



**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

FRANCISCO SALDANHA LAUENSTEIN

**PROCESSO ESTRUTURAL NA REGULARIZAÇÃO SUSTENTÁVEL
DE ASSENTAMENTOS INFORMAIS: LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
NA ESTRUTURA FUNDIÁRIA DE DOM PEDRITO E DE SANTANA
DO LIVRAMENTO**

Porto Alegre

2022

FRANCISCO SALDANHA LAUENSTEIN

**PROCESSO ESTRUTURAL NA REGULARIZAÇÃO SUSTENTÁVEL
DE ASSENTAMENTOS INFORMAIS: LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
NA ESTRUTURA FUNDIÁRIA DE DOM PEDRITO E DE SANTANA
DO LIVRAMENTO**

Pesquisa apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Área de Concentração Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, sob a orientação da Professora Doutora Betânia de Moraes Alfonsin e do Professor Doutor Handel Martins Dias.

Porto Alegre

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Saldanha Lauenstein, Francisco

Processo estrutural na regularização sustentável de assentamentos informais: litigância estratégica na estrutura fundiária de dom pedrito e de santana do livramento / Francisco Saldanha Lauenstein. -- Porto Alegre 2022.

130 f.

Orientador: Betânia De Moraes Alfonsin; coorientador: Handel Martins Dias.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Processo Estrutural. 2. Direito Urbanístico. 3. Regularização Fundiária. 4. Litigância Estratégica. I. De Moraes Alfonsin, Betânia, orient. II. Martins Dias, Handel, coorient. III. Título.

FRANCISCO SALDANHA LAUENSTEIN

**PROCESSO ESTRUTURAL NA REGULARIZAÇÃO SUSTENTÁVEL
DE ASSENTAMENTOS INFORMAIS: LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
NA ESTRUTURA FUNDIÁRIA DE DOM PEDRITO E DE SANTANA
DO LIVRAMENTO**

Pesquisa apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Área de Concentração Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais.

Dissertação _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota _____.

Examinado em 22 de novembro de 2022.

Banca Examinadora

Dra. Betânia de Moraes Alfonsin
Doutora em Planejamento Urbano e Regional Presidenta e Orientadora

Dr. Handel Martins Dias
Doutor em Direito
Orientador

Dr. José Tadeu Neves Xavier
Doutor em Direito
Examinador

Dr. Nelson Saule Junior
Doutor em Direito
Examinador

A rota do parafuso do pisão, reta e curva, é uma e a mesma (59).

A rota para cima e para baixo é uma e a mesma (60).

Mar, água mais pura e mais impura, para os peixes potável e saudável, para os homens impotável e mortal (61).

Doença faz de saúde (algo) agradável e bom, fome de saciedade, fadiga de repouso (111).

Este mundo, o mesmo de todos os (seres), nenhum deus, nenhum homem o fez, mas era, é e será um fogo sempre vivo, acendendo-se em medidas e apagando-se em medidas (30).

Para almas é morte tornar-se água, e para água é morte tornar-se terra, e de terra nasce água, e de água alma (37).

Nos mesmos rios entramos e não entramos, somos e não somos (49a).

Nome da Justiça não teriam sabido, senão fossem estas (coisas) (23).

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Andréia, que tanto me incentivou a perseverar neste trabalho.

Carinho e gratidão!

À equipe do Centro de Apoio Operacional da Ordem Urbanística do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pelas orientações preciosas, quando necessário.

Às equipes das Promotorias de Justiça Especializada de Dom Pedrito e de Santana do Livramento, pelo enorme profissionalismo e dedicação às causas coletivas urbanísticas.

RESUMO

Este trabalho examina a aplicabilidade da doutrina do processo estrutural assim como da litigância estratégica na regularização sustentável de assentamentos informais, especialmente, na estrutura fundiária de Dom Pedrito e de Santana do Livramento. Assim, são estudadas as contribuições teóricas e práticas da escola da jurisprudência dos conceitos do século XIX, constituídas em realidade histórica dominada pelo individualismo e liberalismo clássico. As abstrações características da escola pandectista são comprovadas por ferramentas hoje disponíveis da linguística estrutural e funcionalista, como o direito subjetivo e a relação jurídica, com elementos estruturais desnaturados, o que possibilitou a evolução doutrinária no sistema romano-germânico a constituir e consolidar em nível legislativo internacional os conceitos abstratos clássicos de direitos transindividuais. Também são estudados os conceitos básicos de problema estrutural, decisão estrutural e de processo estrutural, que compõem a doutrina processual mais condizente com a resolução dos litígios coletivos e sua efetividade na realidade brasileira, considerando o atual quadro de crise de efetividade da norma constitucional e do processo coletivo, assim como a recessão democrática que se apresenta na última década. Aborda-se também a história do direito urbanístico brasileiro em relação ao processo de urbanização, desde a década de 1930 até os dias atuais. O direito urbanístico representa importante arena de conflitos coletivos, hoje formado pela união indissociável da função social da propriedade, da gestão urbana e do financiamento do solo urbano e suas visões antagônicas, o que se reflete nos diferentes paradigmas de regularização fundiária. Por isso, são analisados os paradigmas de regularização fundiária liberal tecnocrática do Peru e a regularização fundiária plena adotada no Brasil a partir do lei-marco urbanístico do Estatuto da Cidade, consolidando o direito urbanístico como ramo autônomo da Constituição Federal de 1988 e seus reflexos nos instrumentos de regularização fundiária adotados no Brasil e no Rio Grande do Sul. Após, serão abordados os casos práticos dos inúmeros assentamentos informais de Dom Pedrito e de Santana do Livramento, quando se atuou nas Promotorias de Justiça Especializadas nessas cidades, onde se encontrou realidade política e social pouco afeita ao novo ideário do direito urbanístico, ainda marcada por cultura serviente de povos urbanos de reminiscência rural recente. A metodologia utilizada privilegia o método de abordagem sistêmico, eis que se busca compreender a complexidade da realidade e das suas transformações. No que se refere ao procedimento, adotar-se-á o método descritivo, explicativo, e estudo de casos, utilizando-se a pesquisa bibliográfico-documental. O presente trabalho vincula-se à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, dentro da área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.

Palavras-chave: processo estrutural; litigância estratégica; regularização fundiária; direito urbanístico.

ABSTRACT

This work examines the applicability of the structural process doctrine as well as strategic litigation in the sustainable regularization of informal settlements, especially in the land structure of Dom Pedrito and Santana do Livramento. Thus, the theoretical and practical contributions of the jurisprudence school of 19th century concepts are studied, constituted in a historical reality dominated by individualism and classical liberalism. The abstractions characteristic of the pandectist school are proven by tools currently available from structural and functionalist linguistics, such as subjective right and the legal relationship, with denatured structural elements, which allowed the doctrinal evolution in the Roman-Germanic system to be constituted and consolidated at the legislative level. Internationally the classic abstract concepts of trans-individual rights. The basic concepts of structural problem, structural decision and structural process are also studied, which make up the procedural doctrine most consistent with the resolution of collective disputes and their effectiveness in the Brazilian reality, considering the current crisis of effectiveness of the constitutional norm and the collective process, as well as the democratic recession in the last decade. It also addresses the history of Brazilian urban law in relation to the urbanization process, from the 1930s to the present day. Urban law represents an important arena of collective conflicts, today formed by the inseparable union of the social function of property, urban management and urban land financing and their antagonistic visions, which are reflected in the different paradigms of land regularization. Therefore, the paradigms of liberal technocratic land regularization in Peru and the full land regularization adopted in Brazil from the urban framework law of the City Statute are analyzed, consolidating urban law as an autonomous branch of the Federal Constitution of 1988 and its reflexes in the land tenure regularization instruments adopted in Brazil and Rio Grande do Sul. Afterwards, the practical cases of the numerous informal settlements of Dom Pedrito and Santana do Livramento will be approached, when they acted in the Specialized Prosecutors of Justice in these cities, where they found political and social reality little adapted to the new ideals of urban law, still marked by servient culture of urban peoples of recent rural reminiscence. The methodology used privileges the systemic approach method, as it seeks to understand the complexity of reality and its transformations. Regarding the procedure, the descriptive, explanatory method and case studies will be adopted, using bibliographic-documentary research. The present work is linked to the Research Line Guardianship for the Enforcement of Transindividual Rights, within the area of concentration Guardianship for the Enforcement of Unavailable Rights of the Escola Superior do Ministério Público Foundation – FMP.

Keywords: structural process; strategic litigation; land regularization; urban law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E PROCESSO ESTRUTURAL: NOVOS PARADIGMAS PARA O DEVIDO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO	14
2.1 ESCOLA PANDECTÍSTICA, LIBERALISMO E A CODIFICAÇÃO	14
2.1.1 Abstração dos conceitos iniciais componentes da relação jurídica	17
2.1.2 Teorias da posse e linguística	22
2.2 PROCESSUALÍSTICA MODERNA	25
2.3 DESENVOLVIMENTO, CRISE E TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS	26
2.3.1 A conceituação abstrata dos direitos coletivos e método	29
2.3.2 A teoria dos direitos transindividuais em crise	31
2.3.3 Recessão da legislação dos direitos transindividuais	36
2.3.4 Mecanismos de aceleração de demandas	37
2.3.5 Importação de mecanismos processuais alienígenas	38
2.4 SOLUÇÕES	39
2.4.1 Eficácia da norma constitucional, processo estrutural e proporcionalidade	41
2.4.2 Novos conceitos abstratos de litígios transindividuais ou nova interpretação sobre os existentes?	44
2.4.3 Crítica aos novos conceitos propostos por Vitorelli	50
2.5 LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E PROCESSO ESTRUTURAL	53
2.6 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ESTRUTURAL	56
2.7 INSTRUMENTOS EXTRAPROCESSUAIS DO DIREITO COLETIVO EM NOVA PERSPECTIVA	60
2.7.1 Inquérito Civil Estrutural	62
2.8 CONCLUSÕES PARCIAIS	67
3. PARADIGMAS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL	69
3.1 RECESSÃO DEMOCRÁTICA	70
3.1.1 Crise degenerativa	74
3.1.2 Direito urbanístico como “arena de conflitos”	75
3.2 DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO: UMA CONSTRUÇÃO TARDIA	77
3.2.1 Décadas de 1970 e 1980	78
3.2.2 Constituição Federal de 1988	79
3.2.3 Propriedade, gestão urbana e financiamento do solo urbano	80
3.2.4 Estatuto da Cidade: gestão democrática e planificação da cidade	81
3.3 OS PARADIGMAS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMÉRICA LATINA	85

3.3.1 Experiência do Peru - liberalismo	87
3.3.2 Paradigmas brasileiros.....	90
3.4 OS PERFIS DAS CIDADES EM RELAÇÃO ÀS OCUPAÇÕES INFORMAIS	93
3.5 INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL	96
3.6 CONCLUSÕES PARCIAIS	103
4 CASOS PRÁTICOS DE DOM PEDRITO E DE SANTANA DO LIVRAMENTO ...	104
4.1 DOM PEDRITO	105
4.1.1 Plano Diretor do Município de Dom Pedrito	107
4.2 ASPECTOS GERAIS: LOTEAMENTOS CLANDESTINOS DE DOM PEDRITO..	109
4.2.1 A dinâmica do mercado informal de loteamentos clandestinos em Dom Pedrito.....	110
4.3 LOTEAMENTO VALMIR SANCHES	112
4.3.1 Medidas adotadas pela Promotoria de Justiça Especializada de Dom Pedrito.....	118
4.4 LOTEAMENTO HUMAITÁ I E II.....	122
4.5 LOTEAMENTO MINUSSI.....	124
4.6 LOTEAMENTO DO BAIRRO OLARIA	127
4.7 OUTROS LOTEAMENTOS CLANDESTINOS.....	129
4.8 CONCLUSÕES PARCIAIS	130
4.9 SANTANA DO LIVRAMENTO	131
4.9.1 Plano Diretor do Município de Santana do Livramento.....	132
4.9.2 – Aspectos gerais: loteamentos irregulares de Santana do Livramento	134
4.9.3 – Investigações pela Promotoria de Justiça nos inquéritos civis	134
4.9.4 – Ações civis públicas para regularização dos loteamentos irregulares.....	135
4.10 CONCLUSÕES PARCIAIS	139
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
REFERÊNCIAS	146

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa examina as perspectivas teórica e prática para possível adoção da abordagem de litigância estratégica, instrumentalizada pelo processo estrutural na regularização fundiária de loteamentos clandestinos e irregulares nos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul, sob o ângulo sócio-ambiental do direito urbanístico, buscando interferir na reestrutura fundiária¹, entretanto considerando as peculiaridades locais.

O processo de urbanização brasileira não é homogêneo no tempo e no espaço. Na verdade, a complexidade do processo de urbanização brasileiro historicamente desordenado apresenta-se, inclusive, por meio de perfis diversos de ocupações informais do solo urbano, um fenômeno, portanto, heterogêneo, a depender da estrutura política, social e até administrativa do Município considerado.

Logo, perquire-se se adoção dos instrumentos da doutrina do processo estrutural podem contribuir para a implementação de políticas territoriais mais humanas para a efetivação do direito à moradia e do direito à cidade, fomentando a reestrutura fundiária por meio da regularização do uso do solo urbano em perspectiva sustentável, de forma a superar paradigmas segregadores e privatistas, ainda vigentes no país, mediante compreensões hermenêuticas mais atuais da realidade e do próprio direito, em litígios estratégicos², e, muito especialmente em casos das cidades de Dom Pedrito e de Santana do Livramento, no bioma pampa do Rio Grande do Sul.

Assim, no primeiro capítulo, serão abordados os conceitos de litigância estratégica e de processo estrutural, sem a pretensão de esgotar os temas. Em visão mais teórica e histórica dos precedentes liberais clássicos da escola da jurisprudência dos conceitos que desaguarão nos conceitos contemporâneos do sistema romano-germânico, demonstra-se a sua fenomenologia por meio da linguística estruturalista e funcional, a qual se presta para comprovar algumas das teses fundantes do direito contemporâneo. Com base em tal raciocínio, será avaliada a eficiência e necessidade dos conceitos abstratos dos direitos transindividuais na estrutura mais consolidada na doutrina e legislação, discussões

¹ Trata-se de conceito aplicado pela doutrina do processo estrutural, na qual a abordagem dos problemas estruturais remete à eventual reestruturação burocrática e administrativa envolvendo situações complexas.

² O litígio estratégico e outras formas de *advocacy* são ferramentas que têm sido utilizadas por organizações não governamentais, instituições do sistema de justiça e movimentos sociais para empoderar comunidades e indivíduos, defender o estado de direito, promover os direitos humanos e buscar reparações a violações. O longo, incerto, e muitas vezes frustrante processo de litigar direitos humanos nos tribunais pode, todavia, desmobilizar vítimas, esmorecer esforços e reduzir as possibilidades de efetivar ou reparar direitos (OSÓRIO, 2019, p. 573)

² Existe a ADI 5.771, apresentada pelo Procurador-Geral da República

doutrinárias, polêmicas, e crise atual, assim como a proposta de alteração apresentada por Vitorelli.

A partir desse cotejo, serão abordados os elementos essenciais e acidentais do processo estrutural, as novas visões sobre o processo coletivo, seus instrumentos e conceitos, assim como a lógica de raciocínio da litigância estratégica e sua aplicação no hipotético caso da penitenciária do estado do Arkansas, descrito por Owen Fiss.

Após, no segundo capítulo, abordar-se-á a arena do direito urbanístico, como um dos principais pontos de disputa atual, pressionado pela recessão democrática vivida nas democracias fortes e fracas na última década. A influência da construção tardia do direito urbanístico em relação ao processo brasileiro de urbanização, que somente passou a ser considerado ramo autônomo da ciência do direito após a Constituição Federal de 1988 com a sua consolidação assegurada pelo Estatuto da Cidade.

A seguir, serão cotejados o paradigma de regularização fundiária liberal tecnocrática através da experiência do Peru e o paradigma brasileiro de regularização fundiária plena, adotado pelo Estatuto da Cidade em suas diretrizes. O conceito de regularização fundiária plena funcionou como referência central para a diretriz sobre regularização fundiária prevista no inciso XIV do artigo 2º do Estatuto da Cidade, e mais tarde, para a Lei n.º 11.977/09.

Por fim, será adotado o método de estudo de caso, no qual serão analisados os casos práticos dos loteamentos clandestinos do Município de Dom Pedrito e dos loteamentos irregulares do Município de Santana do Livramento, quando o autor atuou nas respectivas Promotorias de Justiça Especializadas nos anos de 2017 a 2019.

Para a realização da presente pesquisa, o método desenvolvido será o hipotético-dedutivo, por meio do qual, partindo de um problema de pesquisa, passa-se a criar hipóteses provisórias para a solução. Após, com o falseamento da hipótese criada, visa-se a eliminação do erro, e a solução do problema de pesquisa.

A forma de pesquisa será descritiva e crítica. Por sua vez, a técnica de pesquisa será a bibliográfica, mediante revisão da bibliografia atinente ao tema de pesquisa, mas essencialmente direcionada aos problemas teóricos e práticos da atualidade.

Para tanto, palestras e seminários, citando casos práticos cujas experiências profissionais e observações práticas dos palestrantes serão valorizadas, assim como alguns dados envolvendo regularizações fundiárias pretéritas e atuais serão coletados, dentro do espírito do “método experimentalista” nos termos do defendido pelo Professor Sérgio Cruz

Arenhart³ em palestra proferida no dia 19/10/2020 no Curso de Litigância Estratégica em Processo Estrutural, promovido pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e pela Escola Superior do Ministério Público entre as datas de 21/09 a 26/10/2020.

³ “Isso liga inclusive, a meu ver, o problema dessa “ACP do carvão” com um segundo aspecto do título dessa minha exposição, que é essa ideia do **método experimentalista**. O processo estrutural tem muito disso, tem muito que ver com a lógica de que a gente está aqui num **campo pragmático**, a gente **não** está aqui num **campo teórico**. Eu vejo às vezes as pessoas se perdendo muito no campo do processo civil de forma tradicional, e discutir questões que são clássicas, “*ah, mas aqui a atuação do sujeito na ação coletiva é substituição processual, é representação processual, é legitimação ordinária, a coisa julgada erga omnes é do jeito A, do jeito B, não sei de que diabo é isso aí*”. São coisas que acabam fazendo com que a gente perca o sentido da realidade, e isso é o que não pode acontecer no campo dos processos estruturais”.

2 LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E PROCESSO ESTRUTURAL: NOVOS PARADIGMAS PARA O DEVIDO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

Neste capítulo, serão apresentadas as noções teóricas dos conceitos abstratos dos direitos coletivos, sua origem, desenvolvimento e possível crise vivida atualmente. O processo coletivo, ainda marcado por antigos paradigmas teóricos do estado clássico liberal, tem vivido no Brasil retrocessos legislativos, assim como uma série de questionamentos em suas teoria e práxis. Após cerca de três décadas de processo coletivo, algumas reflexões serão apresentadas no presente capítulo.

Como será demonstrado, a linguística ajuda a fundamentar a técnica de abstrativização de conceitos operada pela escola da jurisprudência dos conceitos alemã, influenciando, inclusive, as superações conceituais instituídas pela ciência do direito, prestando-se, ainda, a comprovar linguisticamente algumas teorias básicas do direito, como é o caso da teoria objetiva da posse.

Os conceitos dogmáticos abstratos irradiam consequências lógicas e procedimentais, assim como ajudaram a constituir os institutos básicos na processualística coletiva (ação, legitimidade, competência e coisa julgada). São justamente tais institutos processuais do processo, visto como um instrumento de efetivação de direitos fundamentais, que vêm recebendo certa releitura por ocasião do atual Código de Processo Civil.

Outrossim, a doutrina do processo estrutural, mais disposta à busca de soluções práticas para problemas antigos do processo coletivo, assim como a litigância estratégica, frente aos inúmeros institutos processuais e extraprocessuais, parece apresentar respostas mais conectadas com a atualidade dos problemas do processo coletivo.

2.1 ESCOLA PANDECTÍSTICA, LIBERALISMO E A CODIFICAÇÃO

O iluminismo alemão do século XIX empregou uma verdadeira metafísica dos conceitos no mundo do dever ser, dirigida pela função jurídica e econômica nas escolas histórica e positivista da jurisprudência dos conceitos, prestando-se para ajustar sistemas normativos conceituais bem elaborados, embora as dissensões da jurisprudência dos interesses e do próprio realismo jurídico alemão, em cuja reação recaiu no radicalismo positivista neokantiano de Kelsen.

Após o sucesso da escola da exegese francesa, o pandectismo procurou estabelecer em bases neutras as noções científicas básicas da existência da vida privada nos códigos civis.

Para tanto, os alemães, a partir do direito romano e das práticas sociais, propuseram ao direito uma série de evoluções técnico-científicas, abstrações motivadas nos institutos clássicos já existentes nos velhos códigos civis até então existentes, como se verá adiante (AMARAL, 2001, p. 41).

Em termos gerais, até a legislação civil ser elevada à estrutura lógica de sistema codificado como reflexo do juracionalismo, pouco se desprendera dos substratos concretos em seus conceitos. As normas civis giravam em torno de pessoas dotadas de vontade, de coisas e de fenômenos mais perceptíveis aos sentidos, embora se reconheça a sistematicidade dos textos romanos (AMARAL, 2001, p. 117). Não havia, e.g., a teoria do fato jurídico.

É possível afirmar que o fenômeno do abstrativismo, algo marcante da escola da jurisprudência dos conceitos, ao que parece, obedeceu a certos modelos, princípios e teorias linguísticas, muitas das quais sequer existiam no século XIX.

Essa releitura em retrospectiva (diacrônica, pode-se dizer) da interseção ora proposta apresenta-se viável, porque a linguística descreve mecanismos mentais do pensamento desde sempre pelo gênio humano ao se comunicar (todas as escolas linguísticas são unânimes nesse ponto), ainda que intuitivamente, mesmo que os resultados históricos aparentemente tenham sido obtidos declaradamente por outros meios.

Pode-se, por exemplo, atribuir valores diversos à entidade linguística “direito”, a depender da sua delimitação em unidade concreta na fala. A mesma frase “o direito regula condutas” é constituída das mesmas unidades linguísticas (entidade delimitada) e mesmas identidades, porém o valor do signo “direito” é diferente para um positivista e para um jusnaturalista.

Não se trata da polissemia de palavras. É algo mais complexo. A polissemia opera por meio de significantes iguais, vinculados a significados diversos, não havendo qualquer unidade linguística entre eles. “A vela do barco” é bem diferente da “vela do bolo de aniversário”. Trata-se de confusão comum afirmar que o termo “direito” é polissêmico.

Saussure (2006, p. 134) explica que “carneiro” em português pode designar tanto o animal, quanto o prato (“no restaurante serviram carneiro”), mas em inglês, o animal carneiro é “sheep”, ao passo que o prato chama-se “mutton”. Logo, essas unidades concretas possuem valores diversos. O valor do signo “carneiro” é mais complexo, porquanto se refere tanto ao animal quanto ao prato, do que de “sheep”, que se refere unicamente ao animal.

A partir disso, alguns dizem os “direitos”, os “positivismos” etc, referindo-se à mesma unidade concreta, porém com desinência de plural para marcar os seus diferentes valores. Norma jurídica, princípio, regra, validade e eficácia são outros conceitos básicos do

direito cujos signos podem possuir unidade concreta, mas valores linguísticos (e jurídicos) diversos a depender do contexto linguístico.

O exemplo do ourives e do químico de Dworkin na famosa tréplica a Hart (2017, p. 2102-2103) ajuda a compreender a lógica por trás da “virada linguística”. O ouro é conceituado pelo ourives por meio de critérios que conceituam o objeto, logo as pessoas seguem tais critérios do ourives para considerar eventual objeto como ouro. Logo, trata-se de uma descoberta semântica, já que de acordo com certos critérios o conceito de ouro surge na mente das pessoas. Entretanto, o conceito de ouro do químico não é uma descoberta semântica: não foi alcançada perguntando quais critérios as pessoas realmente usam para decidir se chamam algo de ouro, não é uma convenção. A afirmação de que o ouro tem certa estrutura atômica é uma descoberta descritiva da química. Logo, o ourives e o químico conceituam o mesmo objeto de formas diferentes, porque pertencem a ciências diferentes⁴.

A epistemologia das “ciências do espírito” deve, portanto, abandonar essa pretensão de equiparação (GADAMER, 1997; DWORKIN, 2017). Neste quartel da história, a aplicação dos pressupostos e conceitos da gnosiologia nas “ciências do espírito” não se justifica mais, a fortiori, a partir da chamada “virada linguística”, da fenomenologia de Heidegger e da Semiótica. Hoje, as ciências do espírito reclamam concepções epistemológicas, a partir de um sujeito que se auto-conscientiza e de um objeto mutável, a partir da consciência e percepção do sujeito.

A questão torna-se mais complexa quando se verifica que se entrecruzam dois códigos: o código da língua e o código do direito, cada qual com seu sistema de valores diferentes. Ao se pronunciar “o direito são leis naturais não escritas”, linguisticamente, está correto, porém, não há consenso jurídico sobre tal sentença. Já na frase “o direito é uma atividade”, o valor da palavra direito encaixa-se linguística e juridicamente, pois todo e qualquer jurista concordará com a sentença, embora cada qual a interprete (isto é, atribua valor) de forma diversa a depender do valor a que atribuir à unidade concreta “direito”.

Outrossim, em perspectiva evolutiva (diacrônica) a língua falada altera-se de forma imprevisível, aleatória, embora se tenham identificado alguns mecanismos comuns em certas alterações da língua no tempo, já a língua normativa altera-se diacronicamente, obedecendo a padrões diversos, em vista de princípios e funções inerentes que lhes são próprios.

Entretanto, o direito, em função de seu espelhamento da interpretação cultural e

⁴ A pretensão de equiparar o ourives ao químico é o equívoco do positivismo convencionalista, ao supor que filósofo do direito ao descrever o objeto por pontos arquimedianos chegará ao mesmo conceito do químico, entretanto chegará por meio de critérios a mero conceito semântico.

espiritual de certa realidade histórica, é orientado e até condicionado por tais aspectos extralinguísticos. O novo conceito somente é aceito como válido na língua científica, se obedecer a certos parâmetros, porque os cientistas compõem uma comunidade linguística própria. Ainda, as abstrações acontecem aos poucos, porque sempre se identificam resistências naturais a novos signos na língua, *a fortiori*, na língua científico-jurídica, cuja grave função é a de orientar a formação de um sistema de normas jurídicas.

A ideologia do liberalismo clássico, não por acaso, permeou as codificações do século XIX. Logo, em moldes dogmáticos clássicos liberais, o agente governava-se, porquanto em última análise a sua liberdade, que se manifestava pela vontade, era sempre a fonte mediata de seus direitos e obrigações (AMARAL, 2001, p. 161). A vontade do agente era a fonte de suas obrigações (princípio da autonomia da vontade), manifestava-se no contrato (*ex contracto*) ou, quando viciada no mesmo contrato, anulava-lhe a si própria e ao contrato. A vontade de um ato ilícito (*ex delicto*) também vinculava o agente. Fundada, assim, a obrigação contraída no contrato ou a obrigação *ex lege* na responsabilidade civil.

Os conceitos jurídicos dependiam do signo vontade, cujo valor integrava a significação dos conceitos jurídicos em sua sintaxe interna⁵.

Logo, signos abstratos originados a partir da conduta humana não puderam de imediato libertar-se da vontade do agente como íntinseca ao dado concreto. Em termos jurídicos, a expressão da vontade deveria sempre compor o cerne do suporte fático dos atos jurídicos e negócios jurídicos, sob pena de tal sequer se completar, resultando, assim, na inexistência jurídica do fato jurídico sob exame, por exemplo (MIRANDA, 2000, p. 130).

2.1.1 Abstração dos conceitos iniciais componentes da relação jurídica

O direito subjetivo, *facultas agendi*, como o próprio nome denota, estabelece um direito ligando uma pessoa no polo ativo, credor (aquela que tem a faculdade de agir), a outra no polo passivo, devedor, estando ambas conectadas por um vínculo jurídico que nasceu de um fato jurídico. Tal base teórica do direito iniciou na Idade Média, sendo consolidada no século XIX. Tal estrutura lógica e de fácil apreensão trata da relação jurídica.

Deve-se ao gênio alemão o direito subjetivo, dissecado em relação jurídica, constituída de sujeitos ativo (credor) e passivo (devedor) em seus polos, mantendo um objeto ao centro, constituído de uma obrigação (dar, fazer e não fazer – correspondente a uma

⁵ No direito penal, a teoria do delito até os dias de hoje preocupa-se com tal situação, motivo pelo qual a teoria finalista da ação de Welzel fundamenta vários Códigos Penais na atualidade, entre eles o Código Penal Brasileiro.

pretensão) ou de uma potestação (correspondente a uma mera sujeição), gerada a partir da eficácia de algum acontecimento jurídico relevante para o Direito (fato jurídico), cujo suporte fático deve ser preenchido suficientemente. Nas palavras de Francisco Amaral, a relação jurídica passou a status de conceito básico do direito a partir da doutrina pandectística alemã,

O conceito de relação jurídica é produto da pandectística alemã. Introduzido por Savigny, consiste, ainda hoje, em uma das mais importantes categorias da técnica jurídica do direito privado e um dos mais importantes critérios da teoria geral do direito. Embora noção antiga com antecedentes no direito romano (*iuris vinculum*, *nexum*, *coniunctio*), e no direito canônico medieval em matéria de casamento (*relatio*), foi com a pandectística alemã que se alçou à condição de conceito básico do sistema jurídico, considerada “relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra jurídica” (...) Qualquer que seja o entendimento seguido, o conceito de relação jurídica ocupa um lugar de relevo na teoria geral do direito e até na filosofia do direito (AMARAL, 2001, p. 157-8 e p. 160).

Ainda, o entendimento de que ao direito subjetivo propriamente dito corresponde uma obrigação, cuja pretensão extingue-se mediante o acontecimento de outro fato jurídico, como pagamento, confusão, ou prescrição (transformando-se em obrigação natural, isto é, obrigação sem pretensão), assim como o entendimento de que ao direito potestativo corresponde uma sujeição, sendo extinto por meio da decadência, também foi aperfeiçoado racionalmente pela jurisprudência dos conceitos do século XIX (AMARAL, 2001, p. 559).

Inicialmente, a dogmática jurídica, de base ideológica liberal oitocentista, em lógica umbilicalmente ligada à vontade do agente, estabelecia, portanto, como fonte remota do direito subjetivo, sempre a vontade, cuja manifestação vinculava o agente à obrigação.

Ocorre que todos os elementos iniciais da relação jurídica foram alterados em sua formação teórica inicial pelos alemães. Os polos da relação jurídica evoluíram para o conceito de sujeito de direitos, algo mais abstrato e tecnicamente superior do que o conceito de pessoa. Abrange sujeitos de direito despersonalizados. Marco Bernardes de Mello (2003, p. 131-9) cita os exemplos da sociedade irregular, da massa falida, do espólio, dos condomínios. Naturalmente, a teoria da capacidade de titularizar direitos e contrair obrigações desenvolveu-se no século XIX. Nas palavras de Pontes de Miranda (2000, p. 207), ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção.

Em alguns pontos do sistema, a própria individualidade e especificidade do agente também foram sacrificadas, como se vê nos conhecidos conceitos de “sujeito passivo universal” nos direitos reais e “credor indeterminado” na promessa de recompensa. Caio Mario da Silva Pereira bem analisa a situação:

Os sujeitos precisam de determinar-se, para que fique certo a quem o devedor há de prestar ou de quem o credor tem de receber. Isso não quer, entretanto, dizer que seja necessária, desde a criação da relação obrigacional, a individualização precisa dos sujeitos. Pode, momentaneamente, ser indeterminado um deles, mas nesse caso é de mister sua determinabilidade. Um sujeito passivo certo pode obrigar-se para um sujeito ativo indeterminado, e, vice-versa, um sujeito ativo certo poderá ter o direito de exigir a prestação de um devedor que tenha se tornado incerto (PEREIRA, 2001, p. 10).

O conceito de pessoa jurídica seguiu trilha parecida, tendo sido empregados inicialmente, não por acaso, conceitos mais tácteis para conceber a pessoa jurídica. Alguns autores, utilizando analogia ou metáfora, compararam as pessoas morais, fictas, em épocas remotas a pessoas incapazes (dependentes de curadores que manifestavam a vontade) e mesmo a entes despersonalizados, como é o espólio (AMARAL, 2001, p. 274).

Os alemães gestaram a noção de sujeito de direitos, como aquele capaz de titularizar direitos e assumir obrigações, conceito mais abstrato e motivado pelo conceito de pessoa então existente, ainda em concepção romana tradicional. O sujeito de direitos, personalizado ou não, pode figurar numa relação jurídica, que possui objeto diverso do próprio sujeito, o qual figura em seus polos.

Como foi possível? Há, entre outras, a explicação linguística que aclara a “superação” de conceitos engendrada pelos alemães.

As abstrações de conceitos do ponto de vista linguístico, que realmente desvelam novos conceitos de algo existente, porém ainda inominado, podem ser explicadas e não se trata de simplesmente adicionar novas propriedades aos conceitos já existentes, ou simplesmente, ignorar certas propriedades, para se criar uma ideia nova: é algo mais complexo.

Conforme a linguística saussuriana, as ideias são expressas por valores linguísticos em relação de oposição e similaridade. Logo, as ideias são expressas em relação de gradação, de oposição, de negação etc, por meio de sinônimos e antônimos e de infinitas outras relações semânticas; portanto, o acesso à ideia completa ou próximo da compleição implica considerar as relações de sinonímia, antonímia, hiperonímia etc de certa palavra.

Dito de outra forma: as palavras são um pedaço, um recorte da ideia na fala, cujo conteúdo está disperso entre as palavras sinônimas e antônimas, por exemplo, de forma que, se não existisse determinada palavra, seu conteúdo migraria para as ideias vizinhas em significado,

No interior de uma mesma língua, todas as palavras que exprimem idéias vizinhas se limitam reciprocamente: sinônimos como rechar, temer, ter medo só têm valor próprio pela oposição; se rechar não existisse, todo seu conteúdo iria para os seus concorrentes (SAUSSURE, 2006, p. 134-5).

Pois bem, disso surge que o conteúdo do conceito de sujeito de direitos, por exemplo, estava na relação do significado completo cuja parte perceptível imediatamente aos sentidos contém a ideia de pessoa. O conceito em si já existia, porém não estava ligado a um significante, motivo pelo qual, quando revelado expressamente pelo gênio humano (isto é, transformando-se num signo), apresentou funcionalidade e harmonia com o resto do sistema linguístico da codificação civil. Tanto se comprova tal assertiva, que o fenômeno acima explicado pode recobrir a noção de princípio jurídico.

O objeto da relação jurídica, naturalmente, estava intrinsecamente ligado à vontade, em plano obrigacional ou real (Clóvis do Couto e Silva, 2007), talvez, por isso, o conceito de ato-fato jurídico enseje ainda algumas discussões, quando a manifestação de vontade jurídica desimporta em relação à eficácia do ato.

O objeto da relação jurídica também sofreu alterações em si. As prestações positiva (fazer e dar) e negativa (não fazer) nos direitos subjetivos *stricto sensu* foram desnaturadas para mera sujeição, nos direitos potestativos, o que possibilitou a identificação da pretensão (Windscheidt), conceito fundamental para a prescrição, decadência e de vital importância para a ação material e jurisdição.

A própria vontade do agente como fonte remota das obrigações foi superada pela teoria do risco criado no início do século XX. Mesmo assim, de certa forma, a teoria do risco não se libertou imediatamente da vontade do agente, a qual não saiu completamente de cena. Ao se dedicar à atividade perigosa, o agente assume o risco (vontade) de provocar danos, malgrado ela não participe necessariamente do fato danoso em si, dizendo-se objetiva tal responsabilidade (FILHO, 2008, p. 135).

A responsabilidade objetiva foi engendrada justamente pela função de facilitar a reparação das vítimas em acidentes do trabalho e danos causados pela guarda de coisas (trem e veículos) e animais perigosos.

Veja-se: todas essas estruturas lógicas conceituais partiram do conceito de direito subjetivo, a matriz sistêmica da dogmática jurídica, que ainda permanece nos dias atuais. O desenvolvimento dos conceitos da escola alemã do século XIX não chegou a desfigurar o conceito de direito subjetivo em si, mas o complementou, tanto que os conceitos motivados vicejam esplendorosamente nos Códigos Civis até os dias atuais, revelando base teórica coesa de consistência apreciável.

A pessoa jurídica é uma ficção (teoria mais aceita), trata-se de ente criado a partir de algo existente e humano, o contrato, tanto que as primeiras sociedades a surgirem são

classificadas até os presentes dias como sociedades contratuais e, mesmo as ditas sociedades institucionais, originam-se numa espécie de contrato em última análise. A dogmática jurídica alemã, contudo, foi além: engendrou, a partir das ditas teorias orgânicas da personalidade jurídica, de base sociológica, um ente com vontade própria, independente da vontade de seus membros (AMARAL, 2001, p. 278). Algumas dessas teorias alemãs partiram da ideia de que multidões possuem vontades próprias, que não obedecem exatamente à mera soma vetorial da vontade das pessoas que as compõem, transportando tal dinâmica para a pessoa jurídica. Isto é, criaram uma hipérbole, o exagero no emprego da metáfora.

A apurada técnica jurídica do direito civil chegou ao ápice de estabelecer planos de existência, validade e eficácia (MIRANDA, 2000, p. 25), reconhecendo e criando inúmeros requisitos jurídicos, complexos, porém bem definidos e claros para a correta identificação do fenômeno jurídico. A notável técnica de estabelecer uma parte geral para o Código Civil⁶ composta dos elementos básicos do mundo jurídico, pessoas e coisas ligadas entre si por meio de fatos (MIRANDA, 2000, p. 71), causou furor no meio científico, entendido como algo revolucionário.

O conceito de negócio jurídico, ente mais abstrato do que os nunca muito bem compreendidos *contrato* ou *quase-contrato*, que vinham desde o direito romano, também revelou maior tecnicidade conceitual ao direito alemão, tanto que incorporado a vários códigos civis,

Nascida no direito alemão, primeiro na doutrina, depois objetivada no Código Civil (BGB), a teoria do negócio jurídico passa à doutrina italiana, à espanhola, à portuguesa. (...) De tudo isto se conclui que o conceito de negócio jurídico é um fato histórico e uma categoria lógica. Como fato histórico representa o envolver de uma experiência em que se reuniram circunstâncias na natureza filosófica, política e econômica, até o surgimento, a cristalização do conceito. Como categoria lógica, produto desse fato histórico, representa uma síntese, uma “redução à unidade” das diversas posições subjetivas que se podem configurar na atividade jurídica, de que a declaração de vontade é uma das causas imediatas (AMARAL, 2001, p. 368).

O funcionalismo desses conceitos destinados a resolver problemas lógico-dogmáticos mostrou-se eficiente. O sujeito passivo universal resolveu a aporia clássica do direito romano, o qual identificava impropriamente o direito real como uma relação jurídica entre uma coisa e uma pessoa⁷. O sujeito ativo indeterminado era assim momentaneamente,

⁶ Há controvérsias: vários autores consideram que, antes do BGB, a parte geral do Código Civil foi prevista no esboço de Código Civil organizado por Teixeira de Freitas; porém, nunca entrou em vigência no Brasil. Embora Pontes de Miranda (2000, p. 24) a considere uma contribuição da escola pandectística.

⁷ Os romanos entendiam que os direitos reais tratava-se de relação jurídica entre um sujeito e uma coisa, o que estava conceitualmente errado, já que coisas não são sujeitos de direito, logo não poderiam figurar nos polos da relação jurídica. As coisas são objetos de direito, logo na relação jurídica o seu lugar é no centro (objeto) e não

sendo determinado no momento em que a promessa se cumprisse. A sociedade personalizada resolveu o problema da união de esforços na organização da empresa (atividade) e da distribuição de lucros, prejuízos e riscos no capitalismo incipiente.

Veja-se que os novos conceitos abstratos tratou-se de processo em que o novo ente mais abstrato, por vezes, assumiu o papel semântico de hiperonímia em relação ao conceito concreto já existente, por exemplo, o sujeito de direitos e o negócio jurídico são hiperônimos, respectivamente, em relação à pessoa e ao contrato, estes mais específicos, pois possuem mais semas. Outras vezes, o novo conceito reforçou-se pela metaforização, como é o claro caso do conceito de pessoa jurídica em relação à pessoa natural. O sujeito passivo universal pode ser explicado como uma de metonímia em que uma parte (sujeito passivo) representa o todo (universal).

A metaforização de certa forma sempre guiou a dogmática jurídica, como é o caso do contrato aleatório com cláusula da emptio spei (compra de esperança), em clara linguagem conotativa, pois não se compra a esperança, mas a coisa que eventualmente surja.

A dogmática jurídica do direito civil valeu-se de conceitos ideais para a resolução dos problemas lógico-dogmáticos que surgiam em razão de teorizações de institutos jurídicos básicos. Sujeito de direitos, sujeito passivo universal, sujeito ativo indeterminado, pessoa jurídica, compra da esperança, negócio jurídico – embora logicamente necessários na sintaxe da linguagem normativa, constituem conceitos que podem ser explicados pelo estruturalismo sincrônico formalista.

Entretanto, o estruturalismo linguístico, em termos puros, os interpretaria como meros signos relativamente arbitrários, correndo o risco de pouco ou nada revelar sobre a sua verdadeira etiologia, uma vez que foi desconsiderado o contexto normativo-funcional.

A funcionalidade normativa e econômica dos referidos conceitos presta-se muito para esclarecer a diacronia do direito enquanto língua, explicando o motivo pelo qual surgiram as abstrações, revelando a lógica linguística por trás da técnica alemã, como se verá no caso da posse.

2.1.2 Teorias da posse e linguística

A posse em sentido do senso comum trata-se de apreensão física da coisa. A teoria subjetiva da posse de Savigny, que pressupõe posse física (corpus) e ânimo de propriedade

(animus) sobre a coisa, aproxima-se mais da realidade fática, isto é, aproxima-se de bases empíricas, porém desconsidera o contexto funcional.

