

Inadimplemento do Direito à Moradia e Legitimidade da Ocupação: o Caso Circo-Escola em São Paulo ¹

Housing Rights' Default and Legitimacy of Urban Occupancy: the Circus School Case in São Paulo

Marcelo Eibs Cafrune²

Resumo

A constitucionalização do direito à moradia não foi acompanhada de decisões que o efetivassem. Há algumas, porém, que, fundadas em uma nova narrativa, tutelam a moradia. Neste artigo, a) é apresentada uma perspectiva sobre o novo constitucionalismo como campo que possibilita decisões inovadoras; e b) é analisada a decisão relativa à área destinada ao circo-escola em São Paulo, ocupada pela Frente de Luta por Moradia. Objetiva-se identificar aspectos desse referencial teórico que possibilitam a efetivação do direito à moradia.

Palavras-chave: direitos sociais; ativismo judicial; colisão de direitos.

Abstract

Constitutional recognition of housing rights as social rights in Brazil was not followed by judicial decisions in most cases. However, some decisions have engendered a new narrative, protecting housing. This paper a) presents a perspective on new constitutionalism as a field that enables innovative decisions; and b) examines the judicial decision regarding "circus school" conflict in São Paulo, occupied by housing rights militants. The objective is to identify aspects of this theoretical framework that enforce housing rights.

Keywords: social rights; judicial activism; collision of rights.

1. Introdução

O Estado brasileiro reconheceu expressamente, por meio da Emenda Constitucional n. 26/2000, o direito à moradia como direito social fundamental. A Lei Federal n. 10257, de 10 de

1 Artigo recebido em 28 de novembro de 2013 e aceito em 24 de fevereiro de 2014. Versão preliminar deste trabalho foi apresentada na Oficina Temática "Conflitos Fundiários Urbanos" do VII Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, realizado entre 11 e 13 de novembro de 2013, em São Paulo/SP.

2 Mestre em Direito (UFSC), doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, marcelocafrune@gmail.com.

julho de 2001 – Estatuto da Cidade – instituiu como diretriz geral da política urbana, dentre outras, “a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à *terra urbana*, à *moradia*, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I).

Tal reconhecimento ao direito à moradia é fruto de um conjunto de reivindicações já presentes no período constituinte (1987-88), articuladas no âmbito do Movimento Nacional pela Reforma Urbana³, às quais foram agregadas contribuições do período posterior. Conforme Letícia Osório, “no que se refere ao direito humano à moradia adequada, a década de 90 representou o período de maior clarificação e progresso dos fundamentos legais internacionais referentes a esse direito”⁴.

No âmbito judicial, contudo, um conjunto significativo de decisões – fortemente influenciadas pelas tradições do Direito Civil e do Direito Processual Civil –, ao enfrentarem a situação de conflito em ações possessórias, deferem liminar ou definitivamente ordem de reintegração de posse em benefício do proprietário – cuja posse é presumida – e em prejuízo de pessoas não proprietárias no exercício de posse para fins de moradia.

Algumas decisões esparsas têm indicado a possibilidade de que o Poder Judiciário reconheça no caso concreto a) a legitimidade da posse velha ou b) o caráter político – e legítimo – da posse nova. Tais decisões podem significar, de um lado, uma possível mudança de postura no reconhecimento do direito à moradia no Brasil, ou, de outro, a disposição de juízes de evitar situações de despejos forçados resultantes de reintegrações de posse com suas frequentes violações aos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar as decisões de 1º grau exaradas no âmbito do processo judicial n. 0045635-59.2011.8.26.0053, que tramitou na 3ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, tendo como requerente o Município de São

³ Rede de entidades da sociedade civil que pleiteou a inclusão do Capítulo da Política Urbana na Constituição da República, via emenda popular, assinada por aproximadamente 150 mil pessoas. Sobre o tema: BONDUKI, Nabil. A Reforma Urbana no Processo de Participação Popular na Constituinte. In: *Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular: caderno de textos*. Brasília: Edições Câmara: 2009. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2441/constituicao_20_anos_caderno.pdf. Acesso em: 09 set. 2012. p. 177.

⁴ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 31.

Paulo, como requeridos a Frente de Luta por Moradia e demais ocupantes da área, e como Juiz de Direito, o magistrado Luis Fernando Camargo de Barros Vidal.

