Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito

Paulo Sérgio Ferreira Filho

A integração das favelas à cidade formal: o papel da regularização fundiária urbana na compatibilização entre as normas comunitárias e o Estado

Rio de Janeiro

2021

Paulo Sérgio Ferreira Filho

A integração das favelas à cidade formal: o papel da regularização fundiária urbana na compatibilização entre as normas comunitárias e o Estado

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais. Linha: Direito da cidade.

Orientador: Profª. Drª. Arícia Fernandes Correia

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO BIBLIOTECA

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F383 Ferreira Filho, Paulo Sérgio.
A integração das favelas à cidade formal: o papel da regularização fundiária urbana na compatibilização entre as normas comunitárias e o Estado / Paulo Sérgio Ferreira Filho - 2021.

335 f.

Orientador: Profª. Drª. Arícia Fernandes Correia.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

Direito urbanístico - Teses. 2. Direito à moradia - Teses. 3. Propriedade – Aspectos sociais - Teses (Direito) - Teses. I. Correia, Arícia Fernandes Correia. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.4

Bibliotecária: Ana Clara Brandão / 6346

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Paulo Sérgio Ferreira Filho

A integração das favelas à cidade formal: o papel da regularização fundiária urbana na compatibilização entre as normas comunitárias e o Estado

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais. Linha: Direito da cidade.

Aprovado em: 24 de junho de 2021.

Banca examinadora:

_____

Profª. Drª. Arícia Fernandes Correia (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Drª. Vânia Siciliano Aieta
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

_____

Prof. Dr. Julio Cesar de Aguiar
Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2021

RESUMO

FILHO, Paulo Sérgio Ferreira**.** *A integração das favelas à cidade formal:* o papel da regularização fundiária urbana na compatibilização entre as normas comunitárias e o Estado. 2021. 337 f. Tese (Doutorado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

O fenômeno das ocupações urbanas informais, amplamente difundido nas cidades brasileiras, precisa ser compreendido tanto na dinâmica que rege as relações sociais mantidas em assentamentos subnormais, quanto na forma como o Estado deve se portar diante de tal fenômeno. Para tanto, investigou-se a lógica das relações informais e a razão do afastamento das pessoas da tutela estatal para a solução de seus conflitos. Em um segundo momento, discutiu-se se tais mecanismos extralegais de solução de conflitos e de ordenamento de relações sociais fazem parte ou não do sistema jurídico. Para responder à última indagação, analisou-se os marcos teóricos do pluralismo jurídico e da teoria dos sistemas de Luhmann, de maneira a verificar os pontos de conflito entre os dois referenciais e os possíveis diálogos entre eles, localizando as regras comunitárias informais ora na periferia do sistema do Direito, ora em seu ambiente. Por mais que as normas extralegais regentes da vivência nas favelas tenham fundamental importância na vida comunitária, não há como afastar o centralismo dos tribunais no Direito, cujas decisões são formadoras do Direito positivo e irradiarão seus efeitos sobre todo o sistema jurídico, exercendo a sua função de estabilização de expectativas normativas na sociedade. Diante disso, passou-se a discutir como o Direito deve lidar com tal realidade, sem que haja sua inadequação social ao ignorar a dinâmica das favelas. Introduziu-se, assim, a ideia de abertura cognitiva do sistema jurídico por meio dos princípios constitucionais da função social da posse e da propriedade. Contudo, apesar de tais princípios contribuírem para o avanço social acerca da questão da informalidade nas cidades brasileiras, impedindo, por exemplo, remoções forçadas e trazendo maior segurança jurídica aos moradores, eles são insuficientes para uma maior integração dos núcleos urbanos informais ao restante da cidade. Consequentemente, o Estado (agindo também pelo seu sistema político) traça um amplo programa de regularização fundiária urbana, que visa a conceder segurança jurídica aos moradores, melhorias habitacionais e urbanísticas às favelas, bem como inserção dos imóveis beneficiários no mercado imobiliário formal, inclusive com pretensões de desenvolvimento econômico. Para a correta compreensão da referida política pública, analisou-se tanto de que maneira os sistemas jurídico e político interagem com a figura da propriedade e a busca pela transformação de ocupações informais em propriedades formais, quanto os efeitos e aspectos econômico-sociais da regularização fundiária. O percurso desse caminho levou à conclusão de que uma política de regularização fundiária plena – que deve observar e respeitar o máximo possível as normas sociais dos núcleos informais; contemplar não só a titulação e formalização dos imóveis, mas também respeitar a realidade social existente; e implantar melhorias de infraestrutura, urbanísticas, habitacionais e de serviços públicos – é o caminho mais adequado para garantir uma vida melhor às comunidades informais e à cidade como um todo. Para tanto, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica relevante de cada um dos aspectos acima discutidos, interpretando e confrontando as vertentes estudadas e aplicando-as à questão da informalidade urbana.

Palavras-chave: Regularização fundiária urbana. Titulação de propriedades. Princípios da função social da posse e da propriedade. Normas comunitárias extralegais. Teoria dos sistemas.

ABSTRACT

FILHO, Paulo Sérgio Ferreira**.** *The integration of favelas into the formal city:* the role of urban land regularization in the compatibility between community norms and the State. 2021. 337 f. Tese (Doutorado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

The informal urban occupation phenomenon, broadly spread through brazilian cities, should be understood as in the dynamics that rules social relations kept in abnormal settlements, as much as the way the State should stand upon such phenomenon. In that way, investigation was set about the logic behind informal relations and the reason for the eviction of people under judicial protection for the solution of their conflicts. In the following moment, discussion was set in order to find out if such conflict solution extralegal mechanisms, as much as the social relation ordering ones are a part of the juridical system or not. To answer the last inquiry, the theoretical marks of the juridical pluralism were analysed, as well as Luhmann's Systems Theory, in order to verify points of conflict between two references and possible dialogues between them, locating informal community rules, sometimes on the periphery of the law system or in its own environment. As much as the extralegal rules governing life in favelas are of fundamental importance in community life, there is no way to remove the centralism of the courts in law, whose decisions form positive law and will radiate its effects on the entire legal system, exercising its function of stabilizing normative expectations in society. In view of that, discussion was set on how the Law should deal with such reality, without its social inadequacy in ignoring the dynamics of the favelas. Thus, the idea of cognitive opening of the legal system was introduced through the constitutional principles of the social function of possession and property. However, although these principles contribute to social advancement on the issue of informality in Brazilian cities, preventing, for example, forced evictions and bringing greater legal security to residents, they are insufficient for a greater integration of informal urban centers into the rest of the city. Hence, the State (acting also through its political system) outlines a broad program of urban land regularization, which aims to grant legal security to residents, housing and urban improvements to favelas, as well as insertion of beneficiary properties in the formal real estate market, even when there are economic development pretensions. And, for the correct understanding of that public policy, it was analyzed both the way the legal and political systems interact with the figure of property and the search for the transformation of informal occupations into formal properties, as well as the effects and economic and social aspects of land regularization. The course of that path led to the conclusion that a policy of full land regularization, which must observe and respect as much as possible the social norms of informal centers; contemplate not only the title and formalization of properties, but also respect the existing social reality; and implementing improvements in infrastructure, urban planning, housing and public services is the most appropriate way to guarantee a better life for informal communities and for the city as a whole. For that, the adopted methodology was the relevant bibliographic review of each one of the aspects discussed above, interpreting and confronting the studied aspects and applying them to the urban informality issue.

Keywords: Urban land regularization. Property titling. Principles of the social function of possession and property. Extralegal community rules. Systems theory.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	**O FENÔMENO DAS NORMAS EXTRAESTATAIS E O DIREITO**	13
1.1	**A teoria de Ellickson**	14
1.1.1	A hipótese geral de Ellickson	19
1.2	**A perspectiva do pluralismo jurídico**	23
1.2.1	Breve contextualização histórica do monismo jurídico	24
1.2.2	Disfunções e crises do monismo jurídico	27
1.2.3	O Pluralismo jurídico comunitário-participativo	31
1.2.4	O Direito alternativo	40
1.2.5	A perspectiva de Boaventura de Sousa Santos	43
1.3	**As normas extralegais na perspectiva da teoria dos sistemas**	68
1.3.1	A diferença sistema/ambiente	72
1.3.2	Complexidade, contingência e evolução na teoria dos sistemas	74
1.3.3	A autorreferência do sistema	77
1.3.4	A diferenciação funcional	79
1.3.5	Interpenetração e acoplamento estrutural	81
1.3.6	O sistema do Direito e sua evolução	82
1.3.6.1	O fechamento do sistema jurídico e seus códigos	85
1.3.6.2	O Direito e a estabilização das expectativas normativas	88
1.3.6.3	A abertura cognitiva do Direito e os programas condicionais	94
1.3.6.4	A reflexividade no sistema jurídico	100
1.3.6.5	A evolução do sistema do Direito	103
1.3.6.6	A justiça no Direito	109
1.3.6.7	Centro e periferia do sistema jurídico	112
1.3.6.8	Os acoplamentos estruturais ao Direito	116
1.3.6.9	Direito e economia. Propriedade e contrato.	119
1.3.6.10	Direito e política. As leis e a Constituição	122
1.4	**O pluralismo jurídico na visão sistêmica**	127
2	**OS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE NA CIDADE**	147

2.1 **Os princípios na teoria dos sistemas** 147
2.2 **Função social da posse e da propriedade** 156
2.2.1 A função social nas cidades 180
2.2.1.1 A evolução da cidade 180
2.2.1.2 O princípio da função social da cidade 187
2.2.1.3 As funções sociais da posse e da propriedade nas cidades 193
2.3 **A insuficiência da abertura cognitiva por meio dos princípios da função social da posse e da propriedade** 200
3 **A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA** 222
3.1 **A transitoriedade permanente das ocupações informais** 231
3.2 **Os impactos da regularização fundiária na sociedade e os aspectos da formalização de propriedades** 236
3.2.1 A teoria de Hernando de Soto 253
3.2.2 A formalização e a diminuição dos custos de transação 257
3.2.3 A lei n° 13.465/2017 e a mudança de lógica do marco regulatório da regularização fundiária 263
3.3 **A regularização e o reconhecimento dos sistemas extralegais de propriedade** . 277
3.4 **Críticas à política pública focada apenas na formalização e pesquisas empíricas sobre o tema** 285
3.5 **Direito à regularização fundiária plena** 296
3.5.1 Titulação de propriedades: apenas um dos aspectos relevantes 301
3.5.2 A necessária atenção ao período pós-regularização 303
3.5.3 A necessidade de integração com uma política habitacional ampla 311
3.5.3.1 Mecanismos para uma política habitacional sustentável 317
CONCLUSÃO 324
REFERÊNCIAS 328

INTRODUÇÃO

No mundo hodierno, a vida nas cidades ocupa um papel cada vez mais central. O conceito de uma vida urbana, em um cenário com cada vez mais médias e grandes cidades e muitas metrópoles (algumas delas consideradas cidades globais), passa a ser uma questão fundamental para a sociedade. Pensar em como as cidades devem se organizar e como as políticas públicas urbanas devem ser formuladas e executadas é uma questão primordial para que haja um desenvolvimento sustentável da sociedade contemporânea. No caso brasileiro, e em diversas outras regiões do mundo, o desenvolvimento das cidades e o vertiginoso crescimento destas no século XX ensejou a criação de inúmeros assentamentos urbanos informais.