Não por acaso, a teoria subjetiva (Savigny) surgiu antes da teoria objetiva (Ihering) da posse, pois a realidade fática, mais imediata aos sentidos, inicialmente, impõe-se. Entretanto, o gênio humano, usando da linguagem, cristaliza em razão de sua função (no caso, a função econômica) conceitos identificadores de situações tipicamente intuitivas para explicar os fatos humanos no mundo do “ser”, chegando por meio de tal engenharia ao mundo do “dever ser”, que lhe toca.

A teoria objetiva da posse de Von Ihering pode ser explicada pela linguística estruturalista. O *corpus* da posse de Von Ihering representa abstração que exige o reconhecimento de utilidades humanas que vão além da física imediata sobre a coisa, pois de fato, o possuidor não está em contato físico com a coisa, mas em ideia, está, porque a posse objetiva é motivada (portanto explicada) pela sua função econômica.

O exemplo clássico de Von Ihering (2003, p. 51) – dos pássaros presos por um laço num bosque, das madeiras ao lado da obra e da cigarreira caída ao lado – bem ilustram a questão. Em figura ideal, os pássaros e as madeiras são possuídas por alguém; já a cigarreira, por não pertencer a cenário paradigmático algum, logo sem função econômica na ocasião, não é possuída por ninguém.

Não há ninguém por perto dos pássaros e das madeiras, logo não temos apreensão física no momento daquela cena descrita por Von Ihering, mas um homem do povo deve imaginar que alguém os está mantendo em sua posse. Logo, também em termos imediatos, o *corpus* de Von Ihering é matéria (coisa) + função econômica (por isso a apreensão da coisa intuída).

Em termos semiológicos estruturais (SAUSSURE, 2006, p. 143-145), em relação à cigarreira, na linearidade da língua, isto é, dentro do eixo sintagmático do sujeito, logo interpretada como signo combinado com os demais signos em sequência que lhe diferenciam na situação apresentada por Ihering, conclui-se que o signo da posse não poderia estar presente, porque as possíveis associações (eixo paradigmático) não chegariam a tal combinação. Em outras palavras, no eixo sintagmático “os pássaros presos num laço no bosque” e “madeiras próximas à construção”, aplicado o eixo paradigmático, conclui-se que os signos associativos mais próximos numa sucessão de signos dão a noção de que alguém os prendeu e de que alguém usará tal madeira, logo se chega ao signo da posse.

Eixo sintagmático →	Pássaros	Presos	num laço	num bosque.
Eixo paradigmático ↓		laçados (por alguém)		
		amarrados (por alguém)		
		possuídos → posse		
Eixo sintagmático →	Madeiras	Próximas	a uma construção.	
Eixo paradigmático ↓		depositadas (por alguém)		
		guardadas (por alguém)		
		possuídas → posse		

Já no eixo sintagmático “cigarreira caída num bosque”, aplicando-se o eixo associativo ou paradigmático, conclui-se que a associação mais próxima faz-se com os signos “abandonada” e “perdida”, portanto não se chega de imediato ao signo “posse”, embora fosse possível, remotamente, de acordo com o estruturalismo semiológico, pois no eixo paradigmático do signo “caída”, pode-se escolher o signo “perdida”, logo é possível que aquela cigarreira seja possuída por alguém que a perdeu.

Eixo sintagmático →	Cigarreira	Caída	num bosque.
Eixo paradigmático ↓		Abandonada	
		Perdida	

A própria tradição em que as chaves simbolizam a entrega do imóvel (traditio longa manus) fundamenta-se na dicotomia sintagma/paradigma. A traditio longa manus significa figura ideal que simboliza o possuidor desde já apreendendo a coisa simbolizada por meio das chaves – claramente uma metonímia (a parte pelo todo) motivada pela função econômica de possuir, de poder acessar coisa quando quiser (logo, com facultas agendi sobre a coisa).

Fisicamente, o possuidor nada possui, apenas as chaves estão seu poder; mas dogmaticamente, já está mantendo a guarda da coisa. Não por acaso, a dogmática do direito civil empregou inúmeras figuras de linguagem para fundamentar os direitos reais, pois a propriedade pressupõe posse, e posse, em sentido físico, é apreensão material da coisa.

Na verdade, pode-se falar em posse longa manus, a qual – especula-se – pode ser encarada como um verdadeiro princípio, porque estrutura e possibilita juridicamente vários

direitos reais, em que se considera o possuir em ideia fruindo as benesses da coisa possuída, tudo possibilitado pela teoria objetiva da posse.

Tomados em conjunto, o sujeito passivo universal, a *traditio longa manus*, a posse da teoria objetiva, a pessoa jurídica, a *saisine* e a responsabilidade objetiva, conclui-se que a dogmática jurídica, tentando explicar a sintaxe de fatos não existentes no mundo fenomênico, por meio de ideias, cria o seu próprio mundo fenomênico-dogmático, engendrando um ser humano que não existe ontologicamente.

O ser humano para a dogmática jurídica é um deus ou uma quimera, que possui mil braços, está em vários lugares ao mesmo tempo (ubiquidade), possuindo coisas, inclusive após sua morte. Tudo isso em razão da função econômica que só faz sentido à mente humana. A dogmática jurídica moderna é o antropocentrismo jurídico por excelência.

2.2 PROCESSUALÍSTICA MODERNA

Na processualística moderna, verificou-se fenômeno similar ao observado no direito privado. O conceito de ação partiu de bases concretas (teoria civilista clássica), quando ação (direito adjetivo) era igual a direito substantivo em Juízo; logo, para haver ação, deveria haver direito subjetivo substantivo e, portanto, portava uma aporia: a sentença improcedente (SILVA, 2002, p. 92).

Após, a doutrina processualística, inspirando-se na relação jurídica do direito privado, desenvolveu o conceito de ação como relação jurídica processual por Oskar Von Bülow (Silva, 2002, p. 14), quando surgiram as teorias concreta e abstrata da ação.

Adolf Vach, reconhecendo a relação jurídico-processual, entendia que ação era algo concreto, cuja existência dependia da jurisdição, como era o caso da sentença declaratória negativa. Em verdade, a teoria concreta considerava que havia duas ações (a “ação material” em face do particular) e a ação, direito autônomo, em relação ao Juiz. A seguir, Chiovenda aperfeiçoou, afirmando que o direito de ação tratava-se de um direito potestativo (SILVA, 2002, p. 96).

Portanto, a ação foi considerada inicialmente um aspecto do próprio direito material, recebendo, após a correta noção de que se tratava de algo independente, o direito à tutela estatal, que se estabelece em bases diversas (pressupostos processuais, ligados à relação jurídico-processual e condições a ação, ligadas ao mérito) do direito material. Liebman contribuiu para aperfeiçoar a conceituação, ao apresentar a teoria das condições da ação,

demonstrando que a existência da ação dependia do preenchimento de certas condições, sem as quais, o autor seria carente de ação, sem as quais ela não existia.

Assim, para Liebman, ação é o direito à sentença de mérito, procedente ou não. Vê-se, assim, que a teoria da ação de Windscheid, completamente abstrata em relação à base que a conduzia, tratava-se de uma ideia que fugia à realidade dos fatos, embora a sua contribuição para o conceito de pretensão. O próprio Windscheid acabou reconhecendo os exageros, incorporando à sua teoria elementos da teoria de Muther (SILVA, 2002, p. 104-8).

Após, Liebman resolveu os problemas práticos, por meio do conceito das condições da ação, o qual, em verdade, é um “meio caminho” entre direito material (“pré-mérito”) e direito processual (mérito), estabelecendo bases mais realistas ao fenômeno processual.

De fato, no direito privado, a técnica funcionalista, fundada nas bases do idealismo neoplatônico, cria um mundo do “dever ser”, por meio de língua com signos, significantes e significados funcionais próprios, estruturados pela finalidade prática – o que representa uma evolução científica. Trata-se de tecnologia jurídica que se presta a resolver problemas práticos da vida humana, criando sintaxe jurídica própria fundada em princípios e regras que se originam e, ao mesmo tempo, revelam e alteram (devir – sinergia – movimento - hermenêutica) as bases dogmáticas da cultura hegemônica do tráfico jurídico em toda a sua complexidade humana. Revela também o quanto a função econômica dá sentido ao direito privado.

2.3 DESENVOLVIMENTO, CRISE E TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

No direito romano-germânico, a dogmática do processo coletivo, por sua vez, parte de conceitos de ordem material para a sua estruturação processual, em termos parecidos neste aspecto com a evolução do conceito de ação, talvez repetindo os mesmos erros da ação civilista. Assim como ocorrera na escola da jurisprudência dos conceitos no século XIX, algumas superações dos conceitos clássicos do direito romano-germânico tiveram de ocorrer para se possibilitar a propedêutica estrutural de direitos titularizados por coletividades, como se verá adiante.

Entretanto, o método de raciocínio pelo qual se deu a superação do modelo liberal de direito subjetivo, isto é, a base do sistema jurídico até então, marcado e até constituído pelo paradigma positivista liberal da escola pandectística alemã e da escola racionalista francesa, trouxe certas limitações, as quais ensejaram problemas que perduram até os dias de hoje.

O próprio conceito de direito subjetivo, sempre ligado a um sujeito de direitos, ainda

que concernente a uma coletividade (pessoa jurídica) ou a coisas (espólio) trouxe uma primeira dificuldade teórica estrutural, tanto que se fala ainda em “interesses ou direitos difusos”, tamanha a polêmica que ainda perdura, embora hoje considerada menos importante na literatura especializada. Contudo, essa polêmica teve sua razão de existir.

Em termos claros e enxutos, superou-se um verdadeiro dogma fundante do direito liberal: um direito subjetivo não pode pertencer a uma coletividade indeterminada⁸ e, por isso talvez, remontando ao conceito de Jehring, alguns adotaram a palavra “interesse” (juridicamente protegido) “coletivo”. E tal posição intermediária prevaleceu; durante certo tempo, falava-se em “direitos ou interesses coletivos”, indicando a resistência natural a certas modificações na língua, consoante os ensinamentos da linguística funcionalista. De certa forma, a discussão sobre a existência do dano moral coletivo trata-se de resquício de tal concepção nos dias atuais.

No século XX, principalmente, a partir das constituições normativas, reconhecida a ideia de direitos sociais (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919), o direito, em aspecto histórico, deixou de se guiar exclusivamente pela sua função econômica, passando a reconhecer a função social no imaginário da língua jurídica.

Apesar de que os antecedentes históricos indicavam a existência dos interesses difusos⁹ já em tempos remotos no direito anglo-saxão. No direito continental, o tema somente foi diretamente abordado na Itália, em 1974, no Congresso de Pavia, onde Mauro Cappelletti, Vittorio Denti e Andrea Proto Pisani trataram das “As ações para a tutela de interesses coletivos”.

O Encontro de Florença, em maio de 1975, tratou das “liberdades fundamentais e formações sociais” e o III Congresso Nacional da Associação Italiana de Direito Comparado, de Salerno, em 1975, promoveu debates acerca de “A tutela jurídica dos interesses difusos”, com destaque para a proteção do meio ambiente e dos consumidores.

Mauro Cappelletti publicou a significativa obra “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, que inaugurou uma nova fase no estudo dos direitos difusos, justamente em razão das conclusões do movimento italiano de estudo dos direitos difusos.

No Brasil, José Carlos Barbosa Moreira foi o pioneiro a tratar do tema através da

⁸ Pontes de Miranda (2000, p. 200-1) chama de princípio da determinação do sujeito, afirmando que, em princípio, o elemento subjetivo do suporte fático tem de ser determinado. A indeterminação somente poderia ocorrer quanto a relações jurídicas futuras.

⁹ A dogmática penal pode ser encarada como um exemplo de direito coletivo, porquanto, conforme a lição clássica, a sociedade como um todo é lesada ao ocorrer determinado crime contra alguma pessoa determinada ou seu patrimônio, logo a persecução penal pelo Ministério Público trata-se de substituição processual (de toda a sociedade) em que se busca uma condenação penal.

obra “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, publicada em 1977, fruto de seus estudos em Florença. Inclusive, Barbosa Moreira foi o primeiro a afirmar que o Brasil já possuía um instrumento de defesa do direito transindividual, a Lei n 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

No próximo ano, a escola de São Paulo, por meio de Waldemar Mariz de Oliveira Júnior publicou a obra “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos” e Ada Pellegrini Grinover publicou a obra “A tutela jurisdicional dos interesses difusos”. Assim, além das contribuições de Antônio Gidi, a discussão do tema no Brasil iniciou,

O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker, anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo (...). Nesse sentido, de um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das class actions da common law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente (GRINOVER, 2000, p. 09)

Os sistemas dos direitos coletivos no direito continental surgiram declaradamente no pós-guerra, durante a guerra fria, quando as democracias liberais e mesmo regimes políticos de exceção, como era o caso do Brasil, passaram a adotar a tutela coletiva dos direitos fundamentais.

A massificação das relações jurídicas, a globalização, a complexidade dos problemas sociais inerentes a sociedades fortemente estratificadas, assim como a identificação do surgimento de novas preocupações, como o meio ambiente, as ocupações do solo rural e urbano, a responsabilidade de administradores públicos frente à gestão da coisa pública, a massificação das relações de consumo, trouxeram necessidades referentes à celeridade processual e à harmonia das decisões judiciais.

Logo, o sistema de direitos coletivos surge das necessidades de uma sociedade capitalista cada vez mais consolidada em suas bases econômicas e ideológicas, que busca restringir, efetivar com mais eficiência e eventualmente indenizar os efeitos danosos das externalidades liberadas pela sua própria atividade econômica e de consumo.

2.3.1 A conceituação abstrata dos direitos coletivos e método

A conceituação abstrata dos direitos coletivos propriamente ditos encaixa-se perfeitamente aos problemas de direito ambiental, principalmente, no tocante ao objeto indivisível dos danos ambientais que requerem preponderância da prevenção e reparação in natura. Em verdade, o direito ambiental orientou e ainda orienta de certa forma as características fundamentais do direito difuso, o direito coletivo por excelência (LEAL, 1998, p. 118).

Já naquela época considerava-se o arranjo teórico do processo civil tradicional insuficiente para a instrumentalização dos direitos coletivos,

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (...), sendo que a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se difundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos (CAPPELETTI, 1988, p. 49-50)

Entretanto, como se verá, as características do processo civil bilateral, em relação jurídica pouco angular, de natureza adversarial, ainda muito orientadas pelo princípio dispositivo, com distribuição estática dos ônus de prova, persistiram, como verdadeiro dogma da processualística.

O objeto do direito subjetivo é o ponto central da teoria jurídica dos direitos difusos (MAZZILLI, 2006, p. 51). É a indivisibilidade do objeto que possibilitou dogmaticamente reconhecer coletividades em sujeitos indeterminados ligados circunstancialmente¹⁰. É o objeto do “direito” ou do “interesse” que identifica a coletividade lesada. Um rio poluído, por exemplo, pertence a todos, logo o dano sobre tal bem prejudica a todos. O rio não reconhece fronteiras antrópicas.

Portanto, os direitos transindividuais, embora superem o conceito clássico de direito subjetivo, fundamentam-se e dependem dos elementos teóricos básicos do mesmo direito subjetivo para existirem. Tanto que o primeiro predicado conceitual referente aos direitos transindividuais clássicos no art. 81, I e II, CDC, é justamente a indivisibilidade (“natureza

¹⁰ Edison Vitorelli chega a chamar de dogma da indivisibilidade dos direitos transindividuais, indicando inequívoco afastamento de tal concepção teórica.

indivisível”),

Consideramos que os interesses difusos são indivisíveis pelo fato de que são insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos. Trata-se, como preleciona José Carlos Barbosa Moreira, de uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só constitui, *ipso facto*, satisfação de todos, assim como a lesão de um só, a lesão de toda a coletividade (MANCUSO, 1997, p. 100).

O objeto indivisível amplo do direito difuso também se liga à indeterminação dos sujeitos, ao passo que a indivisibilidade em âmbito interno do objeto nos direitos coletivos *strito sensu* é verificada dentro de um mesmo grupo (LENZA, 2003, p. 71), de forma que os aspectos objetivo e sujeito dos direitos coletivos tradicionais mantêm relação de interdependência lógica.

Dessa forma, em aspecto processual, os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos transindividuais propriamente ditos orientam a legitimidade ativa (substituição processual) e passiva (representação processual ordinária), a competência processual (pela extensão do dano, que pertence ao objeto, pois sempre refere-se a um dano), e inegociabilidade (indisponibilidade) sobre o direito (em termos tradicionais) e a própria eficácia sentencial *erga omnes* ou *ultra partes*, supostamente corrigida pela cláusulas *secundum eventum litis* ou *probationis* e pelo transporte *in utilibus*.

Como era de se esperar, o método analítico positivista preponderou nas construções dogmáticas acima citadas. Alguns elementos conceituais e fatos pré-existentes são separados, estudados e degenerados, criando-se novos conceitos em termos gerais e abstratos (pessoa natural → sujeito de direitos e pessoa jurídica / contrato → negócio jurídico etc). Eis a similaridade das condições do método: os alemães (escola histórica e escola da jurisprudência dos conceitos) fizeram o mesmo com os institutos dos textos romanos a partir da observação da prática jurídica corrente.

Tal método analítico, contudo, traz alguns inconvenientes práticos e algumas reflexões epistemológicas, próprias de tal fenômeno na ciência. Superar um conceito teórico fundante de numa ciência trata-se de algo complexo, tormentoso e vagaroso, algo como a crise de degerescência muito bem explicada pelo filósofo Boaventura de Souza Santos (1995).

O próprio método cartesiano analítico em si, consistente em observar, identificar, separar e induzir novos conceitos, por si só, no fim das contas, trata-se de um fenômeno reducionista. Ora, algumas partes são decompostas, deixando o resto do fenômeno ao largo, o que se traduz em riscos para a evolução da ciência considerada, ainda mais se concepções

positivistas forem adotadas em tal processo.

Assim, se o conceito de direito transindividual nasce de uma superação de um conceito-chave da ciência jurídica, é natural que esse novo conceito não se desvincule demasiadamente do conceito-chave em si, sob pena de sequer ser aceito pela comunidade científica.

Logo, não se afastando do conceito de direito subjetivo (pois a sua origem) e adotando seus elementos fundantes (ainda que em visão positivista reducionista), o conceito nasceu em termos que podem não ter sido os mais exatos, o que, inclusive, vem sendo questionado pela doutrina há tempos.

2.3.2 A teoria dos direitos transindividuais em crise

A indivisibilidade do objeto, capaz de identificar as circunstâncias de ligação entre os sujeitos da comunidade, é a pedra de torque do direito transindividual, mas ao mesmo tempo, é seu limite jurídico (declarado) e seu limitador indesejado. Se o objeto é indivisível, significa que a comunidade afetada, vista ainda no paradigma liberal de um sujeito de direitos, homogêneo no todo, foi prejudicada também em termos homogêneos, simplificando a questão visivelmente.

Ainda, se todos são sujeitos igualmente afetados pertencentes ao mesmo “corpo”, significa que a pretensão pertence em igual e mesma medida a todos, simplificando novamente a legitimidade ativa para reclamar a reparação, o que afeta a representatividade adequada das comunidades afetadas. Tal ideia se acomoda bem à ideia do processo “coletivo-bipolar” (MARÇAL, 2019, p. 184).

Todavia, a indivisibilidade do objeto perante um grupo (coletivo stricto sensu) ou mesmo a sua divisibilidade perante situações de fato parecidas (individuais homogêneos) parece ter corrigido o problema, já que agora as pessoas afetadas são reunidas em ordem de interesse em relação ao objeto em si, de forma que não se pode mais falar em grupos homogêneos. Contudo a polêmica permanece.

Outrossim, “ondas de renovação do processo civil no Brasil” (MANCUSO, 2020, p. 78) identificam-se com a coletivização do direito (acesso à justiça); entretanto, ao que parece, não aconteceram exatamente como explicitado pelo clássico autor italiano citado (Mauro Capeletti). Ao que se observa no Brasil, as ondas renovatórias ainda estão em andamento, mesmo que de forma não tão organizada, como defende Mancuso. O acesso à justiça, por exemplo, entendida como primeira onda renovatória, em verdade, foi alçada em termos reais a

partir da instrumentalização (ainda em estágio incompleto) das Defensorias Públicas, o que somente se verificou após a CF de 1988.

De qualquer forma, as referidas ondas renovatórias sequer atingiram o objetivo proposto, cabendo ainda muitas alterações fáticas para que se possa minimamente afirmar que tais se aproximaram dos nobres objetivos supostamente identificados pelos legisladores.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, ao adotar como terceiro gênero os direitos individuais homogêneos, rompeu com a lógica estrutural da indivisibilidade do objeto, e logo acabou por relativizar a consistência doutrinária anterior, o que se refletiu em institutos próprios na fase executória, como é o caso das liquidações individuais, as quais pressupõem danos individuais de natureza diversa em termos de valores. Tanto que a doutrina¹¹ passou a classificar tais como direitos acidentalmente coletivos, classificação esta muito empregada na literatura especializada atualmente.

De fato, os direitos individuais homogêneos em Juízo em verdade tratam-se de uma substituição processual de ação plúrima, já que os prejudicados podem ser identificados.

Entretanto, tal consideração é relativizada, já que em determinados momentos dos fatos jurídicos, os direitos difusos podem assumir a feição de direitos individuais homogêneos, como é o caso do exemplo da publicidade enganosa, citada por Teori Albino Zavaski (2017, p. 33). Há, logo, certa fungibilidade dos conceitos, ou tais realmente são imperfeitos. A razão de existirem direitos coletivos lato sensu ao que parece, considerando tal “fungibilidade” é mais funcional, política e histórica, do que propriamente jurídica.

Entretanto, não é isenta de críticas a tese da fungibilidade. Corretamente, Mazzilli coloca a questão sob a complexidade inerente ao fenômeno,

Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma única combinação de fatos, sob uma única relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria, os quais podem até mesmo ser defendidos na mesma ação civil pública ou coletiva. Assim, de um único evento fático e de uma única relação jurídica consequente, é possível advirem interesses múltiplos (MAZZILLI, 2006, p. 57).

A utilidade da discussão sobre a natureza dos direitos individuais homogêneos não parece clara, porquanto os problemas de procedimento, em tese, como sói acontecer, estariam concentrados no processo de execução desses direitos em Juízo, o que não acontece, já que o legislador do Código de Defesa do Consumidor soube delimitar e inovar com maestria

¹¹ Expressão empregada inicialmente por Barbosa Moreira.

dogmática cuidadosa esse novo conceito de forma que problemas práticos não surgiram.

Ademais, a rigor, pode-se somente considerar direito transindividual propriamente dito os direitos difusos, já que os direitos coletivos *stricto sensu* constituem-se, em verdade, de objeto relativamente divisível, já que também arraigado a certas classes ou categorias, sendo importante mencionar o direito coletivo do trabalho, o qual, ao que parece, foi o primeiro direito coletivo a surgir no Brasil.

Principalmente, no segundo pós-guerra, a ciência do direito passou a se preocupar, primordialmente, com o fundamento axiológico das normas constitucionais, a partir de um modelo sistemático constituído de valores normativos, jurídicos e sociais, que subsumiu técnicas interpretativas direcionadas aos limites das condutas do próprio estado e dos agentes estatais, passando a dirigir ou tentar dirigir o próprio modelo social de estado, em verdadeiro programa de valores a ser perseguido pelos agentes sociais e estatais.

Entretanto, conforme o Professor Ronaldo Macedo (2021), atualmente, constata-se uma certa “farrá dos princípios” que se refere a: **a)** razões sociológicas importantes para entender o charme do modelo alexiano, que não exige grandes dificuldades filosóficas; **b)** preponderância de pensamento fortemente pluralista valorativo e assim relativista, adaptando-se melhor “com o o espírito do mundo contemporâneo”; **c)** autoridade política do modelo alemão, que influencia o nosso direito; e **d)** inexistência de critério fixo o qual dá margem a que se opere com as categorias segundo o seu senso comum e sua conveniência política, gerando casuísmo, jurisprudência ad hoc, onde “existe uma certa astúcia”.

Ainda, o Professor Ronaldo Macedo (2021) especula sobre um “sincretismo metodológico”,

já não aplicamos bem o sistema alemão. E mesmo que aplicássemos melhor, ainda assim existe um vício no modelo teórico alexiano. Uso desregrado da ideia de ponderação, e em vez de afirmar melhor os direitos fundamentais, passa a ameaçá-los.

Observam-se, portanto, processos dinâmicos de transformações radicais pelas quais passou o constitucionalismo contemporâneo, desde os primórdios, da falta de eficácia normativa, até as sentenças judiciais que acabam questionando e quase ruindo os próprios postulados clássicos da formação do estado democrático de direito. Esse arcabouço de medidas reflete um considerável esforço legislativo e técnico-jurídico para engendrar a eficácia normativa constitucional.

Contudo, infelizmente, mesmo concentradas as soluções e o próprio poder de

império no plano das decisões judiciais – o que não permaneceu livre de críticas –, principalmente de ordem constitucional, as omissões estatais, principalmente, aquelas que deveriam encenar e construir políticas públicas para a implementação de direitos fundamentais, também contribuíram sobremaneira para a formação de um quadro de crise constitucional, constituindo o “pano de fundo” e talvez a razão primeira do atual quadro de descrédito sobre a norma constitucional.

Outrossim, atualmente, a superveniência de conflitos complexos despertaram para uma visão de certa obsolescência dos conceitos tradicionais, como exemplo os lúcidos argumentos de Mancuso (2020, p. 142),

Isso é particularmente verdadeiro no âmbito das *crises multiplexas*, geradas pelos chamados *conflitos policêntricos*. Em casos tais, é recomendável a constituição de equipe multidisciplinar, por exemplo nas ocupações multitudinárias, ensejadas pelo avanço de loteamentos clandestinos em áreas de manancial, ocorrência na qual confluem vários interesses, todos eles relevantes, em maior ou menor intensidade: o direito dos munícipes a receberem água potável; a preservação do sítio ambiental; o direito a moradia, etc. Em tais situações a chamada *solução adjudicada*, via decisão judicial de mérito não se tem mostrado eficaz, justamente porque ela se preordena a resolver só a *crise jurídica*, a par do inevitável protraimento do desfecho da demanda a um ponto futuro indefinido, quando então se formara a coisa julgada; esta, de per si, tampouco contribuirá para resolver o problema, na medida em que apenas agrega estabilidade e indiscutibilidade a decisão.

Edilson Vitorelli (2020 p. 34) bem observou: certos pressupostos fáticos e teóricos dos conceitos tradicionais nem sempre se conciliam à realidade de conflitos coletivos complexos,

Embora o desastre de Mariana seja posterior ao desenvolvimento original do conceito de litígio irradiado, os estudos empíricos do caso demonstram a presença das características previstas pela teoria. Os subgrupos sociais atingidos pela tragédia divergiram frontalmente acerca do modo como a tutela jurisdicional para o caso deveria ser buscada, rompendo com a ideia, tradicionalmente defendida, de que os direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa, automaticamente, a satisfação de todos, como tradicionalmente pensava a doutrina brasileira do processo coletivo.

O problema pode transpassar pelo fenômeno da subsunção lógica, um conceito tipicamente positivista, ainda muito aplicado na ciência jurídica, consistente basicamente numa dedução lógica em que a premissa maior (norma jurídica) incide sobre uma premissa menor (suporte fático), retornando como resultado uma inferência (fato jurídico), o que, por si só, também pode contribuir para um certo reducionismo. A premissa maior é o filtro da realidade que direciona o fenômeno jurídico, logo a complexidade da realidade não

necessariamente estará sempre bem representada, sendo colhidos certos elementos do suporte fático, o qual é tomado juridicamente pelo fato como um todo.

Observa-se também que os direitos coletivos se desenvolveram no ambiente do pós-guerra do século XX¹², quando a estabilidade democrática marcou as liberdades públicas garantidas, embora os regimes totalitaristas entre meios, tenha permitido o surgimento e a consolidação de movimentos sociais de natureza popular que passaram a reivindicar toda a ordem de melhorias sociais, sob observação atenta do corpo político, pressionado pela guerra fria.

Os direitos coletivos, não por acaso, representam as matérias identificadas com as bandeiras dos movimentos sociais ascendentes do pós-guerra. Os “direitos civis” nos EUA, o ambientalismo, a vulnerabilidade jurídica dos consumidores, a proibição político-administrativa, as ocupações desiguais das metrópoles, a reforma agrária, são temas que se identificam com os direitos coletivos lato sensu, que ainda reclamam efetividade nos dias atuais.

Portanto, sob tal reducionismo teórico, identificado ainda com um paradigma científico positivista, e engessado pelo método cartesiano analítico, em conceito que não se ajusta perfeitamente à complexidade da realidade, ao que parece os direitos coletivos foram concebidos para responder às aspirações dos movimentos sociais insurgentes. Trata-se de revolução jurídica sem precedentes, característica de épocas de democracias estáveis, porém suas bases vêm sendo questionadas atualmente.

Por outro lado, alguns dizem que o estado tentou capturar e “pasteurizar” os movimentos sociais por meio do processo coletivo, falhando justamente na aferição da representatividade adequada de tais movimentos em Juízo, motivo pelo qual podemos falar em crise de representatividade do processo coletivo.

De fato, os movimentos sociais da última década continuam a bradar temas relacionados às matérias dos direitos coletivos. Também geralmente são temas relacionados a direitos subjetivos públicos dependentes de políticas públicas e de estruturas executivas e administrativas estatais, algo em que o estado vem falhando em implementar, mesmo após ajuizadas milhares de ações civis públicas “bipolares”.

Logo, em aspecto político, dizem, o estado capturou a força do movimento social, sob a promessa de atender a tais reivindicações por meio de seu corpo jurídico-burocrático,

¹² A doutrina diverge sobre o surgimento dos direitos coletivos no Direito Brasileiro, parecendo mais seguro o entendimento de que a ação popular prevista na Constituição Federal de 1934 teria inaugurado a nova *suma divisio* no direito pátrio.

porém as atendeu parcialmente, tanto que movimentos espontâneos continuam surgindo, falando abertamente de “crise de representatividade”, o que naturalmente atinge a todos os poderes da república, não somente os eletivos.

2.3.3 Recessão da legislação dos direitos transindividuais

A atual recessão legislativa e os retrocessos amplamente defendidos em setores econômicos e políticos momentaneamente dominantes, no tocante ao direito ambiental, acelerou o processo já em curso de desmonte do subsistema dos direitos coletivos como um todo. O sistema de tutela ambiental estatal hoje vem sendo minado de forma mais sutil do que o esperado (a casa de máquinas de Gargarella), por meio do desmonte sistemático e silencioso de políticas públicas, através de limitações de dotações orçamentárias para órgãos ambientais de polícia administrativa, da extinção de conselhos de participação popular, aparelhamento de sua gestão etc.

Não por acaso, a legislação coletivista também já vinha sofrendo abalos recessivos de ordem legislativa, os quais acompanham de certa forma a recessão do direito ambiental a que se assiste atualmente. A contenção legislativa sobre a eficácia da sentença limitada à comarca de competência do Juiz da ação civil pública (art. 16, LACP, alterado pela Lei n.º 9.494/1997), a restrição sobre as liminares inaudita altera pars em ações civis públicas contra a Fazenda Pública, a possibilidade da suspensão liminar dos efeitos de liminares pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça (Lei n.º 8.437/92 e Lei n.º 9.494/1997) entre outras, bem demonstram que o sistema coletivista vem sofrendo golpes em sua efetividade e sistematicidade nos últimos 20 anos.

A recente reforma legislativa promovida por meio da Lei 14.230/2021 sobre a já combalida Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92¹³), limitou a tipicidade de atos administrativos caracterizados como ímprobos, impôs prazos de investigação, criou prescrição intercorrente, e dificultou o bloqueio de bens dos réus, e trata-se do último capítulo da crise da ação civil pública no Brasil.

A improbidade administrativa equiparada a crime criou um regime jurídico de benesses próprias do direito penal aos réus acusados de atos ímprobos. Trata-se de criação inédita do direito brasileiro, quiçá, mundial. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Reclamação 2.138/DF, já havia parido tal regime “misto” de atos cíveis com efeitos penais na matéria de improbidade administrativa, sob o singelo fundamento de que

¹³ A Lei n.º 8.429/92 já havia sido alterada pela Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 (de duvidosa constitucionalidade), a qual passou a prever defesa preliminar, além de outras alterações.

muito se assemelhavam os efeitos da LIA com o direito penal, embora naturalmente a lei civil não cominasse qualquer pena privativa de liberdade, a característica mais marcante da lei penal. Enfim, ao que parece, trata-se de fenômeno bem característico de democracias imaturas incapazes de suportar sanções sobre as suas elites políticas e econômicas.

Atualmente, após as investigações criminais e ações penais referentes aos grandes escândalos recentes de corrupção no Brasil, vive-se uma época de reações políticas a legislações de controle¹⁴ sobre os crimes contra a Administração Pública e seus correlatos.

A recente Lei n.º 13.869/2019, a atual Lei de Abuso de Autoridade, por exemplo, não contém um único tipo penal destinado a coibir a violência policial, o abuso de autoridade mais corriqueiro e conhecido que grassa no país, entretanto apresenta inúmeros dispositivos penais referentes a bloqueios patrimoniais e meios de prova mais sofisticados, muito utilizados para o combate da chamada criminalidade “de colarinho branco”.

2.3.4 Mecanismos de aceleração de demandas

Além disso, o atual Código de Processo Civil parece ter apostado em mecanismos de aceleração de demandas em detrimento das ações coletivas, o que prejudica em demasia a cognição mais aprofundada das questões trazidas em Juízo e levanta dúvidas e desconfianças sobre a representatividade adequada do caso considerado paradigmático.

O tratamento coletivo de demandas individuais do CPC em relação ao sistema de tutela coletiva foi criticado de forma perspicaz por Heitor Vitor Mendonça Sica (2017, p. 93), o qual concluiu,

À vista de tais argumentos, não tenho dúvidas em afirmar que a litigiosidade de massa tenderia a ser solucionada de forma muito mais eficaz por meio do processo coletivo, em comparação com os mecanismos de tratamento coletivo de processos individuais fundados em precedentes judiciais. Até porque os ordenamentos da família da common law, a quem se deve a criação de um sistema de precedentes vinculantes, jamais pretendeu utilizá-los como ferramenta de tratamento de litigiosidade repetitiva.

Portanto, na visão de Sica, a importação de institutos próprios de outras famílias jurídicas, assentadas em bases empíricas diversas, inclusive, trazidos ao sistema romano-germânico mediante alterações sobre a suas funções precípua, requer certa cautela, como se

¹⁴ Alguns setores políticos enxergam a ação civil pública uma espécie de “reserva de poder” do Ministério Público, o órgão público que historicamente domina a matéria, embora o considerável rol de legitimados ativos previstos em Lei, motivo pelo qual se podem considerar atualmente eventuais riscos de retrocessos legislativos em tal matéria como forma de atingir indiretamente o *Parquet*.

verá adiante.

2.3.5 Importação de mecanismos processuais alienígenas

Ainda, além das críticas do autor, a importação de mecanismos estrangeiros para a legislação brasileira não parece ser a solução mais adequada para a multiplicidade de demandas que inviabilizam ou dificultam a prestação jurisdicional. Na Common Law, a segurança jurídica é o móvel do sistema jurídico, tanto que o *stare decisis* consiste na promessa formal que os Juízes assumem, quando da investidura, de aplicar os precedentes aos casos concretos. Os precedentes são normas jurídicas escritas em outra roupagem, mas obedecem às mesmas propriedades inerentes da norma escrita, segurança, abstratividade e anterioridade.

Entretanto, a adoção dessa lógica estrangeira para o sistema processual brasileiro implica problemas. O controle sobre o Juiz é um deles. Por isso, a cosmogonia atual dos juízes equiparados a deuses em linguagem franca e cínica. Uma tentativa para tal controle são os órgãos externos de controle, outra é importar institutos próprios da Common Law, esta encampada pelo próprio legislador no CPC atual.

É o precedente que limita os juízes, afirmam alguns, entretanto o juiz do sistema romano germânico não prometeu aplicar precedentes, como os juízes ingleses e americanos (*stare decisis*), eventual vinculação, prevista em lei, somente alcança os graus inferiores de jurisdição (arts. 926 e 927, CPC/15).

O principal problema no tratamento coletivo de demandas individuais do CPC em relação ao sistema de tutela coletiva foi também muito bem identificado por Heitor Vitor Mendonça Sica (2017, p. 89):

Lida-se com o efeito (multiplicidade de processos) e não com a causa (litígios de massa originalmente levados ao Poder Judiciário de maneira atomizada, em processos individuais, tal como o médico que combate apenas a febre, em vez de tratar da infecção).

As causas dos litígios dependem de certa cognição sobre os eventos fáticos, os quais são consequências de realidades sociais e políticas. A pretensão de atuar nas meras consequências (multiplicidade de processos) em verdade trata-se de exame míope da complexidade envolvida na própria multiplicidade de litígios.

2.4 SOLUÇÕES

Nesse cenário, mesmo diante da forte busca pela efetividade da norma jurídica, cânone do constitucionalismo de direitos na América Latina, a resposta para esse impasse na democracia atual passa por novos paradigmas jurídicos não tradicionais. Não apegados à visão interpretativa, descritivista e tecnicista do direito, mas em visão estratégica, reconhecedora de fato da complexidade da realidade social, apta a de fato ouvir os inúmeros interesses incidentes na complexidade dos problemas atuais.

A filosofia do direito, atualmente, ainda discute questões ultrapassadas, perdida entre entidades metafísicas, que remontam ao neo-kantismo de Kelsen, e interpretações supostamente descritivas do direito (“pontos arquimedianos”) de Hart, em convencionalismo jurídico (Platão).

Atualmente fundamenta-se e prende-se no paradigma do consensualismo presumido do contratualismo clássico (Hobbes, Rousseau e Lock), tanto que novos contratualismos (Rawls, Scanlon, Perelman, Habermas e o próprio Hart) são propostos até os dias de hoje.

Hart recorreu ao consensualismo do contrato social, algo comum no atual positivismo. O positivismo sempre dependeu da autoridade convencional do emissor, mesmo que não admitisse. O rei divino foi a fonte de direito; o imperador sagrado, maior dos pater familias (COULANGES, 2004), igualmente, foi considerado fonte do direito. Depois os nobres suseranos, também divinizados pela Igreja Católica, passaram a exercer a soberania, até o momento em que o divinismo absolutista do maior dos suseranos unificou os estados nacionais.

Nessa época da unificação dos estados, o consensualismo do contratualismo recebeu roupagem “racional”, por meio dos contratos sociais hipotéticos de Hobbes (1974), Rousseau (2002) e Locke (1978). Houve inúmeros contratualistas.

A norma de reconhecimento de Hart, surgida para saciar a necessidade de segurança jurídica, reconhecida como consensual entre (quase) todos na aldeia primitiva, pode ser interpretada como um contrato social hipotético, em termos próximos ao proposto pelos contratualistas clássicos séculos antes. Até mesmo o estado de natureza do homem da fábula de Hart é possível identificar. O estado pré-civil está no momento anterior à adoção da pedra como convenção onde estariam escritas as normas jurídicas.

Portanto, o fundamento do direito para Hart não é exatamente a norma de reconhecimento, esta pode reconhecer qualquer conteúdo, logo não tem a serventia toda celebrada pelos positivistas hartianos. O fundamento do direito para Hart, em realidade, é o

consensualismo (o contrato) estabelecido pelos membros da aldeia primitiva que antecede a norma de reconhecimento.

Hart, após, no *pos scriptum* (2001) teve de admitir que consentia certos valores nos padrões de conduta social da norma de reconhecimento dos servidores públicos, quando confrontado pelo positivismo dito *soft* de Dworkin (STAVROPOULOS, 2017). Isso, porque chegou próximo, mas não admitiu (vagueza) que o fundamento de existência do âmbito interno do direito e de suas consequências jurídicas fundamentais (conceitos de validade, etc.) das regras secundárias em combinação com as regras primárias, na verdade, seria o consensualismo presumido do seu contrato social.

Para Hart a validade existe em função da eficácia, tanto que as regras secundárias de reconhecimento e de alteração existem para proporcionar valores mínimos de eficácia, cuja plenitude é alcançada por meio da combinação delas entre si e com as regras de julgamento e regras primárias, das quais todas dependem num sistema lógico bem claro e definido.

Enfim, a obsessão em livrar o direito dos valores, em método supostamente científico, prestou-se até agora para validar e facilitar todo e qualquer exercício de poder, desde a formação dos estados nacionais até os regimes totalitaristas do século XX, pois sempre convertido em “direito” na história da humanidade.

A gnosiologia, ainda, predominante no positivismo jurídico, ao manter métodos cientificistas, que tentam reproduzir os métodos das ciências naturais (século XIX), ignora o direito como “ciência do espírito”, não permitindo que a hermenêutica (Heidegger e Gadamer) seja adotada e desenvolvida como método próprio e adequado, desvalorizando igualmente as importantes consequências da “virada linguística”. Como resultado, os conceitos de direito e de justiça não se encontram nos livros de filosofia do direito, mas nas discussões atuais que de fato aplicam a justiça, remontando ao conceito clássico de justiça de Aristóteles.

Para tanto, com efeito, deve-se abandonar a vetusta visão interpretativa suposta e essencialmente descritivista do fenômeno jurídico, limitada a inevitável semantismo conceitual, logo epistêmica e hermeneuticamente impossível, arraigada, ainda, ao dogmatismo cientificista do século XIX do mito do método das ciências da natureza aplicado às ciências do espírito (GADAMER, 1997), entre elas, o direito, que deve adotar método hermenêutico próprio, sem, entretanto, recair em relativismos interpretativistas.

Isso já vem acontecendo, parcialmente, na prática dos julgamentos contramajoritários, por meio, por exemplo, principalmente, do discurso jurídico da proporcionalidade como método justificativo de decisão para a resolução de conflitos na

atualidade, embora ainda impregnada dessa visão interpretativa notadamente no tocante aos direitos sociais, educacionais e culturais, o que resulta em conservadorismo jurídico inflexível do modelo constitucional liberal clássico.

