, que o único existente na zona sul paulistana – Santo Amaro – não suportaria a demanda daquele grupo. Segundo aquele cidadão, a ausência da Prefeitura na situação é justificada pela legitimidade de partes no processo (CTEEP x OCUPANTES). Propôs-se a auxiliar, com o envio de um representante, o conjunto de famílias quando da oportunidade de se reunirem para a ida ao Poder Municipal Central, com o fim de se inscreverem em programas habitacionais. Nenhuma providência foi tomada naquele e nos dias seguintes.

Em reunião no Fórum Regional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Grajaú, no dia 02 de setembro, durante discussão acerca das ocorrências, indagado sobre a necessidade de os conselheiros tutelares terem, antes de tudo, notificado a população a tempo, um Conselheiro Tutelar afirmou não ser sua função. E a população, de fato, não fora informada, sequer na véspera da implementação do ato judicial.

Nos dois dias seguintes, 23 e 24, Jd. Zilda foi o território abordado pelas oficiais de justiça, policiais e encarregados braçais. No dia 25, o território do Jd. Novo Horizonte.

O Estatuto da Cidade prevê a elaboração, em cada município brasileiro, de um Plano Diretor, de modo a se cumprir regionalmente com os princípios elencados naquela lei. A Câmara Municipal de São Paulo ainda não aprovou projeto de lei pertinente, circunstância que azeita intermitentes discussões acerca do tema.

... e, numa alusão brincante, tornar a gangorra em, quem sabe, um gira-gira, em que todos tenhamos, na medida da necessidade, e contribuamos, de acordo com a possibilidade, para fazer essa roda girar pela presença coletiva, e não pelo simples agrupamento de pessoas... afinal, dez pessoas farão, em um hora, a roda girar com mais velocidade e equilíbrio em seu eixo do que uma pessoa por dez horas...”

São Paulo, São Paulo, Cidade Dutra, outubro de 2006⁸.

⁸ DANIEL ADOLPHO DALTIM ASSIS - Advogado do Núcleo de Defesa do CEDECA Interlagos, São Paulo.