O desfecho de tal processo, no 1º grau, representa uma exceção, no contexto brasileiro, às situações de ocupação de imóveis urbanos não utilizados ou subutilizados, como forma de protesto ou de exercício do direito à moradia. Destaca-se a presente decisão, não apenas por ser exceção à praxe judiciária, como também, e principalmente, por suas razões de decidir, as quais podem estar influenciadas pela corrente teórica do neoconstitucionalismo.

2. O novo constitucionalismo brasileiro e a garantia de direitos sociais

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inúmeras questões novas estavam colocadas aos juristas. A Constituição era resultado de aspirações efetivamente transformadoras, sendo difícil imaginar que algum grupo ou organização social possa ter ficado indiferente ao momento constituinte. Dessa forma, a Constituição foi profícua na garantia de direitos diversos, passando a regular um conjunto amplo de aspectos da vida social. Pode-se dizer que nela foi sintetizado um programa de transição entre o contexto autoritário, no qual as violações de direitos e as desigualdades sociais eram toleradas ou promovidas pelo Estado, para um futuro democrático, de garantia de direitos e de promoção da igualdade.

Trata-se, em síntese, de uma carta política de características inéditas na história brasileira, para a qual se fez necessária a configuração de novas teorias para a interpretação e para a efetivação das normas nela contidas⁵. Transcorridos vinte e quatro anos do momento inaugural da nova ordem constitucional, é notável observar que, no debate entre as diferentes tradições do pensamento jurídico nacional e da progressiva modificação do corpo de ministros do Supremo Tribunal Federal, estejam fortalecidos os argumentos baseados no novo constitucionalismo.

Para se alcançar o patamar hermenêutico atual, há que se destacar algumas mudanças de paradigmas que possibilitaram a ascensão do Direito Constitucional brasileiro. Luís Roberto Barroso aponta três marcos fundamentais. No marco histórico, afirma que a Constituição de 1988

⁵ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

representou um avanço no que chamou de “capacidade de simbolizar conquistas e mobilizar o imaginário das pessoas”⁶. No marco filosófico, destaca a ascensão do pós-positivismo, resultante da “superação histórica do jusnaturalismo e [do] fracasso político positivismo jurídico”⁷. Por fim, no marco teórico, indica a existência de três grandes transformações: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”⁸.

De forma sintética, é possível afirmar que a nova interpretação constitucional não substitui, de todo, os elementos tradicionais de interpretação no Direito, entretanto, ela se utiliza de um conjunto diverso de métodos e referências teóricas. As novas categorias são ilustrativas: conceitos jurídicos indeterminados, princípios, colisões entre normas constitucionais, ponderação e argumentação⁹. Ao se construir, o novo direito constitucional – ou neoconstitucionalismo – acabou operando um processo amplo de constitucionalização do direito, “levando à adoção de novas leituras de normas e institutos”¹⁰.

Para Daniel Sarmento, “as teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas (...), em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade”¹¹. Como consequência, “a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”¹².

Essa nova postura acarreta, de um lado, a relativização do princípio majoritário, apostando em concepções substantivas da democracia, em que a proteção às minorias e aos direitos fundamentais ganha relevo e, de outro, a abertura do ordenamento jurídico e, especialmente, do sistema judicial, a crescente utilização de princípios jurídicos de natureza axiológica. A argumentação jurídica incorpora de forma significativa os debates morais, assim, “as

⁶ Idem. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional. Tomo IV*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009. p. 65.

p. 65.

⁷ Ibidem, p. 66.

⁸ Ibidem, p. 67.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional. Tomo IV*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009. p. 73.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 117.

¹¹ Ibidem, p. 119.

¹² Ibidem, p. 119.

fronteiras entre os dois domínios [direito e moral] torna-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a ‘levá-los a sério’”¹³.

Tais características vão ao encontro do aumento do protagonismo judicial, por meio da chamada judicialização da política e do chamado ativismo judicial. Ainda que sejam fenômenos relacionados, a primeira é mais ampla que o segundo. A própria Constituição de 1988 – e sua compreensão histórica – criou as condições necessárias para o desenvolvimento desses fenômenos, seja em razão da ampliação das ferramentas de controle constitucional e do seu rol de proponentes, seja por causa do elenco de grande rol de direitos cuja aplicabilidade passou a ser imediata.