Por exemplo, a função social da propriedade, princípio central do direito urbanístico brasileiro, é interpretada ainda majoritariamente a partir de dogmática jurídica tradicional limitada ao seu conteúdo civilista, em contraposição à visão constitutiva, mais ligada ao direito urbanístico, principalmente, após a recepção e funcionalização de tal princípio (art. 5º, XXIII) pela Constituição Federal de 1988. Assim, ao que parece, sem manifestar a sua função social, não haveria propriedade para visões científicas mais progressistas¹⁵, por exemplo.

2.4.1 Eficácia da norma constitucional, processo estrutural e proporcionalidade

Dentro dessa crise de eficácia normativa constitucional, surge uma onda de novas técnicas processuais referenciadas a partir da observação de propostas práticas para a resolução dos problemas de ordem estrutural que permeiam a atual situação complexa de incongruência entre a ordem jurídica estabelecida em termos constitucionais e legais e a realidade social.

O problema da efetividade das normas constitucionais que dependem da implementação de políticas públicas, passou a ser encarado nos EUA por meio de técnicas processuais mais modernas, baseadas em negociação e legitimidade mais realistas, como as ditas *structural injunctions*, as quais foram identificadas muito tempo depois por Owen Fiss e Abram Chayes como espécie de litigância de interesse público, de litigância estratégica, o que foi reconhecido no Brasil como visão básica para as bases do processo estrutural moderno.

Outrossim, a proporcionalidade como discurso jurídico racional dialógico (relação gênero/espécie e meios/fins), que ostenta diferentes acepções direcionadas pelas suas funções, vem contribuindo para a legitimação do Poder Judiciário em matérias de política pública. De acepção mais ampla (tradicional ou clássica), trata-se de conceito de justiça.

No liberalismo clássico, a proporcionalidade partiu de conotação mais negativa, trazendo a ideia de limites ao poder, entendida como vedação ao excesso, não por acaso, na época em que as liberdades públicas (1ª dimensão) preponderavam nas Constituições. Dessa época, trouxe também a ideia de justo meio, na ponderação de interesses e razoabilidade. Hoje, a partir dos direitos fundamentais de 2ª dimensão e sucessivos, a conotação mais positiva vem-se evidenciando, como a proibição da proteção deficiente, embora recebendo

¹⁵ Por exemplo, o Professor Edesio Fernandes fala em “qualificação da função social por dentro da propriedade”, parecendo, portanto, adotar a concepção constitutiva da função social da propriedade.

algumas distorções.

A proporcionalidade, entendida como ente próximo do conceito aristotélico, traduz-se na igualdade material, seu aspecto mais imediato, servindo a fundamentar a equiparação jurídica de sujeitos em meio da realidade, mas de forma mais clara, o direito urbanístico, o direito do trabalho, do consumidor, do idoso, da criança e do adolescente, Lei Maria da Penha etc. Por consequência, não somente a dignidade da pessoa humana, mas a própria proporcionalidade é um princípio formador de direitos fundamentais – logo ordenador de princípios e de regras.

Portanto, pressupõe-se função hermenêutica (se informa, esclarece o sentido e o limite) dos próprios entes informados. Nesse sentido, ainda, a proporcionalidade é um método de resolução de conflitos entre princípios (valores juridicizados – meios/fins), em acepção mais moderna, próxima aos teoremas inspirados na lógica matemática dos juracionistas (embora alguma resistência de se aceitar tal conclusão), como exemplos mais claros, as teorias da argumentação. A propriedade constituída pela sua função social obedece a tal lógica, por exemplo.

A semântica míope diminui os limites da discussão, entendendo algo como um sistema jurídico racionalista de regras positivadas adaptando-se para um sistema jurídico racionalista de princípios positivados, algo antes nunca tentado na história da humanidade nas proporções atuais. Alguns, saudosos do positivismo radical, cujo funcionamento sistemático expressava a vantagem de gerar respostas mais harmônicas entre si, logo mais seguras, chegam a negar a existência atual dos princípios positivados e normativos, o que é aplaudido por interesses políticos mais imediatos. Tudo isso sem considerar a semiótica e a semiologia como instrumentos de interpretação.

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional Colombiano utilizou-se da doutrina do “estado de coisas inconstitucional”¹⁶, para também trazer à jurisdição constitucional o reconhecimento do estado complexo de inconstitucionalidade, mas preconizando a avaliação paulatina e metódica pelo próprio Tribunal, ou por meio de terceiros autorizados, de planos e estratégias do Poder Público para que as execuções de medidas necessárias sejam implementadas de forma gradual e constante nas realidades complexas identificadas, de modo

¹⁶ Link:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=estado+de+cosas+inconstitucional&campo=%2F&pg=0&vs=0> Acesso em 17/07/2021.

O STF adotou essa técnica de decisão de forma parcial na ADPF 347, limitando-se a declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, quando apenas determinou algumas ordens, mas pouco fez para de fato enfrentar o problema estrutural, se comparado à atuação da Corte Constitucional Colombiana em caso análogo e da Suprema Corte Americana no famoso caso de Brown versus Board of Education.

a fazer frente aos complexos problemas declarados.

O Tribunal Constitucional Colombiano não impôs decisão adjudicatória aos demais poderes, mas inicialmente reconheceu e declarou formalmente o problema complexo de inconstitucionalidade (1ª fase), chamando os atores sociais interessados e poderes públicos para enfrentar o estado de coisas inconstitucional (2ª fase). Em linguagem mais franca, o Tribunal Constitucional declarou o estado de inconstitucionalidade generalizado, afirmando a sua incongruência constitucional, porém não impôs a solução pronta, expediu intimações para que os agentes estatais apresentassem um programa ou um plano para de fato combater as causas do problema.

Portanto, declarando os fins da norma constitucional (utilizando da função clássica de “boca da lei”), o TC Colombiano instou os demais poderes a apresentarem e estruturarem os meios, de forma que o mérito sobre o que e como fazer coube aos demais poderes estatais, por meio de audiências dialógicas e em espírito solidário.

Assim, eventuais discursos denunciadores de ativismo judicial por parte do TC Colombiano perdem força, pois é inegável a existência do problema identificado pelo Poder Judiciário, o qual em termos menos radicais, concilia-se com os demais poderes para juntos enfrentarem a situação, por meio de avaliações paulatinas das evoluções e involuções das medidas apresentadas e adotadas.

Dentro dessa tônica de resolução prática de problemas complexos, reconhecida a multipolaridade das relações jurídicas e sociais incidentes na causa, procura-se romper com a lógica “consequencialista” do atual microssistema de direitos transindividuais, por meio de “decisões em cascata” em vista de prospectividade e mutabilidade, propondo outros meios de representatividade processual de setores sociais classificados como não homogêneos, às vezes por meio de “estruturas auxiliares”, assim como privilegiando as soluções consensuais e atuando de acordo com novas técnicas processuais trazidas pelo atual Código de Processo Civil, que surge a doutrina do processo estrutural brasileiro.

O paradigma processual brasileiro, ainda visto como binário (“A contra B”), formalista e pensado para a lógica das decisões de adjudicação, pode ser transformado e pervertido a partir dessas novas bases principiológicas, constituídas em torno dos princípios de solidariedade e de cooperação processual, assim como por meio de técnicas que rompem com a dicotomia probatória pré-processual e processual (ZANETI, 2021).

A própria lógica conceitual e principalmente funcional das condições da ação, pressupostos processuais, causa de pedir, pedido, jurisdição, competência e coisa julgada podem ser transformados em termos um tanto heterodoxos, ao admitirem em planos

processuais diversos revisões de estados reconhecidos que alcançam novas funções jurisdicionais e até mesmo uma nova instrumentalidade ao próprio processo coletivo brasileiro.

A doutrina do processo estrutural vem recebendo a atenção de importante parcela da literatura especializada brasileira, assim como seus princípios, fundamentos e instrumentos vêm sendo reconhecidos, às vezes, parcial e imperfeitamente, pelos Tribunais Superiores brasileiros, que se utilizam igualmente da doutrina do estado de coisas inconstitucional, para a identificação e proposição de soluções para problemas estruturais complexos em âmbito nacional e órgãos de controle judicial (CNJ), de forma que merece pesquisa e análise científica se atual vertente da ciência processual pode e deve ser aplicada ao vasto campo do direito urbanístico, especificamente quanto à regularização da ocupação do solo urbano.

O problema estrutural, o processo estrutural e as decisões estruturais vêm sendo tratadas pela doutrina processualista, a partir do conceito inicial do qual se originam os demais instrumentos

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não ilícita, no sentido de uma situação de coisas que não corresponde ao ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação) (DIDIER JR., ZANETI JR., 2020, p. 45-81).

2.4.2 Novos conceitos abstratos de litígios transindividuais ou nova interpretação sobre os existentes?

O devido processo legal coletivo vem sendo repensado pela doutrina mais contemporânea, sendo propostas novas bases sobre conceitos-chave. Edilson Vitorelli, um dos expoentes do chamado processo estrutural, criticando a imperfeição e insuficiência dos conceitos abstratos tradicionais, chegou a classificar de dogma a estrutura conceitual baseada na indivisibilidade dos direitos transindividuais.

Vitorelli (2020, p. 28) parte do correto pressuposto de que a palavra “sociedade” (significante) não é um conceito unívoco (significado) entre os sociólogos, cada qual construiu a sua “sociedade” por meio de seus conceitos¹⁷.

O autor busca fundamentar seus conceitos nos trabalhos sociológicos de Anthony Elliot e Bryan Turner, os quais propõem classificações sobre os conceitos de sociedade até então desenvolvidos (“criados”) pela sociologia,

¹⁷ Mesmo fenômeno do ouro do químico e do ouro do ourives apontado por Dworkin.

as diversas concepções de sociedade, encontradas no pensamento de variados sociólogos, podem ser classificadas em três grupos, a saber: a) sociedade como estrutura; b) sociedade como solidariedade ou comunidades de cuidado, atenção e consenso; e c) sociedade como processo criativo ou as dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade (VITORELLI, 2020, p. 28).

A sociedade como estrutura é a ordem social, da sociedade sobre o indivíduo, ajustando-se aos conceitos de soberania, território, cidadania e nacionalismo da terra geral do estado. Assim, a sociedade como estrutura é uma visão compatível com o fortalecimento do estado-nação ao longo do século XIX, afirma Vitorelli (2020, p. 29). Já a sociedade como solidariedade aproxima-se dos grupamentos que se identificam por laços identitários, como os movimentos sociais, os sindicatos de patrões e empregados. O relacionamento entre os indivíduos, que gera entendimento e consenso, é a base da visão de sociedade como solidariedade (VITORELLI, 2020, p. 29). Por fim, a sociedade como criação enxerga as sociedades como algo em movimento, fluido, não se trata de pessoas no mesmo território, mas de indivíduos conectados pelos meios tecnológicos, cujas circunstâncias se encontram em constante alteração.

Vitorelli considera que a doutrina não se debruçou adequadamente sobre os conceitos abstratos de direitos transindividuais, os quais permanecem quase iguais desde 1984. Ainda, o autor identifica certa obscuridade entre os autores que tratam sobre o tema, o que se reflete na jurisprudência. São direitos de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém, resume Vitorelli (2020, p. 31).

Após, analisando o problema da conflituosidade interna, característica fundamental dos direitos difusos, Vitorelli identifica a mitigação da indivisibilidade,

O oferecimento de uma proposta de solução para o problema da conflituosidade que caracteriza alguns litígios transindividuais demanda a apreciação dessa característica sob prisma diverso. A conflituosidade não é um complemento da indivisibilidade desses direitos, mas uma mitigação dela. Se há diferentes interesses no seio do mesmo litígio coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela (VITORELLI, 2020, p.35).

Por isso, Vitorelli parte das duas premissas que sustentam os atuais conceitos: a primeira relacionada ao objeto e a segunda relativa à conflituosidade e complexidade. O autor explica que os titulares dos direitos somente são definidos a partir da lesão ou ameaça lesão ao direito coletivo considerado, mas isso não significa que uma vez lesados, os titulares sejam atingidos de igual forma ou tenham os mesmos interesses em relação ao direito. Segundo Vitorelli, o dogma da indivisibilidade identificou os direitos em situação de

integridade (sem lesão), mas acabou limitando a percepção de que a lesão em relação aos titulares é variável (2020, p. 37).

Outrossim, Vitorelli entende que a complexidade abrange inicialmente as lesões graves a direitos coletivos lato sensu, porque podem ser tuteladas de formas diversas, ao que a conflituosidade é uma característica endógena a grupo titular do direito (VITORELLI, 2020, p. 38). Ambos, complexidade e conflituosidade, relacionam-se, mas não exatamente em situação de interdependência necessária, em verdade, há certa incerteza nos litígios transindividuais¹⁸, cujas características (titularidade e limites dos objeto) surgem mais claras somente após a instauração do litígio.

Em lógica análoga à identidade concreta do signo linguístico da língua, que se reforça a cada vez que é novamente concretizado na fala, Vitorelli (2020, p. 39) expõe o seguinte:

Isso não significa que, em outro litígio, anterior ou posterior, a definição que foi fixada seja aplicável. Cada violação interage com o direito transindividual para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise. Por exemplo, cada vez que o meio ambiente é violado, produz-se um novo conceito de meio ambiente, cujos titulares serão definidos a partir das características da violação e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Assim, cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação.

Assim, para Edilson Vitorelli não faz sentido a classificação de direitos, mas sim de litígios coletivos, os quais, segundo o autor, classificam-se (na mesma quantidade dos grupos de conceito de sociedade de Elliot e Turner) em três categorias: litígios transindividuais de difusão global, litígios transindividuais de difusão local (com segundo círculo) e litígios transindividuais de difusão irradiada.

Os litígios transindividuais de difusão global são aqueles cujas lesões ao direito não atingem especialmente um grupo determinado, aproximando-se do conceito de sociedade atual dos conceitos abstratos, como um vazamento de óleo no oceano, por exemplo,

Nessa situação, em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supracoletivo, despersonificado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto (VITORELLI, 2020, p. 39).

¹⁸ Vitorelli faz analogia ao princípio da incerteza de Heisenberg, no sentido de que a determinação da localização de uma partícula subatômica somente pode ser realizada no momento da interação entre esta e o instrumento de medida, de forma que antes e depois torna-se impossível determinar-se a localização da referida partícula.

Os litígios transindividuais de difusão local são aqueles cujas lesões ao direito atingem especialmente um grupo determinado ligado entre si por forte ligação emocional ou étnica (logo danos mais graves), aproximando-se do conceito de sociedade como solidariedade, como um dano ambiental no interior de um território indígena ou quilombola, por exemplo,

A segunda categoria de litígios a ser analisada, e que demanda um conceito diferente de titularidade dos direitos transindividuais, é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Esses grupos constituem, na expressão de Elliott e Turner, “sticky societies”, sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial (VITORELLI, 2020, p. 40).

O autor ainda identifica o segundo círculo no referido conceito, afirmando que, às vezes, os grupos especialmente atingidos possuem ligações mais contingenciais, pessoas que estariam na mesma perspectiva social,

É possível estender a categoria dos litígios locais para criar um segundo círculo, englobando situações em que os integrantes do grupo compartilham um laço de solidariedade mais tênue, decorrente de se colocarem na mesma perspectiva social, no sentido que Young atribui ao termo. Perspectivas sociais são visões de mundo que derivam da posição que a pessoa ocupa na sociedade, independentemente de suas opiniões ou de seus interesses. A perspectiva social, ao contrário dos interesses e das opiniões, pode ser inconsciente e condiciona a compreensão que os indivíduos têm de determinados eventos sociais e suas consequências (VITORELLI, 2020, p. 41)

Edilson Vitorelli identifica quatro níveis distintos de solidariedade nesse segundo círculo

O segundo círculo dos litígios locais engloba pelo menos quatro níveis distintos de solidariedade, que podem ser expressos na seguinte ordem, do maior para o menor grau: 1) litígios coletivos relativos ao direito do trabalho; 2) litígios coletivos atinentes a vítimas de um mesmo acidente; 3) litígios coletivos relativos aos tratamentos de saúde disponíveis para pessoas portadoras da mesma doença; 4) litígios coletivos que envolvem minorias sociais em geral, tal como as minorias raciais, de gênero, de orientação sexual etc (VITORELLI, 2020, p. 42).

Por fim, Vitorelli propõe a categoria de litígios transindividuais de difusão irradiada, como aqueles decorrentes de lesões que afetam vários segmentos sociais de forma e intensidade diversas,

A última categoria de direitos transindividuais que se pretende formular é a que se relaciona ao que Rodolfo de Camargo Mancuso denominou megaconflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. O dano é distribuído de maneira distinta, qualitativa e quantitativamente, entre os integrantes da sociedade. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas (VITORELLI, 2020, p. 43)

Os conflitos desse jaez traduzem-se em megaconflitos, complexos, mutáveis, multipolares, em que os interesses dos grupos afetados podem divergir de forma multipolar, motivo pelo qual a conflituosidade interna é considerável e de difícil arranjo, por exemplo, os famosos casos de Mariana e de Machadinho. Após, o autor passa a enumerar outros exemplos,

Há diversos outros exemplos desse tipo de conflito, como a situação, exposta por Mancuso, da construção do sambódromo no Rio de Janeiro, os conflitos fundiários de grandes proporções, a transposição das águas do rio São Francisco, a desocupação da favela do Jaraguá, instalada em local de Maceió que seria utilizado como apoio à atividade pesqueira, entre outros (VITORELLI, 2020, p. 43).

Esses conflitos regidos pela complexidade e alta conflituosidade normalmente podem chegar a soluções e respostas jurídicas diversas, inclusive, a depender da intensidade e forma como os diferentes grupos foram atingidos. É comum posicionamentos antagônicos entre os diversos grupos considerados, mesmo que comunguem dos mesmos interesses.

Vitorelli explica a diferença da última espécie de litígio transindividual para as espécies anteriores,

O litígio não é de difusão global, porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não existe identidade de perspectivas sociais entre os envolvidos. Nem mesmo a lei, conforme ressalta Mancuso, contém solução predefinida para esse tipo de conflito, o que lhe atribui fortes elementos sociopolítico-econômicos. O conceito mais adequado de sociedade para identificar as pessoas que titularizam esses direitos é o da sociedade como criação. Nessa linha de pensamento, a sociedade é elástica, descentralizada e fluída. Utilizando a terminologia de Simmel, o que importa é a sociação, o fazer sociedade, e não a concepção estática da sociedade, como algo dado e acabado. A teia de interações sociais entre os indivíduos é a própria sociedade. Suas estruturas são apenas a cristalização dessas interações sociais (VITORELLI, 2020, p. 43)

Edilson Vitorelli afirma que na categoria de litígios transindividuais de difusão irradiada, rompe-se a indivisibilidade dos direitos transindividuais sob a perspectiva do litígio,

tamanha a diferença de interesses dos grupos afetados das mais diversas formas,

Nessa terceira categoria, rompe-se com a indivisibilidade dos direitos transindividuais, quando analisados sob a perspectiva do litígio. É possível e desejável que o direito transindividual violado pertença, em maior medida a uma pessoa que sofreu lesão mais grave, menos a outra, que sofreu lesão menos grave, e não pertença a quem não foi lesado de forma alguma. A ruptura da indivisibilidade permite que se enxerguem as diferenças entre os indivíduos atingidos pela violação do direito transindividual que deu origem à sociedade, atribuindo-se maior relevância às posições dos que sofrem mais.

Inclusive, o autor chega a afirmar que o dogma da indivisibilidade prejudicou a correta análise sobre tais litígios, fazendo com que se classifiquem erroneamente litígios de difusão irradiada como litígios de difusão global (VITORELLI, 2020, p. 45).

Em suas conclusões (parciais), o autor infere que o conceito legal de direito transindividual como concebido no Código de Defesa de Consumidor é insuficiente e impreciso, pois desconsidera os diferentes graus de conflituosidade e de complexidade, propondo assim as categorias acima explicitadas (VITORELLI, 2020, p. 47).

Vitorelli também propõe a extinção dos direitos transindividuais homogêneos como categoria autônoma, utilizando-se dos já conhecidos argumentos referentes à divisibilidade, da conveniência processual de assim conceituá-los, opondo ainda que tal conceito somente tem servido para alegações de ilegitimidade dos substitutos processuais.

Vitorelli também alega as críticas de Teori Zavascki aos direitos transindividuais, como atualmente classificados pelo CDC,

Teori Zavascki afirma que “na origem das principais controvérsias em matéria de processo coletivo está a falta de adequada distinção entre direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais tutelados coletivamente”

Por isso, para Vitorelli, a diferenciação entre os direitos transindividuais e individuais homogêneos em verdade torna-se penosa, de difícil aplicação na prática dos casos concretos, e ainda inútil, já que as grandes diferenças surgem na fase de execução de sentença, conforme apontou Teori.

As críticas de Vitorelli em verdade apontam uma das tendências na doutrina processual. Hoje, o processo coletivo, inclusive, por influência da plasticidade do atual Código de Processo Civil, vem recebendo novas interpretações e teorizações mais direcionadas à prática dos institutos básicos, como os próprios conceitos de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, os quais vêm sendo questionados em sua aplicação à complexidade da sociedade em sua atualidade.

Contudo, entende-se, são necessários mais avanços nas visões vetustas do positivismo formalista, o qual migrou com força para a processualística, somente recebendo o necessário contraponto há pouco tempo, o que ficou evidente pela superação do famigerado processo de execução de sentença, o qual dependia de citação (inicial) do executado como ato processual inaugural.

2.4.3 Crítica aos novos conceitos propostos por Vitorelli

Na verdade, a discussão doutrinária deve considerar inicialmente a utilidade dos conceitos abstratos de direitos transindividuais para o processo coletivo como um todo, já que a coletividade de direitos em muitas vezes parece guardar natureza mais intuitiva do que propriamente científica, a exemplo da prática das class actions do direito norteamericano.

De fato, a realidade sempre é mais rica e complexa para se encaixar em conceitos teóricos fechados, de forma que a adoção de modelos de conceitos que orientam e direcionam fenômenos complexos sempre apresentam certas dificuldades.

Contudo, os conceitos tradicionais abstratos dos direitos transindividuais resistem ao tempo, sobre os quais a doutrina internacional e nacional desenvolveu-se. Assim, não parece conveniente e cauteloso alterar-se o modelo já consolidado e consagrado, inclusive, em vários sistemas legislativos, como o brasileiro, tido como um dos mais avançados do mundo.

A tipologia atual também serviu e serve como argumento político a convencer que de fato há direitos de índole coletiva em termos mais ou menos definidos a partir de padrões e características observáveis e identificáveis, mesmo que tais conceitos abertos provoquem acirrados debates doutrinários até os dias atuais, o que não é exatamente algo estranho ao direito.

Ademais, e este é o ponto, a conversão de direito coletivo para litígio coletivo em si não traz nenhuma novidade. Desde sempre, a doutrina afirmou, em termos gerais, que os direitos transindividuais dependem de lesões ou de perigos de lesões para se identificar os seus titulares e outras delimitações, de forma que o litígio (pretensão resistida) potencial, já está compreendido no conceito.

A conflituosidade e complexidade também podem ser consideradas nos conceitos tradicionais, ou pelo menos, não podem ser descartadas a ponto de merecer tamanha reforma como proposta pelo autor.

O fato de haver diversos graus de intensidade de afetação no direito transindividual também não se trata de algo estranho aos conceitos clássicos de direitos coletivos lato sensu.

O antigo exemplo do rio poluído pela indústria e dos ribeirinhos que se sustentam da pesca local, indica que essa perspectiva de impactos diversos, a depender da posição dos titulares em relação à proximidade do objeto (mediato) tutelado, não se trata de uma consequência dependente exclusivamente dos conceitos propostos por Vitorelli.

Outrossim, os grupamentos das diferentes perspectivas de se conceituar o signo sociedade pode nos remeter a mais um semantismo, uma vez que sociedade trata-se de conceito tão complexo, que vários autores entendem sequer ser possível defini-lo. Ademais, as sociedades vistas como estrutura, solidariedade e transformação, ao que parece, entrelaçam-se, são interpretações diferentes da mesma realidade, de forma que um único sujeito pode pertencer às três sociedades ao mesmo tempo, por exemplo: um trabalhador pertence à sociedade como estrutura, à sociedade como solidariedade (colegas de trabalho) e sociedade como transformação (trabalho remoto), logo os conceitos sociológicos, sobre os quais se baseiam os conceitos de litígios transindividuais apresentam-se equívocos ou inexatos, pelo menos.

O grande mérito dos conceitos apresentados por Vitorelli reside no fato de se avultar importante e indispensável a percepção expressa de que há grupos e subgrupos, identificados das mais variadas formas, a forma como foram e são afetados, as suas relações entre si e as suas perspectivas e necessidades referentes ao objeto do litígio, o que desencadearia diferentes interesses, muitas vezes antagônicos entre si. Outrossim, tais grupos devem ser ouvidos, sendo tomadas as providências jurídicas a partir das necessidades expostas.

Nesse sentido, os conceitos de litígios transindividuais em verdade não dão conta de explicar o direito material íntegro, porque pressupõem a lesão ou perigo de lesão, aproximando-se do conceito de pretensão ou de ação. Nessa perspectiva, a linguística da norma jurídica não diferencia em verdade os conceitos propostos por Vitorelli dos conceitos clássicos. A identidade linguística de um objeto como protegido pela norma (direito) acontece mais visivelmente em razão de sua tutela pelo direito, como explicado antes, pois a norma jurídica sancionatória ao se apresentar reforça a identidade da norma prescritiva.

Assim, o signo meio ambiente adquire uma identidade linguística e um valor que contém vários aspectos materiais que lhes dão unidade concreta (meio ambiente = água, ar, terra, vegetação etc.) da língua jurídica, sendo recortado quando da fala, isto é, quando uma árvore nativa é derrubada sem licença ambiental, por exemplo. Logo, em razão da norma-sanção, percebe-se que a árvore é uma das identidades do meio ambiente, de forma que o signo meio ambiente vai se reforçando, identificando, construindo, assim, o conceito do direito coletivo em si. Cortar árvores, poluir rios tem a mesma identidade concreta de

“prejudicar o meio ambiente”.

Pois bem, conforme tal método, tanto faz considerar o signo direito ou litígio, pois ambos chegam ao mesmo resultado quanto à identidade e valor do signo do direito a ser protegido, trata-se apenas de uma perspectiva processual ou prática.

Ainda, o objeto da presente pesquisa abrange a regularização fundiária de loteamentos de tamanho médio, cuja extensão não ultrapassa os limites dos Municípios de Dom Pedrito e de Santana do Livramento. Em tese, em tais casos práticos estariam envolvidos litígios transindividuais de difusão local, porém se identifica certa dificuldade de se encaixar no conceito proposto.

Os moradores dos loteamentos em geral não mantêm fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno (como a aldeia indígena citada por Vitorelli); estão reunidos no mesmo local por questões de contingência, em geral, a necessidade econômica lhes obrigou a suportar a situação de violação de direitos naquele local.

Quanto ao segundo círculo dos litígios transindividuais de difusão local, em que os componentes dos grupos possuem ligações mais tênues entre si, sendo identificados por perspectivas sociais, parece encaixar-se melhor às situações dos loteamentos irregulares ou clandestinos, mas de qualquer forma, os quatro níveis descritos por Vitorelli não contemplam exatamente tais grupamentos humanos, a menos que se considere uma lista exemplificativa ou em termos genéricos em si de cada nível explicitado pelo autor.

Ao que se percebe, o autor adotou o critério da proximidade do objeto mediato, método que não se trata de uma novidade. Os maiores prejudicados em geral são as pessoas que estão mais próximas do objeto material tutelado¹⁹. Assim, os moradores de um loteamento, os ribeirinhos ou comunidades dependentes de um rio que foi poluído por uma indústria, as comunidades afetadas pela construção de represas, os indígenas cujo território foi degradado, representam em geral as comunidades que requerem tutelas mais específicas do direito. Naturalmente, as relações entre si e em relação ao objeto degradado podem variar de forma a se criarem conflituosidades internas entre os indivíduos dos grupos e dos próprios grupos em relação aos outros, às vezes, indissolúveis.

A explicação de Mazzilli (2006, p. 57) de que uma única combinação de fatos pode fazer surgirem diferentes interesses individuais, que não se confundem entre si, e se encaixa

¹⁹ Em termos gerais, os litígios transindividuais globais, locais e irradiados podem ser explicados pela proximidade e relacionamento próprio de certos grupos em relação ao objeto mediato tutelado pelo direito coletivo considerado.

com mais facilidade nos casos práticos tratados nesta pesquisa.

O direito difuso surge do interesse comum dos munícipes em de fato o Município gerir as ocupações do solo urbano, regularizando, portanto, o solo que foi ocupado desordenadamente no assentamento individual. Ao mesmo tempo, os moradores dos loteamentos clandestinos e irregulares têm o interesse coletivo em regularizar os loteamentos para a sua convivência em termos de obterem acesso a equipamentos urbanos coletivos, como espaços institucionais (praças, postos de saúde etc.). Por fim, os moradores mantêm interesses individuais homogêneos na regularização individualizada de seus lotes.

Assim, o modelo proposto pelo autor, ao que parece, pode funcionar como importante ferramenta de interpretação do fenômeno para reforço da análise jurídica sobre casos concretos que importam violações mais complexas de direitos coletivos, ajudando o legitimado e outros interessados a compreender melhor a extensão e reflexos do dano, assim como os interesses envolvidos, elegendo a partir disso, a melhor estratégia e as medidas jurídicas a serem adotadas.

O próprio autor, ao propor as classificações de direitos individuais homogêneos globais, locais e irradiados parece compreender que os conceitos atuais não são exatamente excludentes dos seus próprios conceitos propostos (VITORELLI, 2020, p. 51). Assim, os novos conceitos propostos podem ter função de método de interpretação como diretriz mais estratégica de litígio do que propriamente jurídico, não se apresentando, em princípio, necessário dispensar ou descartar o modelo teórico atual dos conceitos abstratos.

2.5 LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E PROCESSO ESTRUTURAL

Como reação, a doutrina processualista contemporânea mais atenta estuda meios jurídicos e processuais para, de fato, “tirar a constituição do papel” – uma constituição dirigente prolixa em promessas, o que passa pela efetividade do processo coletivo certamente, o qual precisa apresentar mais e melhores resultados.

Já na década de 60, a litigância estratégica, com diretriz de atuação sistêmica em matéria judicial e extrajudicial, foi desenvolvida na doutrina norteamericana. Percebeu-se que o problema complexo, muitas vezes, apresenta-se de forma a não comportar em todas as suas nuances uma única relação jurídica, pois o problema estrutural que pode se apresentar de formas diversas (inclusive, por meio da multiplicidade de ações individuais) reclama uma atuação voltada a certas medições de metas atingidas ou a serem atingidas no “caso”, o qual deve ser gerenciado por meio de vários meios e formas, processuais ou extraprocessuais.

A litigância estratégica atualmente vem sendo empregada por órgãos estatais (Defensorias Públicas) e organizações não governamentais em matérias de direitos humanos, recorrendo, inclusive, ao direito internacional público em muitos casos.

Hermes Zaneti Junior (2020) muito bem definiu a litigância estratégica em sua gênese,

E o que essa litigância estratégica procurava fazer? Ela procurava ampliar o leque de ferramentas à disposição das partes para solucionar determinados conflitos, como por exemplo o conflito decorrente da segregação racial, da passagem que aconteceu nos EUA da doutrina “separados mas iguais” para o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. Então, se nós tínhamos um processo pensado para “a” e “b”, um processo bipolar que tinha poucos instrumentos, a litigância estratégica fez crescer esses instrumentos, fez aumentar essa paleta de cores, fez encontrar outras ferramentas, uma chave de fenda, um serrote... um outro mecanismo que pudesse ser colocado à disposição para fazer esse trabalho de reorganização de estruturas burocráticas, esse trabalho de reestruturação para um estado ideal de coisas. Por isso, o problema estrutural é muito importante para o estudo do processo estrutural.

Portanto, como reação a tais limitações acima explicitadas, surge a litigância estratégica ou litígio estratégico (advocacy), quando se percebeu a necessidade de superar, identificar e transcender os interesses meramente privados, individuais, ou aqueles fundamentos públicos mais imediatamente ligados à demanda considerada. Trata-se de enxergar a relação processual desenvolvida como uma das consequências jurídicas da realidade social, muitas vezes como produto desta.

Logo, em verdade, a litigância estratégica está ligada a outros interesses de razão pública, pressupondo neste ponto o interesse do estado em efetivar direitos públicos subjetivos prestacionais, conforme referido por Marçal (2019, p. 184).

Contudo, há algum tempo, constatou-se que existe um outro tipo de litígio (inicialmente percebido nas questões que envolviam controle judicial de políticas públicas) que não se encaixa de forma satisfatória nos modelos criados para os processos individuais e coletivos vistos como “bipolares” (que dizem respeito apenas a autor e réu): o dos “litígios estruturantes”, também chamados “policêntricos”, “mutipolares” ou “multifocais”, conceito que será desenvolvido adiante.

O professor Owen Fiss (2019, p. 31-55)²⁰, um dos primeiros teóricos do processo estrutural, que também se refletiu nas class actions norteamericanas, ao propor e analisar o

²⁰ Texto expressamente citado pelo Professor Sérgio Cruz Arenhart em painel sob o título de *Estabilidades e Preclusões na Execução e Cumprimento de Decisões? O Caso da ACP do Carvão, Método Experimentalista e as Decisões em Cascata*, proferida em 19/10/20, no curso de Litigância Estratégica em Processo Estrutural, promovido pela FMP e pela ESMP.

hipotético caso da penitenciária do estado do Arkansas, explicou que as consequências práticas e suas vicissitudes decorrentes de eventuais decisões judiciais e administrativas devem ser consideradas em visão prospectiva. Se na referida penitenciária, superlotada, aplicava-se comumente a chamada tortura “Tucker telefone” (aplicação de choque nos genitais dos detentos) e adotava-se a prisão solitária sem o devido processo legal, pouco adiantaria obter injunção proibindo tal prática (“injunção proibitiva tradicional”), porque outras práticas violentas poderiam ser adotadas pelos guardas, burlando, assim, o mandamento judicial, além de se imaginar a atuação do sindicato como interveniente político na questão, o que transbordaria a mera relação processual.

Fiss chegou mesmo a especular sobre a visão que juízes distritais, estaduais e federais teriam sobre a matéria, as vantagens e desvantagens sobre a adoção de eventuais medidas em determinadas jurisdições, em visão pragmática tipicamente norteamericana. Fiss defende que as injunções tradicionais deveriam ser substituídas por injunções estruturais para, por exemplo, por meio de ordem judicial: a) promulgar uma lista de punições que os guardas podem aplicar, b) estabelecer dentro do sistema prisional uma agência que fizesse pesquisas regulares para se obterem informações diretamente dos presidiários para se saber se de fato os guardas estavam respeitando as punições, c) que tal agência recém criada apresente relatórios regulares ao Juiz.

A própria tendência legislativa de destinar poucas verbas em dotações orçamentárias para o sistema penitenciário deve ser considerada; afinal a criação de eventuais estruturas de apoio demanda custos, além de suscitar certa polêmica, porquanto poderia se entender que o Juiz estaria delegando a sua competência para tal instituição.

Enfim, a litigância estratégica em verdade trata-se de uma visão mais abrangente sobre a realidade que cerca o problema, uma forma de enfrentamento sistemático do problema, preocupando-se com a realidade dos fatos e suas consequências, como é o caso da opinião pública sobre determinada medida. Ao que parece, Fiss assevera que a prática corriqueira dos fatos tende a se perpetuar, caso as causas das práticas não sejam consideradas na estratégia, assim como meios eficazes para combate efetivo de eventuais ilegalidades “aceitas” na comunidade.

Com efeito, um acordo judicial, em determinados casos, para Fiss, nem sempre é a melhor opção, porque uma ordem judicial pressupõe que o Juiz tenha apreciado e analisado a matéria, inteirando-se melhor dos fatos, logo este mesmo Juiz terá mais cuidado ao fiscalizar o cumprimento da ordem, se comparado ao Juiz que homologou um acordo trazido pelas partes no início de uma demanda.

Entretanto, é ponto certo que a doutrina de Hermes Zaneti Junior, acompanhada de outros autores, defenda a consensualidade como forma de resolução dos conflitos complexos, inclusive, considerando que a litigância estratégica está normalmente ligada à interferência na estrutura de órgãos públicos, o que demanda negociações, porquanto decisões judiciais em tal setor levantam sérias questões constitucionais.

2.6 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ESTRUTURAL

A doutrina do processo estrutural ainda está em desenvolvimento no Brasil e os próprios conceitos de problema estrutural e de processo estrutural ainda não possuem consenso em muitos pontos elementares. Do ponto de vista legislativo, a matéria ainda não se encontra expressamente regulamentada no país, embora possa se defender que a plasticidade do Código de Processo Civil, assim como o diálogo das fontes com o microsistema dos direitos coletivos, possam permitir a aplicação do processo estrutural atualmente (ZANETI, 2020).

Entretanto, de pronto, alguns pontos são quase consensuais: a) o processo estrutural destina-se a resolver os intrincados e complexos problemas estruturais de uma sociedade; b) o reconhecimento da necessidade de efetiva oitiva dos interessados e atingidos no problema; c) a investigação das reais causas do problema identificado, como as chamadas inércias burocráticas ou políticas que geram ou contribuem para que o problema persista; d) a litigância estratégica como método de enfrentamento das situações apresentadas; e) entendimento de que o processo estrutural é uma espécie de “caso”, que pode ser composto por inúmeros meios extraprocessuais e processuais em complementação; f) a superação do chamado processo coletivo binário, consequencialista e voltado para o passado; g) a adoção de novas técnicas de tutela, de gestão de provas e de causas; h) a adoção de técnicas prospectivas de decisões judiciais (“técnica em cascata”); i) a busca da consensualidade como meio, porém reconhecidas a legitimidade efetiva do negociante, que de fato conhece e investigou em profundidade o problema; j) a consciência de que o processo estrutural não se trata de apanágio para quaisquer problemas, mas de método a ser empregado com cuidado.

Normalmente, o exemplo de problema estrutural enfrentado por meio de técnicas ainda binárias e consequencialistas é a chamada “judicialização da saúde”: milhares de ações judiciais individuais reclamando o fornecimento de medicamentos, procedimentos e exames, o que desperta toda a sorte de críticas doutrinárias. Fornecer o medicamento para a parte, argumenta-se, trata-se de atuar na consequência do problema, porém as causas não foram

enfrentadas, logo o problema individual foi aparentemente resolvido, mas a estrutura viciada que o criou permanece.

Com base em tal conhecido exemplo, pode-se transpor para a problemática da produção irregular de cidades. A pulverização de demandas pode manifestar-se através, por exemplo, de inúmeras ações individuais de usucapião em determinada região, denunciando em verdade loteamentos clandestinos ou irregulares, assim como um provável departamento de planejamento urbano desestruturado e um plano diretor meramente formal.

Ações civis públicas foram ajuizadas para a resolução do problema da “judicialização da saúde”, sabe-se, porém em sua grande maioria, não obtiveram o sucesso esperado. O insucesso de tais demandas coletivas deveu-se principalmente a inúmeros argumentos que giram em torno da independência dos poderes, ativismo judicial, verbas orçamentárias deficitárias, o chamado princípio da reserva do possível.

Em palestra, o professor Edilson Vitorelli explicou que as ações civis públicas em sua maioria apenas adotaram o mesmo método consequencialista e binário (A contra B), isto é, postularam insumos medicamentosos e tratamentos para uma coletividade basicamente, deixando de enfrentar as reais causas do complexo problema, isto é, a desestrutura “macro” que causou o problema em si.

Em visão de litigância estratégica (“case management”), outras medidas poderiam ter sido adotadas, como a negociação em centros especializados em litígios coletivos, a chamada de atenção da opinião pública para o problema, a análise do juízo a ser demandado (estadual ou federal). O pedido de estruturação de certos órgãos públicos, com a previsão de estruturação programada e paulatina, ADPFs ou ADIs por omissão, a produção de provas estatísticas e financeiras, comprovando os gastos estatais para cumprir ordens judiciais individuais se comparados ao custo de uma estrutura administrativa aparelhada, a eventual utilização de incidentes de recursos repetitivos, até mesmo reclamações em cortes internacionais de Direitos Humanos, considerando a reiterada omissão do estado brasileiro em efetivar o grave direito à saúde.

O processo, estrutural, conforme a doutrina de Hermes Zaneti Junior (2020), é composto dos seguintes elementos,

O problema estrutural é o ponto fundamental no trabalho de identificação de como nós vamos solucionar as questões. Porque, ao se constatar a existência desse estado de desconformidade estruturada, que não necessariamente é uma situação de ilicitude, na maior parte das vezes nós temos diversas situações de licitude ligadas a um problema estrutural e nós temos que promover uma nova situação, uma nova realidade. Nós temos que passar desse estado de

inconstitucionalidade para um estado de constitucionalidade, para uma reorganização. E a identificação do problema estrutural nos permite fazer dentro do processo aquela organização para saber o que nós estamos discutindo, muito embora nós vamos ter um objeto flexível, adaptável, nós precisamos saber o que nós estamos discutindo para identificar quais são as medidas e qual é o planejamento necessário para resolver aquela questão estrutural.

Conforme Zanetti, a estrutura dos elementos de uma teoria de processo estrutural concentra-se no problema estrutural, sendo um processo desenvolvido para fazer essa passagem de estado de coisas. Inicialmente, uma decisão estrutural identifica o problema estrutural e aponta os primeiros passos que permitem tal reorganização.

Em artigo publicado, Zanetti defende que há características típicas (mas não essenciais) e as características essenciais do processo estrutural. Tal classificação é muito importante, porque as características típicas normalmente surgem, porém a doutrina muitas vezes afirma que elas são as mais comuns, que elas são aquelas que começam a identificar o processo estrutural, teorizar o processo estrutural a partir dessas características. Chama-se a atenção, porque elas são típicas, mas não essenciais, porque elas podem ou não estar presentes, muito embora quase sempre estejam presentes.