Favelas e outros tipos de núcleos urbanos informais fazem parte da vida de milhões de brasileiros, que vivem em uma realidade em que, apesar de terem que lidar diariamente com órgãos estatais e agentes do mercado formal, possuem boa parte de suas relações regidas pela informalidade, inclusive com desenvolvimento de mecanismos informais de solução de conflitos. Tal dinâmica acaba por reforçar uma relação desigual entre a parte formal da cidade e a sua parte informal. Apesar de servirem como importantes áreas de concentração de moradias (muitas delas precárias), os núcleos informais são tratados ora como espaços permeados pela ilegalidade, ora como espaços tolerados, mas sem que sejam efetivamente dotados da devida segurança jurídica e dos direitos sociais básicos que deveriam atender aos moradores do local.

Há, assim, a convivência, em uma só cidade, de uma parcela que é reconhecida pelo Estado como absolutamente legítima e dotada de infraestrutura urbana e serviços públicos essenciais, cujas relações se dão no seio de um sistema formal de regras chancelados pelo Estado; e uma outra parte, situada em uma zona intermediária entre a legalidade e a ilegalidade, explorada por diversos atores estatais e do mercado, e que precisa se auto-organizar com um sistema de regras próprio, o qual, por diversas vezes, pode entrar em conflito com a ordem estatal.

Esse é o objeto de estudo desta tese, que buscará melhor entender a dinâmica das regras que regem os núcleos urbanos informais, inclusive perscrutando se tais sistemas extraestatais fazem ou não parte do sistema jurídico. Após a abordagem acerca de em que

local do sistema sociedade se situam as regras informais que regem as favelas (com enfoque principal no sistema do Direito), pergunta-se de que modo o Estado (e seu Direito positivado) deve lidar com tal realidade, em uma perspectiva de cumprimento de implementação do direito fundamental à moradia adequada, reconhecido pela Constituição Federal brasileira. É nessa segunda perspectiva que se adentra na discussão de como os princípios da função social da posse e da propriedade e programas de regularização fundiária urbana podem contribuir para que essa parcela informal urbana seja integrada, de forma adequada, à cidade como um todo, dotando-a de infraestrutura básica, serviços essenciais e da devida segurança jurídica.

Para iluminar os problemas anteriormente enumerados, adotou-se como metodologia a realização de uma ampla revisão bibliográfica, na qual se abrangeram três principais vertentes: estudos acerca do pluralismo jurídico, da teoria dos sistemas de Luhmann e, por fim, de uma literatura voltada aos direitos sociais urbanos, com especial atenção aos princípios da função social da posse e da propriedade e à política pública de regularização fundiária urbana. Assim, buscou-se alcançar e percorrer o substrato teórico relevante para a compreensão de como as regras extraestatais dos núcleos urbanos informais se relacionam com o Direito e o Estado, passando, para tanto, por uma análise das correntes pluralistas (que tradicionalmente estudam o tema) dentro do enfoque da teoria sistêmica. Buscou-se, ainda, mostrar de que modo o Estado e o Direito têm lidado com a missão constitucional de garantir o direito à cidade e à moradia adequada de uma importante parcela da população que hoje vive na informalidade, analisando os princípios jurídicos da função social da posse e da propriedade e a legislação que rege programas de regularização fundiária.

É nesse contexto da vida urbana nas cidades contemporâneas que este trabalho se insere, buscando compreender – em uma dinâmica urbana de um individualismo cada vez maior, de esvaziamento dos espaços públicos e de segregação espacial e espiritual entre as classes que convivem na cidade – o fenômeno das ocupações informais urbanas, as lógicas das normas legais e extralegais que regem a vida nas favelas e como o Direito deve lidar com tal fenômeno. Como exposto, dar-se-á especial atenção, para tentar solucionar essas questões, aos princípios da função social da posse e da propriedade, bem como à política de regularização fundiária urbana, abrangidos em uma visão norteada pela teoria dos sistemas (e sua visão acerca do pluralismo jurídico).

Para tanto, no capítulo 1, irá se desenvolver o referencial teórico que guiará este trabalho. Discutir-se-á de que maneira e por qual razão normas extraestatais (ou extralegais)

podem conviver com as leis oriundas do Estado e como isso interfere na dinâmica social das comunidades (ELLICKSON, 1991). Entendido tal fenômeno, passa-se à discussão sobre se tais normas extralegais constituem ou não parte do Direito, esboçando-se diversas perspectivas do pluralismo jurídico e seus embates com o chamado *monismo jurídico* (WOLKMER, 1997; SANTOS, 2014). Posteriormente, as questões do pluralismo jurídico, do monismo jurídico e de como o Estado (e o Direito) deve lidar com as normas extraestatais vigentes na sociedade serão analisadas sob o referencial teórico adotado para este trabalho, qual seja, a teoria dos sistemas de Luhmann (2016). Assim, todo esse debate teórico será reanalisado e reinterpretado sob a perspectiva da teoria dos sistemas, construindo diálogos e apontando as divergências com o pluralismo jurídico, o que permitirá a análise das demais questões nos capítulos seguintes sob tal prisma.

No capítulo 2, a partir do referencial construído anteriormente, analisar-se-á concretamente como o Direito deve lidar com a realidade das ocupações urbanas informais, as quais mantêm um emaranhado de normas extralegais que se relacionam com as normas estatais (às vezes até mesmo as contrariando) e que regem as relações cotidianas nas comunidades. Em tal capítulo, abordar-se-ão mais especificamente os princípios da função social da posse, da propriedade e da cidade como mecanismos de abertura cognitiva do sistema jurídico para o ambiente das favelas, a fim de que haja uma maior adequabilidade social do Direito. Embora, como se demonstrará, a utilização de tais princípios tenha papel transformador na relação entre o Estado e os moradores de favelas e outras ocupações informais, a aplicação desses é insuficiente para a completa integração dos assentamentos urbanos marginalizados ao restante da cidade.

Por essa razão, no capítulo 3, será discutida a necessidade de implementação de uma política de regularização fundiária urbana, a qual deve ser construída, interpretada e executada sob a luz dos princípios delineados no capítulo anterior. Uma política de regularização fundiária urbana plena e compatível com os princípios da função social da posse, da propriedade e da cidade, como se mostrará, é a única maneira de realmente integrar as ocupações informais ao restante da cidade, gerando estabilidade jurídica e social para os moradores de favelas, bem como melhorias urbanísticas e de habitação para a população beneficiada. Experiências de regularização no Brasil e no mundo serão analisadas para demonstrar acertos e desacertos de diferentes políticas de regularização fundiária, o que

servirá para iluminar os debates teóricos acerca do modelo ideal de tal política pública, centrado principalmente nas ideias de Soto (2001).

Dessa forma, após uma extensa revisão bibliográfica e análise e interpretação do conteúdo desta, a metodologia adotada permitirá a aplicação do referencial teórico construído à questão dos assentamentos urbanos informais, iluminando os problemas centrais deste trabalho e apontando os caminhos necessários para a superação desse grave óbice que aflige as cidades brasileiras.

1 O FENÔMENO DAS NORMAS EXTRAESTATAIS E O DIREITO

Neste primeiro momento do trabalho, o foco será mais geral, apurando-se um referencial teórico que seja adequado para tratar da questão das ocupações informais urbanas e de como o Estado (e o Direito) deve lidar com tal realidade. Assim, antes de adentrar na questão específica das favelas e da política de regularização fundiária urbana em si, é preciso entender o fenômeno da extralegalidade. Ou seja, é preciso compreender como se constrói uma realidade em que determinado agrupamento humano vive sob suas próprias regras, de modo relativamente independente da previsão das normas estatais e do Direito positivo e, às vezes, de forma até contrária a tais regras.

Inicialmente, é preciso tecer raciocínios mais gerais sobre o comportamento da sociedade em relação à ordem estatal, para depois adentrar especificamente no tema deste trabalho, qual seja, como o Estado deve lidar com a situação de ocupações urbanas informais, que muitas vezes estão à margem ou até mesmo contrárias às leis estatais. Um primeiro passo é tentar desenvolver um raciocínio mais geral sobre os fatores que levam um determinado grupamento de pessoas a desenvolver uma ordenação da vida cotidiana que desconsidera, ainda que parcialmente, o ordenamento jurídico positivo e os órgãos de aplicação da lei. Para tanto, as lições de Ellickson (1991) serão um primeiro passo valioso no caminho que se pretende traçar.

Com o desenvolvimento da sociedade contemporânea, em que novos tipos de relações sociais e tecnológicas surgem a todo instante, aumenta significativamente o número de normas jurídicas que buscam disciplinar as relações humanas, seja por meio de um Direito escrito, seja mediante precedentes judiciais. Um número enorme de regras formais, portanto, surge sob o patrocínio do poder estatal, que busca fomentar, regular e coibir diversos comportamentos humanos, criando-se um ambiente de grande debate acerca do surgimento de novas normas, que parece creditar à edição de regras textuais a capacidade de resolver instantaneamente os problemas enfrentados na comunidade.

Contudo, ao mesmo tempo que surgem novas regras formais oriundas do Estado, sistemas não estatais e informais continuam em pleno funcionamento, regrando grande parte das relações sociais, seja de forma coincidente com a lei, seja atuando em suas lacunas ou mesmo contrariamente ao ordenamento jurídico. Há, portanto, a convivência entre um sistema

legal e sistemas extralegais, que competem pelo protagonismo na disciplina das relações sociais, em alguns momentos convergindo forças no mesmo sentido, e, em outros, atuando perante a tentativa de exclusão do outro. Ao analisar o caso específico das propriedades extralegais (formas de ocupação e utilização de bens de maneira informal ou irregular perante a lei), Hernando de Soto constatou que existem, no terceiro mundo, bilhões de pessoas que construíram um enorme e complexo sistema de relações, produtivo e gigantesco, totalmente à margem da lei, o qual pulsa nas artérias das periferias dos países em desenvolvimento (SOTO, 2001). Partindo da premissa de que um sistema formal de propriedades que englobe quase a totalidade da população de um país é o grande mistério que permitiu o desenvolvimento dos países ricos, Soto (2001) afirma que é preciso desvendar as normas extralegais que regem as atuais relações dos proprietários informais, a fim de permitir a construção de um arcabouço jurídico que reflita tal realidade, incluindo esse sistema extralegal no complexo mundo do ordenamento jurídico formal, munindo das suas vantagens e proteção os cidadãos que hoje convivem à margem da lei.