A judicialização da política, conforme diversos estudos vêm demonstrando tem causas internas e externas ao poder judiciário, sendo notórias as situações em que os partidos políticos e seus integrantes, com assento do Congresso Nacional, judicializam debates realizados em seu âmbito. Por isso, “é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição”¹⁴.

Já o ativismo judicial pode ser compreendido como atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões de competência de outras instituições¹⁵. Alexandre Garrido da Silva, para embasar seus estudos sobre o ativismo judicial, cita Ran Hirschl, que define esse processo contemporâneo como *Juristocracy*, ou governo dos juízes. A hipótese explicativa desse autor é a preservação hegemônica. Segundo ele:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis¹⁶.

¹³ *Ibidem*, p. 121.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 124-5.

¹⁵ GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Minimalismo, Democracia e *Expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. In: RDE, ano 3, n. 12: p. 107-142, out./dez. 2008.

¹⁶ HIRSCHL, 2004, p. 49 *apud* GARRIDO DA SILVA, op. cit., 2008, p. 119.

Para compreender o fenômeno de forma mais clara, importante descrever as duas principais correntes teóricas que se contrapõem no que diz respeito à postura judicial para a interpretação constitucional, conforme classificação original de Cass Sunstein, adotada por Garrido da Silva. São elas: a) perfeccionismo; e b) minimalismo.

O perfeccionismo é, nos EUA, sustentado por magistrados e autores liberais, que buscam “fazer da constituição o melhor que ela pode ser”. Por isso, em casos controversos, os tribunais devem produzir “juízos interpretativos independentes” sobre o significado do texto constitucional com base em argumentos de princípios. Dessa forma, juízes perfeccionistas elaboram discursos fortemente prescritivos, de natureza principiológica e propensos à moralização do Direito. Essa postura é criticada “por desconsiderar a falibilidade judicial nos casos difíceis, particularmente pelo fato de os juízes não possuírem especial *expertise* em teoria política, ética ou moral, e por conceder muito poder a magistrados que não são legitimados democraticamente”¹⁷.

Já o minimalismo, ao contrapor-se ao perfeccionismo, defende a postura de juízes menos ambiciosos, que se restringem, em seus pronunciamentos, apenas àquelas questões consideradas indispensáveis para a justificação da decisão do caso em exame. Algumas vantagens atribuídas ao minimalismo são: a redução da dificuldade na tomada de decisão colegiada em questões polêmicas, a capacidade de diminuir os erros judiciais. Trata-se de um modelo que, segundo Garrido da Silva, é cauteloso na construção de grandes teses.

Essa oposição de posturas teóricas e judiciais, especialmente no que diz respeito à forma e à extensão da aplicabilidade das normas constitucionais, é relativamente recente no Brasil, em razão de a praxe judicial recomendar a postura minimalista aos magistrados, tradicionalmente amparados pela lógica formal positivista de subsunção do fato à norma. Ainda que seja provável, conforme indicado, que essa assunção de poderes pelo judiciário tenha como objetivo ressaltar sua importância política, também é verdadeiro reconhecer que a esfera judicial tem buscado agir conforme as expectativas da sociedade contemporânea de forma a ampliar a efetividade dos direitos fundamentais.

Conforme Carlos Bernal Pulido, “os direitos fundamentais são direitos subjetivos que possuem propriedades específicas”, tais como a validade jurídica, seu caráter abstrato, sua

¹⁷ GARRIDO DA SILVA, op. cit., 2008, p. 112.

generalidade¹⁸. Mas a propriedade específica que o diferencia dos demais direitos subjetivos é seu caráter fundamental. Para determiná-lo, devem-se definir suas propriedades formais e materiais. As propriedades formais referem-se à origem desses direitos em certas fontes. Tais fontes podem estar: no capítulo de direitos fundamentais da Constituição, na presença genérica na Constituição, no pertencimento ao bloco de constitucionalidade, e no reconhecimento judicial.