Assim, Zanetti (2020) esclarece que são

Características típicas, mas não essenciais do processo estrutural:

Multipolaridade: número de partes muito superior a este “a” e “b”, credor e devedor, Tício versus Mévio, um número de partes que inclui grupos, subgrupos, pessoas com interesses contrapostos, complexidade, conflituosidade interna, que acaba gerando uma outra dificuldade para quem atua nesse processo que é a representatividade desses grupos e como garantir espaços para que se possa colher a verdadeira intenção e interesse desses grupos. Mas, a multipolaridade não é essencial, ela pode não estar presente.

coletividade: nós também vimos aqui, foi objeto da fala do colega Marcos Aurélio (aula 1), o caso julgado pelo STJ (RESP 1.854.842), que são 10 ações civis públicas, ações civis públicas só no nome, porque eram ações ordinárias para tutela de um direito individual indisponível, não eram pelo rito da ACP, objeto delas não era um direito coletivo de um grupo mas era sim um direito individual. É só pela tradição que elas tinham esse nome. Até no projeto no CNJ, uma das questões é mudar o nome de “ação civil pública” para tratar como “ação coletiva”. Eu acho que o termo “ação coletiva” traduz muito melhor ações que são possíveis dentro do microsistema. Mas, ação naqueles casos do STJ eram ações que tutelavam um direito individual indisponível, que era o direito a não ser abrigado por um tempo mais longo do que aquele devido pela Lei. E essas ações, o STJ determinou o seu retorno ao 1º grau para que estruturassem um processo estrutural, então não precisa ser necessariamente uma ação coletiva, muito embora o tratamento dessa causa individual que inicia como uma demanda individual deva ser preferencialmente utilizando os instrumentos do microsistema do processo coletivo.

Complexidade: muito embora na maior parte das vezes nós vamos ter questões muito complexas do ponto de vista fático e do ponto de vista jurídico, algumas vezes na questão estrutural esta complexidade não aparece. Existem casos em que o próprio réu não nega a responsabilidade e no processo estrutural isso é muito comum. Nós temos o caso Rio Doce, o caso de Mariana, por exemplo, o

caso da Samarco, ele é um caso que tem desdobramentos de processo estrutural. E até litigam com conflitos estruturais que surgem da tentativa de implementação de soluções pela Fundação Renova, mas essa lógica não quer dizer que aquele caso todo seja um caso estrutural. E não há nenhuma complexidade, como ressaltou a Carolina Beraldo em saber da responsabilidade da empresa, que ela se sabe responsável desde o primeiro momento e também assume o dever, em todos os documentos que assinou com o MP, homologados pelo Juiz, à reparação integral. Pelo menos, quanto à responsabilidade, não se trata de algo complexo. Então, a complexidade não está necessariamente presente em todos os casos estruturais.

Por outro lado, são características essenciais do processo estrutural, isto é, sempre presentes, na doutrina de Zaneti (2020):

A necessidade de passar de um estado de desorganização para um estado de organização com a identificação de um problema estrutural, portanto é a implementação de um estado ideal de coisas.

Um procedimento bifásico, porque nós temos necessariamente um primeiro momento, que é o reconhecimento desse problema estrutural que pode até não ser complexo, como eu acabei de dizer, o requerido pode até reconhecer a sua responsabilidade. Aí, um segundo momento, que é o momento de implementação desse estado ideal de coisas, que vai se implementar de maneira flexível, porque nós temos aí a necessidade de ter um sistema não rígido de preclusões das decisões, temos que ter a possibilidade de voltar atrás e verificar se aqueles objetivos inicialmente desejados estão sendo atingidos com as soluções que foram pensadas.

Por fim, uma consensualidade inerente a esse movimento, porque a maior parte das implementações necessárias, depois do reconhecimento do problema estrutural e da determinação de uma série de decisões em cascata, deve ser buscada mediante consensualidade, reduzindo o impacto da execução. Aqui nós podemos falar de novas técnicas decisórias, que fazem uma delegação, como nós vemos, para quem tem as competências institucionais adequadas e tomar as decisões que muitas vezes não tomava por bloqueios políticos.

Zaneti entende que a teoria geral do processo estrutural é baseada em três conceitos básicos: problema estrutural, processo estrutural e decisão estrutural.

A decisão estrutural é aquela que reconhece o problema estrutural, determina o início de tomada de medidas para superar este problema, ela acaba desbloqueando politicamente esse cenário de decisão. Muitas vezes, identifica-se em determinado problema estrutural uma disfunção política, deixa-se de se tomar as medidas claramente estabelecidas pela lei e pela CF, até mesmo algumas vezes com previsão orçamentária para executar aquelas políticas públicas.

Edilson Vitorelli exemplifica a decisão judicial estrutural no caso em que MPF/MG ajuizou ACP contra a União e contra a Agência Nacional de Mineração – ANM, pois esta não tinha estrutura para fiscalizar as barreiras de rejeitos. Não se tratou exatamente dos casos dos desastres de Machadinho ou de Mariana, mas tem esse “pano de fundo”. Havia apenas dois fiscais para 180 barragens. Se a ANM tivesse estrutura, talvez esses desastres não tivessem

acontecido. Assim, essa ação informou que não há estrutura administrativa para a ANM desempenhar adequadamente as suas atribuições legais. O pedido do processo estrutural trata-se basicamente de um plano de reestruturação para que progressivamente essa ilegalidade vá sendo corrigida, de forma progressiva em legalidade. Existem planos de curto, médio e longo prazo afim de que proponham medidas para que com o tempo se reestruture a ANM e então possa realizar as suas funções. A União e a ANM se comprometeram a apresentar esse plano.

Interessante observar que o MPF não apresentou o plano pronto no pedido, mas postulou que a União e a ANM apresentassem o referido programa de quantas pessoas deveriam ser contratadas, quais e quantos equipamentos adquirir entre outras medidas estruturantes. Logo, para os réus, o processo estrutural pode ser mais interessante, tanto que no caso em espécie a União firmou termo de ajustamento de conduta.

Ainda, o processo estrutural reclama relativização na estabilidade da demanda, preclusão e coisa julgada. Em vista de sua natureza prospectiva, notadamente, nos litígios irradiados, frente à complexa realidade fática transformar-se durante a demanda, de maneira que decisões em cascata são aplicadas, de forma a se permitir a revisão judicial a situação fática inconstante por definição. Tal necessidade de revisão judicial, o “moto-perpétuo entre conhecimento e execução” (VITORELLI, 2019, p. 587) traz questões sobre o CPC suportar tal técnica.

Embora se trate de questão que levanta certo questionamento na doutrina, a tradicional cláusula rebus sic stantibus (também prevista no CPC de 1973) que acompanha a coisa julgada autoriza revisões judiciais (art. 505, I, CPC) nas sentenças acerca de relações de trato continuado sempre que houver a alteração de questões de fato e de direito, pois a coisa julgada refere-se aos fatos julgados, logo, alterados os fatos, nova decisão poderá ser prolatada.

Edilson Vitorelli (2020) esclarece que o problema estrutural em verdade já existe, não se trata de uma classificação teórica, mas de uma observação empírica que remonta à realidade prática, algo para o qual, entende, novos conceitos de direitos coletivos devem ser adotados, que pressuponham a heterogeneidade dos impactos sobre determinados grupos em relação a outros.

2.7 INSTRUMENTOS EXTRAPROCESSUAIS DO DIREITO COLETIVO EM NOVA PERSPECTIVA

Os instrumentos extraprocessuais clássicos em matéria de direito coletivo são: o inquérito civil (MAZILLI, 2006, p. 400), o procedimento preparatório (antiga peças de informação), procedimentos administrativos para o acompanhamento de direitos individuais indisponíveis e para acompanhamento de políticas públicas²¹, assim como o termo de ajustamento de conduta, a requisição ministerial e a recomendação.

Naturalmente, tais instrumentos obedecem a certas formalidades, estabelecidas em provimentos e outros atos administrativos do próprio Conselho Nacional do Ministério Público, e outros órgãos de cúpula e de controle quanto aos demais legitimados ativos (entidades públicas).

A litigância estratégica já se inicia no momento da instauração do instrumento apto ao fim a que se destina. O inquérito civil trata-se de expediente (administrativo ou ministerial) de natureza inquisitiva, destinando-se ao recolhimento de provas e outros atos de instrução, como audiências individuais e públicas, celebração de termos de ajustamento de conduta, expedição de recomendações (MAZZILLI, 2006, p. 400).

Hoje o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio de Provimentos e Resoluções²², e os próprios Ministérios Públicos²³, também por meio de atos normativos, vêm instituindo uma especialização de expedientes ministeriais mais direcionados para o acompanhamento, monitoração e tutoração de ações estatais no tocante a estruturação de políticas públicas e outras questões de ordem coletiva (embora tal função não seja nova no âmbito do *Parquet*), não necessariamente inquisitiva ou de natureza instrutória ou preparatória, porém mais próximos de uma perspectiva consensual como é o caso dos PA para acompanhamento de políticas públicas.

Assim, tais procedimentos administrativos já contemplam a possibilidade formal de se estruturar uma política ministerial consistente em litigância estratégica ao se acompanhar as ações estatais relativas a determinado interesse coletivo, onde dados técnicos e informações outras podem ser podem colacionadas²⁴. É possível afirmar que o próprio conceito de litigância estratégica ordenou a atual especialização dos expedientes ministeriais.

²¹ Especializações efetivadas pelo CNMP dos tradicionais procedimentos administrativos visando padronização entre os Ministérios Públicos.

²² Resolução 174/2017 - CNMP

²³ Provimento 71/2017 – PGJ no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

²⁴ Por exemplo, na PJ de Santana do Livramento, a organização da busca ativa por loteamentos irregulares em parceria com a Sra. Oficial de Registro de Imóveis e com os servidores municipais do Departamento do Plano Diretor, aconteceu no bojo de um procedimento administrativo (PA.01234.00024/2017) instaurado para tal objeto específico. Em Dom Pedrito, o PA 01750.000.354/2018 teve a finalidade de acompanhar a política de regularização fundiária naquele Município, onde foram expedidas recomendações, quando necessário, por exemplo, para evitar flexibilização da legislação urbanística em PL que tramitava na Câmara de Vereadores para tal fim.

2.7.1 Inquérito Civil Estrutural²⁵

O chamado inquérito civil estrutural trata-se de categoria doutrinária, embora alguns membros do Ministério Público já venham adotando a prática de denominar no objeto de inquéritos civis tal vocábulo no momento da portaria de instauração, o que ainda é raro no estado do Rio Grande do Sul.

Em tese, o inquérito civil estrutural teria a função de colher informações mais abrangentes do que a mera atividade probatória e instrutória clássica, tratando-se de um expediente mais dedicado também à oitiva dos interessados e afetados no problema estrutural, o qual deve ser identificado como ponto preliminar de acordo com os elementos referenciados pela doutrina.

O inquérito civil estrutural teria função de tratar do problema identificado mais do ponto de vista prático, servindo para a colheita de elementos necessários para a investigação das causas do problema estrutural (servindo-se do PA para tal fim), reunindo informações paralelas consistentes em pontos de contradição eventualmente. Por exemplo, determinada Prefeitura Municipal informou que não possui verbas para a compra de medicamentos, porém ao mesmo tempo enviou verbas para a contratação de artistas em evento de natureza duvidosamente “eleitoreira”, ou são adquiridos veículos de luxo para alguns secretários de governo²⁶.

O inquérito civil estrutural pode também servir para a gestão de organização de determinada atividade administrativa envolvendo servidores públicos de outros poderes para o recolhimento de informações e provas técnicas, como por exemplo, registradores públicos de imóveis e tabeliães efetuarem buscas ativas de matrículas e “contratos de gaveta” em suas serventias de forma a se formar elementos aptos à identificação de problemas estruturais ocultos em certas práticas corriqueiras.

Enfim, o inquérito civil estrutural avança na direção cognitiva de identificação de realidades práticas destinadas a municiar, por exemplo, melhor argumentação sobre determinada negociação – práticas estas não necessariamente ilícitas, mas que convém ser arguidas na difícil arte de celebrar termos de ajustamento de conduta com outros órgãos públicos, ou mesmo na expedição de recomendações mais exatas em determinada demanda social.

²⁵ Naturalmente, o *nomen iuris* pouco importa. Aqui assim se designará tal instrumento por tal nome para fins de clareza.

²⁶ Atualmente, tais constatações recebem importância frente ao art. 21 da LINDB.

Assim, independente do nome a se adotar, o inquérito civil estrutural teria um objeto mais elástico, mais propenso à identificação de dados, fatos e práticas, que normalmente não são informadas voluntariamente por meio formal e oficial, mas que em verdade permeiam a estrutura de determinadas cargas de inércia administrativa ou legislativa, o que viola em geral direitos fundamentais de ordem coletiva.

2.7.1.1 Objetivos: identificação do problema

O primeiro objetivo do inquérito civil é a identificação do problema, seu contexto, sua extensão, os possíveis afetados e interessados, causas e motivos do problema. A doutrina do processo estrutural defende que a cognição em profundidade do problema estrutural é o ponto de partida certo para a correta adoção da estratégia adequada para a resolução, ou pelo menos mitigação do problema (BERALDO, 2021).

Há situações em que a mera exposição do problema em meios de comunicação social já se trata de um passo importante. É comum em pequenas comunidades certos problemas existirem há muito tempo, todos ou quase todos os habitantes saberem que ele existe, porém a existência de tal problema ser sumamente negada em meios públicos, por ser jocosa. A consciência pública de que o problema foi formalmente identificado pode ensejar importante ponto de apoio para determinadas negociações, naturalmente, resguardados eventuais identificações mesmo que indiretas das vítimas, como é o caso da prostituição infantil ou mesmo do trabalho infantil.

Por exemplo, atualmente, a pandemia de COVID-19 escancarou a brutal desigualdade social brasileira, notadamente, quanto à falta de cidades justas na ocupação do solo urbano, tanto que se identificou uma onda sem precedentes de despejos compulsórios de pessoas carentes, afetadas pelas agruras do necessário, porém, mal planejado economicamente isolamento social²⁷.

A pandemia ainda revelou outra dinâmica peculiar e até talvez inesperada quanto à violência doméstica e infantil: muitos dos crimes sexuais contra crianças, os quais ocorrem comumente em meio familiar, normalmente eram descobertos em ambientes sociais coletivos como escolas, clubes etc. Verifica-se atualmente certa subnotificação de tais crimes, o que reclama naturalmente uma atuação estratégica com o envolvimento de outros órgãos públicos na busca ativa de crianças em situação de evasão escolar, visto que tal pode revelar, além de problemas já previstos, violências de toda a ordem contra tais indivíduos.

²⁷ Dados disponíveis no sítio eletrônico <https://www.campanhadespejozero.org> (acessado em 07/11/2021).

O problema estrutural ao que parece no mais das vezes tem raízes arraigadas fortemente ao meio social.

2.7.1.2 Níveis de cargas de inércia e motivos

Os direitos coletivos lato sensu normalmente reclamam a instituição formal de políticas públicas, planejamento orçamentário e manutenção administrativa de estruturas dependentes, portanto, do poder político. Prestações positivas estatais reclamam condutas estatais ordenadas para a satisfação dos direitos sociais, educacionais, econômicos e culturais.

O estado de desestrutura é causado por níveis de inércia estatal em razão dos mais variados motivos. A inércia pode ser legislativa, administrativa, localizada ou generalizada. Em tais estruturas de poder, a inércia pode ser inerente à cúpula do poder ou mesmo localizada em determinados setores subalternos, legislativos ou administrativos. Não é incomum a inércia por mera inaptidão administrativa ou legislativa, principalmente em Municípios menores.

Por exemplo, é comum os gestores públicos evitarem ou resistirem a promover concursos públicos, porque os servidores de cargos comissionados ou de contratos temporários lhes são mais fieis e pouco resistem aos desmandos, além de muitos terem participado ativamente da campanha eleitoral local, o que lhes enseja o “direito” à ocupação do cargo público, independente de sua aptidão técnica para tanto.

2.7.1.3 Planejamento e fixação de referências de progressão

A inércia administrativa ou legislativa normalmente possui causas antigas e perenes, levando muitas vezes a lamentável resignação social que se revela por meio de expressões populares como “sempre foi assim”, “nunca funcionou” etc. E tal resignação é cômoda para o gestor público, pois se despe de suas obrigações legais sem maiores controles sociais.

Portanto, destravar a inércia não é um fenômeno fácil e rápido, pelo contrário, depende de certas referências de progressão para a gestão mais exata possível do lento processo de constituir, estruturar e fazer funcionar estruturas políticas, administrativas ou legislativas que se encontram em estado de desestrutura por longos períodos.

Estruturas burocráticas (públicas ou privadas) viciadas e inadequadas para prestação dos serviços públicos e de relevância pública. Em geral, o problema está numa ONG, numa secretaria de governo ou num órgão público. A omissão (inércia) da formulação e/ou simples implementação de políticas públicas. Políticas públicas até existem, mas são inadequadas.

Isso gera um desafio para os órgãos de controle. Normalmente o Ministério Público é chamado quando o problema já está instalado.

2.7.1.4 Colheita de provas com perspectivas à negociação: contraditório

Esses ICs e PAs de perfil estrutural demandam que as recomendações, TACs e as provas, também sejam produzidas à luz da lógica estrutural, da lógica de debate, de trazer o agente público, o agente político, do gestor municipal, estadual ou federal para o debate para tentativa da resolução conjunta.

Às vezes não há disposição ao diálogo e de início já nem há participação ou viabilidade ou intenção do gestor de tomar parte, mas não é a regra. Precisa-se afastar um pouco o mito de que os gestores são inimigos, de que os políticos são todos ladrões, de que os políticos só querem roubar. Sabe-se que a lógica real não é exatamente essa.

Na visão de Carolina Beraldo (2020),

E o mais importante no tema probatório que a gente traga o contraditório para o IC, para os PAs. Essa ideia conflita inicialmente com a própria Resolução do IC que traz lá no art. 1º que o IC é um procedimento unilateral. Não se desconhece essa ideia, não se desconhece essa interpretação que vige ainda, e ainda vai vigor por muito tempo e que deve se aplicar sim, sobretudo nos casos em que se busca uma tutela sancionatória e ressarcitória, porque elas são diferentes. Mas a gente não pode esquecer o viés de composição do problema. E se a gente precisar compor e resolver o problema, seja porque a política pública não está implementada ou porque ela é falha, a gente precisa trazer o contraditório para o CI e para o PA, até para facilitar lá na frente.

2.7.1.5 Pre trial discovery e novo CPC

Às vezes, a prova produzida não possibilita uma composição. Em geral, trata-se de provas expensivas, considerando que se trata de questões estruturais, normalmente perícias estarão produzidas, provas estatísticas, pois envolvem implementação de vagas em creches, vagas em presídios, a própria construção de estação de tratamento de esgoto ou de captação de água, logo são questões que demandam provas técnicas caras. A perícia no Brasil e no mundo todo é extremamente custosa. Em tese, o gestor seria o maior interessado na produção dessas provas.

Logo, percebe-se a necessidade de promover o contraditório, em determinadas situações, ainda no âmbito do inquérito civil ou do procedimento administrativo²⁸.

Carolina Beraldo (2020) explica a utilidade do contraditório em sede extraprocessual,

²⁸ Ideia compartilhada por Eurico Ferraresi e Edilson Vitorelli.

A importância do contraditório ainda em IC, ainda em PA, até para que essa prova depois possa ser dispensada eventualmente judicialmente. E lembrando também que existe um PL29, ainda em trâmite, específico para regulamentar o processo estrutural no Brasil, para trazer um procedimento para o processo estrutural. Para quem não sabe, a história desse PL surge com a Professora Ada Grinover, uma disciplina específica na USP, depois ele passa por várias Universidades, até chegar ao Congresso Nacional. É um processo que vem sendo aprimorado ao longo do tempo. Hoje ele tá parado em uma das comissões, porque ele traz aumento de despesa, mas esse PL de um procedimento para a resolução de questões estruturais traz algumas linhas orientativas que a gente poderia, inclusive, incorporar no nosso dia-a-dia de lida com processos estruturais.

Ressalte-se que o art. 16 do PL 8058/2014 prevê que todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar em contraditório serão aproveitados no processo judicial, devendo o Juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.

Então, Carolina Beraldo explica que justamente a ideia é o IC ou o PA sirvam como o *discovery* do direito norte-americano e dos países de *Common Law*. O direito anglo-saxão traz o processo dividido em duas fases:

a) pre-trial com *discovery*³⁰: as partes vão extrajudicialmente, porém o Juiz não toma parte ativa, ele supervisiona. Elas vão obter esses meios de prova.

b) trial: é o julgamento, a fase judicial, que pode acontecer ou não. O *trial* pode ser por meio de júri popular.

Logo, mesmo sem acordo, porque a colaboração do compromissário é justamente uma premissa fundamental, pode acontecer de pretender ele participar na produção probatória, não necessariamente de um acordo para a resolução, mas sim da participação probatória. Logo, **eis aí** a importância de se trazer o agente para participar, pois tal possibilita a utilização de tais procedimentos como meios efetivos de prova caso seja necessário em processo judicial ou mesmo para buscar um acordo, conforme os termos do art. 381, CPC, que trata do procedimento de produção antecipada de prova judicial, o qual, nos incisos II e III, prescinde da demonstração da urgência ou de risco, porque relacionado à economia processual, o fundamento axiológico do próprio processo coletivo mais lembrado pela doutrina.

²⁹ Refere-se ao PLS 8.058/2014

³⁰ A descoberta (“*discovery*”), na lei das jurisdições de *common law*, é um procedimento prévio (por isso “pre trial”) ao julgamento (“*trial*”) de uma ação judicial em que cada parte, por meio da lei do processo civil, pode obter provas da outra parte ou das partes por meio de dispositivos de descoberta (por isso “*discovery*”), como interrogatórios, solicitações para produção de documentos, pedidos de admissões e depoimentos. O *discovery* pode ser obtido de terceiros por meio de intimações. Quando uma solicitação de descoberta é contestada, a parte solicitante pode buscar a assistência do tribunal apresentando uma moção para obrigar a descoberta. *Pre trial* funciona como uma espécie de filtro para o *trial*.

Atualmente o processo coletivo “bipolar”, ainda preso a paradigmas formalistas, mantém lógica individualista (A contra B), obtendo, por isso, soluções parciais em provimentos consequencialistas e, muitas vezes de legitimidade questionável, voltado ao passado, como se fosse possível “congelar” a realidade social, conforme parcela da doutrina já vem observando. Por isso, defendem-se novos conceitos teóricos e superações a certos institutos processuais.

2.8 CONCLUSÕES PARCIAIS

Assim, a litigância estratégica e o processo estrutural, umbilicalmente ligados entre si, trazem novas noções e práticas mais atualizadas com os litígios coletivos, notadamente, os multifocais, em vista da complexidade dos litígios estruturais, em que se busca muito mais a reestruturação de entidades e de órgãos instrumentais (em geral, entre as causas da omissão) dos direitos fundamentais prestacionais do que as prestações em si.

O processo estrutural e a litigância estratégica são ferramentas que muito podem contribuir na regularização fundiária, um litígio coletivo por excelência, normalmente de características multifocais (envolve poder executivo e legislativo locais, comunidade afetada em níveis diversos, loteadores e outros interessados), sendo capaz de fornecer um método de resolução de conflitos apto a interferir na política fundiária em âmbito local.

A tônica do processo estrutural em diagnosticar e focar nas causas do problema, o qual se constitui de flagrante natureza estrutural no tocante aos loteamentos clandestinos e irregulares, revelando incompletude ou falta de políticas locais adequadas para a ocupação do solo urbano, assim como a desestrutura de órgãos públicos destinados a executar adequadamente tais políticas, tudo afetado por interesses das mais diversas matizes, revela a utilidade do processo estrutural, direcionado ao consenso, mas preparado para o litígio, se necessário for.

O PL 8.058/2014³¹, que instituiria o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências, organizado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, vai ao encontro desse novo devido processo legal coletivo, entretanto vem recebendo inúmeras resistências no Congresso Nacional, justamente em razão de visões concernentes à legitimidade do Poder Judiciário na matéria das políticas públicas.

³¹ Link:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014

De qualquer forma, ao que parece, o próprio Poder Judiciário brasileiro, quer através de importantes decisões³², através de atos administrativos³³, já vem reconhecendo os institutos do processo estrutural no processo coletivo brasileiro como recepcionados ou assimilados pela legislação positiva atual, de forma que, mesmo sem a aprovação de eventual projeto de lei, seja atualmente aplicável, ainda que parcialmente, a doutrina do processo estrutural nos direitos fundamentais sociais, entre eles, o direito à moradia digna e o direito à cidade.

Outrossim, a legislação brasileira referente aos direitos coletivos lato sensu figura entre uma das mais avançadas e bem estruturadas do mundo. O subsistema brasileiro, formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, constitui o chamado “núcleo duro”, em volta do qual orbitam as demais legislações, normalmente, de natureza material.

Em comparação aos sistemas legislativos da América Latina (Colômbia, Argentina México e Peru, por exemplo), ainda dependentes de remédios de ordem constitucional vocacionados à tutela de liberdades públicas, verifica-se que o sistema brasileiro apresenta-se muito melhor composto qualitativamente.

Como se sabe, não por acaso, o legislador vem apresentando flexibilizações e retrocessos desde meados da década de 1990, quando, ao que parece, aquela onda de empolgação (das décadas de 1970/80) sobre a legislação coletivista esvaneceu ou perdeu força. O princípio da vedação ao retrocesso, embora reconhecido como implícito na Constituição Federal pela doutrina, não vem servindo de fundamento jurídico idôneo suficiente para a declaração de inconstitucionalidade de legislações que sofrem desse vício no Brasil, sendo o exemplo mais claro o atual Código Florestal.

Assim, correm-se riscos não ordinariamente identificados em outras épocas, a ponto de se considerar temerário, no mínimo inconveniente, promover alterações legislativas estruturais de porte no momento atual, a fortiori, em sistema de princípio e de regras considerado modelar, como é o caso do subsistema de direitos transindividuais, que tem despertado a atenção e recebido elogios na doutrina internacional.

³² HC 143.988/ES (STF), HC 172.136 (STF), ADPF 347 e RESP 1.854.847/CE.

³³ Recomendação n.º 76 de 19/08/2020 do Conselho Nacional de Justiça

3. PARADIGMAS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL

No presente capítulo serão examinados os paradigmas de regularização fundiária que dominaram e buscam dominar o direito brasileiro.

A gestão da cidade e dos cidadãos que a habitam pode fundar-se na dignidade da pessoa como fim e fundamento do regramento de todas as relações de poder, ou fundar-se na coisa como um fim em si mesma, entendendo-se, portanto, a pessoa como seu meio.

Tais visões antagônicas marcam posição na arena do direito urbanístico em luta acirrada atualmente, elevada a níveis preocupantes em vista do embrutecimento do jogo político, em que adversários ideológicos são vistos como inimigos a serem exterminados.

Com efeito, o direito urbanístico está no centro do jogo político atualmente, a sua formação histórica está no foco das preocupações mais recentes da literatura especializada, porquanto a sua construção tardia, atrasada em relação à urbanização, pode retrair-se a visões reacionárias.

Nesse aspecto, serão examinados os paradigmas que dominaram a visão brasileira de regularização fundiária, fundada no individualismo liberal, passando pela coletivização do direito urbanístico, resultado dos embates ideológicos dos movimentos sociais, até a nova individualização da visão econômica.

3.1 RECESSÃO DEMOCRÁTICA

É ponto comum na literatura constitucionalista nacional e internacional a identificação do atual período como um tempo de recessão democrática. As metáforas “catimba constitucional” (GLEZER), “jogo duro constitucional” (LEVITSKY), “estruturas anacrônicas e conservadoras da sala de máquinas da Constituição” (GARGARELLA) estão presentes nas principais obras de ciência política e direito constitucional dos últimos anos.

Portanto, as democracias liberais clássicas, como os Estados Unidos, e mesmo as democracias sociais-liberais, de matriz europeia, e o chamado constitucionalismo de direitos da América Latina, vêm sofrendo instabilidades institucionais, um período temerário para algumas reformas legislativas, especialmente, no Brasil.

Na Ásia, em fevereiro de 2021, no pequeno estado de Mianmar, onde grassava genocídio da minoria muçulmana rohingya há anos, os militares executaram golpe de estado nos moldes clássicos: tanques invadiram as sedes dos poderes da república. Na África³⁴, em 2021, aconteceram quatro golpes de estado bem sucedidos (Sudão, Mali, Guiné-Conacri e Chade) e duas tentativas (Níger e Sudão em set/21).

Tudo isso demonstra que as instabilidades institucionais atuais vêm se manifestando de forma heterogênea a depender da tradição e da força das instituições democráticas consideradas. Democracias “fortes”, tradicionalmente mais estáveis, resistem melhor, embora os visíveis decréscimos em termos de eficácia objetiva dos direitos fundamentais; democracias “fracas” estão ruindo.

A crise constitucional brasileira instalou-se de forma negativa com mais intensidade na década de 2010, principalmente, nos últimos cinco ou seis anos. No direito americano,

³⁴ <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-10-30/seis-golpes-de-estado-este-ano-a-epidemia-putschista-que-varre-a-africa.html> (acessado em 11/12/2021)

Tom Ginsburg, Zachary Elkins e James Melton (2012) asseveram que as constituições longevas (aquelas com mais de 20 ou 25 anos) possuem certos caracteres comuns, que são cláusulas de inclusão de direitos, de flexibilidade e de especificidade, elementos estes que estariam presentes na Constituição Federal brasileira de 1988 (a obra foi escrita nos anos 2000), a qual, na ocasião, foi classificada pelos autores como constituição modelar, com probabilidade de sucesso futuro muito grande (GLEZER, 2021).

Ocorre que o último decênio tem-se caracterizado por uma época turbulenta politicamente no mundo inteiro, um período de recessão democrática (LEVITSKY, 2018). As manifestações populares na década de 2010 até 2020 apresentam em comum algumas características preocupantes. A massa de descontentes, inicialmente, ocupava as redes sociais e após as ruas, renegando de pronto qualquer representatividade identificada com os meios políticos tradicionais ou institucionais, o que foi bem marcante nas manifestações de Nova York e do Brasil no ano de 2013. Chegou-se a falar de crise da democracia representativa.

Todas as manifestações populares, mais no início da década de 2010, iniciaram de forma espontânea, reivindicando pautas dos mais diversos matizes, preço de passagens, a corrupção generalizada, falta de serviços públicos qualificados, exploração pelos políticos, etc.

Muitos desses movimentos, contudo, terminaram por se ideologizar de forma obtusa e sutil, sendo que alguns se radicalizaram. Os movimentos de pessoas inexperientes politicamente foram absorvidos e passaram a ser dirigidos por certos grupos políticos, que passaram também a dominar as pautas de reivindicações, passando a ocupar a partir deste momento um espectro ideológico mais identificável, o que não era possível no início.

As redes sociais têm um papel importante nesse fenômeno. Elas permitiram que as comunicações dirigidas em massa, mas com comunicação “personalizada”, direcionada individualmente, fossem possíveis. A estrutura das redes sociais refinadas por meio de algoritmos pode manipular (intencionalmente, inclusive, por razões de publicidade e de mercado) ou influenciar em muito as destinações de vários “coletivos” ou “movimentos digitais”, inclusive, determinar em certa medida o resultado de eleições presidenciais (EUA, 2016) ou de plebiscitos nacionais (BREXIT, 2018).

Os movimentos sociais que não se submeteram ou não se adaptaram a tal roupagem desapareceram, porque seus líderes se negaram a seguir certas ideologias, ou por falta de interesse, ou mesmo, porque os movimentos já ideologizados e institucionalizados ocuparam os espaços de forma mais organizada, subtraindo-lhes a massa que dava vida e força às suas manifestações.

Desde a “primavera árabe”, passando pelas manifestações de 2013 em Nova York e

no Brasil, passando pelo movimento dos “coletes amarelos” franceses, e outros, verificou-se que tais movimentos acabaram por ser absorvidos por ideologias institucionalizadas, tendo a extrema-direita (Europa Central, leste europeu, Américas do Norte e do Sul) e as religiões fundamentalistas (no caso dos árabes e evangélicos em países da América Latina, e entre eles, o Brasil) capturando grande parte de tais movimentos.

Assim, pautas mais radicais e algumas de cunho religioso, todas de natureza conservadora nos costumes, passaram a ser mais espreitadas. Adotaram-se discursos de retrocesso quanto à tolerância ideológica e à própria ciência acadêmica, processo que se acelerou mais ao final da década de 2010. O corpo político inicialmente não conseguiu lidar com essa nova dinâmica dos grupos coletivos da *internet*, mas depois rapidamente passou a dominá-la, tanto que vários políticos foram eleitos graças a tal rede de apoio digital, sendo hoje aventado na doutrina de ponta do direito eleitoral o conceito de abuso do poder digital³⁵.

Portanto, muitos daqueles movimentos legítimos do início da década de 2010, todos inicialmente renegando ideologias, transformaram-se por meio de manipulação nas redes sociais ou outros meios em movimentos dirigidos pelo espectro político mais identificado com o extremismo e com o fundamentalismo religioso, de forma que tal organização conseguiu gerar a instabilidade constitucional atual.

Por outro lado, o estado contemporâneo, que ainda está assentado em bases liberais clássicas, incorporou a função de provedor de direitos sociais, reforçando as tensões preexistentes, para as quais não se encontrou ainda um meio consensual para a efetividade dos direitos fundamentais que reclamam ações estatais. As tensões, inevitavelmente, no plano doutrinário e prático concentram-se sobre o conteúdo e limites do poder discricionário do legislador e do administrador e da legitimidade do tribunal “fiduciário” (SWEET, 2008).

Esse problema do conflito “discricionariedade x legitimidade” quanto aos direitos dependentes de prestações positivas é mais complexo e de difícil composição, porque, ao contrário dos direitos liberais clássicos, ordens judiciais de abstenção ou de retirada não bastam para a sua eficácia normativa.

Assim, a tensão natural entre os polos de prevalência de direitos fundamentais que reclamam a sua efetivação e da discricionariedade das decisões tomadas pelos responsáveis pela concretização de políticas de estado (ALEXY, 2011) reforça-se e aprofunda-se, de forma que tais desacertos na arena jurídica encontram o caminho do Poder Judiciário, o atual árbitro da complexidade do estado democrático de direito.

³⁵ Rodrigo López Zilio assim conceitua o emprego de “robôs” em rede que espalham notícias falsas por meio de disparos em massa em aplicativos ou redes sociais para influenciar o ânimo do eleitorado (ZILIO, 2020).

Ao que parece, as rápidas transformações sociais e as novas tecnologias comunicativas trouxeram ao horizonte constitucional realidades antes dispersas e pouco percebidas de forma que viceja uma sensação generalizada de atraso ou de retrocesso no jogo político e democrático neste início do século XXI.

Observam-se crises nas democracias ocidentais, cuja validade da própria existência, isto é, dos representantes estatais, vem cada vez mais sendo questionada – o que ocasiona certas rupturas pontuais e até em plano fundante da própria estrutura do estado, assim como em bases sociais.

As constituintes dirigentes e compromissórias das décadas de 1970/1990 mantêm forte estrutura política identificada com os ideais sociais democratas, quase todas inspiradas em modelo europeu ou americano; logo as normas constitucionais instituem limites a certas aspirações de dominação política ou religiosa, pois são estruturadas em torno dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se tentam medidas de índole autoritária, embora revestidas de certa legalidade, como a “catimba”, manobras de aparelhamento, “all-in”, “hardball” e outras (GLEZER, 2021). Tudo isso trata-se de burla às normas de proteção do institucionalismo constitucional, algo no que o próprio Supremo Tribunal Federal mergulhou, quando atacado no Brasil.

Ao que parece, tudo isso surgiu, porque as constituições das décadas de 1970/90, muitas originárias de ondas de redemocratização, de retomadas de ditaduras, pós guerra fria, prometeram o desenvolvimento social e econômico experimentados pelos EUA e Europa nas décadas de 50/70, isto é, o pleno emprego, mas não cumpriram as ditas normas programáticas (STRECK, 2009).

A “supremocracia” estaria ligada a um processo que aceleraria falta de lealdade da classe política em se engajar na manutenção dos valores constitucionais nos embates políticos no jogo democrático brasileiro (GLEZER, 2021). Por outro lado, ao que parece, o STF passou a ser mais duramente atacado quando os grupos acima especificados passaram a atuar de forma organizada, assim como quando conseguiram penetrar em certos estamentos políticos, tradicionalmente ocupados por grupos diversos, embora todos ligados a oligarquias nacionais e regionais (CHUEIRI, 2021).

Algo diverso aconteceu no Chile em 2020: quando manifestantes populares ocuparam as ruas de várias cidades chilenas, porém mais sintonizados com grupos acadêmicos e universitários, obtiveram resultado importante, já que se instalou um processo constituinte em assembléia mais representativa e democrática. No atual poder constituinte chileno, destinado a substituir a Constituinte Chilena fortemente liberal, que remontava à

época da ditadura militar, há reservas de quotas de participação a mulheres e indígenas, algo inédito até então; entretanto, em prebiscito recente o novo texto constitucional não foi aprovado pela população chilena.

Nos Estados Unidos, após as últimas eleições presidenciais de 2020, passadas as vicissitudes de 2016, ao que parece a democracia sobreviveu, estando atualmente em processo de recuperação. No Brasil, em 2022, as eleições presidenciais serão cruciais para a constituição e a democracia brasileiras.

3.1.1 Crise degenerativa

Já a professora Vera Karam de Chueiri (2021) diferencia o conceito de crise em duas espécies. Há a crise que faz parte da vida democrática, chamando-a de crise produtiva. Democracias sadias são marcadas pelas disputas e discussões pelo poder, portanto, haverá crises produtivas, no sentido de que são democracias vivas de fato. Assim, desde que os limites dos conflitos comuns estejam regulados na constituição e seja obedecida tal constituição como norma-limite, a própria constituição federal e a democracia são reforçadas, porque as suas estruturas propiciaram o debate público.

Não obstante, a autora também considera as crises degenerativas das constituições, identificando uma crise degenerativa na Constituição brasileira desde o impeachment de 2016, interpretado pela autora como um golpe, considerando, ainda, a autora as crises degenerativas como desconstituintes, citando os ensinamentos do professor Cristiano Paixão e do constitucionalista argentino Roberto Gargarella,

Os autores falam em constitucionalismo abusivo, de deterioração constitucional, de democracia em retrocesso, de desconsolidação democrática, de fracasso constitucional. O professor Cristiano Paixão da UnB fala em práticas desconstituintes. O Gargarella fala em estruturas anacrônicas e conservadoras da sala de máquinas da Constituição e por aí vai.

Até o final da primeira década do Século 21 o campo do constitucionalismo progressista acreditava que, mesmo diante de eventuais crises da democracia constitucional, rearranjos que consolidavam os seus princípios fundamentais dariam conta de resolver essas crises (CHUEIRI, 2021).

As crises degenerativas enfraquecem os limites dos jogos constitucionais, a autocontenção das instituições não é mais adotada, assim como a luta pelo poder apresenta uma face mais crua, em que o oponente é visto como um inimigo a ser eliminado, em vez de um opositor político a ser vencido democraticamente (CHUEIRI, 2021); isso confirma as afirmações do professor Dieter Grimm (2016), o qual, explicando que o “contrato imaginário”

é uma teorização que pode representar uma das formas de apresentação de constituição empírica, então, desvelam-se os fatores reais de poder na lição clássica de Ferdinand Lassalle,

A constituição legal é influenciada pela empírica não apenas no momento de sua promulgação, mas também durante sua aplicação, e a constituição legal, por sua vez, atua sobre a constituição empírica. Sempre que o processo político sai do caminho estipulado constitucionalmente, a constituição empírica geralmente surge por trás da jurídica como a causa do fracasso. Isso é o que Lassalle quis dizer quando definiu as relações sociais de poder como a verdadeira constituição (GRIMM, 2016, p. 10).

Esses elementos que constituem as crises degenerativas enfraquecem a democracia e o próprio Poder Judiciário, responsável pelas limitações contramajoritárias, contra cujas decisões os demais poderes, caso não concordem, passam a reagir de forma virulenta, um *hardball* (LEVITSKY, 2018). O Poder Judiciário também reage, aplicando interpretações discutíveis a certos dispositivos constitucionais, sendo as decisões criticadas francamente em vários cenários do embate político, alguns dos quais não ideais para tal fim.

Essas expressões desmedidas do poder vão corroendo as instituições da democracia, de forma que uma ruptura constitucional passa a ser esperada por vários setores da sociedade, o que reforça a própria crise degenerativa, porquanto o que era impensável passa a ser tratado como factível, embora não desejado.

Trata-se de dinâmica extremamente arriscada e perigosa para a atual Constituição Federal brasileira, porque ela dispõe de direitos fundamentais em *Bill of Rights* amplo, assim como prevê outras garantias formais e materiais que acabam por impor limites à ânsia de eliminar os adversários a qualquer preço (CHUEIRI, 2021). Enfim, uma fase de crise degenerativa constitucional sempre testa a maturidade democrática de um povo.

Tais insatisfações coletivas espontâneas concentradas e dirigidas pelas redes sociais, como visto antes, terminaram por ser dominadas por corpos organizados ideologicamente, consolidando o atual embrutecimento da discussão democrática, abrindo espaços para um perigoso “populismo digital” em que direitos fundamentais são questionados, às vezes, lembrando manifestações comuns na Alemanha da década de 30 do século XX.

3.1.2 Direito urbanístico como “arena de conflitos”

No atual contexto conturbado, resistem o direito à moradia (art. 6º, *caput*, CF) e o direito à cidade, inspirados nas funções sócio-ambiental da propriedade (art. 5º, XXIII, CF) e da cidade (art. 182, *caput*, CF), classificados como direitos sociais, educacionais e culturais

(PIOVESAN, 2011), cuja eficácia jurídica está atrelada ao conteúdo estrutural lógico-obrigacional do próprio direito subjetivo, porque dependem, substancialmente, de prestações positivas pelo estado, as quais, por sua vez, dependem da adoção de políticas públicas a cargo do legislador e do administrador e, portanto, de estruturas técnico-burocráticas.