É necessário, portanto, que se busque entender o porquê de inúmeras relações entre as pessoas, que vivem sob o império do Estado, serem regidas por normas de origem totalmente estranhas à legalidade estatal, compreendendo como tais relações surgem, que interesses atendem e como competem com os mecanismos estatais de controle. Sendo possível uma série de abordagens para se observar tal tema, o presente trabalho partirá da clássica obra de Robert Ellickson *Order Without Law* (1991), analisando-a e descrevendo a sua hipótese.

1.1 A teoria de Ellickson

Robert Ellickson (1991), buscando estudar o comportamento extralegal existente na sociedade, encontrou em *Shasta County*, Califórnia, o local ideal para obter dados empíricos que fomentassem uma teoria geral acerca das normas sociais. Quando analisada pelo autor, *Shasta County* era uma pequena comunidade rural, que fomentava a convivência de seus habitantes tradicionais com pessoas recém-chegadas de outras localidades, as quais buscavam a tranquilidade que a pacata cidade poderia oferecer. Em tal lugarejo, a principal atividade

econômica era a criação de gado, que era predominantemente extensiva e, devido às dificuldades de clima, era necessária a condução do rebanho para locais fora das propriedades, a fim de que ele pudesse encontrar a pastagem adequada para o seu sustento. Porém, como o rebanho pastava fora das propriedades, aos pés da montanha existente nos arredores do condado, muitos eventos eram causados pela invasão de cabeças de gado em propriedades alheias, o que gerava danos e transtornos à comunidade.

No sistema legal adotado pelos criadores tradicionais, os proprietários do rebanho não eram responsabilizados pelos danos causados em propriedades de terceiros. A responsabilização, todavia, ocorreria em três situações: os donos de cabras, suínos e cães ferozes seriam responsabilizados objetivamente por danos causados pela invasão de tais animais a outras propriedades; quando uma propriedade fosse totalmente cercada, os donos do animal invasor também seriam responsabilizados objetivamente; e, por fim, invasões causadas intencionalmente incorreriam em responsabilização (ELLICKSON, 1991).

Com a chegada de novos habitantes estranhos ao condado, que não estavam imbuídos no sistema de criação aberta de gado, eles, ao sofrerem danos recorrentes, elaboraram alguns pleitos para a mudança do sistema aberto para o de criação fechada do rebanho, sendo que, neste, os danos causados pelo gado invasor seriam de responsabilidade objetiva do criador. Instaurou-se, assim, um conflito entre os criadores tradicionais e os novos moradores, criando-se um imenso debate, entre a população local, sobre se seria necessária ou não a mudança do regime legal de aberto para fechado no tocante à criação dos animais. Em apenas uma pequena parte da cidade, após um incidente ocorrido que causou grandes transtornos a um proprietário, alterou-se o regime para fechado, o que fez acirrar ainda mais o debate para as demais localidades (ELLICKSON, 1991).

Assim, a cidade contava com relações sociais parecidas em dois regimes legais distintos, o que criou o campo empírico perfeito para que Ellickson analisasse a influência das regras legais sobre os conflitos surgidos após invasões de propriedades pelo gado na comunidade. Após as observações, o autor constatou que a maioria dos habitantes resolvia os conflitos ocasionados pela invasão de gado em desacordo com a lei vigente na localidade, mas em consonância com as normas de convivência social estabelecidas no dia a dia. Diante de tal constatação, Ellickson (1991) apontou uma inconsistência empírica do Teorema de Coase

(COASE, 1960)[1], pois, para que a parábola criada por esse autor se confirmasse (Coase também utilizou, de forma apenas teórica, um conflito ocasionado por invasões de gado para formular sua teoria), os cidadãos de *Shasta County* deveriam, primeiramente, verificar quem era o titular do direito envolvido perante uma norma formal, debatendo a solução mais eficiente e adotando-a, independentemente de quem fosse o titular, algo que correria somente em uma sociedade de custo de transação zero. Contudo, a prática demonstrou que o impacto dos custos de transação não pode ser subestimado, como afirmou Ellickson (1991, pos. 527): "In rural Shasta County, where transaction costs are assuredly not zero, trespass conflicts are generally resolved not in the shadow of the law but, rather, *beyond* that shadow".

O que se descobriu ser fundamental na localidade para a solução dos conflitos não foi o tipo de sistema legal que regia a pecuária local, mas a existência de uma filosofia de boa vizinhança, com o dever de sempre se portar como bom vizinho perante a comunidade. As pessoas buscavam, mesmo que não pudessem ser responsabilizadas legalmente, reparar os danos por elas causados, compensando-os, preponderantemente, de forma não financeira, por meio da adoção da prática de boa vizinhança. Tal fato foi registrado nas duas áreas submetidas aos regimes jurídicos distintos acerca da criação dos animais (criação aberta e fechada). Deve-se ressaltar a importância dos símbolos nas relações sociais, o que explica o motivo de as pessoas não aceitarem bem as compensações puramente financeiras em *Shasta County.* Nesse sentido (ELLICKSON, 1991, pos. 2429):

> Norm-makers recognize, however, that there is an important symbolic difference between market and gift exchange. A cash transaction, cold and impersonal, is the standard form of exchange among strangers. A constitutive norm favoring in-kind transfers ("gifts") repeatedly puts members through the ritual of signaling that they are in solidarity, rather than at arm's length. This reinforces mutual expectations of continuing cooperative interecations.

Tal lógica ocorria porque os vizinhos sabiam que, ao longo do tempo, figurariam ora como vítimas, ora como causadores dos danos ocasionados pela invasão de gado. Dessa forma, valorizavam as relações de boa vizinhança pois desejavam ser tratados da mesma maneira com que haviam lidado com as situações a eles adversas, o que simplesmente contrabalancearia os danos no longo prazo, sem ter que se socorrer de um custoso e moroso

[1] Este explicita que, em um ambiente em que os custos de transação são nulos, os particulares envolvidos em uma transação chegarão sempre à solução mais eficiente para a alocação de recursos, não importando se uma determinada norma legal concederá o direito abstrato para uma ou para a outra parte conflitante (COASE, 1960).

processo judicial para efetivar a lei formal que regia as relações. Assim, havia uma espécie de contabilidade mental, na qual, ao arcar com um dano que não era de sua responsabilidade sob a ótica legal, o cidadão passava a ter um crédito em relação ao terceiro, o que, como já exposto, levaria tal contabilidade a próximo de zero no longo prazo. Ou seja, os moradores se portavam considerando estar em uma relação contínua e por tempo indeterminado (ELLICKSON, 1991).

Quando alguém se portava como mau vizinho, ou seja, sendo negligente ou não buscando reparar ou evitar a ocorrência de danos, as vítimas não buscavam apoio no sistema legal, mas, sim, em mecanismos sociais de repreensão. As punições eram comumente administradas na seguinte ordem de severidade: retaliação baseada em autorresolução dos problemas; reclamações perante as autoridades locais; reclamações por compensação dos danos submetidas sem auxílio de advogados; e reclamações formais fomentadas por advogados (ELLICKSON, 1991, pos. 576*)*. Um dos meios mais eficazes de repreensão baseada na autorresolução era a difamação, em que um vizinho alertava os outros acerca do mau comportamento de determinado habitante, servindo tanto de alerta para eles quanto como modo de sancionar o infrator, que sofreria danos em sua reputação.

Quando tal tipo de procedimento falhava, a gravidade das ações aumentava, sendo comuns a retenção do gado invasor, a castração do gado reprodutor invasor e até mesmo a medida de ocasionar a morte de alguns animais. Prossegue Ellickson (1991, pos. 1512):

> Sociologists have long been aware of the important role of gossip and ostracism. Donald Black, who has gathered cross-cultural evidence on violent self-help, has asserted that much of what is ordinarily classified as crime is in fact retaliatory action aimed at achieving social control.

Caso tais medidas não fossem suficientes para prevenir o mau comportamento de determinada pessoa, os cidadãos se reportavam às autoridades locais, que tentavam a resolução do conflito. Se ainda não se obtivesse a pacificação da situação, buscavam-se, como já exposto, compensações do dano sem advogados e, somente com a falha dessa via, a solução caminhava para o auxílio jurídico profissional. Ou seja, como se tratava de uma pequena comunidade bastante integrada, as normas sociais surgidas durante os anos de convivência eram suficientes para pacificar a maioria dos conflitos, sendo que as sanções advindas da violação de tais normas também eram, em sua maioria, impostas pelos próprios integrantes da

sociedade, sem que para isso fosse preciso buscar na lei o real titular dos direitos e obrigações.

A situação, porém, era alterada em um certo tipo de situação recorrente. *Shasta County* era cortada por uma rodovia, que não raramente era invadida pelo gado solto na pastagem, causando acidentes. Em tais casos, como muitas das vítimas sequer eram residentes no local, sendo apenas transeuntes da rodovia, os pecuaristas se socorriam do sistema legal formalmente instituído para a resolução de conflitos, acionando seguradoras e advogados. Porém, desconhecendo o sistema legal, os pecuaristas temiam que a mudança do regime legal de *open range* para *closed range* alterasse também a responsabilidade nas colisões – quando, na verdade, os precedentes judiciais da Califórnia continuariam os mesmos em relação às colisões entre veículos e animais nas rodovias (ELLICKSON, 1991). Tal fato mostra que nem mesmo o real conteúdo das leis e precedentes judiciais eram de conhecimento dos moradores, o que mostra o alcance limitado do sistema jurídico na sua pretensão de governar exaustivamente as relações sociais.

É curioso notar o peso simbólico da lei, ainda que ela tivesse impacto limitado nas relações desenvolvidas no condado. Apesar de os conflitos ocorridos na vizinhança serem resolvidos, em grande parte, à margem das medidas legais, quando surgia um movimento para a alteração da lei de responsabilização vigente, um grande debate e conflito ocorria entre os defensores da manutenção daquele sistema de responsabilização e os defensores da mudança, geralmente motivados por algum vizinho que insistia em não se portar de acordo com as normas sociais aplicadas. Contudo, os moradores mostravam, no debate, o desconhecimento da lei, apontando efeitos que a mudança legislativa não traria de fato ou, caso incorporadas algumas mudanças reais, elas em nada alterariam o modo como eles já resolviam os seus conflitos informalmente. Tais impressões e informações errôneas se difundiam entre os membros da comunidade, que insistiam em seus erros mesmo quando alertados por algum especialista, sempre desconfiando das reais intenções por trás do alerta ou até mesmo da correção da informação repassada. Ou seja, mesmo alertados, não alteravam o teor dos debates. Sobre a importância do regime legal como um símbolo de vida dos pecuaristas tradicionais, afirma Ellickson (1991, pos. 2419): “As Chapter 6 discussed, the best explanation for the cattlemen's furious opposition to proposed closed-range ordinances was their determination to preserve an open-range legal regime that to them signified that the cattleman was still king of the county.”