Quanto às propriedades materiais, Pulido afirma que os direitos fundamentais podem ser derivados de direitos morais, ou seja, ainda que determinado direito subjetivo não esteja formalmente previsto, ele pode ser reconhecido como direito se decorrer de três dimensões da pessoa política: a liberal, a democrática e aquela atinente ao Estado Social. Por isso, considera-se como direito fundamental o direito subjetivo que “protege as faculdades morais da pessoa liberal ou sua capacidade de discernimento, ou quando sua finalidade é satisfazer as necessidades fundamentais da pessoa revestir para ter o status de direitos fundamental”¹⁹, bem como quando assegura igualdade no exercício dessas faculdades.

Essa classificação tem consequência para a ponderação, uma vez que se os direitos subjetivos são passíveis de entrar em colisão entre si, “um direito possuir ou não certas propriedades fundamentais é uma razão para conceder a esse direito um peso maior ou menor na ponderação em que ele enfrentará outros direitos subjetivos ou bens coletivos”²⁰. A ponderação de princípios e direitos fundamentais consolidou-se como método típico na argumentação jurídica contemporânea para a resolução de casos difíceis, nos quais as soluções não estão – e não podem estar – prontas no Direito vigente, por sua própria natureza.

Em um ordenamento jurídico plural, a Constituição garante princípios e direitos fundamentais, de mesma hierarquia jurídica, que ao colidirem eventualmente entre si levam à necessidade de ponderação do juiz ou do legislador, que deverá conferir maior intensidade possível, no caso, aos princípios e direitos fundamentais em conflito²¹.

Nesse âmbito de discussão, ganhou destaque o tema da efetividade dos direitos sociais, direitos subjetivos fundamentais que passaram a ser judicializados por seus detentores,

¹⁸ PULIDO, Carlos Bernal. O Caráter Fundamental dos Direitos Fundamentais. *In*: RDE, ano 5, n. 19-20: p. 17-35, jul./dez. 2010. p. 18.

¹⁹ *Ibidem*, p. 34.

²⁰ *Ibidem*, p. 19.

²¹ BARROSO, op. cit., 2007, p. 37.

passando a ser reconhecidos pelo Poder Judiciário como de prestação imediata, realizando a promessa de efetividade da Constituição. Dentre as determinações judiciais para atendimento dos direitos sociais ganhou notoriedade a questão do direito à saúde, cuja tutela excessiva tem sido objeto de ponderação teórica quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário na definição de prioridades no orçamento público²².

Ainda que haja debate sobre os limites do Judiciário quanto à tutela jurisdicional para a efetivação do direito à saúde, está consolidado o entendimento de que o Judiciário pode atuar para efetivar direitos sociais fundamentais no caso concreto, por meio do método de ponderação. Tal compreensão resulta do fato de que o neoconstitucionalismo representa atualmente no Brasil, não apenas uma corrente teórica para a compreensão, interpretação e argumentação da Constituição, dos direitos fundamentais e dos princípios nela presentes, como também uma experiência consolidada nos espaços judiciais enquanto ferramenta de decisão com vistas à máxima efetivação da Constituição.

3. O reconhecimento do direito à moradia como direito social fundamental

No que tange ao direito à moradia, há muitos elementos que historicamente impedem ou limitam sua efetivação pelo Poder Judiciário. Poder-se-ia, a título de especulação teórica, listá-los para então analisar eventuais semelhanças e diferenças com o direito à saúde, o que incluiria a discussão sobre os aspectos econômicos, sua necessidade para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sua importância para a garantia do direito à vida²³.

Outra dimensão da discussão envolveria cogitar situações de reivindicação do direito à moradia e de sua respectiva judicialização para avaliar o tratamento judicial do tema. Sendo o direito social à moradia um direito subjetivo que contém propriedades formais e materiais as quais o classificam como direito fundamental, faz-se necessário destacar duas características

²² Sobre o tema, ver BARROSO, op. cit., 2007.

²³ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Ippur/UFRJ, 1997. p. 20.

ímpares: a necessidade de um local onde ele é exercido e a impossibilidade de reprodução de localização²⁴.

Destaca-se, para fins de delimitação do tema trabalhado, o fato de que um conjunto significativo de decisões – fortemente influenciadas pelas tradições do Direito Civil e do Direito Processual Civil –, ao enfrentarem a situação de conflito em ações possessórias, deferem liminar ou definitivamente ordem de reintegração de posse em benefício do proprietário – cuja posse é presumida – e em prejuízo de pessoas não proprietárias no exercício de posse para fins de moradia.