Enfim, trata-se de importante aspecto da dita resiliência dos direitos fundamentais, hoje um termo bem difundido pela doutrina constitucionalista (VIEIRA, 2018) – motivo pelo qual o professor Edésio Fernandes, em visão atualizada e consciente do fenômeno acima explicitado, chegou a explicar que “o direito urbanístico, como um direito em geral, é uma arena de conflitos”, em palestra proferida no dia 18/05/2021 no VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, promovido pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, além de asseverar na mesma ocasião que,

além dessa visão instrumental e de um discurso nominal de direitos, é fundamental entender o direito como uma arena sócio-política, de explicitação, confrontação e alguma resolução de direitos.

Quer dizer, quando a constituição diz que a função social é aquela determinada pelos planos diretores, o que ela fez foi colocar o urbanismo brasileiro no coração do processo político. Quer dizer, a qualidade do processo sócio-político, sobretudo democratizado, descentralizado, que vai dizer como, quando e onde se dá a função social da propriedade.

Como se sabe, a regularização de moradias transforma a perspectiva de vida das comunidades³⁶, já que a regularização fundiária também influencia positivamente na gestão dos territórios urbanos, porquanto assentamentos regularizados passam a integrar as rotinas administrativas de serviços públicos essenciais dos municípios, efetivando a dimensão de dignidade humana básica dos direitos fundamentais.

Mesmo assim, a reforçar a perspectiva dos atuais embates do direito, talvez o ponto mais sensível nessa “arena” no direito urbanístico, seja a regularização fundiária, tanto que o mesmo Professor Edésio Fernandes defende a vigência de um direito subjetivo dos ocupantes dos assentos informais à regularização fundiária (FERNANDES, 2006, p. 15),

Outro ponto crucial para compreensão da nova ordem jurídico-urbanística diz respeito à regularização fundiária dos assentamentos informais, especialmente quanto às possibilidades de materialização desse outro direito coletivo reconhecido pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Cidade. De fato, a Constituição Federal e Estatuto da Cidade plenamente reconhecem o direito dos moradores em assentamentos informais consolidados em áreas urbanas públicas e privadas a permanecerem nessas áreas. Em 2000, o direito social de moradia foi acrescentado à Constituição de 1988 por uma emenda constitucional. Desde

³⁶ O reconhecimento da moradia como direito humano, o qual deve ser realizado progressivamente pelos Estados, é consequência da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos - Habitat II, Istambul, 1996 (SAULE JUNIOR, 1997).

então, ainda que em um contexto de disputa por hegemonia, uma série de decisões judiciais de natureza progressista tem determinado e ampliado as condições de validação desses princípios e direitos sociais (FERNANDES, 2006, p. 15-16).

A reforma agrária, por exemplo, é um tema tabu atualmente na agenda política brasileira, cujos movimentos sociais passam por processo de aprofundamento da marginalização nos últimos anos, tanto que sufocados atualmente, ao que parece. É neste contexto de resiliência que os direitos fundamentais estão inseridos nos últimos anos.

Na esfera da gestão das cidades, encontram-se visões antagônicas em disputa na arena do direito urbanístico. Do ideário da função social de propriedade para o ideário hoje cada vez mais forte da liberdade urbana, de mercantilização do solo urbano como um fim em si mesmo, que se reflete na agenda da reforma urbana, a qual abandona o direito à cidade para o movimento de financeirização da cidade.

Nesse aspecto, na regularização sustentável de assentamentos informais não se trata da mera legalização formal dos lotes ocupados a fim de lhes conceber ou conceder valor econômico formal, devolvendo-os ao mercado, de onde nunca deveriam ter saído. O direito à cidade é um reconhecimento de direitos coletivos e da posse, não se tratando de uma soma dos direitos individuais – o que requer uma gestão pública democrática da coisa urbana, não se limitando às estratégias crescentes de privatização no contexto do neoliberalismo.

3.2 DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO: UMA CONSTRUÇÃO TARDIA

O direito urbanístico brasileiro, tal como se compreende atualmente, é uma construção tardia em relação ao processo de urbanização brasileiro. A urbanização constitui um processo contínuo que iniciou com mais fôlego na década de 1930, na chamada Era Vargas.

O ápice da urbanização brasileira ocorreu nos anos 1950, quando o Brasil passou a ser um país majoritariamente urbanizado. Após, no final da década de 1970, a aceleração da urbanização no Brasil arrefeceu, embora as taxas de crescimento urbano ainda sejam significativas em novas bases, com o crescimento de outras regiões metropolitanas e em cidades pequenas e de porte médio.

O processo de urbanização teve um enorme impacto na estrutura territorial brasileira, processo que teve implicações não somente territoriais, mas econômicas, sociais, políticas e culturais, o que se deu sem uma base jurídica minimamente adequada.

O princípio jurídico central de uma perspectiva jurídico-urbanística trata-se do

princípio constitucional da função social da propriedade, que foi introduzido implicitamente na Constituição Federal de 1934; porém ao longo de todas essas décadas de urbanização rápida, não obteve definição jurídica mais funcional, permanecendo, por isso, profundamente elusiva (FERNANDES, 2021).

A principal norma que vigorou neste momento foi o DL 58/37, o qual se preocupou em regular as relações jurídicas civis em torno do loteamento, porém não se prestou como um instrumento de política urbana como se entende hoje.

Nesse período das décadas de 1930 até final de 1970, poucas leis federais e decisões judiciais preocuparam-se com os temas de direito urbanístico, o qual permaneceu, assim, no pleno domínio do civilismo, caracterizado pelo dogmatismo do Código Civil de 1916, de fundo extremamente patrimonialista.

Logo, nessa época havia um espaço muito limitado de intervenção do poder público no domínio da propriedade privada, uma intervenção que era limitada ao binômio usucapião/desapropriação. As leis municipais de um modo geral eram muito limitadas, reduziam-se a leis de perímetros, Códigos de Obras e Códigos de Posturas. Porém, algumas grandes cidades apresentaram leis urbanísticas um pouco mais arrojadas, mesmo assim, a importância das leis urbanísticas no papel segregador da urbanização brasileira é claro desde esse primeiro momento.

3.2.1 Décadas de 1970 e 1980

O direito urbanístico como conhecido atualmente começou a se formar em meados da década de 1970 no Brasil. Inicialmente, as leis de zoneamento, leis de uso e ocupação do solo, como a sempre citada lei urbanística de Belo Horizonte, foi considerada um paradigma nesse sentido. Entretanto, considera-se que principalmente a partir da Lei Federal 6.766/79, que efetivamente regulou a atividade do parcelamento do solo urbano, embora ainda muito marcada pela lógica civilista, foi que trouxe institutos parecidos em certa medida com a legislação anterior.

Nessa época, surgiram as primeiras experiências de regularização fundiária em Belo Horizonte e Recife, quando, a partir de tais experiências, se tentou a instituição de uma lei federal de desenvolvimento urbano, o que infelizmente não vingou. Mas, já nessa época, a influência dos movimentos sociais fizeram-se presentes para que a realidade segregadora do território brasileiro fosse tomada como ponto importante para a legislação urbanística brasileira, que resistia ainda a limitar espaços por meio de regularizações administrativas.

A ideia era de uma ordem jurídico-urbanística propusesse um controle jurídico dos processos de uso e ocupação, parcelamento, construção e preservação do solo urbano. Assim, a ordem jurídica seria essencialmente regulatória. A doutrina afirmava que o direito urbanístico era um ramo do direito administrativo ou econômico.

O direito urbanístico mais se expressava por meio de limites administrativos ou restrições administrativas à propriedade, sempre externos ao direito de propriedade, do que qualquer tentativa de qualificação da função social por dentro da propriedade (FERNANDES, 2021).

A dissociação do direito urbanístico dos mecanismos de gestão e de financiamento do desenvolvimento urbano fazia com que o urbanismo, como política urbana, composta da dimensão jurídica, não interferisse diretamente na estrutura fundiária do país, muito pelo contrário, a reforçava cada vez mais.

3.2.2 Constituição Federal de 1988

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a chamada constituição cidadã, uma nova fase da política urbana, ainda que muito tardiamente, porque o ápice do processo de urbanização brasileira já havia passado, é que se reconhece o direito urbanístico como ramo autônomo do direito, com objeto de estudo próprio, ordenado por princípios, leis e instrumento próprios.

Imediatamente, após a Constituição Federal, percebeu-se avanço muito significativo nas leis municipais, o que levou avanço à doutrina e à jurisprudência. De qualquer forma, ainda hoje trata-se de um ramo do direito público brasileiro muito pouco reconhecido e muito pouco ensinado no Brasil.

O marco legislativo brasileiro e até mundial no direito urbanístico surgiu com a promulgação do Estatuto da Cidade, a lei 10.257 de 2001, a qual regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. O Estatuto da Cidade ordenou, em verdade consolidou, a nova ordem jurídico-urbanística proposta pela Constituição Federal de 1988.

O consistente modelo teórico e prático da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, basicamente, alicerça-se e inspira-se em ideias centrais fundantes, cujas propriedades identificáveis de suas formações lógico-semânticas, isto é, os traços que as singularizam, refletem e irradiam objetivamente em alguma medida em todos os componentes da estrutura lógica constituída.

Dessa premissa permite-se inferir algumas conclusões. Primeira: há escalonamento

de importância entre os elementos da estrutura, de forma que alguns podem ser considerados fundamentais, ao passo que outros seriam reflexos ou irradiações daqueles. Segunda: deve haver harmonia entre os elementos da estrutura, de maneira a se formar um todo unitário. Terceira: haverá critérios de definição para resolver eventuais desarmonias lógicas entre os elementos da construção racional, normalmente, envolvendo comparação à origem ou forma dos elementos em choque. Quarta: se a estrutura lógica for um sistema, isto é, algo dinâmico, que pressupõe processos de entrada de novos objetos (in put) e de saída (out put), o que aumenta necessariamente a complexidade da estrutura, novos critérios lógicos devem ser desenvolvidos para a dinamicidade intrínseca ou extrínseca do sistema, o qual pode ser considerado aberto (flexível) ou fechado (rígido) no todo ou em algumas partes ou aspectos, a depender dos critérios eleitos e de sua funcionalidade.

No direito, os institutos, sistemas (códigos) e subsistemas, estruturas normativas, e o próprio ordenamento jurídico como um todo obedecem basicamente à concepção de modelo fundado em valores metajurídicos (constitucionais), que alicerçam os demais componentes (normas jurídicas), os quais lhes devem harmonia (unicidade) de acordo com critérios de escalonamento e de dinamicidade.

O direito urbanístico, assim, passou a constituir um modelo teórico e prático, portanto, dotado de unitariedade, logo harmonia e dinamicidade, alicerçando e reforçando os valores constitucionais propedêuticos, pois incorporou, a partir das propriedades de tais valores fundantes, consequentes componentes que lhes devem obediência lógica e hermenêutica, por meio de subsistemas ou submodelos, dada a complexidade do ordenamento jurídico-urbanístico do estado democrático de direito brasileiro.

3.2.3 Propriedade, gestão urbana e financiamento do solo urbano

O direito urbanístico brasileiro funda-se na ideia central da relação íntima e indissociável entre propriedade, gestão urbana e financiamento do solo urbano (FERNANDES, 2021). Não se trata de uma visão limitada de uma ordem jurídica de ordenamento territorial. É mais do que isso. Ao lado do ordenamento, há uma visão mais ampla, sócio-ambiental, a qual enfatiza, sobretudo, a importância dos direitos sociais e coletivos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

O planejamento territorial urbano propõe-se, assim, a interferir diretamente na estrutura fundiária do país, muito além da regulação ou limitação da propriedade por medidas administrativas. Trata-se de uma ordem jurídica preocupada com a humanidade das cidades,

vistas como um local de expressão da personalidade das pessoas que habitam e vivem no território. Talvez uma visão utópica, dizem uns, mas de fato uma visão mais humana e mais correlata à justiça social.

Por isso, a função social da propriedade, agora, qualifica-se por dentro do direito de propriedade, expressando-se na possibilidade de obrigar certas condutas; porém, além disso, as obrigações constituem em si o próprio direito de propriedade.

Outro princípio básico da ordem jurídica das cidades, que até então não existia, é a ideia de participação popular como condição da validade das leis urbanísticas, dos planos de ocupação do território e dos projetos urbanísticos que ali se expressam. Trata-se de um direito de estado, não apenas estatal, não apenas administrativo.

Conforme o professor Edésio Fernandes (2021), outro princípio central é o da recuperação da valorização imobiliária, gerada pela ação comunitária para a redistribuição para a comunidade. A natureza dessas questões era ignorada pela ordem jurídica, alguém paga e como paga pelo processo de crescimento urbano? Como se dá a distribuição dos ônus e benefícios? As respostas encontram-se em primeiro plano na Constituição Federal e, após, no Estatuto da Cidade, cujos princípios, diretrizes e instrumentos devem densificar-se nos planos diretores das cidades.

Outrossim, estatuto da cidade foi a primeira lei que reconheceu o direito à cidade. Logo, tanto a plataforma da reforma urbana quanto a visão do direito à cidade como a extensão da personalidade humana ali expressada devem ser consideradas.

3.2.4 Estatuto da Cidade: gestão democrática e planificação da cidade

Num primeiro momento, o Estatuto da Cidade causou furor, justificado na medida em que foi resultado de uma construção coletiva, envolveu movimentos sociais, associações de bairro, processos sócio-políticos variados no país inteiro.

A lei-marco de que resultou foi chamada de “caixa de ferramentas” por muitos, porque de fato passou a instituir vários institutos próprios para a gestão mais democrática da cidade, preocupada em distribuir os bônus e ônus da urbanização.

Trata-se de fonte de inspiração internacional e fonte de um grande esforço nacional pela elaboração de planos diretores municipais, inclusive, pela ação do extinto Ministério das Cidades.

O Estatuto da Cidade entrou em vigência num contexto de planificação e distribuição de competências federativas para a concretização de direitos fundamentais de prevalência

coletiva, principalmente direitos dependentes de prestações positivas por parte do estado, o que pressupõe a coordenação e implementação de políticas públicas e naturalmente estruturas técnico-burocráticas.

Por meio de pactos legislativos, que apostaram sobretudo na autonomia dos entes federativos, houve certa distribuição de poderes estatais a órgãos de participação popular, em formações paritárias ou semi-paritárias dos agentes envolvidos no processo político para possibilitar a formação líquida das políticas então reclamadas.

Além do atraso em relação à urbanização brasileira, como referido pelo Professor Edésio Fernandes, o Estatuto da Cidade, como importante marco do direito urbanístico brasileiro, também surgiu em momento posterior a outras legislações de ordem pública, as quais, obedecendo à nova ordem constitucional de 1988, e também previu a organização, planificação e distribuição de atribuições dos agentes estatais dentro do esquema de competências estatais e inspirados em modernos princípios e diretrizes estabelecidas constitucionalmente.

Nessa época, com efeito, foi reforçada legislativamente a participação popular no processo da formação de vontade estatal. A descentralização dessa manifestação, por meio de conselhos sociais e órgãos técnicos colegiados em formação bi ou tripartite, com a participação de setores sociais e econômicos, visou à formação de políticas dos direitos individuais indisponíveis.

As leis da assistência social (Lei 8.742/93), dos direitos do Idoso (Lei 8.842/94 e Lei 10.741/03), dos direitos das crianças e dos adolescentes (lei n.º 8.069/90), dos deficientes físicos (Lei n.º 7.853/89 e Lei n.º 10.098/00), assim como a Lei do Sistema Único de Saúde (Lei n.º 8.080/90 e Lei n.º 8.142/90), adotaram conselhos e órgãos técnicos de participação social, em franca tentativa de captar as demandas sociais por meio da limitação de procedimentos de participação popular, o que não se verificou da forma esperada.

A ideia era de que a participação popular por meio dos conselhos sociais em âmbito nacional, estadual e municipal seria capaz de fornecer subsídios suficientes para a formação direcionada em âmbito nacional, regional e local de políticas adequadas para a implementação dos direitos fundamentais, apostando no modelo do direito ambiental, o qual assim foi desenvolvido nas décadas de 1970 e de 1980 no Brasil. Outras formas de participação direta da comunidade também foram encampadas principalmente em nível municipal, como é o caso dos orçamentos participativos.

Ao mesmo tempo, as legislações de direito público instituíram a planificação de políticas urbanísticas e ambientais das décadas de 90 e dos anos 2000, como se citam a Lei da

Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305/10), a Lei do Saneamento Básico (Lei n.º 11.445/07), tudo ainda influenciado pelos planos de bacia da Lei Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), adotando, ao que parece, modelos europeus mais ou menos bem sucedidos nas Diretivas da União Europeia.

Assim, os planos diretores municipais, atendendo ao Estatuto da Cidade e às novas legislações ambientais, em um segundo momento (década de 2000/2010), deveriam ou poderiam ser integrados aos planos de resíduos sólidos, planos de saneamento e planos de bacia, o que nunca se verificou de forma consistente no Brasil.

A organização sócio-espacial e ambiental das cidades deveria, portanto, concentrar-se nos planos municipais, materializados pelo plano diretor e outros acima especificados de forma integrada, precedida de diagnósticos precisos da realidade constatada, cujas soluções seriam apontadas por meio de corpo técnico estatal e cujas diretrizes e princípios de política seriam traçados pela legislação e complementada pela participação popular em variados momentos da formação da vontade estatal.

Entretanto, as metas estabelecidas nas referidas legislações não foram alcançadas, porque os planos (entre eles, o próprio plano diretor) não passaram pela fase compromissória comunitária (FERNANDES, 2021), de forma que as discussões importantes sobre as medidas adequadas a serem tomadas não foram suficientemente realizadas em comunidade, reforçando a visão tradicional do direito ainda apegado a formas civilistas e individualistas, tão marcantes do direito brasileiro dos séculos XIX e XX.

O Município, como dirigente da ocupação do solo urbano, não é algo novo, sempre existiu na realidade brasileira, entretanto muito mais como medida contingencial do que programática. Em verdade, houve uma coordenação inexata, mesmo em nível legislativo, das ações dos entes federados, pressupondo demais a sua organização sociopolítica, que seria empurrada por supostas demandas sociais que surgiriam de forma organizada nos meios de formação disponibilizados pelo estado, o que não se verificou, ou se verificou muito pouco.

O processo democrático de descentralização do poder, baseado na desejável autonomia política dos entes federativos, cuja organização político-administrativa se expressa mediante instrumentos de eficácia dependente de planos nacionais, regionais e locais estabelecidos mediante a participação democrática, acabou dificultando a fiscalização jurídica da implementação efetiva das políticas públicas por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O Estatuto da Cidade criou vários instrumentos modernos, entretanto, focados em cidades de porte médio ou grande, tanto que nunca foram adotados em cidades menores,

porquanto muito distantes das realidades de pequenos municípios, ainda em processo de parcelamento urbano em moldes tradicionais, dirigidos pela Lei n.º 6.766/79, fortemente marcados pela propriedade regularizada em moldes tradicionais.

Outrossim, os instrumentos estabelecidos pelo Estatuto da Cidade, além de dependerem legislativamente das políticas locais, possuem limitações práticas, porque, normalmente, pressupõem espaços regulamentados em registros cartorários regularmente formalizados, o que nem sempre se verifica. Esses instrumentos importantes, como é o caso do EIV, em razão da falta clara de exigibilidade em planos diretores municipais no Estatuto da Cidade, quando não previstos nas legislações locais, geraram questionamentos judiciais, inclusive, por parte dos gestores locais, de sua efetividade e aplicação em âmbito local, o que contribuiu para dificuldade de aplicação prática.

As manifestações da participação social deveriam ser atendidas por canais procedimentais burocráticos estatais, o que não se verificou. Ademais, a legislação adjudicadora de autonomias políticas dependentes de planificações legislativas e administrativas revelou-se um tanto deslocada da realidade brasileira, visto que os Municípios raramente possuem corpo técnico suficiente para tal desiderato, resultou no desatendimento das demandas sociais, às vezes, sequer percebidas em âmbito formal.

Esse vácuo de poder contribuiu para que as visões retrógradas da atualidade, reforçadas reciprocamente entre si, redundassem no momento crítico atual de revisão das legislações modernizadoras da década de 90 e 2000.

A legislação federal mais estruturante, mediante a fixação de princípios e diretrizes bem definidas, limitando com mais precisão as competências políticas internas e administrativas, por meio de metas mais concretas, e definição de funções administrativas já organizadas na própria lei federal, apresentou resultados mais positivos em âmbito local, sugerindo-se que os municípios brasileiros, mesmo em sistema de consórcios públicos, ainda dependem de estrutura legislativa mais concreta de suas funções e competências.

A organicidade legislativa e administrativa mais estruturada conceitualmente já em nível legislativo federal, por exemplo, concernente à assistência social (CRAS e CREAS), à saúde pública (SUS), aos direitos de crianças e do adolescente (Conselhos tutelares) e órgãos ambientais, apresentou melhores resultados em âmbito local para Municípios menores, do que as legislações que basearam as ações estatais em planos e diagnósticos a serem traçados nos âmbitos das esferas da federação.

Assim, a ordem jurídico-urbanística brasileira, embora possua programa constitucional e legal definido, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988 e do

Estatuto da Cidade, necessita aguardar iniciativa de gestão político-administrativa para de fato efetivar-se o desenvolvimento urbano e planejamentos territoriais concretos em escala municipal, o que depende de certa consciência de que a questão da ocupação do solo representa questão central na realidade brasileira (FERNANDES, 2021).

3.3 OS PARADIGMAS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMÉRICA LATINA

Os assentamentos informais normalmente são habitações de ocupações consolidadas ou em vias de se consolidar em áreas públicas ou privadas, normalmente destituídos de escrituras legais ou documentos formais estatais, o que caracteriza primeiramente a insegurança jurídica dos moradores.

Entretanto, a informalidade dos assentamentos trata-se de algo multidimensional (FERNANDES, 2011, p. 30). Assim, pode referir-se à formação comunitária em certo grau de informalidade entre as pessoas, visto que várias famílias se conhecem, compondo uma das facetas das perspectivas sociais dos habitantes. Nesse aspecto, o informal refere-se a uma maior proximidade das pessoas que compõem a comunidade, considerando os traços comuns que lhes tocam, pois em geral pertencem à mesma classe social, frequentam os mesmos lugares, os mesmos cultos, enfim, comungam basicamente experiências de vida que lhes são comuns ou pelo menos não estranhas à maioria.

A informalidade nesse aspecto pode criar em certos casos verdadeira normatividade consuetudinária direcionada ao registro de fato de imóveis, entre os moradores,

A distribuição de direitos e da justiça em assentamentos informais é geralmente altamente regulamentada, mas informalmente. Em muitos assentamentos consolidados, o uso e o loteamento informais são estritamente regulados por práticas estabelecidas e muitas transações são autorizadas (com taxas cobradas) por poderes informais, incluindo até mesmo um processo de registro informal (FERNANDES, 2011, p. 3).

Portanto, as variadas concepções de informalidade dos assentamentos podem concentrar-se tanto no aspecto de comunidade próxima por experiências de vida comuns, quanto no aspecto de legalidade das ocupações em si. Como se sabe, a parca forma documental em que se constituem os assentamentos implica efeitos sobre a desvalorização social e econômica das habitações. No caso que será analisado no próximo capítulo, a informalidade entre os moradores do Loteamento Humaitá I e II, que se organizaram para buscar a sonhada regularização fundiária do assentamento informal, esclarece bem o ponto.

Por isso, os esforços de gestão podem concentrar-se na mera correção legal da

informalidade documental, ou no aspecto mais humano de comunidade que anseia por segurança jurídica de suas habitações em local, com ênfase no direito à cidade de tal comunidade.

Ao que parece, essa é a primeira noção que muito diferencia os paradigmas de regularização fundiária nas experiências internacionais da América Latina e do Brasil.

Conforme o professor Edésio Fernandes (2011) indica, a concepção baseada na informalidade documental é a base da regularização fundiária nos países em geral,

Esses assentamentos, com frequência, são legalmente reconhecidos como parte do desenvolvimento normal da cidade, seja por ações oficiais ou pelo reconhecimento de direitos adquiridos com o tempo. Assim, a definição de informalidade é imprecisa e multidimensional, cobrindo aspectos físicos, socioeconômicos e jurídicos (FERNANDES, 2011, p. 12).

Assim, os instrumentos mais tradicionais da regularização fundiária baseiam-se normalmente no reconhecimento de direitos adquiridos em razão da consolidação da ocupação, como é o caso do usucapião e de outros mecanismos jurídicos que lhes são tributários. O reconhecimento do direito à ocupação pressupõe posse direta do local por certo período de tempo. Ao final de um processo burocrático judicial ou administrativo, individualizado, expede-se ou averba-se a matrícula formal do imóvel, problema resolvido.

No Brasil, durante muito tempo, a visão civilista individualista de regularização documental foi traduzida como regularização fundiária. Inicialmente o usucapião traduziu-se na única forma jurídica de regularização documental, ainda com fórmula bem caracterizada pelos conceitos do direito romano.

Após, ainda aplicando-se a mesma visão meramente formalista, surgiram, em geral, fórmulas jurídicas tendentes a tentar simplificar procedimentos burocráticos, preocupadas com a diminuição dos custos, já que a regularização é um problema dos pobres. As fórmulas de regularização meramente documentais, a seguir foram aplicadas em termos de coletividade como a soma de casos individuais análogos, na firme pretensão da regularização documental de várias unidades ao mesmo tempo, mais prático, rápido e econômico para o gestor e mais fácil para o ocupante.

Trata-se de algo imperfeito, até cínico talvez, porém positivo, entende-se, porque a formalidade documental em geral traz relativos benefícios, como o acesso a certos serviços públicos, embora os efeitos sociais benéficos da mera documentação formalizada de uma unidade imobiliária tenha seus limites, como as experiências demonstram, além de trazer riscos, como a gentrificação do local.

Assim, a visão meramente registral da informalidade, despreocupada com o direito à cidade da comunidade, com a dignidade da comunidade e sua felicidade, encontra a instrumentalidade nos institutos jurídicos desde sempre, em bases liberais mais ligadas ao século XIX,

A expulsão forçada foi uma política pública comum em algumas cidades no passado, mas a prática foi largamente abandonada depois da democratização política das décadas de 1980 e 1990 (FERNANDES, 2011, p. 6).

Nessa visão civilista, liberal e elitista, interessa muito mais o imóvel do que o ocupante, cuja vida é reduzida ao tempo apto a lhe reconhecer o direito de posse ou de propriedade sobre a coisa. Assim, sob tal visão cínica, o despejo, a expulsão forçada e as reintegrações de posse, às vezes de comunidades inteiras, são igualmente instrumentos de regularização fundiária – política saneadora esta que perdura até os dias de hoje no Brasil.

3.3.1 Experiência do Peru - liberalismo

Pois bem, essa visão paradigmática de inserir os imóveis irregulares em sistemas formais administrativos de controle da propriedade ganhou uma versão mais contemporânea na política habitacional do Peru no governo Fugimori.

A abordagem peruana inspirou-se nas hipóteses de Hernando de Soto de que a segurança da posse é um estopim para o desenvolvimento, porquanto o imóvel regularizado automaticamente adquire ou incrementa certo valor econômico. Logo, o processo de regularização documental de imóveis gera riqueza de forma que será alcançado, assim, o desenvolvimento econômico nacional. O custo da escritura é bem inferior à valorização média de 25% dos imóveis regularizados (FERNANDES, 2011, p. 3).

Portanto, a legalização formal da propriedade compreende uma fase necessária para que o imóvel possa ser negociado no mercado, permitindo que possa ser oferecido como garantia real para contratos de mútuos bancários, de forma a aumentar o investimento privado em habitação. As incorporadoras, captando esse nicho de mercado, também passariam a investir em loteamentos populares, de forma que o mercado ao fim diminuiria a pobreza geral.

Em termos filosóficos mais claros, Hernando de Soto acreditou nas novas roupagens da “mão invisível do mercado”, um ente metafísico defendido pelos economistas liberais clássicos, destinado a equilibrar o mercado como um todo, uma hipérbole de algo que existe, a lei de equilíbrio de preços na relação entre oferta e demanda, este um fenômeno de bases empíricas.

A política peruana obedeceu aos dogmas do reflorecimento do liberalismo econômico. O liberalismo econômico havia sido eleito pelos economistas como o grande culpado pela quebra da bolsa de Nova York de 1929, que mergulhou o mundo capitalista em uma das maiores recessões da história recente. Depois, as economias americana e europeia foram reconstruídas, por meio do New Deal, que obedeceu a bases Keynesianas, pregando intervenções estatais em setores estratégicos, além de prever o estado do bem estar social.

Contudo, a mão invisível dos liberais ressurgiu com força na segunda metade do século XX, ganhando novas versões tecnocráticas. Até hoje, o natural equilíbrio da economia está presente no liberalismo da Escola Austríaca de Economia. O pensamento liberal de Ludwig Von Mises não está fundado diretamente em direitos naturais, embora entenda que as bases do liberalismo sejam a defesa das liberdades individuais, da liberdade de comércio, da propriedade privada e da paz, em justificativas fundadas em visões práticas da realidade econômica e política, porque tais valores trariam maior enriquecimento e felicidade a maior número de pessoas.

Von Mises assevera que a livre iniciativa, sempre fundada na competição, traria equilíbrio natural, advindo também do deslocamento livre de sociedades e de trabalhadores entre países, gerando a paz. Friedrich Hayek, seu discípulo, considera a interdependência estratégica dos jogadores, cujos resultados surgem das escolhas e expectativas recíprocas de todos os jogadores, geraria ao final equilíbrio e pontos fixos, comprovados matematicamente (teoria dos jogos). Por isso, Hayek seria contrário a políticas keynesianas, sob o “paradoxo das consequências”, porquanto o governo ao intervir na economia, poderia gerar consequências contrárias às desejadas pela política econômica, o que, inclusive, é comum nas economias atuais.

A crise econômica provocada pela bolha imobiliária dos Estados Unidos em 2008 comprovou mais uma vez que o descontrole sobre as movimentações dos capitais gera distorções econômicas, isto é, crises. Os imóveis norte-americanos estavam supervalorizados em 2008, motivo pelo qual os valores dos empréstimos hipotecários (garantia imobiliária mais popular entre os norte-americanos) superavam a riqueza circulante (criação da bolha), criando uma falsa sensação de economia aquecida e assim mais pessoas investiam na economia americana acreditando no falso aquecimento (crescimento da bolha). Quando o capital circulante não corresponde à poupança ou à produção de riqueza, gera-se inflação, seguida de recessão (estouro da bolha).

As ideias de Hernando de Soto são atraentes, porque são simples. Na sua visão, a riqueza das relações informais não recebe a devida valorização econômica em razão das leis e

aspectos burocráticos, cabendo, assim, facilitar a regularização legal das atividades para que tal riqueza seja catapultada,

Uma característica central subjacente à utilização de escrituras como uma intervenção singular refere-se à noção de “capital morto” de de Soto (2000). Além do valor da propriedade informal que poderia ser usado como garantia, essa noção implica que os recursos econômicos acumulados pela população pobre urbana na habitação informal e em atividades empresariais informais estão fora dos limites de contas nacionais e finanças. Essa noção de que o capital gerado pelos processos informais está “morto” é enganosa. Nos países em desenvolvimento, a tributação indireta sobre os serviços e o consumo muitas vezes gera mais receitas do que impostos diretos sobre a terra, propriedade e capital (FERNANDES, 2011, p. 23).

Ocorre que a riqueza do mercado informal nas economias nacionais não é inexistente (“morta”), mas de difícil aferição, pois destituída de meios registrais; logo, os economistas, em verdade, adotam critérios para medir os volumes de sua movimentação, e até para tentar induzir o planejamento da informalidade do mercado, de forma que a sua mera regularização legal não tem todo o efeito econômico antevisto por de Soto. Na verdade, em síntese, a doutrina econômica de de Soto baseia-se na velha máxima liberal de que a atividade estatal, nesse caso, a burocracia imobiliária e legislação urbanística, atrapalha a atividade econômica.

Ademais, o acesso ao crédito bancário formal não surgiu como esperado, porque os bancos perceberam uma alteração significativa na dinâmica do mercado; assim os imóveis recém formalizados não tiveram a mesma força de garantia de um imóvel “comum”.

Na trilha do programa CORET do México, este instituído desde a década de 1970, o programa COFOPRI do Peru, instituído em 1996, reduziu drasticamente o tempo para a obtenção de uma escritura de 7 anos para 45 dias, assim como simplificou o número de etapas necessárias de 207 para 4, baixando para praticamente zero o custo da regularização documental por escritura.

Logo, milhões de imóveis peruanos foram transferidos do mercado informal para o mercado formal, onde receberam a valorização econômica prevista. Após, a economia peruana alternou fases de crescimento e de crise, permanecendo ainda hoje uma típica economia de nação latinoamericana em desenvolvimento, isto é, dependente do mercado de commodities, logo dependente do centro capitalista. Passados 30 anos, o desenvolvimento econômico prometido por de Soto não se concretizou.

Entretanto, conforme o professor Edérsio Fernandes (2011), a regularização em massa de imóveis pode ter de fato algum efeito no combate à pobreza, pois a taxa de pobreza peruana diminuiu em relação a outros países da América Latina. Mas, naturalmente, a erradicação da pobreza exige mais do que a mera formalização documental de imóveis ou de

atividades informais: requer o planejamento estatal e o investimento constante e consistente em bens públicos, como educação, saúde etc.

Outrossim, o COFOPRI peruano mostrou-se financeiramente insustentável, porquanto não foram cobradas taxas substanciais dos beneficiários, muitos dos quais teriam condições de contribuir para a regularização imobiliária, considerando que houve de fato valorização imobiliária do bem titulado formalmente.

Assim, o paternalismo estatal reforçou o sentimento de descompromisso com o bem imóvel formalizado, porquanto limitado à regularização documental sem demais medidas urbanísticas. Por isso, antevedendo inexoráveis formalizações documentais facilitadas, passaram a surgir mais e mais assentamentos informais no Peru, principalmente, em áreas públicas, porque mais fáceis de regularização formal; portanto o “paradoxo das consequências” de Hayek não surge somente de políticas keynesianas, mas de políticas liberais igualmente.

Ainda, conforme o professor Edésio Fernandes (2011, p. 38),

Apesar de vários objetivos dos programas de escrituração em grande escala, como aqueles do Peru, não terem se materializado plenamente, a pesquisa revelou consequências imprevistas relacionadas aos impactos no mercado de terra informal: a formalização de assentamentos insustentáveis, a gentrificação de bairros, a manipulação política dos programas de regularização e problemas com o registro de novas escrituras de propriedade.

Portanto, o modelo financeirista liberal da regularização documental no Peru revelou um paradigma baseado em ideias de índole econômico-liberal, enxergando a atividade estatal de controle documental sobre a propriedade e demais atividades como o maior dos entraves na geração de riqueza. Em lógica simples, bastaria facilitar a formalização documental de atividades, entre elas, a propriedade imobiliária, e assim, uma vez extinto o gargalo estatal, o mercado faria o resto, chegando ao final ao pleno emprego e à erradicação da pobreza, o que não se verificou.

3.3.2 Paradigmas brasileiros

No Brasil, como resultado da latifundização formalizado pela Lei de Terras de 1850, a coletivização das regularizações imobiliárias expressou-se primeiramente por meio das políticas sanitaristas. No Brasil, no início do século XX, contam-se inúmeros casos de modernização urbana por meio de despejos e expulsões compulsórias de populações inteiras, sendo talvez as mais famosas as manejadas no início do século XX na cidade do Rio de Janeiro. O governo Rodrigues Alves despejou milhares de pessoas dos chamados cortiços do

centro para “modernizar” a cidade. Mesma operação segregadora, após, foi repetida por Getúlio Vargas para a construção da Avenida Presidente Vargas.

Por outro lado, como visto antes, baseada na doutrina liberal do século XIX, a legislação brasileira sempre instituiu instrumentos jurídicos de regularização documental, em plano individual, baseados na consolidação da posse, representada pelo decurso do tempo, em estrutura muito parecida com o usucapião.

Durante muito tempo, o Código Civil conteve as principais normas de regularização fundiária no direito brasileiro, revelando a completa ausência de política nacional voltada à regularização fundiária dos assentamentos informais urbanos.

A experiência brasileira sobre a regularização fundiária de áreas ocupadas por assentamentos informais urbanos somente passou a mudar de contornos a partir da década 1980, notadamente, através das experiências de Belo Horizonte e de Recife. A Lei 6.766/79 também contribuiu para a evolução da regularização fundiária, mas ainda presa ao paradigma dos negócios jurídicos mal geridos pelo loteador, cabendo a este a regularização do loteamento vendido, porém irregular, o que já vinha do DL 58/37.

De qualquer forma, a responsabilidade subsidiária do Município de regularizar o loteamento clandestino ou irregular, na falta do loteador, trouxe importante contribuição para a evolução da matéria. Pela primeira vez, o Poder Público poderia ser demandado para promover a regularização fundiária de um loteamento, em razão de sua omissão fiscalizatória.

Somente após a Constituição Federal de 1988 e através do Estatuto da Cidade, é que a regularização fundiária assume o papel do paradigma contrário àquele promovido no Peru, uma regularização fundiária mais preocupada com o direito à cidade, e com as causas do processo de informalização do assentamento.

A função social de cidade, da propriedade e o direito à cidade levam ao entendimento de que a regularização fundiária trata-se de uma política mais voltada à promoção de condições dignas de vida na cidade, o que, passa, naturalmente, pelo combate às desigualdades sociais,

O direito à cidade compreende os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades de ter condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania, de ampliar os direitos fundamentais (individuais, econômicos, sociais, políticos e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável (SAULE, 1997, p. 76).

Nessa época, a doutrina urbanística cunhou o conceito de regularização fundiária plena, a qual funcionou como principal referência para a diretriz sobre regularização

fundiária, no inciso XIV do artigo 2º do Estatuto da Cidade e para a lei 11.977/09,

[...] um processo conduzido em parceria pelo Poder público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto (ALFONSIN, 1997, p. 24)

Assim, em verdade, o modelo legislativo brasileiro reconhece a importância de assumir um paradigma que não se reduza à titulação, devendo incluir a urbanização e a participação da população nos processos de regularização fundiária, em planejamento multidimensional, visando a qualidade de vida das populações.

O paradigma da regularização fundiária plena, a partir dessa visão mais completa sobre o fenômeno, assume a clara função de interferir na vida comunitária informal como um todo, perscrutando a realidade dos moradores, com vistas à continuidade da comunidade, logo com perspectiva sustentável,

A eliminação da informalidade exige dois tipos de intervenções. Uma é evitar a criação de novos assentamentos informais. A outra é corrigir as deficiências dos assentamentos existentes por meio de programas que • proporcionem o reconhecimento jurídico formal das comunidades, bem como formas de propriedade e posse legal individuais ou outras formas de propriedade; • remedeiem as lacunas nos serviços públicos; e • promovam o crescimento e as oportunidades econômicas locais (FERNANDES, 2011, p. 12).

Nessa experiência, não se presta atenção apenas aos aspectos jurídicos da regularização; busca-se compreender outras dimensões, como o acesso à infraestrutura, a prestação e a melhoria dos serviços públicos, assim como a melhoria dos programas socioeconômicos. Trata-se de um programa complexo de transformação da comunidade através dos aspectos jurídicos, ambientais, sociais e econômicos, algo extremamente difícil de implementar na prática.

Não por acaso, o modelo adotado no Brasil na década de 1990 – embora mais consistente, porque é mais completo – tem atingido poucos assentamentos informais urbanos, às vezes, apresentando resultados não tão satisfatórios, como é caso do programa Urbanizador Social de Porto Alegre.

Embora os poucos dados disponíveis sobre experiências passadas, os municípios brasileiros de forma desordenada, têm conseguido obter melhorias em assentamentos informais sem conseguir formalizá-los legalmente,

Os municípios brasileiros têm sido muito mais bem sucedidos em melhorar os assentamentos informais do que em legalizá-los, embora a maioria dos programas de modernização não tenha levado à escrituração. O internacionalmente aclamado programa Favela-Bairro, no Rio de Janeiro, distribuiu apenas 2.333 escrituras em um universo de mais de 50 mil famílias, e somente 145 concluíram o processo de registro (LARANGEIRA, 2002).

A maioria das políticas de regularização existentes no Brasil tem abordado apenas um pequeno número de assentamentos informais, em razão do alto custo financeiro envolvido,

Por exemplo, das 1.200 favelas do Rio de Janeiro, o caro programa Favela-Bairro cobriu menos de 100 delas, apesar de estarem entre os maiores assentamentos. Ao longo dos anos, algumas políticas de regularização se tornaram mais sofisticadas tecnicamente, mais sensatas ambientalmente e mais participativas, mas os programas continuam a beneficiar um pequeno número de pessoas, principalmente por causa dos seus elevados custos financeiros (FERNANDES, 2011, p. 53).

De fato, os programas de regularização fundiária em termos mais completos são caros. Os custos de pavimentação, esgoto e drenagem em todos os projetos corresponderam de 50 a 60 por cento das despesas.

Outrossim, alguns projetos de regularização fundiária envolvem certa complexidade, uma vez que são integrados novos elementos, como a geração de empregos, medidas de saúde pública e cuidados com a educação comunitária.

Mesmo com as dificuldades encontradas, os projetos de regularização integrados podem ter uma importância social e econômica enorme. O desenvolvimento socioeconômico das comunidades e a racionalidade da gestão urbana podem minimizar as desigualdades sociais e os impactos ambientais. Melhorar as condições de habitação e de vida de milhões de pessoas não tem o efeito de erradicar a pobreza por si só, mas certamente uma cidade mais inclusiva e justa definirá melhores padrões de sociabilidade e de desenvolvimento.

3.4 OS PERFIS DAS CIDADES EM RELAÇÃO ÀS OCUPAÇÕES INFORMAIS

A gestão do ordenamento do território urbano e de extensão urbana dos Municípios ainda está limitada a visões civilistas e regulatórias da propriedade como instituto central da política territorialista, desconectada, portanto, das demandas comunitárias pela moradia digna, o que se reflete na desorganização político-administrativa para a regularização dos assentamentos informais ou mesmo formais.

Embora, o princípio da função social da propriedade, o direito fundamental à moradia e mais tarde o próprio direito à cidade, na prática, pouco se desprenderam do conteúdo civilista e dos limites administrativistas, paradigma reforçado pelo marcante patrimonialismo e segregacionismo da gestão do território do solo dos Municípios.