1.1.1 A hipótese geral de Ellickson

Baseado em sua experiência empírica, Ellickson passou a tecer sua teoria geral sobre um sistema de controle social, definindo-o como regras que normatizariam apropriadamente o comportamento humano, as quais eram reforçadas por recompensas e, eventualmente, sanções aplicáveis em caso de descumprimento (ELLICKSON, 1991, pos. 1313, *e-book*). Assim, o bom comportamento seria recompensado, o mau comportamento punido e o comportamento corriqueiro não apresentaria responsabilização. Ellickson enumerou cinco controladores que criavam as regras e administravam as sanções, sendo que um deles consistiria em autocontrole; outro em controle em uma relação direta, na qual os participantes definiriam as regras e administrariam as sanções; e os outros três em controle exercido por terceiros, estranhos à relação. O autocontrole seria exercido pela ética pessoal; na relação direta, mediante, por exemplo, os contratos; e os controles realizados por terceiros seriam as normas sociais oriundas da comunidade, as normas institucionalizadas por organizações sociais formalmente constituídas, como as entidades religiosas e as leis emanadas dos governos (ELLICKSON, 1991, pos. 1339, *e-book*).

Distinguindo tais formas de controle, Ellickson passou a criticar o centralismo que a análise econômica do Direito consentia ao sistema legal, ignorando que muitas relações se baseiam primeiramente nas normas sociais vigentes, sendo estas, muitas vezes, o primeiro recurso a que as pessoas recorrem para prevenir e pacificar conflitos. Apontou o autor que muitas pessoas simplesmente desconhecem a lei ou a interpretam erroneamente, julgando possuir direitos e obrigações distintas daquelas impostas pelo sistema judicial. Atentando para os ensinamentos vindos da sociologia, antropologia e psicologia, Ellickson buscou, enfim, criar a sua teoria baseada em uma análise econômica das normas sociais. Partindo do modelo do homem racional, porém com as ressalvas de que o comportamento humano muitas vezes é afetado por contingências que o afastam de um modelo de tomada de decisões estritamente racional, o autor construiu a sua análise calcada na teoria dos jogos.[2]

[2]A Teoria dos Jogos analisa um processo de tomada de decisões sob a ótica de um jogo, no qual se deve analisar os jogadores, as estratégias de cada um deles e os ganhos ou retornos de cada jogador para cada estratégia. Assim, identificando tais elementos, supondo ser o homem um ser racional, seria possível traçar qual seria o comportamento que atingiria o ponto de equilíbrio do jogo, podendo-se traçar um perfil de atuação na tomada das decisões futuras (COOTER; ULEN, 2010).

No jogo que montou, o autor buscava analisar as relações sociais por ele estudadas em *Shasta County*, observando que a situação encontrada se assemelhava a um jogo de trabalho especializado e de jogadas repetidas indeterminadamente. No trabalho especializado, há duas diferenças significativas em relação ao clássico jogo do dilema do prisioneiro: nesta modalidade, os ganhos e retornos são maiores quando um dos jogadores coopera e o outro se esquiva, tendo em vista que um deles dominaria melhor a técnica necessária para a ação, ou seja, um deles seria um provedor mais eficiente do trabalho, reduzindo custos (ELLICKSON, 1991). Em se tratando de uma relação continuada e sem prazo para término, a estratégia dominante seria a de *Tit-for-Tat*, na qual o jogador responderia na rodada seguinte, de forma a refletir o comportamento do outro jogador no turno anterior, reforçando ou punindo o comportamento apresentado. Nesse sentido, tal estratégia se assemelharia em muito ao que se encontra no controle social, conforme descreve Ellickson (1991, pos. 1720 e 1729):

> Axelrod's work has obvious implications for students of informal systems of social control. As he presented it, Tit-for-Tat is a second-party system of social control. It is a strategy that is simple for a player to administer and for an opponent to recognize. In the language of behavioral psychology, a Tit-for-Tat strategy is a relentless system of operant conditioning. Its promptly rewards cooperation and promptly punishes defections.

Dessa forma, o autor prossegue e finalmente apresenta a sua hipótese de que os membros de uma comunidade integrada desenvolvem e mantêm normas sociais que têm a serventia de maximizar a riqueza[3] agregada que seus membros podem aferir em suas relações cotidianas (ELLICKSON, 1991, pos. 1738). Ou seja, os membros de uma comunidade coesa irão se esforçar para que os demais adotem um comportamento cooperativo. A hipótese se limita a grupos coesos, pois um sistema de controle informal não será efetivo se as condições sociais de um grupo não proverem seus membros com informações acerca das normas sociais e as violações destas, o que enfraquecerá o poder de reforço, sendo necessário, ainda, que o poder informal seja amplamente distribuído através de seus membros (ELLICKSON, 1991, pos. 1830, *e-book*). Sobre as relações cotidianas, aprofunda Ellickson (1991, pos. 1803):

> The hypothesis is asserted, however, only in a weak form that limits its scope to the norms that govern workaday matters. This modification means that the hypothesis does not apply to two sorts of foundational rules: (1) the ground rules that enable

[3] Quanto ao conceito de maximização de riquezas, entende-se mais adequado aquele apresentado por Kaldor-Hiks (KALDOR, 1939).

> group members to engage in exchange; and (2) any purely distributive norms, such as norms of charity, that may exist.

Contudo, alerta-se para o fato de que a possibilidade de obter o comportamento cooperativo por meio de normas sociais independentes da lei possui algumas limitações. Primeiramente, tais normas somente teriam força em uma comunidade coesa, o que, por exemplo, torna-as menos viáveis na tentativa de ordenação do comportamento de todos os habitantes de uma grande cidade. Por outro lado, normas sociais que maximizam benefícios para um determinado grupo podem implicar o empobrecimento de outro, por exemplo, as normas de segregação racial. Por fim, a maximização de lucros possui limites inerentes ao bem-estar social, pois não podem ser desconsideradas outras finalidades sociais, como equidade, justiça distributiva e direitos fundamentais do indivíduo. É necessária, portanto, a atuação do Estado para coibir, mediante leis formais e mecanismos para sua aplicação, os comportamentos que violem tais finalidades ou que não sejam passivos de controle pelas normas sociais de reforço.

Deve-se destacar, para que a hipótese se confirme, que a circulação das informações no grupo seja ampla e eficiente, munindo os membros de informações acerca do passado e do presente dos integrantes submetidos ao controle social informal, a fim de que se possa identificar os comportamentos que devem ser reforçados ou punidos. Mantém-se, assim, uma rede entrelaçada de informações, na qual as notícias circuladas servem tanto como informação, quanto como recompensa ou punição, quando dirigidas à reputação de certo integrante, fortalecendo o sistema e condicionando o comportamento das pessoas submetidas àquele controle. A pessoalidade é uma característica marcante do sistema de controle social, o que reforça a necessidade da coesão da comunidade para o seu sucesso.

Porém, as sanções impostas por intermédio das normas sociais vigentes devem ser proporcionais à gravidade dos fatos controlados, estando os próprios atos sancionatórios sujeitos ao controle social. Nesse sentido, um ato excessivo de punição pode ser retaliado pelo grupo. Tal proporcionalidade levará em conta a referida contabilidade mental de débitos e créditos acumulados durante toda a relação de longo prazo, sendo necessário, portanto, adequar-se ao histórico de informações que circula não só entre as pessoas em conflito, mas também entre todos os membros do grupo (ELLICKSON, 1991). Mais uma vez, fica evidente a necessidade de uma forte coesão comunitária para o sucesso do sistema de controle por normas sociais.

Assim, feita a hipótese com base em sua experiência em *Shasta County*, Ellickson (1991) a testou perante inúmeras outras situações narradas na literatura científica, entendendo que, de acordo com as especificações e limites inerentemente impostos, ela se adequava aos casos testados. O autor concluiu que, adimplidas as condições necessárias previstas em sua hipótese, é possível que uma comunidade (necessariamente coesa) obtenha seu ordenamento desejado mediante normas sociais que possuem uma relação independente da lei formal, sendo que os membros do grupo somente recorreriam à lei caso os custos de transação adicionais impostos pelo controle governamental se justificassem pela gravidade do caso ou pela inviabilidade de obter socorro por meio do controle exercido pelas normas sociais. Enfim, o autor chama a atenção para a importância de a lei refletir a realidade das normas sociais vigentes: "This last point can be generalized: lawmakers who are unappreciative of the social conditions that foster informal cooperation are likely to create a world in which there is both more law and less order" (ELLICKSON, 1991, pos. 2944).

Há, assim, o estabelecimento do primeiro parâmetro para este trabalho responder aos problemas a que se propôs. É possível a existência de mecanismos de controle social que funcionem à margem do sistema legal, desde que preenchidos os requisitos anteriormente apontados, destacando-se, entre eles: a necessária coesão comunitária; a baixa gravidade dos temas tratados e custos de transação menores que os inerentes à submissão do litígio aos sistemas formais de resolução de conflitos. É necessário avançar, porém, em tal análise, impondo-se a seguinte questão: as normas sociais aplicadas em tais sistemas informais de controle social fazem parte do Direito? É imprescindível, para isso, a análise das correntes doutrinárias que se agrupam no chamado *pluralismo jurídico*. Tal passo será fundamental para responder a duas outras questões: como o Estado deve lidar com esses sistemas pautados em normas sociais e qual o reflexo disso nos assentamentos urbanos informais?

1.2 A perspectiva do pluralismo jurídico

Como discutido anteriormente, em diversos agrupamentos sociais, as relações entre os indivíduos e a coletividade são influenciadas por diferentes tipos de normas sociais, e nem sempre a lei estatal é a que será a predominante para conduzir os comportamentos socialmente desejados. Aliás, em alguns casos, a norma extralegal poderá ser até mesmo contrária à norma vigente no ordenamento estatal. Diante da complexa realidade social e da disciplina das relações na sociedade com o Estado, diferentes análises têm sido elaboradas para investigar tal fenômeno, sendo imperioso, no âmbito deste trabalho, analisar a perspectiva do pluralismo jurídico.