Tratar da efetividade do direito à moradia no contexto de conflitos possessórios se justifica pelo fato de que, frequentemente, é nas ações possessórias que esse direito social aparece judicializado²⁵, no momento da defesa dos réus²⁶. Diferentemente do direito social à saúde, são raras as situações em que o direito à moradia é operado judicialmente, como reivindicação individual, por autores de ações contra o Estado.

Assim, a tradição judicial brasileira, em matéria de tutela da propriedade e da posse, permanece refratária à recente constitucionalização do ordenamento jurídico civil e processual civil. Dessa forma, na grande maioria dos casos, as decisões judiciais são proferidas em conformidade com a regra processual civil (art. 927, CPC) de que comprovados os requisitos – i. posse; ii. turbação ou esbulho praticado pelo réu; iii. data da turbação ou do esbulho; iv. continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração – “o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração” (art. 928, CPC).

Em razão da regra prevista no parágrafo único do art. 1.201, do Código Civil brasileiro, a qual prevê que “o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em

²⁴ SCHECHINGER, Carlos Morales. Algumas peculiaridades do mercado do solo urbano. *In*: Curso de Educação à Distância “Bases para el estudio del mercado del suelo en America Latina”. Lincoln Institute of Land Policy, março, 2005.

²⁵ Ressalva-se que as ações judiciais que versam sobre a propriedade, como as de usucapião, muitas vezes, têm como finalidade o direito à moradia. Tanto é assim que a moradia passou a ser um dos pressupostos das usucapiões especiais constitucionais urbana e rural. Entretanto, a aquisição de propriedade não equivale à garantia do direito à moradia, este se relaciona mais diretamente com a segurança da posse.

²⁶ Sobre o tema do direito à moradia como direito de defesa, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 261-292.

contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”, para a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência, é suficiente para a comprovação da posse (requisito fundamental), a juntada de prova de justo título, isto é, na prática, a escritura pública de propriedade do imóvel.

É de grande importância a discussão acerca da presunção *iuris tantum* de posse ao proprietário, a gerar uma série de consequências de grande impacto. O justo título, para Sílvio Venosa²⁷ (representativo da opinião majoritária), é o fato gerador do qual a posse deriva, permitindo concluir que se há documentos que declarem a propriedade, presume-se a posse de boa-fé, até que circunstâncias outras provem o contrário. Nesse sentido, ainda se aplica a Súmula n. 487 do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 1969, que determina “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

Dentre as circunstâncias que podem afastar a presunção relativa, destaca-se uma possibilidade de prova muitas vezes requerida, raramente realizada: a inspeção judicial. Segundo o art. 440, do CPC, “o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”. Com o auxílio desse meio de prova, conflitos fundiários coletivos²⁸ poderiam ter desfechos menos violentos do que aqueles frequentes.

Somando-se a presunção de posse ao titular do domínio, a possibilidade de liminar *inaudita altera pars* e o escasso interesse de realização de provas independentes pelos magistrados, chega-se à situação de que, em regra, os proprietários de imóveis urbanos (ou em vias de urbanização) detidos como ativo imobiliário, podem assumir o risco de descuidar do exercício efetivo da posse e do cumprimento das funções sociais dela resultantes²⁹, uma vez que as regras civis e processuais civis como aplicadas rotineiramente pelo Judiciário garante-lhes segurança para tanto.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. V. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁸ Sobre a definição de conflitos fundiários coletivos urbanos e a possibilidade de mediação desses conflitos, ver CAFRUNE, Marcelo. *Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos: do debate teórico à construção política*. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 11, p. 197-217, 2010.

²⁹ Sobre função social da posse e da propriedade, ver: FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: SAFe, 1988; TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 309-333; e TEPEDINO, Gustavo & SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: *Cadernos RENAP*, n. 2, ano I, nov. 2001. p. 35-44.