Ocorre que as ocupações informais do solo urbano apresentam perfis diversos, correspondentes a certas características peculiares regionais e locais. Assim, tais ocupações não devem ser encaradas de maneira uniforme, pois são heterogêneas em sua própria gênese, embora possuam algumas características comuns.

Infelizmente, não se encontram classificações doutrinárias dos assentamentos informais. A classificação legal da Lei 6.766/79 em loteamentos clandestinos e irregulares mostra-se extremamente focada no procedimento jurídico, revelando-se incompleta, pois desconsidera as demais dimensões do fenômeno, conforme demonstrou o Professor Edésio Fernandes.

A classificação a partir das fórmulas legais de regularização fundiária de interesse social e de interesse específico apresentada na Lei n.º 11.977/09, grosso modo, corresponde à REURB-S e REURB-E da Lei n.º 13.465/17, e parece mais consentânea com a realidade social brasileira, entretanto mostra-se falha em alguns aspectos.

Conforme a tabela abaixo é possível verificar que os assentamentos informais correspondem de fato ao tamanho da população da cidade, mas não exatamente em termos proporcionais (FERNANDES, 2011, p. 54).

Figura 1 – Assentamentos por tamanho da população

TABELA 1 Número de favelas em municípios brasileiros, ordenado pelo tamanho da população, 2000			
Municípios categorizados pelo tamanho da população	Número total de municípios	Ocupação de favelas	
		Número total de favelas	Total de famílias em favelas
Até 5000	1.371	61	1.995
5.001 a 20.000	2.688	436	39.104
20.001 a 100.000	1.275	1.693	132.834
100.001 a 500.000	194	3.373	532.047
Mais de 500.000	32	6.191	1.654.736
TOTAL	5.560	11.754	2.360.718

Fonte: IBGE (2000).

A acentuada influência política e econômica de certos grupos nos Municípios médios e pequenos contribui para determinadas características e dinâmicas marcantes que não permitem a sua simples equiparação jurídica a ocupações informais ocorrentes em Municípios de maior porte.

Hoje, após as inúmeras experiências de regularização fundiária nas cidades do Rio Grande do Sul, principalmente a partir da década de 1990, quando a matéria do direito urbanístico realmente alcançou o status de área jurídica estruturada em princípios e institutos

próprios, de natureza constitucional, o que se refletiu em legislações mais adequadas à realidade das cidades, percebem-se perfis diversos de áreas habitadas em ocupações informais.

Na atual prática, na grande maioria dos projetos de regularizações fundiárias, percebe-se a utilização de determinados instrumentos legais e processuais de regularização fundiária (More Legal, Usucapião coletiva, e a REURB), sendo empregados normalmente nas consequências do problema³⁷, quando a ocupação informal do solo urbano já se consolidou.

Não se constata um método mais definido ou uniforme para enfrentamento do problema, sendo possível identificar poucos Municípios no Rio Grande do Sul, por exemplo, que aplicam o procedimento administrativo da REURB (normalmente Municípios maiores), enquanto outros sequer regulamentaram o referido Diploma Legal. A regularização fundiária, na maioria das vezes, depende de iniciativas isoladas, adotantes de diferentes estratégias, de servidores públicos, Juízes de direito e Promotores de Justiça mais dedicados à matéria urbanística.

Embora em alguns municípios maiores haja melhores condições administrativas e políticas territoriais mais definidas, ao que parece, na grande maioria dos municípios, a práxis acima exposta está deixando de enfrentar as ditas cargas de inércia burocrática ou política, já que se identificam Secretarias de Planejamento Municipal desestruturadas para desempenhar as suas funções em municípios médios (50.000 habitantes) e pequenos³⁸, assim como a quase inexistência de políticas públicas adequadas para o enfrentamento da questão em âmbito local.

Trata-se de desafio estrutural causado pelo forte municipalismo adotado pela Constituição Federal, já que os municípios são titulares de várias competências sem as fontes de financiamento respectivas (“descentralização por ausência”³⁹), assim como certa inadequação dos excelentes instrumentos do Estatuto da Cidade à escala dos pequenos e médios municípios (ALFONSIN, 2021).

Ainda, em alguns casos, identificam-se consequências econômicas inesperadas, que acabam por fomentar a continuidade do problema, pois os loteadores normalmente alienam os lotes sem quaisquer equipamentos urbanos exigidos em Lei, realizando parcelamento

³⁷ O projeto Urbanizador Social de Porto Alegre tratou-se de experiência que adotou método mais estruturado, articulado entre Poder Público e a sociedade civil, notadamente, mais conectado com a realidade social dos assentamentos informais.

³⁸ Conforme palestra proferida pela Professora Betânia de Moraes Alfonsin promovida pelo Instituto de Estudos Avançados da USP - Urbansus – Pequenos e Médios Municípios no Planejamento Territorial a partir dos ODS ONU em 09/09/2021 (disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ZNGvOg3I6Q4&t=7566s>, acessado em 08/11/2021).

³⁹ Expressão utilizada pelo jurista Adauto Cardoso.

completamente irregular do solo urbano, sem sofrerem maiores consequências, embora previstas na legislação, já que no mais das vezes, em razão de sentenças judiciais, a condenação para a regularização do solo urbano acaba recaindo sobre o Poder Público Municipal, que assim é incumbido de custear a regularização das ocupações urbanas informais, em razão de sua inação como dirigente da ocupação do solo urbano,.

3.5 INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL

De fato, já havia uma preocupação do constituinte em 1988 com tal jusfundamentalismo, tanto que instituiu dois instrumentos importantes de regularização fundiária no Brasil: o usucapião para fins urbanos e a concessão de uso espacial para fins de moradia, como garantias materiais do direito fundamental à moradia e à cidade. Mesmo assim, a matéria ainda apresenta aspectos diversos na legislação brasileira, irradiados em planos diversos da legislação, motivo pelo qual a doutrina adverte que devem ser orientados pelos princípios estruturantes do direito urbanístico brasileiro.

Sucintamente, pode-se dizer que quatro espécies de instrumentos de regularização fundiária convivem no Brasil atualmente, conforme a legislação. O instrumento clássico do usucapião, instituto este que remonta ao direito romano; trata-se, ainda, do “instituto-matriz” por excelência até os dias atuais de regularização fundiária (LOUREIRO, 2004, p. 89), em suas diversas roupagens jurídicas, basicamente destinado à regularização de invasões e de ocupações informais fortemente marcadas pela ausência de títulos da posse (embora o usucapião ordinário), ainda de ordem civilista e de traço individual.

Após, ao instituto do usucapião individual, já pertencente aos códigos civis, somou-se o usucapião coletivo, estabelecido pelo Estatuto da Cidade, como moderno instrumento de regularização fundiária, de âmbito coletivo, que tem por objeto áreas urbanas com mais de 250 metros, desde que ocupadas por população de baixa renda para a sua moradia, com posse qualificada com os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor⁴⁰; logo, se trata de uma espécie de usucapião constitucional urbano (LOUREIRO, 2004, p. 92).

Com efeito, muitas características dos demais instrumentos de regularização fundiária são fundadas em institutos equiparados ou de bases fático-jurídicas que muito

⁴⁰ Conhecida celeuma, além da própria natureza do instituto em si e de seu marco temporal, foram as várias decisões judiciais que reconheceram um condomínio indivisível entre os possuidores, inconveniente que prejudicou o instituto, passando a ser pouco utilizado para fins de regularização fundiária em determinado momento.

lembram o usucapião⁴¹, como é o caso da Medida Provisória n.º 2.220/01 (Concessão de uso especial para fins de moradia) e do próprio projeto “More Legal”, como são conhecidos os sucessivos Provimentos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para regularização de ocupações informais consolidadas e “irreversíveis”, no estado do Rio Grande do Sul.

Outra forte característica dos instrumentos de regularização fundiária que surgiram na década de 1990 e 2000 é a sua índole coletivista, destinados em regra para populações pobres, moradores de áreas invadidas, sem qualquer título de propriedade mais significativo juridicamente.

Na Lei 11.481/07, surge a regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, aplicada em áreas urbanas, em imóveis possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia: onde não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva. O art. 22 estendeu a Estados e Municípios a demarcação de terrenos públicos de seus domínios.

Após, em disposições legais bem mais estruturadas, surgiu a Lei n.º 11.977/09, como o primeiro marco jurídico de caráter nacional a dispor sobre a regularização fundiária em áreas urbanas de maneira abrangente.

O referido Diploma Legal estabeleceu conceitos, criou instrumentos e definiu procedimentos, competências e responsabilidades com o objetivo de agilizar e tornar efetivos os processos de regularização fundiária de assentamentos urbanos, especialmente nos casos em que estivesse configurado o interesse social em determinado território, uma forte e notável característica do direito urbanístico brasileiro desde o Estatuto das Cidades (as ZEIS – zonas especiais de interesse social).

As reivindicações formuladas pelos movimentos sociais ao longo das últimas décadas, principalmente, após a redemocratização, na área da reforma urbana, resultaram no tratamento adequado para o problema dos assentamentos irregulares por meio da Lei 11.977/09. Presentes na maioria das cidades brasileiras, moradias irregulares significam estar em condição de sobressalto permanente. Logo, além de um direito social, pode-se dizer que a moradia regular é condição fundamental para a efetivação de outros direitos constitucionais.

Por fim, o modelo mais estruturado de regularização da Lei n.º 11.977/09 foi substituído pela Medida Provisória n.º 759/16, convertida na Lei n.º 13.465/17, que trouxe os

⁴¹ Nenhuma surpresa tal similitude de fundamentos, uma vez que a passagem do tempo e a consolidação da ocupação informal são fatos jurídicos correlatos, normalmente coincidentes e até congruentes entre si.

procedimentos administrativos da REURB ao direito urbanístico brasileiro como importante instrumento de regularização fundiária, que vem sendo aplicado com relativo sucesso na cidade de Porto Alegre⁴².

A Lei n.º 13.465/17 trouxe uma mudança de rumo, no sentido da proteção jurídica que se tinha até então. A Lei 11.977/09 era mais conservadora em alguns requisitos, ao passo que Lei 13.465/17 flexibilizou tais requisitos, como as ocupações em área de preservação permanente ou de áreas de risco, indicando a preocupação em titular propriedades em detrimento das questões ambientais e de segurança dos moradores.

Por outro lado, as modalidades de regularização fundadas no interesse social ou no interesse específico da Lei 11.977/09 foram mantidas pela dita “Lei da REURB”, a qual traz aspecto mais funcional, permitindo inclusive a regularização dos assentamentos rurais e dos loteamentos clandestinos, pois abrange conceitos mais amplos e bem mais gerais.

Entretanto, a Lei n.º 13.465/17, em nome da flexibilização e da facilidade na titulação da propriedade, representa um retrocesso no difícil processo de maturação política, jurídica e social que buscava o paradigma da “regularização fundiária plena”, que vigia no Brasil desde a Constituição Federal de 1988, colocando, assim, o Brasil em consonância ao movimento internacional de financeirização da terra e da moradia nas áreas urbanas, o qual se difundira no Peru na década de 1990 por meio da obra do economista Hernando de Soto (ALFONSIN *et al*, 2019).

Assim, a Lei n.º 13.465, ao se despreocupar com a função social da propriedade, entre outras medidas, flexibilizou as ZEIS (art. 18), o que por si só criou uma série de riscos às comunidades. Reduzido, ao que se vê, ao valor econômico, o paradigma anterior da política de regularização fundiária democrática, fundada no direito à cidade, de abordagem ampla e integrada aos interesses da comunidade.

Ocorre que, além da nova conceituação dos núcleos urbanos informais, a Lei 13.465 não dispôs sobre um marco temporal para a sua aplicação, somente se previu marco temporal no instrumento de legitimação fundiária, que é apenas um dos vários instrumentos prescritos pela lei para regularização fundiária. Outrossim, o Diploma Legal em questão conceitua núcleo urbano consolidado, apenas para aplicação desse conceito, definindo-o de forma bem genérica.

Por dicção legal, a exigência do marco temporal aplica-se somente ao instrumento da

⁴² Conforme a palestra da Dra. Simone Somenzi, ex-Procuradora Geral Adjunta de Urbanismo e Meio Ambiente de Porto Alegre, há mais de 100 procedimentos administrativos de REURB tramitando em Porto Alegre, na maioria na modalidade de REURB-S.

legitimação fundiária. Isso, contudo, não significa um “salvo conduto” para irregularidades futuras. Ora, regularizar pelo próprio conceito é reconhecer algo existente. Afinal, a regularização fundiária é uma estratégia, mas não a única; podem e devem ser adotadas outras estratégias no âmbito urbanístico de combate às irregularidades fundiárias⁴³.

Portanto, pode-se concluir que a inexistência de marco temporal trata-se de decisão de política pública direcionada a atender às diretrizes da política urbana que visam à função social da propriedade, em função teleológica e axiológica e, por isso, legítima a opção do legislador.

Ademais, desde o direito romano, a *actio publiciana* era concedida ao possuidor de boa-fé para recuperar a posse que perdera, de uma coisa, antes de ter sido declarada a aquisição sobre ela por usucapião⁴⁴; nesse caso, a fórmula determinava ao juiz que, ao julgar a questão, considerasse o usucapião como já tendo ocorrido (*ius superveniens*) e, portanto, o possuidor como se proprietário fosse (ALVES, 1998).

As leis de natureza pública, como a Lei n.º 13.465/17, podem incidir sobre suportes fáticos pendentes ou que se protraem no tempo, como é o caso de um núcleo informal urbano, o qual se constitui normalmente de forma lenta e progressiva. Logo, mesmo que o termo inicial de determinado fato jurídico seja anterior à própria Lei, sobrevivendo a sua vigência, esta alcança, assim, os efeitos futuros, uma vez que tal aplicabilidade não se trata de retroatividade legal vedada pela norma constitucional, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões.

Naturalmente, não é qualquer agrupamento urbano que pode dar ensejo à regularização pela Lei 13.465/17. Os requisitos de flexibilização exigem um certo grau de estabilidade jurídica. O conceito de núcleo informal urbano deve estar permeado em toda a Lei. Assim, torna-se fundamental o conceito na legislação urbana municipal para a complementação de tal imprecisão, pois se trata de direito subjetivo. Os conceitos doutrinários e demais fontes devem ser buscadas (dados do IBGE, por exemplo) de igual forma para se definir com mais precisão os contornos do assentamento no caso concreto.

De qualquer forma, as flexibilizações gerais da Lei n.º 13.465/17 devem ser interpretadas com certa reserva. São necessárias para alguns casos, é verdade. Por exemplo, os requisitos urbanísticos como obras viárias devem ser mantidos sob escrutínio estrito, porque

⁴³ “Primeiro porque, quando se fala em planejamento urbano há um tripé – regularizar o passado (logo tem que saber qual o limite), planejar o futuro, e fiscalizar o presente. Consolidação e estabilização da comunidade é importante. Tem que ter um pertencimento dos moradores do local. Eles têm de se sentirem donos” (SOMENSI, 2021).

⁴⁴ O chamado *ius superveniens* é uma característica clássica do usucapião, o que contribui para resolver a questão.

regularização fundiária não se trata de mera regularização documental. Outrossim, as áreas de preservação ambiental podem ser flexibilizadas, mas, exclusivamente, mediante a apresentação de estudos técnicos que atestem, sobretudo, a configuração da área como núcleo urbano de fato consolidado. Da mesma forma, a ocupação das chamadas áreas de risco deve somente ser chancelada mediante a apresentação dos devidos estudos técnicos.

Nesse ponto, insta salientar que pessoas irão residir em tais locais, onde concentrarão suas vidas e de suas famílias, sendo conhecidos (e, infelizmente, comuns) os tristes episódios de tragédias de deslizamentos e enchentes em locais de áreas de risco, densamente ocupados por populações marginalizadas no Brasil. Em Dom Pedrito, os moradores de áreas regularizadas na década de 1990, por exemplo, sofrem com alagamentos e enchentes causadas pelas cheias semestrais do Rio Santa Maria.

Na Lei n.º 13.465/17, contudo, a legitimação fundiária ocorre às expensas do Município, pois se trata de sua responsabilidade legal. Malgrado tais atribuições e despesas não tenham sido debatidas suficientemente na época de sua tramitação, o fato é que o Município é o ente responsável por processar a REURB-S, ao passo que a REURB-E (bem mais rara) será de responsabilidade dos adquirentes. Logo, tal elaboração apressada da lei 13.465/17 por um “grupo fechado”, cuja participação não contou com os tradicionais representantes dos Municípios, gerou uma incerteza de impactos futuros da Lei.

De qualquer forma, o procedimento da Lei da REURB ocasionou segurança na posse, porquanto o mero requerimento do procedimento da REURB por qualquer dos legitimados para núcleos urbanos consolidados enseja a permanência na posse até o arquivamento definitivo do procedimento administrativo. Logo, hoje os despejos compulsórios, tão característicos dos conflitos fundiários, são mais difíceis de ocorrer, pois, lembrando a lição do professor Edésio Fernandes (2006): a regularização fundiária é um direito público subjetivo, portanto, um verdadeiro direito ao procedimento.

Por isso mesmo, o Município não pode indeferir a instauração do procedimento da REURB por qualquer motivo, deve motivar justificadamente eventual indeferimento, sempre indicando detalhadamente a correção do requisito faltante.

Outro ponto positivo é o fato de a Lei 13.465/17 permitir a superação do litígio. Entende-se que no espírito da Lei está o incentivo à autocomposição, inclusive, composição extrajudicial. A Municipalidade pode instaurar câmaras de discussão e de prevenção, ou firmar convênio com órgãos do Poder Judiciário ou do Ministério Público para tanto. Essa busca pela consensualidade ajuda a superar as dificuldades que possam impedir o andamento da regularização fundiária.

Alguns aspectos jurídicos têm levantado sérias dúvidas sobre os efeitos desconstitutivos por ato administrativo da chamada “Lei da REURB”. Notificados os lindeiros e proprietários registrais de que foi instaurado o procedimento da REURB, caso tais não se manifestem, incorrem na perda da propriedade, por ato administrativo municipal, algo *sui generis*, de fato. Entretanto, entende-se, a função social (“vista por dentro”⁴⁵) da propriedade ampara tal dispositivo legal, de forma que a propriedade só se constitui caso exerça de fato a sua função sócio-ambiental, não dependente esta, exclusivamente, do estabelecido no plano diretor municipal, portanto.

De fato, nunca no direito brasileiro, o Município pôde fazer esse reconhecimento de propriedade. Tal função sempre esteve reservada ao Poder Judiciário, através do usucapião, e de outros instrumentos, como o projeto “More Legal” e outros. Assim, o município transformou-se “num grande cartório de direitos”.

O usucapião extrajudicial é outro exemplo de efeitos desconstitutivos da propriedade por atos não judiciais, desta vez, em reconhecimento da prescrição aquisitiva pelo Registrador de Imóveis. Trata-se de tendência atual na legislação brasileira, que pode se prestar para a efetivação da função social da propriedade, mas desde que certos requisitos não sejam desconsiderados em nome de regularização documental apressada.

Assim, conforme muito bem explicou a Dra. Simone Somensi (2021), as ocupações informais são dinâmicas e peculiares em sua formação, concentrando os mais diversos interesses, desde a influência do tráfico de drogas local, até interesses econômicos mais oportunistas,

Quando a área está se expandindo é um problema. No final da REURB, tem outra realidade depois de 2 anos. Aí tem que fazer tudo de novo. Por isso tem que ter uma estabilização.

As pessoas tem que estar envolvidas no processo. Elas tem que saber o que o município está fazendo, a participação das lideranças comunitárias.

Quanto mais antiga a consolidação, mais fácil de trabalhar no processo, pois há pertencimento dos moradores.

Tem que se fiscalizar. Difícil, não se consegue fazer isso no Brasil.

Há envolvimento de tráfico nos locais, os fiscais têm medo de entrar.

Há empresas vendendo REURB, se formou um nicho comercial. Como aponta o IBDU – Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico⁴⁶.

Titulação pode ser uma armadilha para depois essas pessoas serem expulsas do local por gente de maior renda⁴⁷. E as ZEIs? Tem que ter a ZEI para que a área seja gravada com tal limitação para evitar isso.

⁴⁵ Nas palavras do Professor Edésio Fernandes na palestra acima citada.

⁴⁶ O fenômeno de “mercantilização da cidade”, conforme previsão de SAULE JUNIOR já no ano de 2016.

⁴⁷ Trata-se do perverso fenômeno da gentrificação, já identificado no RELATÓRIO BRASILEIRO PARA A HABITAT III, do extinto Ministério das Cidades, citado pelo Professor Nelson Saule Junior (2016).

Também forçoso reconhecer que os instrumentos de regularização fundiária de índole coletivista surgidos na década de 1990 dependem fortemente da iniciativa do Município, como bem referiu a Dra. Simone Somensi em sua palestra. Assiste-se a certa resistência nos Municípios menores em regulamentar ou mesmo aplicar a Lei n.º 13.465/17, antevendo despesas que o procedimento administrativo lhes proporcionará.

Com efeito, ressalte-se que subsiste o modelo de regularização estabelecido na Lei n.º 6.766/79 para ocupações assentadas em loteamentos clandestinos ou irregulares em que os ocupantes possuem algum título mesmo que informal sobre a posse, ainda muito vigente nas cidades menores do Estado do Rio Grande do Sul, como é o caso dos Municípios de Dom Pedrito e de Santana do Livramento.

Nem toda a regularização fundiária, mesmo que destinada a populações pobres, necessariamente carece de titulação, embora constituída de contratos irregulares ou “de gaveta”, fortemente caracterizados pela informalidade. Nesse tipo de assentamento humano, é possível identificar-se ainda a figura do loteador, não necessariamente o proprietário, como distribuidor, sem controle da Administração Pública, sobre a ocupação do solo urbano.

Verificam-se casos em que os loteadores, não raras vezes com influência política, às vezes, associados a herdeiros de antigos proprietários registraes, anunciam lotes sem qualquer estrutura urbanística até pelas redes sociais (Facebrick), por preços muitas vezes inflacionados a depender da situação do Município. Há casos em que lotes em espaços públicos e até privados são loteados clandestinamente por políticos em épocas de campanhas eleitorais para obterem apoio político da população mais carente, fenômeno já descrito pela doutrina,

A literatura acadêmica tem evidenciado, repetidamente, que formas de clientelismo político tradicionais — onde políticos fazem promessas eleitorais para resolver os problemas que afetam os assentamentos informais— tendem a perpetuar a informalidade. Os pobres da cidade são amiúde marginalizados e excluídos do processo político de diferentes maneiras e o fato de viverem em assentamentos informais torna-os ainda mais vulneráveis (FERNANDES, 2011, p. 7).

Para tais casos, quando se identificam os loteadores, entende-se, a Lei n.º 6.766/79 deve ser aplicada na regularização fundiária, porque se verifica que o interesse privado lucrou com a ignorância da população mais pobre, às vezes, utilizando-se de expedientes enganosos, como o reconhecimento de firmas sobre contratos de gaveta, dando ares de legalidade ao malogro. Outrossim, é comum os adquirentes presumirem estar o lote “legalizado”, porque normalmente, após, a Fazenda Pública Municipal passa a enviar carnês de IPTU, já que a posse sobre imóveis também está contemplada no fato gerador do referido tributo municipal.

Portanto, nada mais justo, inclusive, sob pena de enriquecimento ilícito, do que responsabilizar os herdeiros, proprietários e loteadores identificados na formação do loteamento de fato. Os custos dos projetos técnicos de regularização e com as estruturas urbanísticas dos loteamentos clandestinos devem correr por conta dos responsáveis pela distribuição clandestina de lotes, porquanto os já combalidos cofres municipais não se prestam a financiar o Município como “regularizador fundiário universal”. É o conhecido privatizando os lucros e socializando os prejuízos.

3.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Esse grave problema estrutural, caracterizado tipicamente pela complexidade, multicausalidade, multipolaridade e coletividade, evidencia falha estrutural que viola direitos fundamentais sociais, entre eles, o direito fundamental à moradia digna. Deve, portanto, ser enfrentado de acordo com a interpretação mais atualizada sobre os instrumentos de regularização fundiária, instrumentos processuais e extraprocessuais do processo coletivo estrutural direcionados, sobretudo, à correta identificação das suas causas para atuar sobre elas.

Busca-se, assim, destravar cargas de inércia política ou burocrático-administrativa em abordagem de litigância estratégica, orientada pela consensualidade, visando a solução progressiva, gradual e incremental, aferida metodicamente por meio de indicadores pré-determinados, de forma a concretizar o potencial transformador social do direito urbanístico, tão reclamado pela doutrina especializada.

Os princípios da função social da propriedade, da participação popular, e da recuperação da valorização imobiliária na Constituição Federal de 1988, como marco urbanístico (FERNANDES, 2021), requerem uma compreensão hermenêutica sobre a plasticidade do atual Código de Processo Civil, um código do movimento da recodificação (ZANETI, 2020), em diálogo ou pluralidade das fontes (LOUREIRO, 2004, p. 88) com o atual microsistema do devido processo legal coletivo urbanístico (Lei 7.347/85, CDC, Código Civil, Estatuto da Cidade, Lei 6.015/73, Lei n.º 6.766/79, Lei n.º 11.977/09, Lei n.º 13.465/17⁴⁸, MP 2.220/01), de forma a fornecerem subsídios jurídicos para a atual adoção dos

⁴⁸ Existem a ADI 5.771, apresentada pelo Procurador-Geral da República (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255150>, acesso em 19 jul. 2021), a ADI 5.787, apresentada pelo Partido dos Trabalhadores (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5277531>, acessado em 19 jul. 2021) e a ADI 5.883, apresentada pelo Instituto de Arquitetos do Brasil (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5342200>, acesso em 19 jul. 2021), pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da Lei n.º 13.465/17, que resultou

conceitos jurídicos do processo estrutural na regularização fundiária, no Rio Grande do Sul (e no Brasil), ainda pouco afeito a tal doutrina.

Em especial, em âmbito estadual, a própria Constituição Estadual (arts. 166 a 177, que tratam da política de desenvolvimento estadual e regional, da habitação e da política urbana), assim como a Lei de Parcelamento do Solo Estadual (Lei n.º 10.116/1994), o projeto “More Legal” e a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande Sul também contribuem para a formação de elementos jurídicos aptos a reforçarem uma atuação estratégica na regularização fundiária no RS atualmente.

4 CASOS PRÁTICOS DE DOM PEDRITO E DE SANTANA DO LIVRAMENTO

No período de 2017 a 2019, através dos trabalhos realizados nas Promotorias de Justiça Especializadas de Santana do Livramento e de Dom Pedrito, foi possível constatar de perto a exata dinâmica dos assentamentos informais nos chamados loteamentos clandestinos e irregulares em tais cidades.

da conversão da MP 759/2016. Além de haver intenso debate na doutrina sobre o marco temporal do referido Diploma Legal.

Assim, no presente capítulo, serão analisadas inicialmente as condições gerais da legislação urbanística dos Municípios considerados, alguns dados da sociedade do Município, assim como algumas características marcantes da população local e sua relação com o poder local.

Após, serão analisados os casos de vários loteamentos na cidade de Dom Pedrito, uma cidade considerada média-pequena para os padrões do Rio Grande do Sul, e na cidade de Santana do Livramento, uma cidade de porte médio, localizada na fronteira com o Uruguai.

Assim, constatou-se que os assentamentos informais em cidades de tal porte obedecem a dinâmicas próprias em suas cadeias de informalidade que lhes dirigem a formação e expansão de forma não tão espontânea e aleatória, como parece ser o caso dos assentamentos individuais em grandes centros urbanos.

As cadeias de informalidade dos assentamentos informais são muito mais marcadas pelas influências do poder político e econômico local, pois mais próximas em termos de espaço. Por outro lado, a cultura serviente de povos de reminiscência rural recente afasta as diferentes realidades vividas na cidade.

4.1 DOM PEDRITO

O Município de Dom Pedrito trata-se de um município de grande extensão territorial (5.194,051 km²) localizado na região da campanha do Rio Grande do Sul, próximo ao extremo sul do Brasil, ocupando área pertencente ao grande bioma pampa. Conforme o IBGE, Dom Pedrito recebeu foros de cidade em 20 de dezembro de 1888, segundo a Lei provincial n.º 1.720.

O território que constitui hoje o Município de Dom Pedrito, integrava o de Bagé, como 3.º e 4.º distritos de Paz. A região, afeita às lutas definidoras da fronteira sul, entre espanhóis e luso-brasileiros, experimentou ainda os efeitos da Campanha do Prata e da Revolução Farroupilha, tornando-se palco de várias batalhas.

Diz-se que Dom Pedrito é a capital da Paz, porque no distrito de Ponche Verde foi assinado o acordo de paz entre farroupilhas e imperiais – o Tratado de Ponche Verde – em 1º de março de 1835, pondo fim à revolta farroupilha, cujo estopim acontecera em 1825 em razão da taxaço do preço do charque.

O Município mantém uma população de 38.898 mil habitantes conforme os dados do censo de 2010⁴⁹, que vem apresentando certa diminuição, conforme os últimos censos do

⁴⁹ <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/dom-pedrito/panorama> (acessado em 23/10/2022).

IBGE. A população urbana, estima-se, atinge em torno de 12 mil habitantes, distribuídos em diversos bairros da cidade, alguns destes regularizados por programas sociais da década de 1990.

Entretanto, muitos dos bairros regularizados nessa época sofrem com o drama das enchentes do Rio Santa Maria, cada vez mais frequentes, indicando que tais habitações ocupam área pertencente à bacia de inundação do rio, a qual ao que parece vem aumentando, pois o manancial sofre com processos de assoreamento, provocado, entre outros fatores, pela agricultura ambientalmente insustentável praticada na região, ainda baseada na monocultura e no emprego indiscriminado de agrotóxicos.

Dom Pedrito apresenta uma sociedade rural tradicional, fortemente estratificada, dividida em classes sociais bem definidas e ainda marcada por traços fortes do chamado “caudilhismo”, visto que a elite econômica (produtores de arroz e de soja), composta de famílias controladoras de grandes extensões de terra, mantém forte controle sobre a vida política local.

O entendimento local, murmurado à boca pequena, é o de que as verbas municipais devem ser alocadas para a manutenção das estradas rurais, para fins de facilitar o escoamento da produção das lavouras de arroz e de soja locais, recebendo, assim, a estrutura física da cidade poucos investimentos, tanto públicos quanto privados. A soja vem recebendo forte incremento na região da campanha, substituindo por vezes a tradicional cultura do arroz.

Assim, a cidade de Dom Pedrito não assiste a grandes obras de infraestrutura há muitos anos, sendo extremamente tímidos os melhoramentos estruturais em termos urbanísticos.

A cidade possui um centro histórico composto de arquitetura neoclássica positivista do início do século XX. O principal exemplo é o da sede da Prefeitura, que se localiza no Palácio Ponche Verde, um suntuoso prédio em estilo neoclássico erguido no ano de 1927; porém tal patrimônio histórico não recebe manutenção adequada, motivo pelo qual foi ajuizada ação civil pública para tal fim, antes, inclusive, do prédio ter sido episódio de pequeno incêndio.

Os prédios públicos (entre eles escolas e postos de saúde) ou privados, não atendem a normas de acessibilidade, sendo que muitos não possuem sequer alvará válido de combate contra incêndio ou mesmo expedido pelo Corpo de Bombeiros.

A ocupação do solo urbano de Dom Pedrito vem acontecendo de forma desordenada há muito tempo, não se assistindo quaquer planejamento urbanístico mais efetivo por parte da Municipalidade, que mantém Secretaria do Planejamento sem condições estruturais e

administrativas de fazer frente a quaisquer demandas, limitando-se a fiscalizar obras e fornecer numeração predial em processo burocrático demorado, ainda marcado pelo clientelismo.

4.1.1 Plano Diretor do Município de Dom Pedrito

Em contraste à realidade urbana local, o plano diretor de Dom Pedrito, aprovado pela Câmara Municipal, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, atualmente, instituído por meio da Lei Municipal n.º 1.767, de 27 de dezembro de 2011, estabelece a política de desenvolvimento e gestão territorial, reconhecendo o direito a uma cidade sustentável já no seu primeiro artigo. A Lei Orgânica Municipal adota o princípio da função social da propriedade.

No Plano Diretor, adotam-se princípios, diretrizes e instrumentos em plena harmonia com o regime das normas urbanísticas e ambientais da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade.

Ao longo do texto legal, são definidas políticas, estratégias e objetivos, assim como são definidas a gestão de planejamento e o modelo territorial da cidade, tudo fiscalizado por meio de sistemas de acompanhamento e controle (art. 76), como exemplo o Conselho do Plano Diretor, de formação tripartite. É adotado expressamente o princípio da participação popular e da gestão democrática da cidade.

O regime urbanístico é estabelecido pelos seguintes dispositivos de controle: índice de aproveitamento básico e máximo, quota ideal mínima de terreno por economia, taxa de ocupação, altura máxima e regime de atividades, possibilitando de fato a gestão urbanística da cidade.

Ainda, o Diploma Legal prevê, em seu art. 58, conjunto de instrumentos urbanísticos, como parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação com pagamento em títulos, consórcio imobiliário, outorga onerosa do direito de construir, outorga onerosa de alteração de uso, transferência do direito de construir, direito de preempção, operação urbana consorciada, direito de superfície, zonas especiais de interesse social.

O capítulo II do Plano Diretor é inteiramente dedicado à regularização fundiária,

DO PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA⁵⁰

⁵⁰ https://www.dompedrito.rs.gov.br/uploads/legislacao/1_LEI-1767-2011-PlanoDiretor.pdf (acessado em 13/10/2022),

Art. 11. As ações de regularização fundiária de Dom Pedrito deverão ser orientadas pelo Plano Local de Habitação de Interesse Social e pela Política Nacional de Habitação.

Art. 12. Constituem-se objetivos do Programa de Regularização Fundiária de Dom Pedrito:

1. A Regularização Fundiária Plena de todos os imóveis urbanos de Dom Pedrito, considerando-se o conjunto de ações necessárias para se alcançar a regularização urbanística e fundiária, chegando ao registro imobiliário e garantindo o direito de propriedade ou de posse às famílias;
2. O atendimento das necessidades básicas da população de baixa renda que vive em assentamentos precários caracterizados pela irregularidade fundiária e urbanística, erradicando riscos, ampliando a mobilidade urbana e visando a sua inclusão sócio-espacial e sua integração ao tecido urbano, de forma a efetivar o acesso à cidade e aos benefícios urbanos;
3. Articulação entre as ações de regularização fundiária e de urbanização com as ações de saneamento básico, mobilidade urbana, bem como aquelas relativas à assistência social, à geração de emprego e renda e ao combate à violência;
4. A estruturação e qualificação do Poder Executivo Municipal, bem como do Conselho de Habitação, para o gerenciamento das ações de regularização fundiária;
5. A integração dos agentes envolvidos no processo de regularização fundiária, sejam eles públicos ou privados, bem como as famílias beneficiadas.

Parágrafo único. Para instruir o Programa de Regularização Fundiária, o Poder Executivo Municipal elaborará um Plano de Regularização Fundiária, nos termos definidos no Plano Local de Habitação de Interesse Social.

Art. 13. Nos processos de regularização fundiária plena de assentamentos informais de baixa renda será utilizado o instrumento urbanístico ZEIS de Regularização Fundiária o qual tem o objetivo de garantir a permanência das famílias de baixa renda na área objeto de regularização, desde que estas não estejam assentadas em áreas consideradas de risco, nos termos do artigo 73.

Parágrafo único. Para garantir o direito de propriedade ou de posse às famílias, serão utilizados os instrumentos disponíveis na legislação federal, conforme legislação específica aplicável, tais quais:

1. Concessão do Direito Real de Uso;
2. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia;
3. Direito de Superfície;
4. Doação;
5. Usucapião Especial Urbana;
6. Aforamento;
7. Alienação.

Destaca-se o art. 13, prevendo o emprego de ZEIS para evitar a gentrificação dos assentamentos informais, garantida, assim, a permanência das famílias no mesmo local da regularização fundiária.

Porém, na prática, verificou-se que o Plano Diretor de Dom Pedrito representa uma norma meramente formal, sendo pouco aplicado para o real planejamento urbano visando à ordenação racional da ocupação do solo urbano.

Por exemplo, as ZEIS em Dom Pedrito estão previstas no Plano Diretor, contudo até o presente momento a sua localização não foi completamente definida. Muitos dos instrumentos urbanísticos previstos no Plano Diretor dependem de regulamentação por meio

de Decreto do Poder Executivo ou de Comissão de Análise Urbana, como é o caso do estudo de impacto de vizinhança – EIV (até hoje não regulamentado), comprometendo, assim, a sua eficácia jurídica, pois dependente das forças políticas locais.

A obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, o consórcio imobiliário, IPTU progressivo no tempo, a desapropriação com pagamento de títulos, a operação urbana consorciada, a outorga onerosa do direito de construir, o direito de empreempção e as Zonas Especiais de Interesse social – ZEIS, todos dependem de regulamentação por meio de lei específica em Dom Pedrito, repetindo tal previsão de regulamentação na Lei Orgânica Municipal.

Portanto, o Plano Diretor de Dom Pedrito trata-se de um avanço inegável ao adotar a principiologia do Estatuto da Cidade, prevê inúmeros instrumentos urbanísticos voltados à gestão democrática da cidade, entretanto, de fato, não “saiu do papel”.

A população e os próprios políticos locais pouco conhecem a lei do plano diretor de Dom Pedrito. Normalmente, quando algum episódio prático da vida cotidiana urbana surge, desperta-se algum interesse em conhecer a legislação, muito mais em termos de resolução de disputas políticas locais do que de planejamento da política urbana.

O descolamento da efetividade entre norma urbanística e realidade social é reforçada pela sua eficácia jurídica limitada, dependente de regulamentação por meio de leis específicas, decretos do poder executivo e do conselho do plano diretor, o qual se trata de mero órgão formal.

Outrossim, são relativamente comuns em Municípios médios e pequenos os decretos municipais causísticos, quando o Prefeito, atendendo a certas demandas clientelistas ou eleitoreiras, revoga ou altera o teor desses atos administrativos para benefícios pouco republicanos.

4.2 ASPECTOS GERAIS: LOTEAMENTOS CLANDESTINOS DE DOM PEDRITO

Em razão do cenário local desolador, contatou-se o surgimento de vários assentamentos informais em Dom Pedrito. Pelo que se percebeu por meio das investigações efetivadas pela Promotoria de Justiça Especializada do município, o fenômeno da informalidade para a ocupação do solo urbano trata-se de fato relativamente antigo, já consolidado na cultura local.

A Secretaria do Planejamento Municipal não mantém estrutura condizente com as suas atribuições previstas na Lei Orgânica e no Plano Diretor. Ainda, os processos

administrativos de controle municipal sobre as obras e loteamentos, por exemplo, ficam a cargo exclusivo de servidores públicos, os quais adotam critérios técnicos diversos para a aprovação de projetos e memoriais de engenharia e arquitetura.

Trata-se de procedimentos papelizados, demorados, burocráticos e pouco transparentes, sendo comuns as reclamações de decisões conflitantes entre si, dando azo à desconfiança da população e dos próprios profissionais que atuam na área, já que o trâmite dos procedimentos burocráticos não está sujeito a controle administrativo mais efetivo. Mesmo os mecanismos de controle de ordem hierárquica ficam comprometidos, porque raramente resultam em sanções administrativas mais consistentes ao faltoso.

Identificaram-se em tais processos administrativos situações potenciais de conflitos de interesse, uma vez que os servidores públicos técnicos da Secretaria do Planejamento (e do Meio Ambiente) não prestam serviço público sob a condição de dedicação exclusiva. Assim, eventualmente, ao servidor público é permitido assumir eventuais projetos apresentados no balcão da Prefeitura, aumentando em muito o já existente sentimento de desconfiança geral.

Outrossim, a Secretaria Municipal de Planejamento informou inúmeras vezes que não teria condições de instaurar os procedimentos da Lei n.º 13.465/17, alegando as mais diversas oposições, falta de regulação da Lei da REURB em Dom Pedrito, a insuficiente estrutura do quadro funcional da Secretaria e resistências políticas generalizadas.

4.2.1 A dinâmica do mercado informal de loteamentos clandestinos em Dom Pedrito

Os assentamentos informais de grandes centros urbanos, geralmente, são constituídos por invasões de famílias vulneráveis, em áreas públicas ou privadas de tamanhos variados, logo a sua formação e sua consolidação ocorre em dinâmica mais aleatória em relação ao espaço e ao tempo.

Geralmente, a figura do loteador clandestino não existe na formação do assentamento informal, trata-se, ao que parece, de um fenômeno mais espontâneo. Embora, não seja incomum, durante a fase de consolidação da posse do assentamento informal, surgir algum controle informal centralizado sobre as negociações de terrenos, isso difere bastante de um loteador, tratando-se, também, de fenômeno espontâneo entre os moradores.

As causas dos loteamentos clandestinos de Dom Pedrito, cidade de porte médio-pequeno, de economia essencialmente rural, mantêm certas características comuns aos assentamentos informais de grandes centros urbanos, mas sua formação obedeceu a outros fatores, como se verá a seguir, especialmente, no caso do loteamento Valmir Sanches.

Naturalmente, os assentamentos informais com o perfil de grandes centros urbanos também podem ocorrer em cidades menores.

Em Dom Pedrito, o descrédito sobre o controle administrativo formal e a despreocupação com o planejamento do solo urbano abriu a possibilidade de que as pessoas passassem a abrir vielas e ruas em avenidas mais periféricas da cidade, criando parcelamentos e loteamentos totalmente clandestinos, inicialmente, na maioria das vezes, em condições subumanas.

Os loteamentos clandestinos consolidados, mais antigos em Dom Pedrito – alguns muito antigos, sem qualquer memória administrativa significativa sobre o histórico de formação – oferecem melhores condições de urbanização e de habitação, pois, como bem lembrou o Professor Edésio Fernandes (2011), o Brasil é mais bem sucedido em melhorar assentamentos informais do que propriamente legalizá-los.