Introduz-se o que se pode entender por pluralismo jurídico, para, posteriormente, aprofundarem-se as discussões em relação a esse tema, com a definição dada por Wolkmer (1997, p. 12), para o qual pluralismo jurídico é a "multiplicidade de manifestações ou práticas normativas em um mesmo espaço sociopolítico, interagida por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais". No âmbito do Direito, a pluralidade expressa a coexistência de diferentes normatividades, podendo ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, originadas de diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, que podem ou não ser reconhecidas, controladas ou incorporadas pelo Estado (WOLKMER, 2013, p. 43).

O pluralismo jurídico encontra na sociologia jurídica um campo em que há sua forte defesa. Se o analista parte do pressuposto de que o grupamento social é a referência central para que se busque conhecer o Direito vigente em determinada sociedade, assumindo a multiplicidade de grupos sociais nela, haveria que se aceitar que o mundo jurídico também possui uma pluralidade (MORCHÓN, 2007, p. 14). Em outras palavras, o Direito seria o ordenamento interno de um grupo social, e havendo uma pluralidade de tais grupamentos, ele também seria um fenômeno plural (MORCHÓN, 2007, p. 20). Porém, adiantando uma crítica, uma concepção assim ampla pode levar a exageros, fazendo crer que existem tantos ordenamentos quanto o número de distintos grupos sociais que existem em todas as sociedades, o que pode dificultar a identificação e separação de esferas normativas distintas da jurídica, como os costumes e a moral (MORCHÓN, 2007, p. 22). Tal análise seria,

portanto, mais teórica do que apta a explicar a realidade (MORCHÓN, 2007, p. 25). Todavia, apesar das críticas realizadas, que buscam adequar o tema a uma perspectiva encarada usualmente pelos operadores do Direito, o próprio Morchón (2007, p. 26) reconhece que tanto os juristas práticos quanto os teóricos partem, consciente ou inconscientemente, da ideia de que o mundo humano possui mais de um ordenamento jurídico.

Wolkmer (1997, p. 14) traz, como sua proposta prático-teórica para o estabelecimento das bases de uma análise jurídica pluralista no Brasil, um novo paradigma, cujo objetivo geral é delinear a existência de um pluralismo jurídico fundado no espaço de práticas sociais participativas, possibilitando o reconhecimento e a legitimação de novas formas normativas extraestatais/informais, produzidas por novos atores titulares de carências e necessidades desejadas. O que se busca combater, de fato, é o dogma jurídico de que apenas as normas editadas ou reconhecidas pelo Estado seriam de fato Direito, o que exclui o protagonismo e a autonomia dos regramentos que, na prática, são os que regem importantes relações no âmbito das comunidades em seu dia a dia.

1.2.1 Breve contextualização histórica do monismo jurídico

Um breve cotejo histórico realizado pelos autores pluralistas demonstra que, na Antiguidade e na Idade Média, o pluralismo jurídico era uma realidade, havendo a convivência de regulações sociais de diferentes origens, aceitas como Direito pelas respectivas sociedades. Anteriormente ao Estado moderno, o pluralismo era vivenciado não só na teoria, mas principalmente na prática. Sociedades antigas reconheciam a pluralidade social e jurídica, e, mesmo no Império Romano, era permitido que se aplicassem leis específicas não elaboradas pelo Senado, mas consagradas pelos patriarcas ou pelos costumes de uma comunidade específica (DALANEZE, 2013, p. 71). Foi com o fortalecimento do Estado moderno que o centralismo das normas estatais começou a ser delineado e a tomar o espaço das outras modalidades de regramento da vida em comunidade. Na passagem da estrutura pluralista, policêntrica e complexa existente nas sociedades feudais para uma instância territorial concentrada, unitária e exclusiva, com o deslocamento do controle sociopolítico da

Igreja para a autoridade laica soberana, o Estado passou a corporificar o projeto racional da humanidade de controlar o seu próprio destino (WOLKMER, 1997, p. 35).

Segundo Wolkmer (1997, p. 44), Thomas Hobbes foi não só um dos teóricos responsáveis pela justificação e formação do Estado absolutista, mas, sobretudo, o principal teórico do monismo jurídico ocidental. Assim se afirma, por ter sido o pensador clássico um dos primeiros a identificar o Direito com o Direito do soberano e, igualmente, o Direito estatal com o Direito legislativo. O monismo jurídico está, portanto, associado ao declínio do feudalismo, aos interesses absolutistas e às novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevalecentes (WOLKMER, 1997, p. 45). Dessa forma, a soberania passa a ter uma natureza normativa, ou seja, um Estado soberano é aquele que tem a capacidade de produzir uma ordem jurídica autônoma e unificada. Seria, portanto, a unificação do Direito que construiria a soberania estatal (HESPANHA, 2013, p. 140). Se, no absolutismo, o Estado era identificado na figura de líderes soberanos, passado esse período, ele manteve a característica de sua soberania, mas com um arcabouço linguístico que passou a imputá-la não mais ao líder, mas ao próprio ente estatal, dotado de impessoalidade. Para que houvesse a estabilidade dessa soberania exercida impessoalmente, não se poderia conceber a multiplicidade, a divisão interna e o pluralismo social dos grupos intermediários, pois a autoridade estava totalmente concentrada no Estado unitário e soberano (WOLKMER, 1997, p. 36).

Desse modo, com as revoluções liberais burguesas, o Direito estatal passa a não ser mais reflexo da vontade exclusiva de soberanos absolutistas, mas produto de rearticulação das novas condições advindas do capitalismo concorrencial, da crescente produção industrial, da ascensão social da classe burguesa e do liberalismo econômico. Privilegia-se, com a adoção das teorias da separação dos poderes e da soberania nacional, a lei escrita como fonte de Direito, como expressão da soberania impessoal do Estado (WOLKMER, 1997, p. 45): “Foi com a República Francesa pós-revolucionária que se acelerou a disposição de integrar os vários sistemas legais sob a base da igualdade de todos perante uma legislação comum” (WOLKMER, 1997, p. 170). Com a consumação do Estado moderno, ele evoca para si a responsabilidade de formulação das normas jurídicas, de maneira exclusiva, e elabora um processo legislativo pautado por uma racionalidade formal, com o intuito de garantir a legitimidade das leis (DALANEZE, 2013, p. 67).

A hegemonia da racionalidade aparente conferida pelo Estado, bem como a supremacia dele próprio como centro de poder e garantidor de legitimidade resultaram no que se denominou de *monismo jurídico*, no qual somente têm validade as normas jurídicas estatais (DALANEZE, 2013, p. 68). A modernidade do Estado constitucional do século XIX é marcada justamente pela sua organização formal, unidade interna, soberania absoluta em um sistema de Estados e, principalmente, pelo seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal, por meio da qual o Estado se comunica com a sociedade civil (SANTOS, 1996, p. 117). Dessa forma, a sistematização dogmática do monismo jurídico foi galgando uma gradativa postulação e redução do Direito estatal ao Direito positivo, ou seja, de que todo Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, primordialmente, de que somente o Direito positivo é verdadeiramente Direito (WOLKMER, 1997, p. 48).

Com a formação do Estado-Nação, houve uma forte desestruturação do pluralismo jurídico, diante da predominância do positivismo filosófico, que pregava a unicidade da razão e afastava, definitivamente, a possibilidade de existência simultânea de dois sistemas jurídicos (DALANEZE, 2013, p. 73). O terceiro grande ciclo de consolidação do monismo jurídico ocorre com a notoriedade do formalismo dogmático da Escola de Viena, com enorme destaque para a teoria pura do Direito, de Hans Kelsen. Em tal concepção, a entidade jurídica estatal reflete um mundo monista formado por uma série de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos, estabelecendo o Estado, essencialmente, como a ordem jurídica politicamente centralizada. O Direito é o Estado, e o Estado é o Direito positivo. (WOLKMER, 1997, p. 50-51).

Nesse contexto histórico, a primazia do dogma jurídico que afirma que o Direito é aquele oriundo do Estado se estabelece, se fortalece e ganha hegemonia. Tal pensamento foi necessário para o fortalecimento do modelo do Estado impessoal e soberano, tendo sido consolidado ao longo de séculos desde então. Desse modo, o projeto de legalidade que acaba se impondo é aquele criado, validado e aplicado pelo próprio Estado, centralizado no exercício de sua soberania nacional (WOLKMER, 1997, p. 40). A construção do Direito moderno ocidental está, assim, indissoluvelmente vinculada a uma organização burocrática, a uma legitimidade jurídico-racional e a condições socioeconômicas específicas, o que permite configurar, como pressupostos da nova dogmática jurídica, os princípios da estatalidade, unicidade, positivação e racionalização (WOLKMER, 1997, p. 40). A doutrina monista é,

desse modo, produto da conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito, baseando-se na íntima relação entre a racionalização política e jurídica, que gera ao Estado o monopólio de produção das normas jurídicas (LIXA, 2013, p. 127).

Finalmente, o quarto grande ciclo do monismo jurídico se situa a partir dos anos 1960/1970. Ele ocorre diante das novas necessidades de reordenação e globalização do capital e com o enfraquecimento do Estado de Bem-Estar Social. Os princípios e objetivos da legalidade ocidental forjados ao longo dos séculos não mais são capazes de responder eficazmente às novas demandas político-econômicas, ao aumento dos conflitos entre grupos e classes sociais, e ao surgimento de contradições culturais e materiais complexas, inerentes à sociedade de massa. Com isso, instala-se uma crise no monismo jurídico estatal, a qual reflete um constante desajustamento entre as estruturas socioeconômicas e as instituições jurídico-políticas. (WOLKMER, 1997, p. 52).

O monismo jurídico consagra, como exposto anteriormente, que todo Direito é criação do Estado e, por conseguinte, todo Direito estatal é Direito positivo. A positividade enquanto processo de formulação, generalidade e validade objetiva é o marco fundamental do Direito estatal. Por outro lado, o pluralismo jurídico não só deixa de associar o Direito com o Direito positivo, mas admite também a existência do Direito sem o Estado e, indo além, do próprio Direito positivo sem o Estado ou um equivalente. Prega-se não a unicidade, mas a multiplicidade da soberania, sendo a soberania estatal apenas uma das suas facetas, embora superlativa (WOLKMER, 1997, p. 56). Contudo, para melhor se entender o espaço que as teorias pluralistas têm ganhado, é preciso melhor formular a crise que o monismo jurídico enfrenta.