Entretanto, algumas decisões esparsas têm indicado a possibilidade de que o Poder Judiciário reconheça no caso concreto a) a legitimidade da posse velha ou b) o caráter político – e legítimo – da posse nova³⁰. Tais decisões podem significar, de um lado, uma possível mudança de postura no reconhecimento do Direito à moradia no Brasil, ou, de outro, a disposição de juízes de evitar situações de despejos forçados resultantes de reintegrações de posse com suas frequentes violações aos Direitos Humanos³¹. Compreendidas como ativistas, essas decisões de novo tipo procuram considerar a complexidade do caso concreto, afastando-se da aplicação simples das regras, para buscar otimizar os princípios e direitos fundamentais constitucionais.

Com base nas principais características do novo constitucionalismo brasileiro, objetiva-se analisar os elementos presentes na decisão interlocutória e na sentença proferidas no Processo Judicial 0045635-59.2011.8.26.0053, que tramitou na 3ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, tendo como requerente o Município de São Paulo, como requeridos a Frente de Luta por Moradia e demais ocupantes da área, e como Juiz de Direito, o magistrado Luis Fernando Camargo de Barros Vidal³².

O Município de São Paulo ajuizou, em 30 de novembro de 2011, ação de reintegração de posse, com pedido para deferimento liminar, para retirar as famílias sem-teto que ocupam o imóvel situado na Rua do Boticário, n. 40/48, desapropriado, por utilidade pública, pelo ente municipal para construção de circo-escola. No despacho inicial, o Juiz afirmou: “Pelo que se lê nos autos há pessoas que não tem onde morar, impondo-se maior vagar em face da alegação de esbulho possessório, dado o direito constitucional à habitação (art. 6.º, da CF)”. Foram realizadas duas audiências de conciliação, em 16 de dezembro de 2011 e em 10 de janeiro de 2012.

Em decisão interlocutória de 1º de fevereiro de 2012, o juiz reconhece o ingresso, confessado pelos réus, no imóvel, cogitando da aplicação das regras processuais aplicáveis. Entretanto, afirma ele:

³⁰ Conforme definição do Código de Processo Civil, entende-se por posse velha aquela que ultrapassar o lapso temporal de um ano e um dia; e por posse nova a que for exercida até o limite de ano e dia.

³¹ Exemplo recente de violência resultante de decisão exarada em processo que envolveu conflito coletivo sobre a posse é o caso do despejo realizado, em 22 de janeiro de 2012, da Ocupação Pinheirinho, no município de São José dos Campos – SP. Para saber mais: PINHEIRINHO: Um Relato Preliminar da Violência Institucional. Justiça Global, 2012. Disponível em: <http://global.org.br/wp-content/uploads/2012/01/Pinheirinho-um-Relato-Preliminar-da-Viol%C3%Aancia-Institucional.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2012.

³² A apelação tramita no Tribunal de Justiça de São Paulo sob o n. 0046697-37.2011.8.26.0053.

Também pelo que se lê nos autos, as pessoas que tomaram a posse do imóvel integram um grupo de cidadãos paulistanos desprovidos de habitação, aos quais a municipalidade recusa a oferta de atendimento habitacional (fl. 237). (...) Tais elementos permitem considerar provisoriamente que os requeridos alegam privação do direito social de habitação garantido pelo art. 6.º da Constituição Federal, e que, a julgar pelos dados ofertados pela municipalidade relativos ao ano de 2011, ela levará mais de 24 anos para quitar a atual fila de espera em seu programa habitacional, o que aparenta mora ou inadimplemento na prestação social³³.

Apercebe-se, o magistrado, diante de um contexto de fatos em que não há solução simples: “a hipótese, como anotado no parecer do Ministério Público, é de evidente colisão de direitos que cumpre situar em sua dimensão objetiva à luz da fase processual em marcha”³⁴. Dessa forma, afirmou que:

[a] proteção possessória prevista na lei civil em favor do poder público não pode ser compreendida desde a ótica de um direito subjetivo e fundamental de uma parte privada qualquer, tendo em vista a natureza da pessoa jurídica (de direito público) interessada, e tendo em vista as exigências do Estado de Direito³⁵.

E, situando-se no âmbito no campo dos juízes que, sem deixar de utilizar os elementos tradicionais de interpretação no Direito, passa a sugerir a necessidade de aplicar um conjunto diverso de métodos e referências teóricas:

Tem-se aí, conforme a linguagem do direito dos direitos humanos, o fenômeno da complementaridade dos direitos individuais e sociais, a demandar *largueza interpretativa e generosidade na aplicação do direito, sempre tendo em mira a efetivação de tais direitos e a garantia do mínimo existencial* invocado pelo Ministério Público³⁶.