Assim, consideradas tais observações, consolidou-se a seguinte prática informal de ocupação do solo urbano em Dom Pedrito:

Com o passar do tempo, o controle informal sobre a venda de lotes clandestinos em Dom Pedrito caiu nas mãos de poucas pessoas (inclusive, algumas pessoas com ligações políticas locais), que passaram a alienar os terrenos, inclusive, às vezes, oferecendo-os por meio de redes sociais na internet, os chamados facebriks.

Os loteadores cladestinos vendiam os terrenos para a população de baixa renda, destituídos de qualquer estrutura urbanística mais básica, muitas vezes demarcados por eles próprios, em extensões de terra localizadas na periferia da cidade. Alguns dos loteadores obtiveram procurações ou instrumentos jurídicos que lhes transmitiam poderes outorgados por herdeiros presumidos, já que inventários formais raramente eram instaurados, e às vezes, contando com o auxílio de advogados para a redação de tais documentos.

Após, contratos de gaveta eram formalizados, sob os mais criativos nomes, promessa de compra e venda, cessão de direitos, cessão de posse etc. As assinaturas de tais documentos normalmente eram reconhecidas no Tabelionato, dando a falsa impressão de que o documento continha validade jurídica plena. A confiança na suposta validade plena do documento também era reforçada, porque o setor de tributos da Prefeitura Municipal de Dom Pedrito, recebendo tal contrato pelo morador, passava a emitir carnês de IPTU e demais taxas urbanas em nome da pessoa.

Os chamados loteadores de fato, então, afirmavam para o comprador que bastava esperar cinco anos para ajuizar ação de usucapião ou aguardar alguma regularização do poder público, como o “more legal” etc, uma vez que a posse mansa e pacífica sobre o imóvel

estaria comprovada por meio do instrumento contratual, assim como a apresentação do carnê do IPTU ajudaria a comprovar o ânimo de propriedade, quando, então, o terreno estaria “legalizado”.

Contudo, a situação não estava resolvida. Em Dom Pedrito, é necessário obter-se numeração predial (após alvará de localização ou habite-se) para que tal edificação seja atendida formalmente pelos serviços públicos de fornecimento de água e de luz; entretanto a informalidade, estimulada pela incapacidade do poder público, dominou de tal forma que muitas pessoas passaram a viver em subabitações desprovidas de tais serviços básicos.

A população não entendia porque não se obtinha um simples número de residência. A pressão popular pela “numeração predial” chegou a níveis impressionantes. Naturalmente, as demandas chegaram ao corpo político municipal, que pretendeu legislar de forma a facilitar a obtenção da tão sonhada numeração predial, desatendendo a legislação urbanística em vários aspectos⁵¹. O problema surgiu no Ministério Público sob a forma do desespero por água e luz em casa, que levou muitas pessoas a procurarem a Promotoria de Justiça, pedindo “um papel do Promotor” para que tais serviços públicos fossem fornecidos às suas residências. Outrossim, inúmeras ações de usucapião ajuizadas nos mesmos assentamentos individuais ajudaram a revelar a natureza do problema estrutural com o qual se estava se deparando.

O insucesso de tal demanda apresentada aos órgãos públicos administrativos, legislativos e judiciais levou as pessoas a fraudar o processo de controle administrativo municipal para o alvará de suas residências.

Documentos falsos foram apresentados nas concessionárias locais de água e de luz, gerando outro mercado informal, o qual também foi dominado por uma pessoa, carinhosamente apelidada pela população local de “rato encanador”, o qual encomendara a impressão de vários blocos de contrafações dos documentos de concessão de numeração predial da Prefeitura Municipal de Dom Pedrito, falsificando também as assinaturas dos servidores públicos responsáveis pela concessão do pedido. Em paralelo, naturalmente, as ligações clandestinas de luz (chamados “gatos”) multiplicaram-se no município, oferecendo risco de incêndios às habitações.

4.3 LOTEAMENTO VALMIR SANCHES

⁵¹ Foi expedida recomendação pelo Ministério Público para se evitarem flexibilizações demasiadas.

O loteamento Valmir Sanches⁵² trata-se de um grande loteamento clandestino em processo judicial de regularização fundiária, localizado na periferia de Dom Pedrito, numa grande extensão privada de terras, parcelada em, aproximadamente, 500 lotes. O loteamento em questão expandiu-se com mais intensidade na última década, quando as negociações informais dos lotes foram concentradas nas mãos de poucas pessoas.

O Ministério Público instaurou o Inquérito Civil n.º 01750.000.278/2018 com o objetivo de “apurar possível loteamento clandestino localizado ao final da Rua José Bonifácio, passando a Rua Pedro Cezarini”. Também foi instaurado o Inquérito Civil n.º 01750.000.345/2018, com objetivo de “apurar situação do local denominado ‘Rincão da Figura’, visando à sua regularização por meio de medidas judiciais pertinentes”.

Contudo, após reunião realizada com o Registrador de Imóveis de Dom Pedrito, verificou-se que o “Rincão da Figura” era a denominação de uma área enorme, sendo que o loteamento clandestino foi instalado em parte dela, o que justificou o prosseguimento das investigações no Inquérito Civil n.º 01750.000.278/2018, cujo objeto, portanto, considerou-se melhor delimitado.

Os inquéritos civis foram instaurados em duplicidade, pois as áreas do loteamento, embora sejam as mesmas, são conhecidas por nomes diversos. As provas colhidas nos expedientes fundamentaram o ajuizamento de ação civil pública.

Constatou-se de pronto que no loteamento Valmir Sanches, havia muitos lotes ocupados por famílias de baixa renda, outros desocupados, pois negociados por pessoas com certo poder aquisitivo para revenda, e outros ainda à venda pelos principais loteadores.

Após as investigações, foi possível visualizar a seguinte cadeia informal do parcelamento do solo do assentamento informal, uma verdadeira pirâmide social que se revelou. Os herdeiros presumidos, um deles, advogado, outros residentes em Porto Alegre e na cidade do Rio de Janeiro, organizaram-se, outorgando escrituras públicas de cessão de direitos hereditários para os loteadores clandestinos.

O loteadores clandestinos, responsáveis pelas vendas e demarcação dos lotes, eram compostos de um contador com escritório no centro da cidade, um líder comunitário (este parente de um Vereador, o qual apoiava iniciativas legislativas para a flexibilização da legislação urbanística local para facilitar a obtenção das numerações prediais) e de um mecânico, proprietário de uma oficina mecânica de automóveis em Dom Pedrito. Tais pessoas

⁵² O loteamento também recebeu o nome de Dr. Moacir Dias, um médico falecido que atuara na cidade de Dom Pedrito, sendo figura muito bem quista na comunidade, porque atendia gratuitamente a população carente. A tentativa de assim designar o loteamento clandestino deveu-se à simpatia da população por tal pessoa, conforme afirmado por servidor municipal de Dom Pedrito.

eram quem de fato detinham as informações registrais informais sobre a “propriedade” dos lotes, porque eram os responsáveis pela maior parte das negociações dos terrenos.

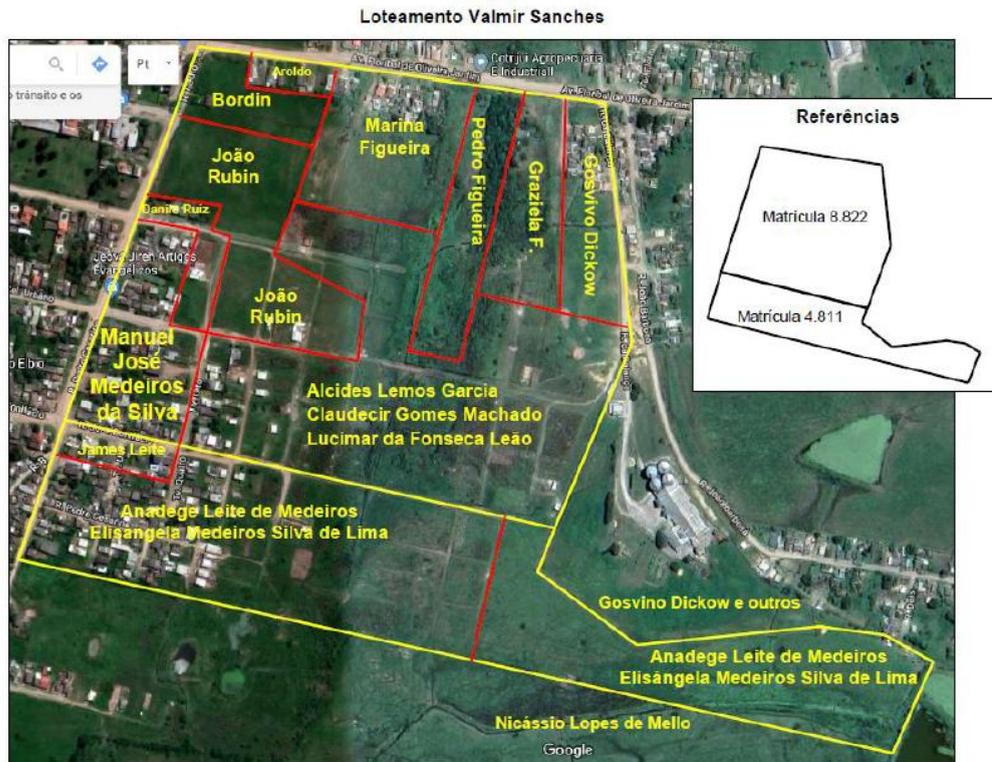
Entre os compradores, identificaram-se duas categorias de interesses: os investidores e os moradores de fato. Os investidores eram de pessoas com certo poder aquisitivo, visto que muitas adquiriram vários lotes dos principais loteadores clandestinos para revenda. O grupo era composto por uma família proprietária de empresa de transporte de porte médio, de uma comerciante que mantinha um pequeno mercado próximo à rodoviária, de um corretor de imóveis com carteira profissional e de uma advogada que mantinha um escritório no centro da cidade. A profissional recebeu inúmeros lotes para revenda em troca de assessorar a parte “jurídica” das negociações, como redigir os contratos de gaveta etc.

Os moradores de fato eram famílias pobres, as quais realmente sofriam o estado de necessidade da falta de habitação, pois se submeteram às condições degradantes do local; basicamente, um grupo formado por pequenos agricultores, empregados rurais, empregados domésticos, ou pessoas dedicadas ao mercado informal, embora se encontrassem neste grupo pessoas integradas ao mercado formal da cidade, a maioria constituída de empregados do comércio local.

O loteamento Valmir Sanches, embora existente desde a década de 1990, experimentou acelerado processo de expansão a partir de 2012, quando os herdeiros presumidos outorgaram as escrituras públicas aos responsáveis pelas negociações informais, fazendo dos imóveis das matrículas 4.811 e 8.822 um grande loteamento clandestino, conforme a figura abaixo.

Ainda, como é possível constatar pela imagem (figura 2), o loteamento Valmir Sanches encontra-se em zona chamada de expansão urbana, inclusive no local foram identificadas áreas de interesse ambiental (figura 7), assim como áreas de risco para as residências.

Figura 2 – divisão dos lotes entre os loteadores clandestinos e investidores



Nas seguintes figuras, constata-se a ausência de condições urbanísticas do assentamento informal, onde há esgoto a céu aberto, muitas das residências não possuem acesso aos serviços essenciais de água e de luz, problema que se tornou dramático durante a pandemia de COVID-19.

Figura 3 – esgoto a céu aberto no loteamento clandestino



Figura 4 – esgoto a céu aberto no loteamento clandestino



Figura 5 – viela inacessível a caminhões de bombeiro na entrada no loteamento Valmir Sanches



Figura 6 – desorganização urbanística do local



Figura 7 – lotes ocupados em área de preservação permanente



A distribuição de luz no loteamento clandestino Valmir Sanches funciona da seguinte forma, um morador obtém por meios pouco claros a ligação de luz da companhia elétrica; em seguida, tal morador passa a distribuir por meio de ligações clandestinas a energia elétrica para os demais. Por fim, os moradores usuários unem-se para suportar o custo mensal do fornecimento do serviço essencial.

Quanto ao serviço de fornecimento de água, os moradores, às vezes, obtinham acesso ao serviço por meio de favores de servidores públicos, ou por meios fraudulentos, como explicado acima, ou mesmo cavavam poços artesanais clandestinos. No caso da falta de água, o drama familiar permanecia, porque não era possível distribuí-la aos demais lindeiros de forma tão prática, como a energia elétrica.

O problema intensificou-se de forma dramática durante a pandemia de COVID-19,

quando a Promotoria de Justiça Especializada de Dom Pedrito passou a orientar os órgãos públicos a fornecerem a numeração predial, assim como passou a requisitar ligações de água e de luz para tal população.

4.3.1 Medidas adotadas pela Promotoria de Justiça Especializada de Dom Pedrito

As dificuldades para se obter informações e documentos sobre loteamentos clandestinos são muitas vezes desconsideradas. Os moradores, em geral, resistem em cooperar, pois devido ao desconhecimento temem que o Poder Público retire-lhes a moradia. Afinal muitos devem lembrar-se da terrível cena de algum despejo compulsório que tenham presenciado ou sofrido. O Poder Público, quando chamado, normalmente, comporta-se com a flagrante tendência de negar a situação, apontando problemas políticos variados, alegando falta de verbas etc. Os proprietários e loteadores clandestinos não têm interesse em apresentar provas que os comprometam.

4.3.1.1 Investigações nos inquéritos civis

De fato, a experiência demonstrou que nos loteamentos clandestinos de áreas privadas com loteador identificável, o problema somente será identificado em toda a sua complexidade, e enfrentado corretamente, quando surgirem provas das negociações e do controle do loteador sobre a venda dos lotes. Sem tais provas, o loteamento em questão será considerado produto de invasão espontânea, recebendo, portanto, tratamento jurídico diverso, cabendo, por exemplo, diretamente ao Município a regularização do local, o que pode gerar distorções inaceitáveis.

No início, quando se assumiram as investigações, já se apresentavam alguns depoimentos e contratos de gaveta nos autos dos inquéritos civis, porém eram insuficientes para demonstrar a formação do loteamento, já que é comum um morador transferir a posse para outro por meio desses contratos. Seguindo os requisitos da Lei n.º 6.766/79, poucos contratos de gaveta, alguns depoimentos e fotos de subabitações não comprovam a promoção ilegal de loteamento clandestino, nem a sua real extensão, o que nem sempre é fácil de constatar na prática.

As medidas acertadas somente surgiram quando se começou a compreender a intrincada cadeia de negociações informais de lotes em Dom Pedrito. Assim, enviou-se ofício para o setor do IPTU da Prefeitura Municipal, requisitando cópias de todos os contratos arquivados na repartição pública que fundamentaram a cobrança de IPTU.

Em alguns dias, a Prefeitura Municipal enviou à Promotoria de Justiça de Dom Pedrito quatro caixas recheadas de contratos irregulares. A busca ativa nos contratos permitiu identificar, rastrear, comprovar e mapear a formação ainda silenciosa de outros loteamentos clandestinos na cidade, assim como identificar os loteadores e responsáveis por vários loteamentos, entre eles, os do loteamento Valmir Sanches.

Outrossim, para evitar novas transações ilegais sobre loteamentos clandestinos, assim como para alertar os novos contraentes, apresentou-se ao Juiz da Direção do Foro de Dom Pedrito promoção, postulando a expedição de ofício para que a serventia do Tabelionato local passasse a se abster de reconhecer firmas em contratos de gaveta. Deferida a medida, de fato, o Tabelionato de Dom Pedrito passou a negar-se a reconhecer firmas em tais documentos, quebrando a narrativa dos vendedores de que o Tabelião estava chancelando a legalidade dos documentos clandestinos. Os loteadores passaram, então, a reconhecer as firmas dos contratos na Comarca vizinha de Bagé.

A essa altura dos acontecimentos, procurou-se informar a população pedritense por meio de entrevistas em programas populares de estação de rádio local o real sentido das normas urbanísticas, as responsabilidades previstas em lei, esclarecendo os motivos pelos quais a completa regularização dos imóveis era imprescindível para que a situação fosse sanada.

Após, de posse dos documentos suficientes para a comprovação das identidades dos responsáveis, o modus operandi aplicado nas operações, as ilegalidades perpetradas, julgou-se acertado o momento para se apresentar em Juízo pedidos de busca e apreensão de mais documentos nas residências e nos locais de trabalho dos envolvidos.

Deferidas as ordens judiciais, obteve-se apoio do GAECO de Bagé⁵³ para deflagrar a operação. Os cumprimentos das ordens judiciais de busca e apreensão reuniram mais contratos irregulares, mapas, memoriais e projetos de loteamentos, revelando-se um sucesso, porquanto mais documentos comprobatórios foram reunidos.

A operação criminal desencadeada pelo Ministério Público, com fundamento na violação do crime do art. 50 da Lei n.º 6.766/79, apresentou dupla função: a obtenção de provas documentais e a demonstração à população local sobre a importância e seriedade da legislação urbanística, tão desconsiderada até então.

⁵³ <https://www.mprs.mp.br/noticias/criminal/49379/> (acessado em 24/10/2022)

4.3.1.2 Ação Civil Pública de regularização fundiária do loteamento

Pois bem, provas documentais consistentes reunidas, depoimentos documentados na Promotoria de Justiça e condutas bem definidas dos envolvidos desaguaram no próximo passo: ajuizamento de ação civil pública (n.º 012/1.19.0000845-1) para a regularização do loteamento clandestino, sendo deferido bloqueio judicial patrimonial dos loteadores, investidores e herdeiros presumidos envolvidos, com vistas a possibilitar o futuro financiamento das obras de infraestrutura urbanística tão necessárias ao assentamento informal.

Neste momento, constatou-se uma situação jurídica complexa e paradoxal, criada pela Lei n.º 13.465/17. O Município, por meio administrativo (REURB), pode reconhecer a legitimação de pronto da posse e, ao final do procedimento, declarar a propriedade do morador, sem a necessidade de maiores requisitos legais. Entretanto, para reconhecer a propriedade, o Poder Judiciário deve atender aos requisitos legais bem definidos nas normas urbanísticas de usucapião e seus correlatos.

Ao final, a linha de argumentação e a causa de pedir da ação civil pública orientaram-se principalmente pelas normas da Lei n.º 6.766/79, apontando a responsabilidade direta dos loteadores, e subsidiária do Município, pela Lei n.º 13.465/17, esta de forma mais periférica, e pela prescrição aquisitiva com acessão da posse, sob pena de se criar uma espécie de “REURB judicial”, algo insólito, certamente.

Enfim, conforme a estratégia traçada, o bloqueio judicial patrimonial teria dupla função estratégica: forçar a negociação dos loteadores e demais responsáveis em posição claramente vantajosa para o Ministério Público, ou, caso não avançassem as negociações, garantir que o loteamento clandestino, após sentença judicial procedente, de fato recebesse as obras tão necessárias para a vida digna dos moradores.

Alguns réus interpuseram agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul contra a decisão interlocutória de bloqueio de bens deferida pelos Juízos de Dom Pedrito.

Neste momento, o desconhecimento geral sobre a legislação urbanística no meio jurídico fez-se presente, prejudicando momentaneamente os trabalhos. O douto Defensor Público substituto da Comarca de Dom Pedrito interpôs em nome da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul agravo de instrumento (70083017210) contra o bloqueio cautelar de bens dos loteadores e demais responsáveis que foi deferido em primeira instância. Ou seja, o recurso manejado pela Defensoria Pública prejudicava sobremaneira os interesses

dos moradores carentes do referido loteamento clandestino.

Mas, não é só. O douto Desembargador relator do recurso, fundamentando inteiramente a sua decisão monocrática na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), deferiu efeito suspensivo ao recurso. Em contrarrazões, alegou-se a nulidade da decisão monocrática por ausência de fundamento jurídico, uma vez que as questões envolvidas na petição inicial nem de longe referiam ou cogitavam qualquer ato de improbidade administrativa, cuja lei era totalmente estranha aos fundamentos do Juízo a quo para deferir a ordem.

No mérito, após, a normalidade foi restituída, os agravos de instrumento interpostos foram improvidos pelos Desembargadores de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Conforme o previsto, após o improvimento judicial dos recursos, os advogados dos loteadores e demais responsáveis procuraram o Ministério Público para formalização de acordo. A esta altura dos acontecimentos, já havia sido oferecida denúncia contra os envolvidos pela promoção do loteamento clandestino por estarem incursos nos crimes do art. 50 e art. 51 da Lei n.º 6.766/79, o que certamente também contribuiu como pressão psicológica para buscar as vias de negociação.

O acordo extrajudicial foi formalizado pelo Ministério Público e pelos principais loteadores no salão do júri do Fórum de Dom Pedrito em vista da grande quantidade de pessoas interessadas na resolução do conflito.

Os loteadores assumiram a obrigação solidária de fazer consistente em proceder à regularização do loteamento por eles implantado em parte do imóvel de matrícula n.º 8.822, no Bairro denominado Dr. Valmir Sanches, Moacir Dias ou Rincão da Figura, no Município de Dom Pedrito, mediante a elaboração, no prazo de até 30 dias a contar da assinatura do presente, do projeto a que alude o artigo 35 da Lei n.º 13.465/17, com observância de todos os requisitos urbanísticos da Lei n.º 6.766/79, Lei Estadual n.º 10.116/94 e leis municipais que tratem da matéria, para imediata submissão ao ato de aprovação municipal, mediante comprovação na Promotoria de Justiça e nos autos da ação civil pública.

O extenso acordo extrajudicial contou com 15 cláusulas, trazendo detalhadamente as obrigações consistentes na regularização fundiária do bairro Valmir Sanches. Entre outras obrigações, os ajustantes assumiram a obrigação solidária de, no prazo de 60 dias a contar da aprovação do Projeto de Regularização do Loteamento pela Prefeitura Municipal de Dom Pedrito, fazer consistente em executar as obras necessárias previstas no projeto (vide item I), ou seja: obedecer com precisão o cronograma de execução, devendo contemplar todos os

requisitos urbanísticos, equipamentos urbanos, áreas institucionais, solução de esgotamento sanitário conforme plano de saneamento e leis municipais; obter água e luz – tudo de acordo com a Lei n.º 6.766/79, inclusive com realocações de residências de área de risco ou de APP e outras situações, o que deve estar especificado no referido projeto, sendo que todo o trâmite da regularização deve ser acompanhado nos autos da ACP. E tudo sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por dia de atraso.

Foi prevista, igualmente, compensação urbanística, nos termos do disposto no artigo 11, §1º, da Lei n.º 13.465/17 e artigo 43, parágrafo único da Lei n.º 6.766/79, isto é, em caso de dispensa de requisitos urbanísticos, os ajustantes assumem a obrigação solidária de fazer consistente em cumprir a compensação exigida pelo Município de Dom Pedrito quando da análise do projeto.

Até o presente momento, os ajustantes apresentaram o memorial georreferenciado do loteamento, porém o Juízo de Dom Pedrito, passado mais de dois anos, ainda não apreciou o respectivo acordo.

4.4 LOTEAMENTO HUMAITÁ I E II

O loteamento Humaitá resultou de um projeto de loteamento apresentado pela incorporadora Humaitá no Município de Dom Pedrito por volta dos anos 2000. A incorporadora de fato implementou as obras de infraestrutura de acordo com o projeto aprovado dos loteamentos Humaitá I e II, os quais possuem vias com traçado definido, lotes bem distribuídos, contemplando as medidas urbanísticas mínimas na legislação, assim como contam com a presença de áreas institucionais, como praças públicas e locais para postos de saúde e outros, o que não se observa nos demais loteamentos clandestinos de Dom Pedrito.

Figura 8 – Loteamento Humaitá



O Loteamento Humaitá em verdade trata-se de um loteamento irregular, porque durante o processo de registro imobiliário a sociedade incorporadora decretou falência, motivo pelo qual nunca houve o parcelamento formal da matrícula matriz do imóvel em novas matrículas derivadas no Registro Imobiliário.

O Município de Dom Pedrito chegou a ajuizar ação judicial⁵⁴ contra os sócios da sociedade falida no ano de 2003, porém não se obteve resultado prático algum. Após, a regularização pública do loteamento não recebeu continuidade, permanecendo a situação dos moradores indefinida por mais de uma década.

A situação do Loteamento Humaitá apresentou-se bem diversa em relação ao Loteamento Valmir Sanches. Os próprios moradores, trabalhadores de classe média baixa, organizaram-se para regularizar formalmente os seus imóveis por volta do ano de 2016. Os moradores contrataram às suas expensas empresa de engenharia local, que realizou memoriais descritivos dos lotes e elaborou o levantamento georreferenciado dos lotes, uma exigência do Registro de Imóveis local.

Ocorre que, embora bem organizados, os moradores não conseguiram qualquer advogado disposto, a preços módicos, procurar as vias judiciais ou administrativas para a regularização do Loteamento. Por isso, esses moradores, ao perceberem que a Promotoria de Justiça de Dom Pedrito vinha regularizando loteamentos clandestinos, por meio de políticos locais, procuraram o Ministério Público.

A grande maioria deles mantinha os contratos originais de compra dos lotes da sociedade incorporadora falida, enquanto outros mantinham contratos de alienação que permitia rastrear documentalmente a cadeia dominial até o contrato-base com a loteadora falida; e alguns ainda não mantinham contratos que comprovassem inteiramente a cadeia dominial, embora comprovassem acessão de posse suficiente para usucapir.

Por isso, nesse caso, o Ministério Público adotou as seguintes medidas: obtiveram-se por meio de dúvida o reconhecimento judicial da legitimidade do Parquet⁵⁵ (a qual não consta expressamente na legislação) para o usucapião coletivo extrajudicial, a dispensa do pagamento de custas e emolumentos por parte dos moradores e a dispensa de citação de confrontantes. De posse da sentença transitada em julgado, após as escrituras formalizadas pela Senhora Tabeliã, apresentou-se o pedido ao Registrador de Imóveis, para o caso dos

⁵⁴ Ação judicial n.º 012/1.03.0003844-0 com sentença procedente de determinando a regularização do loteamento em 28/07/2006.

⁵⁵ Apresentou-se a dúvida n.º 012/1.19.0000938-5 junto à Direção do Foro de Dom Pedrito, o qual expediu sentença procedente.

O terreno do loteamento de grande extensão (figura 8) pertencia a uma sociedade comercial cuja sede localizava-se no Município vizinho de Santana do Livramento. Os pais dos primos eram sócios da referida sociedade comercial, porém havia outros sócios residentes em Santana do Livramento que alegavam não ter conhecimento do parcelamento clandestino.

Um desses sócios, pai de um dos loteadores, havia falecido, encontrando-se as quotas da sociedade (e, por conseguinte, parcela do terreno) em inventário. Ainda, a matrícula do terreno ostentava um registro de penhora em razão de execução fiscal do Estado do Rio Grande do Sul contra a sociedade comercial, a qual apresenta dívida ativa fiscal considerável.

Os primos tentaram por duas vezes usucapir o terreno, não obtendo sucesso em ambas as demandas judiciais; mas, mesmo assim, continuaram a vender lotes do terreno por preços que variavam de R\$ 20.000,00 a R\$ 60.000,00, caros para a realidade de Dom Pedrito.

Várias pessoas desavisadas compraram lotes, acreditando na palavra dos vendedores. Uma ou duas pessoas estão morando no local, sem acesso à luz, em razão da ilegalidade do parcelamento, conforme explicado antes.

O presente caso levanta suspeitas de que os primos loteadores, em conluio com a sociedade empresária, estivessem praticando uma espécie de fraude contra credores por meio do loteamento clandestino. Os demais sócios alegaram o desconhecimento sobre a situação, porém a sociedade fora citada duas vezes nas ações frustradas de usucapião apresentadas pelos loteadores clandestinos. Passados alguns anos, os compradores poderiam apresentar pedido de usucapião, prejudicando eventuais credores da sociedade empresária, uma vez que usucapião tem efeito de aquisição originária da propriedade.

Havia algumas suspeitas sobre possível parcelamento do terreno, viam-se algumas demarcações físicas no terreno, por exemplo. Porém, somente foi confirmada a clandestinidade quando se obtiveram as cópias dos contratos irregulares enviadas à Promotoria de Justiça pelo Setor de Tributação da Prefeitura Municipal de Dom Pedrito.

Passando pelo terreno do loteamento, aparentemente, tratava-se de um terreno “baldio”, uma simples extensão de terras próxima à entrada da cidade, algo que não chamava atenção; entretanto se apurou, por meio dos contratos enviados pelo Setor de IPTU de Dom Pedrito, que já haviam sido comercializados 30 lotes, tendo assim, os loteadores clandestinos captado da comunidade cerca de R\$ 900.000,00.

Figura 9 – Vista da testada do loteamento Minussi



Figura 10 – vista panorâmica parcial do loteamento Minussi



Ao que se sabe, a existência do loteamento clandestino era de conhecimento de servidores públicos da Prefeitura Municipal de Dom Pedrito, entretanto o terreno pertencia à família com certo prestígio local, motivo pelo qual a Administração Pública omitiu-se.

Nas figuras 9 e 10, verifica-se a existência de duas residências, ambas sem o fornecimento dos serviços essenciais de água e de energia elétrica. Ainda verificou-se que o lote n.º 24 fora negociado e vendido pelos loteadores para sete pessoas diferentes.

As vítimas eram pessoas de classe média, havendo entre elas alguns idosos, um vidraceiro e uma professora da rede estadual que gastou as suas economias na compra do lote. Ouvidas na Promotoria de Justiça, as vítimas foram surpreendidas pelas notícias. A muitas

delas foi mostrada a matrícula do imóvel onde se comprovavam a venda a non domino e o registro da penhora.

De qualquer forma, a situação apresentou-se insustentável desde o início. O loteamento Minussi pelas questões expostas não é passível de regularização fundiária neste momento. Não havia consolidação da posse das vítimas na posse dos terrenos.

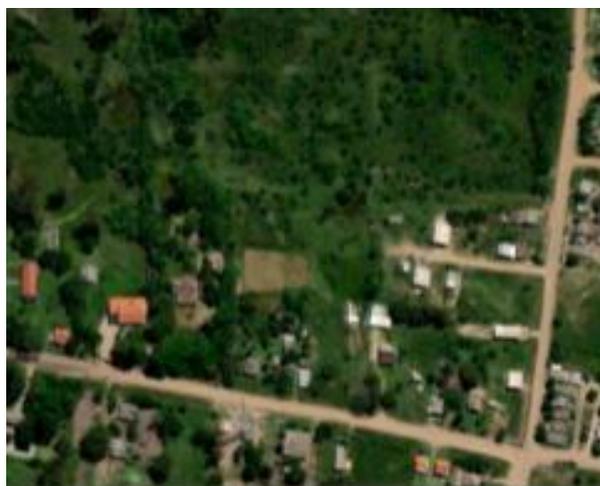
Por isso, no caso do Loteamento Minussi a Promotoria de Justiça de Dom Pedrito ajuizou ação civil pública, postulando a reparação de danos das vítimas pelos primos loteadores clandestinos, também acompanhada de pedido cautelar de bloqueio de bens, o que foi deferido pelo Juízo.

4.6 LOTEAMENTO DO BAIRRO OLARIA

Mais um Loteamento clandestino de formação silenciosa estava se enraizando em Dom Pedrito, com cadeia informal de venda de lotes que guardava certa similaridade com o Loteamento Valmir Sanches, embora de extensão menor.

O loteamento em questão estava sendo formado por uma família composta de mãe (com problemas mentais) e de um filho, ambos os proprietários registrais que, ao herdarem grande extensão de terras, deram início ao loteamento ainda durante o processo de inventário.

Figura 10 – Loteamento do bairro Olaria



O Ministério Público instaurou o Inquérito Civil n.º 01750.000.276/2018 com o objetivo de "apurar a existência de suposto loteamento clandestino localizado nas travessas da Rua Bezerra de Menezes, após a Sede Campestre do Clube Comercial", porque a verdade é

que não se sabia exatamente a localização e o tamanho do loteamento clandestino em questão, algo mais comum do que se imagina.

Com o andar das investigações, apurou-se que o loteador de fato, conhecido por “Cici”, era possuidor de terrenos no Bairro Olaria, bem como vendia lotes de forma totalmente irregular, fazendo de parte do bairro um loteamento clandestino. O loteador de fato, “Cici”, mantinha uma retroescavadeira em sua residência, abrindo vielas e ruas sem maiores dificuldades. Em troca, os herdeiros (mãe e filho) cediam-lhe parte dos lotes abertos, os quais eram comercializados por “Cici”, o qual arregimentou outras pessoas para ajudar a vender os lotes.

Pela suposição do Registro de Imóveis local, acreditava-se que a área loteada por “Cici” tratava-se da matrícula de n.º 10.505, atualmente registrada sob o R8.10.505. Contudo, ao analisar os contratos obtidos do Setor de IPTU da Prefeitura de Dom Pedrito, concluiu-se que a área loteada dizia respeito à matrícula n.º 16.130, registrada em nome dos herdeiros, quando se compreendeu exatamente a dinâmica da cadeia informal e o tamanho do loteamento em questão.

Na Promotoria de Justiça, constatou-se que, aproveitando-se de brecha legal, a numeração predial no loteamento clandestino era obtida junto ao Município de Dom Pedrito da seguinte forma: instalava-se temporariamente uma “bolanta”⁵⁶ ou um contêiner para moradia em determinado lote clandestino; uma vez obtida a numeração predial por meio de procedimento administrativo, figurava-se possível a instalação formal dos serviços de fornecimento de água e de luz. Após, deslocava-se a “bolanta” para outro lote e assim sucessivamente.

Figura 11 – “bolantas” empregadas como ocupação simulada



⁵⁶ Pequena casa de madeira em forma de contêiner, utilizada para moradia de pessoas carentes, muito popular em Dom Pedrito

Assim, o Ministério Público ajuizou ação civil pública para regularização fundiária do loteamento clandestino, obtendo liminar para: a) a intimação dos requeridos para que se abstenham de negociar por qualquer meio o imóvel 16.130, sob pena de multa individual de R\$ 10.000,00; b) à Tabeliã de Dom Pedrito que extraia cópia e remeta ao Ministério Público qualquer documento particular que importe na negociação de terrenos no Município, com exceção do denominado Parque Cerejeiras; c) a indisponibilidade dos bens dos responsáveis pelo loteamento clandestino até o limite de R\$ 176.504,00, mediante restrição via RenaJud, expedição de ofícios aos registros de imóveis de Dom Pedrito, Santana do Livramento e Bagé, inclusão de indisponibilidade via CNIB, inclusão de indisponibilidade via BacenJud; d) a quebra de sigilo fiscal; e) que os réus solidariamente publiquem trecho sobre a presente ação nos jornais locais e no Portal Qwerty de Notícias; e f) a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Planejamento para apresentação de laudo, em 30 dias, respondendo os quesitos apresentados na inicial.

4.7 OUTROS LOTEAMENTOS CLANDESTINOS

A divulgação das operações de busca e apreensão do Ministério Público, as sucessivas entrevistas na rádio local, os bloqueios cautelares de bens e de outras determinações liminares mantidas em segunda instância trouxeram resultados animadores.

Os próprios moradores de outros loteamentos passaram a cooperar mais com o Ministério Público, principalmente, quando perceberam que não haveria despejos coletivos em Dom Pedrito.

Assim, foi possível celebrar termo de ajustamento de conduta para regularização fundiária de um pequeno loteamento clandestino próximo ao quartel, no qual a loteadora⁵⁷, muito envergonhada, informou que nada entendia de direito, que vendera os lotes clandestinos sob tal manto de ignorância.

Em outro caso, os moradores de loteamento clandestino pequeno, na época já identificado pela Promotoria de Justiça, exerceram pressão sobre o loteador clandestino, o qual procurou o Ministério Público para firmar termo de ajustamento de conduta para a regularização fundiária do loteamento.

⁵⁷ https://dompedrito.rs.gov.br/noticiasView/5459_TRABALHO-PARA-REGULARIZAR-BAIROS-E-LOTEAMENTOS-EM-DOM-PEDRITO-CONTINUA-INTENSO.html (acessado em 24/10/2022)

4.8 CONCLUSÕES PARCIAIS

O trabalho nos inúmeros loteamentos clandestinos de Dom Pedrito revelou um perfil de cadeia informal muito mais dirigida pelo poder econômico e afetadas pela cultura serviente de reminiscência rural recente. As formações dos núcleos urbanos informais investigados nos inquéritos civis não se trataram de “invasões” de lotes urbanos, ocorridas de forma mais espontânea, quando famílias carentes são forçadas pelo estado de necessidade a ocupar extensões de terra urbana pública ou privada abandonadas.

Embora constatada a situação de miséria da maioria da população pedritense, ainda se buscavam meios legais distorcidos, muitas vezes configurando arremedos jurídicos para a ocupação da terra, ainda que redundasse em termos, muitas vezes, selvagens e desumanos, revelando uma organização sócio-espacial injusta e excludente, que já vem sendo denunciada há anos pela literatura urbanística especializada – logo nada surpreendente.

Outro aspecto que restou claro foi o momento e a forma como se dá a intervenção do Poder Público em relação ao momento de consolidação da posse da comunidade, ouvidos seus interesses, de forma a se captar os fatores multidimensionais inseridos naquela realidade.

Os diversos instrumentos jurídicos de regularização fundiária no Brasil ainda convivem na legislação, partem de certos paradigmas históricos de regularização fundiária, desde a visão individualista clássica, ainda que tratada de forma coletivizada, passando pelo sistema coletivista, construído sob a natureza coletiva do direito à cidade, ou mesmo na versão mais recente do individualismo em visão meramente tecnicista.

Verifica-se a necessidade de classificação científica dos núcleos urbanos informais para a correta abordagem jurídica e social do problema. Os assentamentos informais decorrentes de ocupações mais espontâneas de áreas públicas ou privadas por famílias carentes em locais distantes ou de difícil acesso revelam dinâmica mais observada em cidades maiores, embora sejam detectados também em cidades menores.

Entretanto, ainda que inspirada em paradigma conservador, a Lei n.º 6.766/79 não pode ser simplesmente desconsiderada em nome das facilidades flexibilizadoras da REURB, a qual foi editada em momento condizente com o movimento de financeirização do solo. De qualquer forma, a Lei n.º 13.465/17 tem-se revelado útil em alguns casos, embora sua aplicação deva ser acompanhada de cautelas principalmente quanto à parte flexibilizadora ambiental e às zonas de risco.

Os instrumentos de regularização fundiária não limitam o paradigma a ser implantado no caso concreto. Em Dom Pedrito buscou-se o paradigma da regularização

fundiária plena, por meio de vários instrumentos previstos na legislação urbanística, partindo do respeito aos anseios das comunidades atingidas.

4.9 SANTANA DO LIVRAMENTO

O Município de Santana do Livramento foi inicialmente ocupado pelos índios minuanos e charruas, hoje extintos. Por volta do ano de 1810, houve um combate entre forças portuguesas e espanholas, saindo vitoriosas as primeiras. Posteriormente, os oficiais que guarneciam as fronteiras foram aos poucos levantando moradias, constituindo, assim, os primeiros núcleos de colonização no território.

Em 1834, a Sra. Ana Ilha de Vargas, fazendeira abastada, doou à igreja uma imagem de Nossa Senhora de Santa Ana, na condição de ser esse o nome dado ao curato. O Município passou, então, a denominar-se Santana do Livramento e, mais tarde, somente Livramento. Em 1957, foi restituída a antiga denominação.

O Município de Santana do Livramento é vizinho ao Município de Dom Pedrito. Trata-se de Município com população de 82.464 habitantes de acordo com o censo de 2010⁵⁸, localizado na região do pampa gaúcho, fazendo fronteira seca com o Uruguai. Possui território correspondente a 6.946,407 km², um pouco maior do que Dom Pedrito.

Santana do Livramento, igualmente a Dom Pedrito, é o típico município da zona sul do Estado do Rio Grande do Sul, isto é, um município de grande extensão territorial, de traço etnográfico predominantemente português e espanhol, fundação antiga, com centro histórico considerável, e elite econômica basicamente composta de grandes proprietários de terras, que exploram a agricultura monocultora e pecuária extensivista.

Porém, Santana do Livramento mantém núcleo mais urbanizado, porque a sua economia não se concentra unicamente na agricultura, em vista do comércio intenso, em razão da localização fronteiriça.

Notória a influência de povos do oriente médio na região, principalmente, no comércio local de Santana do Livramento, onde vários mercados, supermercados e a própria economia informal são dirigidos por famílias de ascendência mourisca. Ainda, a influência de Rivera, cidade uruguaia, também se faz muito presente em Santana do Livramento, tanto que se denominam “cidades irmãs”. É permitido o livre trânsito transfronteiriço entre cidadãos de ambas as nações.

⁵⁸ <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/santana-do-livramento/panorama> (acesso em 25/10/2022)

O poder político local de Santana do Livramento igualmente é exercido pela elite econômica do município, inclusive, famílias muito abastadas de origem arábica.

O trabalho em Santana do Livramento concentrou-se no ano de 2017, quando se substituiu a Promotoria de Justiça Especializada de Santana do Livramento.

4.9.1 Plano Diretor do Município de Santana do Livramento

O Plano Diretor de Santana do Livramento, autodenominado Plano Diretor Participativo, está instituído pela Lei Complementar n.º 45, de 10 de outubro de 2006⁵⁹. Trata-se de Plano Diretor que, igualmente, adota toda a principiologia das normas constitucionais e do Estatuto da Cidade.

O Plano Diretor de Santana do Livramento compõe-se de vários artigos, tabelas, gráficos e mapas, entrando em minúcias sobre diversos instrumentos de política urbana, como as zonas especiais de interesse social, o estudo de impacto de vizinhança e seu respectivo relatório, além de tratar de temas como educação, esporte e cultura.

O Plano Diretor Participativo abrange a totalidade do território do Município, definindo as políticas públicas para o mesmo, o funcionamento do Conselho de Planejamento da Cidade, a função social da cidade e da Propriedade, os planos e ações estratégicas e a implantação do Sistema de Planejamento e Gestão.

Outros temas são abordados como renda, trabalho e renda, educação, saúde, assistência social, cultura, esporte lazer e recreação, segurança, sendo traçadas diretrizes, definições e políticas para cada um deles. Em resumo, o Plano Diretor de Santana do Livramento muito se assemelha a uma Lei Orgânica, tamanha a sua abrangência de matérias.