1.2.2 Disfunções e crises do monismo jurídico

O monismo jurídico se tornou, após uma consolidação que durou séculos, uma abordagem sobre o Direito amplamente dominante, sendo uma concepção que ajudou a construir a soberania do Estado moderno e suas transformações, bem como o desenvolvimento dos ideais liberais e capitalistas. Todavia, a supremacia monista, que

funcionou corretamente com sua racionalidade formal e serviu às prioridades institucionais por mais de dois séculos, enfraqueceu-se com a crise do capitalismo monopolista e a consequente globalização e concentração do capital. Houve, também, na sociedade de massas hodierna, um colapso da cultura liberal individualista. Dessa maneira, o monismo jurídico passou a não mais atender adequadamente ao universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais (WOLKMER, 1997, p. 62). As sociedades de massa, tanto no centro quanto na periferia do mundo capitalista, passam por novas formas de produção do capital, por radicais contradições sociais e por instabilidades continuadas se refletem em crises, tanto em relação à legitimidade, quanto ao nível de produção e aplicação da justiça. O esgotamento do modelo jurídico tradicional é o efeito desse processo mais abrangente, e não sua causa (WOLKMER, 1997, p. 62).

Um dos principais fatores para o surgimento de regimes paralelos, reconhecidos ou não pelo oficial, seria, nos países pobres, o baixo grau de legitimidade do poder oficial. Com o agravamento da crise de legitimidade do Estado, abriu-se espaço para o surgimento de manifestações normativas não estatais, que podem ou não ser contrárias ao regime. O surgimento vigoroso de novas ordens jurídicas e a sua teorização via pluralismo jurídico seriam fruto da busca por uma nova legitimidade (DALANEZE, 2013, p. 76-77). Ao analisar a crise do paradigma monista, Wolkmer (1997, p. 64) alerta para o fato de que, quando ele trata dessa crise, está se referindo à disfuncionalidade, à falta de eficácia ou ao esgotamento do modelo ou situação histórica, aceitos e tradicionalmente vigentes, englobando tanto especificamente o Direito quanto o Estado, de forma geral.

O principal elemento científico do monismo jurídico (pautado em valores da dogmática positivista, como a suposta neutralidade científico-metodológica, a hierarquia sistematizada, a universalidade dos princípios, a crença em valores gerais, a redução aos limites da descrição empírica e a racionalidade lógico-formal) foi o fato de ter oferecido respostas previsíveis e regulares para os diferentes tipos de conflitos tradicionais, permitindo o funcionamento do sistema de forma eficaz, por meio da manutenção de uma suposta certeza e segurança, e da garantia das expectativas (WOLKMER, 1997, p. 66). Porém, com as profundas transformações do sistema capitalista e das tradições culturais liberais, a partir dos anos 1960/1970, conforme já exposto anteriormente, o positivismo jurídico dogmático passou a vivenciar uma profunda crise, tendo em vista que permanece preso à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal. Ele se coloca distante das práticas

sociais cotidianas, ignora a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, despreza as manifestações extralegislativas emergentes, não possui a necessária adaptabilidade às novas e flexíveis formas do sistema produtivo do capitalismo avançado, é incapaz de estar atento às contradições das sociedades liberais burguesas, e, por fim, não se aproxima de uma interdisciplinaridade das investigações que os novos tempos exigem (WOLKMER, 1997, p. 66).

Uma das facetas da crise monista é a ineficácia instrumental do Poder judiciário de absorver as crescentes demandas sociais geradoras de conflitos coletivos e de decisões judiciais. Tal incapacidade do sistema de justiça estatal levaria a duas alternativas possíveis em sociedades periféricas como a brasileira: a) a ampliação qualitativa de canais institucionalizados de acesso à justiça, para que houvesse uma aproximação mais efetiva e democrática do aparato legal-estatal com o cotidiano dos cidadãos, bem como maior controle social nesses aparatos; b) o reconhecimento e o incentivo de outras instâncias normativas informais, representadas fosse por um certo tipo de justiça implementada pelo Estado, fosse por manifestações comunitárias não oficiais, ambas com vantagens em relação ao tradicional sistema de justiça estatal. Assim, a singularidade de certos conflitos coletivos em sociedades inseridas no capitalismo periférico não só reflete a crise de legalidade e insuficiência dos meios jurídicos tradicionais de resolução de conflitos, mas reforça, sobretudo, a tendência de que os novos sujeitos sociais utilizem procedimentos extrajudiciais e práticas informais não oficiais para solucionar as questões que lhes são caras (WOLKMER, 1997, p. 96).

Esse cenário de tensão criado por conflitos coletivos cada vez mais recorrentes nas sociedades de massa conduziria, segundo Wolkmer (1997, p. 104-105), a duas formas de resolução desses: a) a aplicação do Direito estatal conservador, que ou é inoperante para apreciar litígios em massa, ou até mesmo pode agravar os conflitos, gerando uma crise de legitimidade; ou b) o abandono do Direito oficial, com a intensificação de práticas normativas não estatais de teor informal e alternativo, articuladas pelos novos sujeitos sociais coletivos.

Os avanços proporcionados por um Direito racionalizado, definido e aplicado formalmente pelo Estado, baseando-se em uma legalidade positivada e na aplicação de sanções, não conseguiu atender por completo às múltiplas exigências de uma sociedade em constante transformação e dinâmica, como a sociedade de massas do capitalismo avançado (MALISKA, 2009, p. 35). O monismo legislativo seria uma ficção simplificadora da realidade, ignorando que qualquer sociedade possui mais normas do que as leis estatais

(HESPANHA, 2013, p. 151). Diante de tal crise, a saída pluralista começou a ganhar espaço, tendo seus defensores, das mais variadas vertentes, apresentando-a como uma teoria acerca do Direito e do Estado que conseguiria lidar melhor com as rápidas transformações dos tempos hodiernos, ganhando adeptos no mundo e, também, no Brasil. Como exposto por Wolkmer (2013, p. 7) "a insuficiência do paradigma monista de tradição liberal e estatista enseja o entreabrir do horizonte pluralista, interdisciplinar e transcultural".

O pluralismo adota o posicionamento de que o Direito não é um sistema estanque, isolado dos demais fatores relevantes para a vida em sociedade, mas, sim, visa a ter disposição e capacidade de visualizar, relacionar e vincular os distintos elementos do mundo em que se vive com o mundo jurídico, que é apenas uma parte do todo. Assim, o Direito seria apenas uma parte de um sistema ou de vários sistemas inter-relacionados e vinculados a diversos elementos que constituem a vida em sociedade (RUBIO, 2013, p. 52-53). Embora haja variadas divergências em torno do pluralismo jurídico, todas as abordagens pluralistas partem de um mesmo pressuposto: o de que não há apenas uma, mas diversas ordens jurídicas regulamentando as práticas sociais. Não há o monopólio estatal da produção normativa e, assim sendo, o Direito não se resume ao Direito estatal (CARVALHO, 2013, p. 16). A orientação estratégica de reconstruir a teoria e a metodologia do Direito em uma perspectiva pluralista é uma tentativa de traçar uma correspondência mais fiel entre a teoria e a realidade das sociedades contemporâneas, dando suporte para as diferentes realidades normativas existentes fora do Direito estatal (HESPANHA, 2013, p. 155).

O pluralismo jurídico, porém, não é uno. Correntes de diversas matizes teóricas podem defendê-lo sob diferentes perspectivas. Alguns de seus defensores seguem a versão funcionalista, que localiza o Direito no cumprimento de determinadas funções sociais existentes em todos os tipos de associação humana (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 199). Para outros autores pluralistas, o Direito se localiza nas próprias práticas sociais, o que exige métodos de constatação material/empírica para análise de sua facticidade e consistência, abrindo um leque de pesquisas que muito contribuíram para aclarar o tema (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 201).[4] Destacam-se, também, as definições de juridicidade no pluralismo jurídico advindas das teorias sistêmicas, dentre elas o Direito como sistema

[4] A versão funcionalista do Direito afirmava a juridicidade como qualquer forma e conteúdo social estabelecidos para cumprir as seguintes funções: integração e controle social; resolução de conflitos; prevenção de conflitos; legitimação do poder social ou de aceitação das decisões de autoridade e promoção de condutas socialmente desejáveis presentes e futuras (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 199).

autopoiético, que se distancia não só do positivismo legal, como também das correntes funcionalistas sistêmicas e sociojurídicas (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 203).

Entre as vertentes pluralistas que se destacaram, Wolkmer (2013, p. 8) aponta o *pluralismo jurídico autopoiético*, de Gunther Teubner, inspirado em Luhman, e o *pluralismo jurídico pós-moderno,* de Boaventura de Sousa Santos, síntese da interlegalidade em conexão com o espaço-tempo global. Ademais, Wolkmer buscou construir seu próprio marco teórico, voltado para a realidade do capitalismo periférico, qual seja, o pluralismo comunitário participativo. Nas próximas páginas, apreciar-se-á o que propagam algumas das correntes pluralistas e como isso influenciaria o problema analisado na primeira parte deste trabalho: como o Estado deve lidar com as normas extralegais que regem a vida nas mais diversas comunidades.

1.2.3 O Pluralismo jurídico comunitário-participativo

Wolkmer (1997, p. 69), em sua busca de construção de uma teoria pluralista voltada à realidade brasileira, afirma que a proposta de um novo pluralismo jurídico, que ele denomina de comunitário-participativo, configura um modelo aberto e democrático, que privilegia a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da sociedade e que possibilita que o processo histórico se encaminhe pela vontade e controle das bases comunitárias. O referido autor, com uma postura militante e comprometida, traça um projeto de um novo Direito, que o transforme em uma instância a serviço da justiça, da emancipação e da dignificação humana. Sua proposta de pluralismo jurídico busca ser capaz de reconhecer e legitimar normas extra e infraestatais, emergidas de carências e necessidades provenientes de novos atores sociais, o que possibilitaria a captura de representações legais de sociedades emergentes marcadas por estruturas desiguais e pulverizadas em espaços de conflito permanente (RUBIO, 2013, p. 55). Reforça a visão do Direito, como um fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de instaurar-se uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas justas exigências fundamentais de atores sociais e, por fim, de

encarar a instituição da sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa (WOLKMER, 1997, p. 69).

O pluralismo comunitário-participativo não se confundiria com o pluralismo corporativista medieval ou cristão e tampouco com o pluralismo liberal burguês de minorias exclusivistas e competitivas. O pluralismo liberal burguês, de que o comunitário-participativo pretende se afastar, basear-se-ia nas ideias de descentralização, integração de mercados, globalização do capital, formação de blocos econômicos, privatização, entre outros pensamentos caros ao capitalismo avançado. Há a busca de Wolkmer por construir um pluralismo alternativo adaptado às contingências das sociedades marginalizadas, como as da América Latina, que convivem com o intervencionismo, patrimonialismo e dependência (WOLKMER, 1997, p. 166-167). Enquanto o pluralismo liberal seria atomístico e consagraria uma estrutura privada de indivíduos isolados, mobilizados para alcançar seus intentos econômicos exclusivos, o pluralismo comunitário-participativo expressaria funções de integração, pois tem como princípio unir indivíduos, sujeitos coletivos e grupos organizados em torno de necessidades comuns (WOLKMER, 1997, p. 321).