O magistrado argumenta que, em fase de cognição sumária, no caso analisado, a colisão de direitos não pode ser solucionada em favor do município, pois:

evidencia-se mais acentuada em virtude da destinação social do bem público, consistente na edificação de um equipamento para o funcionamento de uma escola de circo, que se caracteriza como de interesse cultural e assim qualifica-se como direito social. Este dado fático não pode ser desconsiderado, mas não autoriza, nesta fase, a solução da liminar em favor da municipalidade por soma de direitos e títulos em detrimento daqueles dos requeridos. (...) E também porque, ao menos em sede liminar, há de se reconhecer maior relevância ou peso específico ao direito existencial de habitação³⁷.

³³ SÃO PAULO. 3ª Vara de Fazenda Pública. Ação de Reintegração / Manutenção de Posse n. 0045635-59.2011.8.26.0053. Autor: Município de São Paulo. Réus: Frente de Luta por Moradia e outros. Juiz de Direito Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. São Paulo, 21 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/> Acesso em: 25 jul. 2012. p. 2.

³⁴ Ibidem, p. 3.

³⁵ Ibidem, p. 3.

³⁶ Ibidem, p. 3, grifo do autor.

³⁷ SÃO PAULO. Decisão citada, 2012, p. 4.

Na sentença exarada em 21 de junho de 2012, o juiz de 1º grau retoma suas razões de decidir quando do indeferimento da liminar e passa a justificar a impossibilidade de desconhecimento pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais:

Não é possível, negar um direito fundamental, e achar isso normal, porque pobres são assim, e a eles se reserva nada mais que o direito de entrar numa fila, sabe-se lá para o que e quando. Por tal razão, não é possível interpretar a norma jurídica como se o interesse público primário se realizasse a margem de qualquer consideração com a situação de privação dos pobres³⁸.

Conforme a prática dos juízes chamados perfeccionistas, o juiz Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, passa a fazer considerações gerais sobre a problemática em que o caso apreciado se insere, indicando que há mora na prestação estatal do direito à moradia:

Que a municipalidade poderia atender com mais vigor o direito constitucional à moradia não há dúvida, pois concede incentivos fiscais para construir estádio de futebol, o faz para a realização de programas de “revitalização” urbana, e destina recursos até para a construção de escolas de circo como no caso dos autos: pão e circo, como na a velha Roma, sem escrúpulos cívicos como Maria Antonieta, aquela dos brioques. Tudo segue no sentido da instalação de situações propícias para a promoção das desocupações forçadas, por culpa das políticas públicas³⁹.

A referida sentença é bastante clara, ainda, ao indicar que o ato imputado aos réus como sendo esbulho possessório, é antes um ato de desobediência civil, no qual fica evidente a cobrança pela prestação do estado para a efetivação de um direito social fundamental: o direito à moradia. Dessa forma, os ocupantes do imóvel da Rua Boticário não estariam atuando contra o ordenamento jurídico, mas, ao contrário, “lutam por construí-lo e efetivá-lo à luz de valores e princípios constitucionais esquecidos pelo poder público que, repita-se, encontra-se em mora na efetivação do direito social à moradia”⁴⁰.

Por fim, ao julgar a ação improcedente, o juiz declara a mora do poder executivo e sentencia, com base na Constituição, em seus princípios e direitos fundamentais, a inexistência de proteção à posse do Município, uma vez que, no caso concreto, o direito social à moradia apresenta-se como melhor forma de utilização do bem, declarando o conflito como pertencente ao âmbito do direito público, do direito constitucional, autorizando o “acolhimento da exceção do contrato social não cumprido”⁴¹.

³⁸ *Ibidem*, p. 6-7.

³⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

4. Considerações finais

Este trabalho teve por objetivo apresentar algumas considerações acerca do novo constitucionalismo brasileiro e avaliar sua influência no caso concreto da ação de reintegração de posse n. 0045635-59.2011.8.26.0053, que tramitou na 3ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, tendo como requerente o Município de São Paulo, como requeridos a Frente de Luta por Moradia e demais ocupantes da área, e como Juiz de Direito, o magistrado Luis Fernando Camargo de Barros Vidal.