A seção II dedica-se ao parcelamento do solo urbano, trazendo conceitos de loteamentos, loteamentos para a formação de sítios de recreio, loteamentos industriais, loteamentos populares. A paisagem urbana igualmente é tratada na Lei, a qual recebeu uma política de paisagem urbana com definições e prioridades.

Apresenta-se, ainda, um capítulo inteiramente dedicado aos instrumentos de regularização fundiária destacando-se os seguintes dispositivos:

Art.155 - O Executivo com base nas atribuições previstas no inciso VIII do artigo 30 da Constituição da República, na Lei Federal nº10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade e na legislação municipal de regularização de loteamento e parcelamento do solo e edificações, deverá incorporar os assentamentos precários, favelas, loteamentos irregulares e cortiços, visando sua

⁵⁹

<https://www.santanadolivramento.rs.leg.br/leis/legislacao-municipal/plano-diretor/plano-diretor-municipal/view> (acesso em 25/10/2022).

regularização urbanística e fundiária, mediante a utilização de instrumentos urbanísticos próprios:

- I. A criação de Zonas Especiais de Interesse Social, previstas e regulamentadas no artigo 18 e na legislação decorrente,
- II. A concessão de uso especial para fins de moradia,
- III. A usucapião especial de imóvel urbano,
- IV. O direito de preempção,
- V. A assistência técnica urbanística, jurídica e social, gratuita.

Art.156 - O Executivo deverá viabilizar a articulação entre os diversos agentes envolvidos no processo de regularização, como representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, dos Cartórios de Registros, bem como dos grupos sociais envolvidos visando equacionar e agilizar os processos de regularização fundiária.

(...)

Art.158 - Cabe ao Executivo garantir assessoria técnica, urbanística, jurídica e social gratuita à população, indivíduos, entidades, grupos comunitários e movimentos na área de Habitação de Interesse Social, buscando promover a inclusão social, jurídica, ambiental e urbanística da população de baixa renda à Cidade, na garantia da moradia digna, particularmente nas ações visando à regularização fundiária e qualificação dos assentamentos existentes.

§1º - Para cumprir com o disposto no caput deste artigo será constituída uma Equipe Técnica específica, com dedicação prioritária para realizar Estudos de Viabilidade Urbanística – EVU nas áreas passíveis de decretação de ZEIS.

§2º - Será realizado um Plano Piloto, com EVU, no Bairro Vila Real⁶⁰, para capacitação da equipe e ajustamento de procedimentos, conjuntamente com o Conselho de Planejamento da Cidade.

O Plano Diretor de Santana do Livramento apresenta-se bem mais complexo e mais completo do que o Plano Diretor de Dom Pedrito, sendo comparável a planos diretores de capitais, tamanho o detalhamento de políticas, diretrizes, estratégias e instrumentos. A exemplo de Porto Alegre, o Plano Diretor de Santana do Livramento engloba um plano regulador que estabelece normas e padrões de parcelamento do solo e paisagem.

Entretanto, como se verá adiante, o Plano Diretor de Santana do Livramento não foi aplicado; muito pelo contrário, a realidade local pouco se amoldou às nobres aspirações do bem elaborado Plano Diretor, sendo que a desorganização urbanística em todos os aspectos alcançou níveis quase incontroláveis.

A situação chegou a tal ponto que os políticos locais em campanha eleitoral passaram a distribuir lotes para a população carente nas chamadas áreas verdes do Município sem maiores critérios. Muitas pessoas, aproveitando a situação, construíam apenas as paredes das residências nos terrenos cedidos para tomar posse dos terrenos, porém sequer residiam nos locais. A especulação imobiliária tomou conta dessa forma.

⁶⁰ Ministério Público ajuizou ação civil pública n.º 5006269-69.2019.8.21.0005, obtendo liminar em 1º grau de jurisdição, pois o loteamento permanecia completamente irregular, e o loteador permanecia vendendo lotes. Porém, pelo fato de ter sido aprovado o parcelamento do solo no ano 1978 (anterior à Lei n.º 6.766/79), foram julgados providos os agravos de instrumento n.º 70085290815 e 70085411973 em razão da irretroatividade da norma. Trata-se do único caso em que as liminares deferidas em 1º grau foram reformadas em 2º grau de jurisdição.

Mesmo após o ajuizamento das ações civis públicas pela Promotoria de Justiça Especializada de Santana do Livramento, o mandatário municipal permaneceu cedendo terrenos de grande extensão para as pessoas que lhe demonstrassem algum apoio político.

4.9.2 – Aspectos gerais: loteamentos irregulares de Santana do Livramento

Em Santana do Livramento, o problema era diverso. Novamente, observou-se Secretaria do Planejamento engessada por procedimentos administrativos pouco transparentes, a qual pouco detinha autonomia técnica para fiscalizar os assentamentos constituídos, em razão de influência do poder político e econômico indevido.

Ao contrário de Dom Pedrito, em Santana do Livramento, desde a década de 1990, o descontrole administrativo sobre o registro formal imobiliário de loteamentos atingiu intensidade tal que os loteadores e responsáveis não se preocupavam em providenciar a infraestrutura urbana ao parcelar o solo urbano.

Era apresentado o projeto de loteamento na Prefeitura Municipal, obedecendo a todos os requisitos legais e formais. Após a aprovação municipal, os loteamentos eram registrados no Cartório de Registro de Imóveis sem maiores verificações sobre as instalações urbanísticas implementadas de fato nos parcelamentos.

Em busca ativa com a parceria da Senhora Registradora de Imóveis e de servidores públicos do Departamento de Plano Diretor, constataram-se 37 loteamentos irregulares em Santana do Livramento, sendo a maioria deles de responsabilidade de incorporadoras e imobiliárias dominadas por famílias abastadas da cidade.

4.9.3 – Investigações pela Promotoria de Justiça nos inquéritos civis

Formou-se uma espécie de força-tarefa entre a Promotoria de Justiça, a atual Oficial do Registro de Imóveis e servidores públicos municipais do Departamento do Plano Diretor para a regularização fundiária dos inúmeros loteamentos irregulares de Santana do Livramento, documentadas as ações por meio do PA.01234.00024/2017, instaurado para tal fim.

A atual Oficial Registradora elaborou levantamento completo dos loteamentos santanenses, fazendo visitas in loco para verificar a real situação estrutural dos parcelamentos urbanos, enviando para Promotoria de Justiça as cópias das matrículas dos imóveis loteados, acompanhadas de registro fotográfico dos locais e demais matrículas registradas em domínio dos responsáveis pelo respectivo loteamento.

Após, os servidores públicos municipais, um engenheiro civil e uma arquiteta do Departamento do Plano Diretor, dirigiam-se aos loteamentos, onde elaboravam relatórios técnicos sobre a infraestrutura faltante, apresentando, desde já, orçamentos sobre os custos das obras de correção, já visando o bloqueio de lotes registrados e de bens imóveis dos responsáveis indicados pela Serventia do Registro de Imóveis.

A titular da pasta da Secretaria Municipal do Planejamento de Santana do Livramento da época julgava desimportantes as diligências adotadas pelos servidores públicos municipais em relação aos loteamentos irregulares, porém pouco se envolveu, porque não compreendia exatamente o que estava acontecendo.

De posse de tal documentação técnica, a Promotoria de Justiça Especializada inicialmente instaurou 34 inquéritos civis com objeto bem delimitado, notificando, em seguida, os responsáveis pelos loteamentos irregulares para celebração de termo de ajustamento de conduta para a regularização fundiária, não obtendo êxito em nenhum dos casos, em razão do descrédito da lei urbanística na cidade.

Em determinado momento, percebeu-se que as audiências para tentativa de celebração de termo de ajustamento de conduta seriam infrutíferas, motivo pelo qual se passou a ajuizar ação civil pública para a regularização dos loteamentos irregulares sem a tentativa de solução negociada.

4.9.4 – Ações civis públicas para regularização dos loteamentos irregulares

Durante o ano de 2019, a Promotoria de Justiça Especializada de Santana do Livramento ajuizou em sequência 23 ações civis públicas fundadas na documentação enviada pelo Registro de Imóveis, pelo Departamento do Plano Diretor e pelo Departamento Ambiental de Santana do Livramento, postulando a responsabilização direta pela regularização fundiária aos loteadores e responsabilização subsidiária ao Município, inclusive, para os casos de loteamentos irregulares mais antigos, já que a situação de clandestinidade ou irregularidade de loteamentos trata-se de situação ilegal que se renova no tempo e impede a pretensão da regularização fundiária seja atingida pela prescrição, conforme jurisprudência antiga e tradicional.

Os pedidos liminares de bloqueio de bens até o limite do orçamento enviado pelos servidores públicos do Plano Diretor, restrição judicial sobre lotes ainda não alienados, proibição de venda de novos lotes, a fixação de outdoor nas entradas dos loteamentos admoestando a população local sobre as decisões judiciais e alguns casos de realocação de

famílias foram integralmente deferidos pelos Juízos da 1ª e da 2ª Varas Cíveis de Santana do Livramento.

Desde já, foram apresentados quesitos sobre as condições estruturais dos loteamentos irregulares para acelerar o procedimento das ações coletivas, uma vez que seria possível o julgamento antecipado da lide, já que a instrução probatória das ações judiciais dependia basicamente de prova documental e pericial.

O Município de Santana do Livramento interpôs agravos de instrumento contra tais decisões liminares em cerca de 17 ações civis públicas, sob as mais diversas alegações, sendo que somente 3 loteadores recorreram das decisões liminares.

Alguns loteadores, então, postularam em Juízo a liberação da alienação dos lotes ainda não alienados para custear as obras de infraestrutura dos loteamentos, entretanto determinou-se que o produto da venda fosse depositado em Juízo, com o que os requeridos não concordaram.

Em resumo, atualmente, quase todas as ações civis públicas estão na fase do despacho saneador, em uma delas houve audiência. As tutelas de urgência significativas das decisões mantiveram-se (bloqueio de bens e de lotes não alienados, proibição de alienação de novos lotes e fixação de outdoor nos loteamentos), mesmo desafiadas as decisões por agravos de instrumento, os quais foram distribuídos na 1ª, 3ª e 4ª Câmaras Cíveis do TJ/RS.

Em resumo, atualmente, a situação processual de cada uma das ACP por loteamento:

1. **Parque Residencial Santanense:** ACP 025/1.19.0003310-8, digitalizada no e-proc sob o n.º 50048199120198210025, decisão liminar permanece na íntegra, porque não foi interposto agravo de instrumento.
2. **Cidade Carajás:** ACP 025/1.19.0003390-6, digitalizada no e-proc sob o n.º 50030513320198210025, decisão liminar permanece na íntegra, porque não foi interposto agravo de instrumento.
3. **Severo D'Abreu:** ACP 025/1.19.0003284-5, digitalizada no e-proc sob o n.º 50053611220198210025, decisão liminar permanece na íntegra, porque não foi interposto agravo de instrumento.
4. **Jardim Residencial Sierrasol:** ACP 025/1.19.0003394-9, digitalizada no e-proc sob o n.º 50039538320198210025, decisão liminar permanece na íntegra, porque não foi interposto agravo de instrumento.
5. **Alphaville:** ACP 025/1.19.0003393-0, digitalizada no e-proc sob o n.º 50056989820198210025, decisão liminar permanece na íntegra, porque não foi interposto agravo de instrumento.

6. **Parque Residencial Safira:** ACP 025/1.19.0003504-6, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084582162 (Nº CNJ: 0096575-65.2020.8.21.7000) não conhecido pela Câmara Cível do TJ/RS.
7. **Vila Cristal:** ACP 025/1.19.0003506-2, digitalizada no e-proc sob o n.º 50054729320198210025, interposto agravo de instrumento 70085386761 (Nº CNJ: 0052229-92.2021.8.21.7000), julgado provido para suspender a realocação de famílias, por ausência de requisitos para tutela antecipada.
8. **Parque do Sol:** ACP 025/1.19.0003426-0, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084849496 (Nº CNJ: 0123308-68.2020.8.21.7000): negado o provimento.
9. **Colina dos Santos:** ACP 025/1.19.0003351-5, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70085389161 (Nº CNJ: 0052469-81.2021.8.21.7000): negado provimento.
10. **Morada do Minuano:** ACP 025/1.19.0003309-4, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084400894 (Nº CNJ: 0078448-79.2020.8.21.7000): julgado provido recurso do Município para que a obrigação e o custo do outdoor a ser fixado fosse suportado pelo loteador.
11. **Vila Jardim Alvorada:** ACP 025/1.19.0003313-2, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084484005 (Nº CNJ: 0086759-59.2020.8.21.7000): negado provimento para manter a multa no mesmo valor. Ainda interposto agravo de instrumento 70085500718 (Nº CNJ: 0063624-81.2021.8.21.7000) cujo provimento também foi negado.
12. **Vila Jardim Alvorada II:** ACP 025/1.19.0003283-7, digitalizada no e-proc sob o n.º 50054737820198210025, decisão mantém-se na íntegra, pois não foi interposto agravo de instrumento.
13. **Residencial Porto Belo:** ACP 025/1.19.0003286-1, ainda não digitalizado, decisão mantém-se na íntegra, pois não foi interposto agravo de instrumento.
14. **Jardim do Wilson:** ACP 025/1.19.0003282-9, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084381094 (Nº CNJ: 0076468-97.2020.8.21.7000): julgado provido recurso do Município para que a obrigação e o custo do outdoor a ser fixado fosse suportado pelo loteador.
15. **Parque Residencial Paraíso:** ACP 025/1.19.0003285-3, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084381540 (Nº CNJ: 0076513-04.2020.8.21.7000): julgado provido recurso do Município para que a obrigação e o custo do outdoor a ser fixado fosse suportado pelo loteador.

- 16. Parque São José:** ACP 025/1.19.0003305-1, digitalizada no e-proc sob o n.º 50048180920198210025, interposto agravo de instrumento 70085384162 (Nº CNJ: 0051969-15.2021.8.21.7000), que recebeu provimento porque a incorporadora recorrente está em recuperação judicial, assim como agravo de instrumento n.º 70085274660 (Nº CNJ: 0041019-44.2021.8.21.7000), julgado provido para suspender a realocação de famílias, por se considerar a ausência de requisitos para tutela antecipada.
- 17. Eldorado:** ACP 025/1.19.0003308-6, digitalizada no e-proc sob o n.º 50054754820198210025, interposto o agravo de instrumento 70085384626 (Nº CNJ: 0052015-04.2021.8.21.7000), julgado provido para suspender a realocação de famílias, por se considerar a ausência de requisitos para tutela antecipada.
- 18. Parque Residencial Xangrilá:** ACP 025/1.19.0003349-3, ainda não digitalizado, interposto agravo de instrumento 70084378538 (Nº CNJ: 0076212-57.2020.8.21.7000): julgado provido recurso do Município para que a obrigação e o custo do outdoor a ser fixado fosse suportado pelo loteador.
- 19. Vila Silvia:** ACP 025/1.19.0003348-5, digitalizada no e-proc sob o n.º 50054945420198210025, foi interposto o agravo de instrumento 70085387132 (Nº CNJ: 0052266-22.2021.8.21.7000), julgado provido para suspender a realocação de famílias, por se considerar a ausência de requisitos para tutela antecipada.
- 20. Vila das Cabanhas:** ACP 025/1.19.0003352-3, ainda não digitalizado, interposto o agravo de instrumento n.º 70084986553 (Nº CNJ: 0012208-74.2021.8.21.7000), julgado provido para a fixação de outdoor correr às expensas do loteador.
- 21. Jardim Panorâmico:** ACP 025/1.19.0003389-2, ainda não digitalizado, interposto o agravo de instrumento 70084401173 (Nº CNJ: 0078476-47.2020.8.21.7000), julgado provido recurso do Município para que a obrigação e o custo do outdoor a ser fixado fosse suportado pelo loteador.
- 22. Jardim dos Plátanos:** ACP 025/1.17.0004354-1, ainda não digitalizado, interposto o agravo de instrumento 70082765801 (Nº CNJ: 0248489-16.2019.8.21.7000), que foi desprovido, interposto o agravo de instrumento 70084855774 (Nº CNJ: 0123936-57.2020.8.21.7000), que foi considerado inadmissível e o agravo de instrumento 70081063455 (Nº CNJ: 0078254-16.2019.8.21.7000) não foi conhecido.
- 23. Vila Real:** ACP 025/1.19.0003493-7, digitalizada no e-proc sob o n.º 50062696920198210025, foram interpostos os Agravos de Instrumento n.º 70085411973 (Nº CNJ: 0054750-10.2021.8.21.7000) e AI 70085290815, julgados providos, pois a

aprovação do loteamento aconteceu em 1978, logo anterior à Lei n.º 6.766/79. A ação está tramitando atualmente.

Como saldo tem-se: em 7 ACPs não houve interposição de recurso algum. Houve 4 julgamentos de provimento de agravos de instrumento para o exclusivo fim de suspender a realocação de famílias (dentro do esperado), 6 julgamentos de provimento de agravos de instrumento interpostos pelo Município unicamente para que a obrigação de fixar os outdoor fosse passada para os loteadores. O único caso de provimento integral nos agravos de instrumento limitou-se ao único loteamento que foi constituído antes da Lei n.º 6.766/79. Os demais agravos de instrumento não foram conhecidos, foram julgados inadmissíveis ou improvidos.

Portanto, é inegável que o Poder Judiciário no caso dos loteamentos irregulares de Santana do Livramento, quando abastecido de provas suficientes, manteve em sede liminar as obrigações legais dos loteadores e incorporadoras previstas na legislação urbanística e ambiental, impondo pesados bloqueios patrimoniais, proibições e restrições sobre os lotes não alienados. Inegável também que a busca ativa promovida pelo Ministério Público desvelou uma triste realidade naquele Município.

Ao que parece, as decisões dos Desembargadores nos agravos de instrumento contra as decisões liminares dos Juízes de Santana do Livramento acabaram formando uma jurisprudência até então inexistente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o que se revelou até certo ponto surpreendente, considerando que os fundamentos baseavam-se quase, exclusivamente, em norma jurídica urbanística do longínquo ano de 1979.

4.10 CONCLUSÕES PARCIAIS

A experiência em Santana do Livramento revelou, assim como em Dom Pedrito, novamente, quase um estado de anomia das normas urbanísticas. Santana do Livramento detém legislação bem elaborada, complexa e harmônica aos princípios atuais do direito urbanístico e ambiental.

Porém, as investigações da Promotoria de Justiça demonstraram que a legislação urbanística em toda sua matriz racional, pensada para a democratização do uso do solo urbano, pouco influencia as decisões políticas e administrativas, muito mais determinadas pelos fatores reais de poder local.

A fiscalização administrativa, política e mesmo popular dos conselhos sociais nas matérias urbanísticas mostrou-se inócua nas duas Comarcas, revelando realidades concretas

marcadas pelo determinismo mercantilista e pelas posições servientes dos Municípios, os quais se mostraram incapazes de exercer as competências constitucionais e legais.

O resultado da inaptidão em gerir adequadamente o espaço urbano gerou toda uma cadeia de distorções e reações, resultando e reforçando o continuísmo das visões da realidade social ainda marcada pelo clientelismo e coronelismo.

Nos casos relatados neste estudo, a falta de sintonia do poder público com as normas urbanísticas demonstrou como o condicionamento cultural fundado na tradição do patriarcado e pela exclusão social perpetua a visão do imóvel urbano como uma mera mercadoria, um capital, para seus detentores, e um bem da vida para os demais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, vive-se uma época turbulenta para as democracias no mundo inteiro, estando o Brasil mergulhado em tal fenômeno, tanto que vários setores mais conservadores estão conseguindo impor uma série de reformas legislativas que vêm enfraquecendo a eficácia objetiva dos direitos fundamentais. Assim, o direito urbanístico, uma construção tardia, representa uma das principais arenas de conflitos na realidade brasileira na qual o ideário da função social de propriedade opõe-se ao ideário hoje cada vez mais forte da liberdade urbana, de mercantilização do solo urbano como um fim em si mesmo, que se reflete na agenda da reforma urbana, a qual abandona o direito à cidade para o movimento de financeirização da cidade.

Ainda, hoje, o processo de urbanização brasileira não se apresenta homogêneo no tempo e no espaço. Na verdade, a complexidade do processo de urbanização brasileiro historicamente desordenado apresenta-se, inclusive, por meio de perfis diversos de ocupações informais do solo urbano, um fenômeno, portanto, heterogêneo, a depender da estrutura política, social e até administrativa do Município considerado.

A adoção dos instrumentos da doutrina do processo estrutural pode contribuir para a implementação de políticas territoriais mais humanas para a efetivação do direito à moradia e do direito à cidade, fomentando a reestrutura fundiária por meio da regularização do uso do solo urbano em perspectiva sustentável, de forma a superar paradigmas segregadores e privatistas, ainda vigentes no país, mediante compreensões hermenêuticas mais atuais da realidade e do próprio direito, em litígios estratégicos e, muito especialmente em casos da cidade de Dom Pedrito e de Santana do Livramento, no Rio Grande do Sul.

A visão sobre identificação das causas do problema estrutural compõe ferramenta importante, denunciando o modelo atual das ações civis públicas adversariais e dos mecanismos processuais de gestão de demandas repetitivas que atuam nas consequências dos problemas. Nos casos práticos examinados, embora de condução bem sucedida até o momento em visão adversarial, de fato concentrou-se nas consequências do problema estrutural, embora indiretamente tenha induzido o Município a assumir certo protagonismo na política urbanística municipal⁶¹.

A litigância estratégica mostrou-se apta a fomentar certos resultados, como foi o caso do bloqueio judicial de bens dos loteadores, os quais, depois, procuraram a Promotoria de

⁶¹ https://dompedrito.rs.gov.br/noticiasView/5459_TRABALHO-PARA-REGULARIZAR-BAIRROS-E-LOTEAMENTOS-EM-DOM-PEDRITO-CONTINUA-INTENSO.html (acesso em 22/10/2022).

Justiça para negociar a implementação de medidas nos loteamentos, algo impensável anteriormente. As medidas criminais de busca e apreensão sobre os contratos de gaveta de igual maneira demonstraram a gravidade do problema, assim como a proibição do reconhecimento de firma pelo Juízo da Direção do Foro sobre tais contratos clandestinos reforçou a ilegalidade dos negócios privados. Sempre buscou-se de imediato a matriz de danos para se visualizar desde já o quantum devido, possibilitando, assim, decisões liminares patrimoniais mais invasivas e, eventualmente, provimentos de mérito antecipados, como é o caso do julgamento antecipado da lide.

Em Dom Pedrito, a falta de estrutura da Secretaria do Planejamento revelou a causa mais imediata das distorções na formação de assentamentos informais, porém a visão política local atrasada em relação ao direito urbanístico trata-se de uma constante identificada em todos os casos práticos examinados. Antes do diagnóstico correto sobre o estado de coisas desconforme ao direito, via-se apenas a ponta do iceberg do problema estrutural: pessoas desesperadas postulando um “papel assinado pelo Promotor” para obter ligações de água e de luz e inúmeras ações de usucapião. Os mecanismos aceleradores de formalização da propriedade igualmente têm a tendência de atuarem, de forma incompleta, sobre as consequências, isto é, sobre o assentamento informal já formado.

Desvelaram-se, em profundidade, o problema estrutural urbanístico e suas graves consequências em Dom Pedrito e em Santana do Livramento, assim como se identificaram os diferentes grupos de interesse envolvidos, através de apurações conduzidas as quais possibilitaram descrever toda a complexa constelação de cadeias de relações formais e informais incidentes nos assentamentos informais, como se demonstrou no capítulo anterior. Logo, o pressuposto básico do processo estrutural fora contemplado: a completa e detalhada investigação do complexo cenário em apuração, tanto que se mostrou possível claramente visualizar a dinâmica policêntrica, assim como suas causas e consequências.

Portanto, seria viável, por exemplo, enfrentar a causa mais imediatada do problema urbanístico de Dom Pedrito, assumindo o Ministério Público o papel de political power broker, em inquérito civil instrumentando pre trial para se fomentar plano progressivo de reestruturação da Pasta Municipal, elaborado pelos próprios gestores municipais, em celebração de termo de ajustamento de conduta, em vez de se perseguir decisão judicial adjudicatória em ação civil pública. Ademais, o Código de Processo Civil admite convenções processuais, como a cláusula de non petendo, solve et repete, reforço de garantias patrimoniais em execução, além da eleição de foro e da renúncia a recursos processuais, refletindo uma tendência atual de soluções negociais em causas envolvendo a fazenda pública.

O estado de ilegalidade constatado, desfeito pelo destravamento de cargas de inércia político-administrativa, por meio da elaboração e implementação de medidas a curto, médio e longo prazo, tem a vantagem de manter o poder discricionário municipal⁶², porém tutorado pelo Ministério Público ou mesmo pelo Poder Judiciário em ação civil pública, ainda que não se adote a técnica especial de decisões judiciais em cascata, certamente, o conceito mais polêmico da doutrina do processo estrutural, visto que desafia o instituto da preclusão processual, embora possa ser relativizado pela cláusula *rebus sic stantibus*.

Os Conselhos Municipais do Plano Diretor, por exemplo, poderiam funcionar como estruturas auxiliares ou mesmo, a depender do caso, assumiriam a função de *special master*, gerindo ou aconselhando o Juízo nos casos envolvendo assentamentos informais - sempre um problema estrutural típico, pois policêntrico, coletivo e complexo em sua essência.

Contudo, o processo sempre deve ser percebido como um instrumento, não um fim em si mesmo. Os conceitos clássicos abstratos de direitos transindividuais ainda se mostram funcionais, até porque não negam as diversas intensidades de impactos e interesses incidentes, isto é, não excluem a complexidade do problema estrutural. Se bem compreendidos e empregados cumulativamente, como demonstrado por Mazilli, não se corre o risco de incorrer no clássico equívoco do agulhão semântico. Ademais, nos assentamentos informais examinados, constataram-se certas dificuldades em encaixar os conceitos de litígios propostos por Vitorelli, os quais mantêm, naturalmente, a importância hermenêutica sobre a interpretação das complexas realidades que subjazem ao processo coletivo urbanístico.

A gestão do ordenamento do território urbano e de extensão urbana dos Municípios ainda está limitada a visões civilistas e regulatórias da propriedade como instituto central da política territorialista, desconectada, portanto, das demandas comunitárias pela moradia digna, o que se reflete na desorganização político-administrativa para a regularização dos assentamentos informais ou mesmo formais.

Embora, o princípio da função social da propriedade, o direito fundamental à moradia e mais tarde o próprio direito à cidade, as visões políticas locais pouco se desprenderam do conteúdo civilista e dos limites administrativistas, paradigma reforçado pelo marcante patrimonialismo e segregacionismo da gestão do território do solo dos Municípios. Em Dom Pedrito e Santana do Livramento, verificaram-se planos diretores bem elaborados, condizentes com o direito urbanístico em harmonia com as normas da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, o que representa uma evolução. Porém, a eficácia de tal

⁶² Desta forma, discussões jurídicas sobre ativismo judicial e interferências indevidas entre poderes da república perdem força, além de alicerçar ambiente processual propício para soluções consensuais.

instrumento básico de política urbana em âmbito local revelou-se quase nula, muito mais utilizado para resolução episódica de disputas políticas locais.

Agrava-se o problema, porque a acentuada influência política e econômica de certos grupos hegemônicos nos Municípios médios e pequenos contribui para determinadas características e dinâmicas marcantes das ocupações informais, e detectaram-se cadeias informais construídas sob a cultura serviente de povos de reminiscência rural recente, o que afasta as realidades contrastantes vividas no espaço relativamente mais próximo da cidade.

As ocupações informais do solo urbano apresentam perfis diversos, correspondentes a certas características peculiares regionais e locais. Assim, tais ocupações não devem ser encaradas de forma uniforme, pois heterogêneas em sua própria gênese, embora possuam algumas características comuns. Os conceitos legais de assentamentos informais previstos na Lei n.º 6.766/79 e na Lei n.º 13.465/17 revelaram-se úteis, porém insuficientes.

Nos Municípios de Dom Pedrito e de Santana do Livramento foi possível rastrear as pessoas responsáveis pela formação dos loteamentos clandestinos e irregulares, sendo obtidos até o momento resultados satisfatórios por meio de ações civis públicas ajuizadas, revelando, a importância para tais casos da Lei n.º 6.766/79, a qual pode contribuir para o custeio sobre a implementação de urbanização nos assentamentos, embora seja legislação considerada ultrapassada em vários aspectos urbanísticos.

Entretanto, algumas considerações são necessárias. A regularização fundiária no Brasil desde sempre esteve marcada pelo paradigma individualista liberal das ações de usucapião de terras privadas e de concessão do uso para fins de moradia nos espaços públicos. Após, a mesma visão individualista passou a ser tratada como se coletiva fosse por meio de meros instrumentos aceleradores de procedimento burocrático, como é o caso do More Legal e da REURB destinados a regularizar formalmente os assentamentos individuais.

De fato, atualmente, os instrumentos como a REURB e o usucapião coletivo extrajudicial são tendências fortes na legislação brasileira, influenciada pelo movimento financeirista da propriedade, logo obedecem ao paradigma individualista liberal tecnocrático. Porém, como se demonstrou, se bem empregados, podem contribuir para regularização fundiária em paradigma mais coletivista. A literatura especializada do direito urbanístico sobre os paradimas e instrumentos da regularização fundiária deve, portanto, ser adotada como orientadora da aplicação dos institutos, sob pena de se perpetuarem realidades segregadoras e limitantes das cidades.

Assim, o paradigma de regularização fundiária a ser adotado deve ser o pleno devendo as áreas ocupadas por população de baixa renda ser realizada mediante o

estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais, conforme o inciso XIV, do art. 2º do Estatuto da Cidade.

A regularização fundiária é um conceito complexo, fundado na dignidade da pessoa humana, no direito a cidade, na gestão democrática e na função social da propriedade, não, deve, portanto, preocupar-se em, exclusivamente, formalizar propriedades ou reconhecer posses, mas incluir a urbanização e a participação da população nos processos de regularização fundiária, detalhando a importância dessas dimensões para a qualidade de vida das comunidades.

Trata-se de paradigma mais custoso e difícil de implantar, como as experiências recentes nacionais e internacionais têm demonstrado, e necessariamente não apresentará resultado plenamente satisfatório, porém é o único paradigma condizente com a legislação urbanística brasileira atualmente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Child da Silva. São Paulo: Landy Livraria e Editora, 2001.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO ECONÔMICA DA TERRA: impactos da Lei nº 13.465/17 sobre as políticas de regularização fundiária e o direito à cidade no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 11, n.º 2, pp. 168-193, 2019.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas, FASE/IPPUR, 1997.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. A construção do Direito Urbanístico Brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in *Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; SALTZ, Alexandre; FERNANDEZ, Daniel; VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi; FACCENDA, guilherme; MULLER, Renata. **Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na Nova Agenda Urbana - HABITAT III. DIREITO DA CIDADE**, v. 9, p. 1214-1246, 2017.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano - Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano - Volume II**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3ª ed. Rev. Atual. e Ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: RT, 2019.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARISTÓTELES. **Física I e II**. Tradução de Lucas Angioni. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Ligeiros Reparos à Teoria de Duguit**. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre: UFRGS, 1949. Disponível em:

<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/64865>

BARAK, Aharon. *“Proportionalidade - Constitutional Rights and their Limitations”*. Traduzido do hebreu por Doron Kalir. Cambridge University Press: 2012. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/proportionality/6E9C523D5653FEE453068DEFECF4C4F5#:~:text=Having%20identified%20proportionality%20as%20the,reasonableness%20and%20between%20courts%20and>

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O STJ e os processos coletivos estruturais: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social**. Publicado em 19.07.2020. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>.

BERALDO, Maria Carolina Silveira; LAMEIRINHA, Carolina Frare. **Processo estrutural: apontamentos sobre o Projeto de Lei no 8.058/2014 e reflexões sobre a efetividade da atuação do Ministério Público**. Revista MPMG Jurídico, Ed. Elas em Movimento, 2019. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA969572B51016959C958440EB6>

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.098** de 19 de dezembro de 2000. Lei da Acessibilidade. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257** de 10 de julho de 2001. Institui o Estatuto das Cidades. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741** de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340** de 07 de agosto de 2006. “Lei Maria da Penha”. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.445** de 05 de janeiro de 2007. Lei do Saneamento Básico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.977** de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/111977.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.305** de 02 de agosto de 2010. Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105** de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.465** de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a REURB. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015** de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347** de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.853** de 09 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078** de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080** de 19 de setembro de 1990. Lei do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.142** de 21 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.742** de 07 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.842** de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.433** de 08 de janeiro de 1997. Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220** de 04 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei Ordinária n. 8.058/2014**, de 04 de novembro de 2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Relatório Brasileiro para a Habitat III**. Brasília: ConCidades, 2016. Disponível em <https://uploads.habitat3.org/hb3/National-Report-LAC-Brazil-Portuguese.pdf>. Acesso em 17 jul. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Democracias constitucionais em crise**. Palestra ministrada no VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis promovido pelo programa de pós-graduação em direito da FMP. 19 maio 2021. Publicado pelo canal da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: (<https://www.youtube.com/watch?v=vQLKcc3CXbM&t=1407s>) Acesso em: 07 maio 2022

COSTA, Alexandre Araújo Costa. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, Susana Henriques da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

CRETELLA JR., J. **Curso de Direito Romano: o Direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DESCARTES, René. **Discurso do Método; Meditações; Objeções e Respostas; As paixões da alma; Cartas**. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Júnior. (Coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. Vol. 4 (Cap. 14).

DWORKIN, Ronald. *“Hart’s Posthumous Reply”*. Harvard Law Review: 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/06/harts-posthumous-reply/>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual**. Disponível em <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=IiPguzuGBtw%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em 19 jul. 2021.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei Ordinária nº 10.116** de 23 de março de 1994. Institui a Lei do Desenvolvimento Urbano, que dispõe sobre os critérios e requisitos mínimos para a definição e delimitação de áreas urbanas e de expansão urbana, sobre as diretrizes e normas gerais de parcelamento do solo para fins urbanos, sobre a elaboração de planos e de diretrizes gerais de ocupação do território pelos municípios e dá outras providências. Disponível em http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=13479&hTexto=&Hid_IDNorma=13479. Acesso em 19 jul. 2021.

FERNANDES, Edésio. Palestra ministrada no VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis promovido pelo programa de pós-graduação em direito da FMP. 18 maio 2021. Publicado pelo canal da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: (https://www.youtube.com/watch?v=rm_PXOiW-4w&t=12s) Acesso em: 23 set 2022

FERNANDES, Edésio. **Regularização de Assentamentos Informais na América Latina**. EUA: Lincoln Institute os Land Policy, 2011.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade – Diretrizes Instrumentos e Processos de Gestão**. Belo Horizonte, Fórum: 2004.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais**. Belo Horizonte, Del Rey: 2006.

FIALHO, Ana Lúcia e outros. **Urbanizador Social – da informalidade à parceria**. Porto Alegre: Livraria do Arquiteto, 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FIORIN, José Luiz. **Introdução à Linguística**. Volume I. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

GADAMER, Hans-georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais. Identificação, Funcionamento e Finalidade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GIDI, Antônio *et al.* **Procesos Colectivos – la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada**. México: Editorial Porrúa, 2003.

GLEZER, Rubens. **Democracias constitucionais em crise**. Palestra ministrada no VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis promovido pelo programa de pós-graduação em direito da FMP. 19 maio 2021. Publicado pelo canal da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: (<https://www.youtube.com/watch?v=vQLKcc3CXbM&t=1407s>) Acesso em: 07 maio 2022

GRAVRONSKI, Alexandre Amaral *et al.* **Processo Coletivo**, volume 8. Salvador: Jupodivm, 2016.

GRIMM, Dieter. **“The Origins and Transformation of the Concept of the Constitution”**. Oxford Press: 2016. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.001/acprof-9780198766124-chapter-1>

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. Revista de Processo, ano 25, nº 97, jan-mar de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais..

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Espaço 2 Gráfico, 2001.

HARVEY, David. **O Direito à Cidade. Lutas Sociais**. São Paulo, n. 29, p. 73-89, jul./dez. 2012. Disponível em <http://www4.pucsp.br/neils/downloads/neils-revista-29-port/david-harvey.pdf>. acesso em 17 jul. 2021.

HERÁCLITO de Éfeso, ANAXIMANDRO de Mileto, PARMÊNIDES de Eléia. **Os Pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. Tradução de José Cavalcante de Souza et al. (Coleção Os Pensadores). São Paulo, Abril Cultural, 1978.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. (Coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultura, Editor Victor Civita, 1974.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, R. Von. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: JG Editor, 2003.

JESUS, Damasio E. de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2002.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JUNG, Carl Gustav. **O Homem e seus Símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Coleção Grandes Mestres do Pensamento. 5º Volume. São Paulo: Editora Formar Ltda.

KANT, Immanuel. **Fundamentação de Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. (Coleção Os Pensadores). São Paulo, Abril Cultural, 1980.

KANTOROWICZ, Hermann. **“Rechtswissenschaft und Soziologie”**. Open Access Repository: 1969. Disponível em: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/18792/ssoar-1969-kantorowicz-rechtswissenschaft_und_soziologie.pdf?sequence=1

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. (Coleção Clássicos do Direito). Tradução de Virgílio Duarte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris Editor, 1998.

LIARD, Louis. **Lógica**. Tradução de Godofredo Rangel. São Paulo: Edição Nacional, 1979.

LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas institucional no Brasil**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

Live sobre marco temporal da Lei da REURB – Lei 13.465/17. Com a participação de Betânia Alfonsin, Débora Regina Menegat e Simone Somensi. Em 08/03/2021. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em <https://fmp.instructure.com/courses/302/conferences>. Acesso em 17 jul. 2021.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. (coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOUREIRO, Francisco. **Usucapião Coletivo e habitação Popular**. In *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. Org: ALFONSIN, Betânia de Mores; FERNANDES, Edésio. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Palestra on line As vertentes e os excessos da ponderação**, ocorrida no dia 11/3/2021, às 19h. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=Zu6zT_lnzhs. Acesso em 17 jul. 2021.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 100
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturantes**. Salvador: Juspodivm, 2021.
- MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização – uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1966.
- MARITAIN, Jacques. **Introdução Geral à Filosofia**. São Paulo: Livraria Agir Editora, 1966.
- MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. (Coleção Os Pensadores). Seleção por José Arthur Giannotti. São Paulo, Abril Cultural, 1974.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Volume I**. Campinas: Editora Bookseller, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. **Aula Aberta Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Ocorrida em 30/03/2021. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=p21F4zsi5Wc>. Acesso em 17 jul. 2021.
- NERY, Ana Luiza. **Termos de Ajustamento de Conduta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**, volume I. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A metodologia da pesquisa no direito e Jacques Derrida**. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011 (p. 329-355).
- OSÓRIO, Letícia Marques. **Litígio Estratégico em Direitos Humanos: Desafios e Oportunidades para Organizações Litigantes**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 1, 2019 p. 571-592. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdp/a/WHGgkzbtQYZJhLQgZHdTk8s/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul. 2021.
- PAVLAKOS, Georgios. **“The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law”**. Ratio Juris. Vol. 11, Nº 2: 1998 (p. 126-154).
- PAVLOV, Ivan Petrolivitch. **Textos Escolhidos**. Traduções de Rachel Moreno, Hugolino de

Andrade Uflaker e Elena Olga Maria Andreoli. (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume II.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PLATÃO. **A República.** 9ª edição. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PLATÃO. Diálogos; **O Banquete-Fédon; Sofista-político.** Tradução de José Cavalcanti de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. (coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1972.

PLATÃO.Cfe. Crátilo. Dialógo sobre a justeza dos nomes. Versão do grego, prefácio e notas de Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Livraria Sá da Costa. 1994, p. 68

PROUDHON, Pierre-Joseph. **A propriedade é um roubo.** Seleção de Daniel Guérin. Tradução de Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 2014.

RAZ, Joseph. **"Legal Principles and the Limits of Law"**. Yale Law Journal: 1972.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Edições Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem da Desigualdade.** Tradução de Maria Lacerda de Moura. São Paulo: eBooksBrasil.com: 2001. Disponível em <https://professoriedogodpasso.files.wordpress.com/2016/05/jean-jackes-russeal-a-origem-da-desigualdade.pdf>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: eBooksBrasil.com, 2002. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 7ª Ed. Porto: Afrontamento, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Editora Casa do Advogado, 2005.

SAULE JÚNIOR, Néilson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro, Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

SAUSSURE, Ferdinand de. **As palavras sob as palavras.** Traduções de Carlos Vogt *et al.* São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral.** Organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye com colaboração de Albert Riedlinger. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição Burguesa**. “*Qu’est-ce que Le Tiers État?*”. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015**. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 269-281, jul. 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento Volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STAVROPOULOS, Nicos. “*The debate that never was*”. Harvard Law Review: 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/06/the-debate-that-never-was/>.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teoria das possibilidades à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

TESHEINER, José Maria. **Processos Coletivos**. Porto Alegre: HS Editora, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. **DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR À RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL**. São Paulo: 2018. Disponível em <https://www.scielo.br/j/nec/a/5FvZYmsfBmZcwKT57ctZY9C/?lang=pt>. Acesso em 17 jul. 2021.

VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, ocorrido entre 18/05 e 19/05/2021: Fundação Escola Superior do Ministério Público. Vídeos disponíveis em: https://www.youtube.com/watch?v=rm_PXOiW-4w&t=5002s. Acesso em 17 jul. 2021.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZANETI, Hermes; BERALDO, Carolina. **Curso de Litigância Estratégica em Processo Estrutural**, de 21/09 a 26/10/2020: Fundação Escola Superior do Ministério Público. Edital disponível em <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F54910%2F1599854761EDITALN-01-2020.pdf> e vídeos disponíveis em: [https://www.youtube.com/results?search_query=Curso+de+Litig%C3%A2ncia+Estrat%C3%](https://www.youtube.com/results?search_query=Curso+de+Litig%C3%A2ncia+Estrat%C3%9A)

[A9gica+em+Processo+Estrutural](#)+ Acesso em 17 jul. 2021.