Tenta-se diferenciar, assim, um pluralismo jurídico conservador de um emancipador. O primeiro seria construído de forma a tornar inviável a organização de grupos sociais e impediria uma cidadania participativa, ao ser aplicado sob um prisma autoritário, sendo suas expressões concretas o corporativismo medieval, o pluralismo liberal burguês e a tentativa atual globalizante de um pluralismo transnacional, com premissas neoliberais e a lógica de mercado (RUBIO, 2013, p. 58-59). Já o pluralismo emancipador, do qual o comunitário-participativo tenta ser expoente, seria uma estratégia progressista de integração, que busca promover e estimular a participação múltipla dos seguimentos populares e dos novos sujeitos coletivos de base. Seria uma perspectiva de construção de um pluralismo vinda de baixo para cima, que refletisse as estruturas sociais e os sujeitos coletivos, a fim de contemplar o equilíbrio entre a vontade geral e os interesses individuais (RUBIO, 2013, p. 59).

Na teoria de Wolkmer (1997, p. 136-137), os movimentos sociais possuem papel central no novo paradigma pluralista, devendo-se situá-los em um pluralismo de articulação, organização e mobilização com autonomia relativa, principalmente frente ao Estado. Também é preciso encarar, segundo o autor, a questão da institucionalização, que deve ser analisada como possuidora de graus diversos, ou seja, modalidades que implicam o máximo ou o mínimo de formalização. Há que se pensar em um novo tipo de institucionalização, que venha

aglutinar interesses emergentes contraditórios, caracterizando-se pela mutabilidade, fluidez e circunstancialidade no espaço. Chama a atenção que o paradigma monista tenha atingido elevado grau de institucionalização por meio de um formalismo processual e de uma rígida sistematização de funções jurisdicionais. Há, assim, graus diversos de institucionalização, podendo a hierarquização ser mais ou menos rígida, com maior ou menor padronização e impessoalização de atuação. No grau máximo, o exercício da função jurídica se torna um aparelho burocrático com tarefas rigidamente definidas e hierarquizadas (WOLKMER, 1997, p. 130).

O surgimento dos movimentos sociais se origina na necessidade de melhorar a qualidade de vida de pessoas marginalizadas na ordem vigente, e é influenciado por isso. Os problemas compartilhados nas comunidades marginais não podiam mais ser eficazmente resolvidos por meio de soluções individuais, tendo sido imperiosa a coletivização em tais demandas, devidamente organizadas e pleiteadas pelos novos sujeitos sociais coletivos (MALISKA, 2009, p. 69). Porém, os movimentos sociais não atuam apenas à margem do Estado. Em muitos casos, talvez em sua maioria, eles acabam por traduzir uma exigência feita ao Estado, impondo-lhe uma contingência política que exija dele a manifestação de uma resposta à demanda apresentada. Os movimentos sociais não simbolizam a recusa da política, mas a tentativa de seu alargamento para além do marco liberal da distinção entre Estado e sociedade civil (MALISKA, 2009, p. 77).

Ademais, em um pluralismo comunitário-participativo, a imprevisibilidade, a autenticidade e a autonomia que transgridem e escapam do instituído devem ser redimensionadas, pois, em tal concepção do pluralismo, a fonte de Direito é o próprio homem, projetado em ações coletivas que internalizam a historicidade concreta e a liberdade emancipada. Desse modo, a formação de sujeitos coletivos e a ampliação dos focos de poder social autodeterminados, em um ambiente de invenção democrática, devem ser processados concomitantemente à contínua subversão do estabelecido, com a reivindicação permanente do social e do político, e com a criação ininterrupta de novos direitos, que vão se refazendo na circunstancialidade das situações, e cujas definições ocorrem a cada momento (WOLKMER, 1997, p. 153). Há o esforço do pluralismo para a construção de um espaço social de mediação que seja um contraponto aos extremos da fragmentação atomista e da ingerência desmensurada do Estado. Assim, como prevalência de corpos sociais intermediários, tem-se uma luta articulada contra o estatismo e o individualismo. Para tanto, são princípios

primordiais para valorar o pluralismo a sua autonomia, a descentralização, a participação, o localismo, a diversidade e a tolerância (WOLKMER, 1997, p. 159-160).

Haveria, dessa forma, duas modalidades de Direito no Brasil: um Direito legal estatal e um Direito social não estatal. A pluralidade de manifestações normativas não estatais se deve, em grande parte, à baixa eficácia da legalidade estatal e à crise de legitimidade que atinge o regime político. A principal razão de ser do pluralismo seria a tentativa de explicar, teoricamente, a convivência contraditória, consensual ou conflitante entre os vários direitos observáveis em uma mesma sociedade (WOLKMER, 1997, p. 189). Há, dessa forma, não uma negação do Direito estatal, mas a teorização que explica sua convivência com outras fontes normativas não estatais (WOLKMER, 1997, p. 194). O pluralismo é designado, nessa linha de raciocínio, como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, que podem ser ou não oficiais, tendo origem nas necessidades existenciais, materiais e culturais do povo (WOLKMER, 1997, p. 195).

Não se pretende minimizar o Direito estatal, que, no marco teórico analisado, seria um Direito necessário, mas não suficiente. O Direito oficial seria somente uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. Dessa forma, é importante falar não somente de práticas independentes e semiautônomas em relação ao poder estatal, mas também de práticas normativas oficiais e formais ao lado das não oficiais e informais (RUBIO, 2013, p. 59). A relação entre as normas não estatais e o Estado fica clara, sob uma perspectiva estatal ao se compreender que, para essa visão do fenômeno jurídico, se o Estado não estivesse presente, de forma direta, em todas as relações jurídicas existentes, ele estaria ao menos indiretamente, ao permitir que essas relações se mantivessem (MALISKA, 2009, p. 42). Porém, observa-se que essa permissão não ocorre em relação às normatividades informais contrárias à lei; não há uma anuência formal do ordenamento estatal para essas relações, mas a ausência da eficácia da ordem estatal naquele contexto social. A incapacidade do Estado de se impor e regular todas as relações normativas na sociedade é justamente a causa de existir do pluralismo jurídico, uma vez que a ineficiência daquele não pode se transformar em uma suposta anuência às demais formas de normatividade. Dessa forma, a relação e influência entre Direito estatal e não estatal se fará, sim, presente, mas não por meio de uma relação de subordinação entre aquela e esta ordem.

É preciso compreender, porém, que o Direito oficial não se reduz ao Direito estatal, compreendendo diversas espécies de Direitos, todos sancionados por uma autoridade legítima interna de cada grupo, podendo-se citar os Direitos das associações, minorias étnicas, religiosos etc. Já o Direito não oficial está vinculado à aplicação prática de regras ou formas de comportamento geradas pelo consenso de um dado grupo social (WOLKMER, 1997, p. 199).

Ademais, para o estabelecimento desse novo marco pluralista, é necessária a viabilização de condições para a implementação de uma política democrática que direcione e reproduza um espaço comunitário descentralizado e participativo, o que necessariamente não se construirá no curto prazo, por haver a necessidade de transformação profunda das estruturas sociais dos países periféricos, onde há uma tradição cultural centralizadora, dependente e autoritária (WOLKMER, 1997, p. 222-223). Há, conforme Wolkmer (1997, p. 225), uma obrigatoriedade de se pensar uma alternativa comunitária como espaço público pulverizado pela legitimação de novas forças sociais, quais sejam, os movimentos sociais, que, em exercício de alteridade, implementariam suas necessidades fundamentais e se habilitariam como instâncias produtoras de um Direito comunitário autônomo. Garantir-se-ia, desse modo, o papel ativo das comunidades na gestão de seus problemas fundamentais.

Dentro desse paradigma, é necessário notar a importância não só do padrão normativo informal estabelecido, mas também dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Criam-se, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios, que se caracterizam pela rapidez e participação comunitária, bem como por instituições com poucas amarras burocráticas, de baixo custo e pouco reguladas (WOLKMER, 1997, p. 260). Ao analisar um desses sistemas alternativos de resolução de conflitos (Sistema comunitário de segurança, repartição de justiça e reeducação de um povo indígena mexicano), Rangel (2013, p. 349) expõe que, para os seus integrantes, o Direito não se reduz à lei, e a juridicidade não se identifica com as normas. Em vez disso, o jurídico se reveste de diversas dimensões e provém de distintas fontes.

Tratando de outro caso de sistema alternativo, Araújo (2013, p. 364) cita a experiência moçambicana de um modelo de justiça popular, com a formação de tribunais populares – com juízes não profissionais eleitos por assembleias populares – e escalonados em várias instâncias, que culminavam em um Tribunal Popular Supremo. Trata-se de um modelo que se inspirou em tribunais populares surgidos espontaneamente em zonas libertadas

do país, mas que foi estabelecido por meio de uma lei oficial estatal. A referida lei instituidora dos tribunais populares em Moçambique, em seu preâmbulo, afirma que as experiências recolhidas por uma justiça de tipo comunitário apontaram para a necessidade de sua valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural de sua sociedade. Considerou-se, desse modo, necessária a criação de um órgão que permitisse aos cidadãos resolver pequenos conflitos no seio da comunidade (ARAÚJO, 2013, p. 368).

Repare-se, dessa forma, a conexão entre um Direito comunitário e o sistema estatal. Ainda que os tribunais populares usassem procedimentos informais, eles, na verdade, faziam parte do sistema oficial de justiça, divergindo, às vezes, de instâncias informais da comunidade, como a família e as igrejas. Estavam, desse modo, na fronteira entre o formal e o informal (ARAÚJO, 2013, p. 366). Posteriormente, com uma revisão constitucional ocorrida em 2004, houve um avanço em relação ao tratamento dado pelo Estado aos sistemas alternativos de justiça. A norma constitucional estabeleceu que o Estado reconhecia os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistiam na sociedade moçambicana, desde que não contrariassem os valores e princípios fundamentais da Constituição. Dessa maneira, houve o reconhecimento tanto das instâncias populares que faziam parte do sistema oficial de justiça quanto das instâncias comunitárias de resolução de conflitos não reguladas pela lei, desde que aceitas pelas partes e não violassem a Constituição (ARAÚJO, 2013, p. 373-374).