Para tanto, fez-se necessário avaliar as principais características associadas ao neoconstitucionalismo, com base nas reflexões de parte de seus principais estudiosos. Pode-se sintetizá-lo como um espectro de correntes doutrinárias que reúne juristas em razão de sua postura quanto à interpretação e aplicação das normas pelos magistrados e ao papel do poder judiciário, especialmente em relação à efetividade dos direitos fundamentais e à expansão da tutela jurisdicional. Nesse sentido, caracteriza-se pela defesa de uma ordem jurídica marcada pela eficácia dos direitos fundamentais, pela argumentação jurídica e pela metodologia da ponderação.

O desfecho do processo analisado representa uma exceção, no contexto brasileiro, às situações de ocupação de imóveis urbanos não utilizados ou subutilizados, como forma de protesto ou de exercício do direito à moradia. Destaca-se a presente decisão, não apenas por ser exceção à praxe judiciária, como também, e principalmente, por suas razões e forma de decidir, as quais parecem estar influenciadas pelo neoconstitucionalismo.

A sentença é significativa por indicar uma postura proativa do Poder Judiciário em relação à efetividade material do direito social à moradia que, como direito subjetivo fundamental, por suas propriedades formais e materiais. Ao afastar regras tradicionalmente aplicadas em situações semelhantes, tal decisão pode ser enquadrada como ativista, ainda que, conforme classificação acima, não seja fruto da chamada judicialização da política. Ao contrário, a motivação do autor, o Município de São Paulo, é típica e tradicional.

O que mudou foi o contexto, fático e jurídico, de aplicação das regras de Direito Civil e de Direito Processual Civil nos casos de conflitos possessórios coletivos urbanos. No caso, o juiz reconheceu tratar-se de matéria de ordem pública, de tutela a direito social fundamental, em uma

situação que o autor da ação é ele próprio devedor do direito à moradia reivindicado pelos ocupantes do imóvel.

A constitucionalização do direito à moradia, ainda que tardia, merece receber do aparato judiciário acolhimento para o reconhecimento de sua plena efetividade. A postura decisiva do novo constitucionalismo em conferir efetividade aos direitos fundamentais de forma ampla é um avanço civilizatório para a consolidação do Estado democrático de direito.

Referências

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Ippur/UFRJ, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Estatuto da Cidade. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 487*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 13 de setembro de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005. p. 61-77.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Revista Interesse Público*, ano IX, 2007, n. 46.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009, p. 61-119.

BONDUKI, Nabil. A Reforma Urbana no Processo de Participação Popular na Constituinte. *In: Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular: caderno de textos*. Brasília: Edições Câmara: 2009. p. 175-182. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2441/constituicao_20_anos_caderno.pdf. Acesso em: 09 set. 2012.

CAFRUNE, Marcelo Eibs. Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos: do debate teórico à construção política. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 11, p. 197-217, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Minimalismo, Democracia e *Expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *In: RDE*, ano 3, n. 12: p. 107-142, out./dez. 2008.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. *In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 17-39.

PINHEIRINHO: Um Relato Preliminar da Violência Institucional. *Justiça Global*, 2012. Disponível em: <http://global.org.br/wp-content/uploads/2012/01/Pinheirinho-um-Relato-Preliminar-da-Viol%C3%Aancia-Institucional.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. O Caráter Fundamental dos Direitos Fundamentais. *In: RDE*, ano 5, n. 19-20: p. 17-35, jul./dez. 2010.

SÃO PAULO. 3ª Vara de Fazenda Pública. Ação de Reintegração / Manutenção de Posse n. 0045635-59.2011.8.26.0053. Autor: Município de São Paulo. Réus: Frente de Luta por Moradia e outros. Juiz de Direito Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. São Paulo, 21 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/> Acesso em: 25 jul. 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 113-146.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 261-292.

SCHECHINGER, Carlos Morales. Algumas peculiaridades do mercado do solo urbano. *In*: Curso de Educação à Distância “Bases para el estudio del mercado del suelo en America Latina”. Lincoln Institute of Land Policy, março, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. *In*: Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 309-333.

TEPEDINO, Gustavo & SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. *In*: Cadernos RENAP, n. 2, ano I, nov. 2001. p. 35-44.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. V. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.