As alternativas pluralistas surgidas no bojo da mesma legalidade oficial são percebidas em dois planos distintos: no “interior” da legislação positivada e no funcionamento hermenêutico da instância jurisdicional. No entanto, o pluralismo comunitário participativo busca ir além. Sem negar ou abolir as manifestações normativas estatais, avança democraticamente rumo a uma legalidade diversa, à margem da juridicidade posta pelo Estado. Afasta-se da lógica técnico-formal e das abstrações disciplinares e se aproxima da satisfação das necessidades da vida cotidiana e da legitimidade de novos sujeitos coletivos (WOLKMER, 1997, p. 274). A proposta dessa nova cultura jurídica, de base informal e pluralista, intimamente associada ao processo de emancipação dos marginalizados, estaria intrinsicamente ligada à plena historicidade de práticas libertárias no interior do próprio capitalismo periférico latino-americano (WOLKMER, 1997, p. 298-299), o qual força as comunidades de excluídos a se valerem de meios não oficiais para buscar a satisfação de suas necessidades fundamentais em suas vidas cotidianas.

Perceba-se, nesse sentido, que os espaços sociais de que o Estado se ausenta, como as periferias, favelas e regiões isoladas, testemunharam o surgimento de outra ordem, não estatal, que fez valer um Direito próprio. Esse Direito resulta, por vezes, de um pacto entre os sujeitos que compõem a comunidade, mas, em outros casos, por imposição de um grupo local dominante (vide o caso do domínio territorial de traficantes e milicianos) (MALISKA, 2009, p. 35). É preciso afastar uma análise maniqueísta da relação Direito positivo burguês/Direito alternativo dos oprimidos. Não se trata de negar a existência de um Direito paralelo, que vigora concomitantemente ao Direito oficial. No vazio deixado pelo Estado, surgem, sim, mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Assim, não se pode fazer uma aposta total nas instituições estatais e no monismo positivista, mas também é preciso reconhecer que o "alternativo" pode ser tanto mais justo, legítimo e humanitário quanto mais violento e autoritário do que o "oficial" (CARVALHO, 2013, p. 21). Nesse sentido, investigações sociojurídicas realizadas em favelas nos anos 1990 apontaram para juridicidades comunitárias que apresentavam um retrocesso político e jurídico, pois houve, em vários dos locais visitados, a substituição das associações de moradores pelo comando do tráfico de drogas como centro principal de resolução de litígios, privilegiando a violência e a justiça privada, e, assim, acarretando em um Direito mais arbitrário que o estatal (MAGALHÃES, 2013b, p. 112-113). A associação automática entre juridicidades comunitárias e uma maior realização do projeto democrático ou de justiça social representam uma romantização ou idealização das relações sociais (MAGALHÃES, 2013b, p. 154).

Diante desse último cenário apontado, é importante alertar que nem toda manifestação legal não estatal é justa, válida e ética, pois um corpo social intermediário ou um grupo dirigente qualquer pode criar regras perversas, que objetivem atender a interesses contrários à comunidade. Isso as deslegitima no marco teórico aqui exposto, pois a legitimidade dos direitos produzidos pelas subjetividades coletivas emergentes depende dos valores justiça e ética, bem como do respeito à vida humana. Desse modo, as regras impostas por grupos dominantes que se afastam desses preceitos não devem ser consideradas Direito (WOLKMER, 1997, p. 290). No entanto, como já exposto, o pluralismo jurídico não é representado apenas pela existência de ordens paralelas que dominam pela força; nas sociedades modernas, cada vez mais exteriorizam-se a complexidade e a variedade de fatos sociais relevantes que fogem à regulação meramente estatal. A ordem estatal torna-se uma referência entre outros inúmeros códigos normativos existentes (MALISKA, 2009, p. 36).

É preciso se atentar, na realidade latino-americana, para a formação de um Direito insurgente, formado dentro de grupos secundários, que, ao não encontrarem "nas regras jurídicas oficiais a possibilidade de desempenhar o papel que atribuem a si, modificam, consciente ou inconscientemente, as normas do Direito mediante prescrições, para eles legítimas, mas, às vezes, ilegais em face do Estado" (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 210). Dessa maneira, no contexto da periferia global, o Direito seria produzido de forma paralela em razão do profundo vazio de poder derivado da ausência de um Estado regulamentador, que nunca se preocupou em se fazer presente nas áreas marginalizadas, a não ser por intermédio da imposição da força (MAGALHÃES, 2013b, p. 140). O desafio passa a ser, portanto, pensar critérios que atestem a legitimidade de determinada normatividade paralela e que possam ser utilizados para avaliar a multiplicidade de normas não oficiais, direcionando-as em um sentido emancipatório. Tais critérios, na construção do pluralismo comunitário-participativo, seriam baseados em fundamentos de efetividade material (pela emergência de novos sujeitos coletivos e pela satisfação das necessidades humanas básicas) e em fundamentos de efetividade formal (por meio de uma reordenação do espaço público, mediante uma política democrática comunitária, descentralizadora e participativa), como já delineado anteriormente (CARVALHO, 2013, p. 28).

Todavia, como reação para conter a crescente pluralista e resguardar o seu monopólio de produção normativa, o Estado recorre a dois expedientes: a tentativa de eliminação total de práticas pluralistas; ou a frequente busca por reconhecer ou incorporar publicamente determinadas manifestações das comunidades religiosas, grupos sociais, minorias étnicas e outros grupos onde há uma normatividade extraestatal. Criar-se-ia, assim, um pluralismo mascarado e de fachada que se adequaria às regras impostas pela ordem estatal, deixando um papel subordinado para os direitos não estatais (WOLKMER, 1997, p. 186). Ou seja, a despluralização pode ocorrer de duas maneiras: quando há uma grande homogeneização da sociedade, o que geraria o desaparecimento das diversas formas de Direito paralelo e concorrentes; ou quando há a imposição de unidade por parte de um órgão central, fazendo com que o Direito paralelo se integre e se incorpore à ordem oficial (WOLKMER, 1997, p. 205). O Direito estatal pode, desse modo: encarar os Direitos não estatais como inexistentes, reconhecendo apenas a si mesmo como válido; considerar a existência de outros ordenamentos, mas apenas como simples fato, e não como Direito; ou declarar, explícita ou

implicitamente, a existência e o reconhecimento de outros ordenamentos jurídicos como verdadeiro Direito (MORCHÓN, 2007, p. 15).

No que tange à relação entre o Direito e as demais formas de regulação social, há, entre outras correntes de pensamento, uma visão com teor mais gradualista e que possui uma ideia do Direito como privilégio de sociedades organizadas. Ela afirma que, à medida que as sociedades se ampliam e se complexificam, as normas sociais não organizadas começam a desintegrar e a ser questionadas (diante da perda de homogeneidade social anteriormente existente), e daí surge a necessidade de instrumentos formais de controle coletivo, como leis, tribunais, polícia etc. (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 213).[5] Dentro de uma perspectiva autopoiética, Olgiati, citado por Albernaz e Wolkmer (2013, p. 216), defende a existência de ordens jurídicas semiautônomas, que: se diferenciariam da ordem jurídica estatal por sua identidade, razão, lógica e ambiente próprios; regulariam as relações sociais de uma perspectiva funcional e substantiva, não sendo coercitivas e formais; adotariam, nas disputas e conflitos, uma abordagem tópica (e não a geral e sistêmica).

Porém, por mais ampla, forte e totalizadora que uma regulamentação centralizada em uma autoridade jurídica possa ser, por meio da ação monopolizadora do Estado, ele não consegue erradicar e inviabilizar totalmente a regulação informal proveniente de outros grupos sociais não estatais. Subsiste, assim, uma pluralidade de níveis autônomos e semiautônomos de instâncias legislativas e jurisdicionais, que levam à convenção de padrões normativos e à resolução consensual de conflitos, assumindo características específicas de uma validade distinta e legítima (WOLMER, 1997, p. 256) que se difere daquela concedida pelo sistema estatal.

Analisada a vertente do pluralismo jurídico comunitário-participativo, é importante analisar outro movimento pluralista que influenciou diretamente a prática de vários tribunais no Brasil, qual seja, o Direito alternativo.

---

[5] Outras correntes teóricas, entretanto, não afeitas a esse evolucionismo, advogam a existência de uma juridicidade espontânea, seja ela organizada e formal ou não, e entendem que a regulação jurídica e as regulações de outras naturezas convivem em qualquer tipo ou tamanho de realidade social (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 214).

1.2.4 O Direito alternativo

Há uma aproximação do pluralismo jurídico com o denominado *uso alternativo do Direito oficial*, bem como pontos de contato e identificação daquele com o fenômeno de um Direito distanciado do oficial. O pluralismo, porém, transcende tal uso, pois não se ajusta necessariamente ao Direito oficial. O uso alternativo do Direito conforma-se e relaciona-se unicamente com a esfera de abrangência da legalidade estatal posta, tentando explorar suas fissuras e deficiências em favor de segmentos sociais desfavorecidos (WOLKMER, 1997, p. 202).

Wolkmer vislumbra, desse modo, duas estratégias para a superação do monismo jurídico pelo ideal do pluralismo jurídico comunitário-participativo. Na primeira, aproxima-se do uso alternativo do Direito, ressaltando a importância de práticas emancipatórias surgidas no bojo do sistema estatal. Na segunda, menciona o pluralismo jurídico propriamente dito, gestado pelos novos sujeitos coletivos na esfera não estatal (CARVALHO, 2013, p. 29). Por sua vez, Carvalho (1997, p. 62), ao analisar o Direito alternativo, diz que ele, em seu sentido estrito, emerge do pluralismo jurídico, por ser um Direito paralelo, emergente, concorrente, insurgente, achado na rua. Seria a construção popular do Direito, podendo estar até mesmo em conflito com o Direito oficial. Reconhece-se, assim, que, em um mesmo espaço geográfico e em um mesmo momento histórico, poderiam existir Direitos que caminham paralelamente.

O movimento do *uso alternativo do Direito* surgiu, na Itália, no início da década de 1970, com o intuito de criticar o saber posto, por meio de um profundo exercício reflexivo de questionar o que está ordenado e consagrado pelos aparatos oficiais em uma dada formação social, bem como pela possibilidade de conceber formas diferenciadas de prática jurídica (CARVALHO, 1997, p. 33-34). Busca-se o afastamento de um dogma jurídico baseado em um positivismo jurídico legalista, deixando de encarar o Direito como neutro e fundado exclusivamente no Direito positivado; abandonando o apego demasiado à literalidade da lei; e afastando-se da premissa de que o Direito não precisa de conotações políticas, morais, de consciência ou emergentes do contexto socioeconômico (CARVALHO, 1997, p. 33)

São, desse modo, pressupostos do uso alternativo do Direito: servir ao processo de emancipação da classe trabalhadora e ser uma manifestação da luta de classes; ao analisar as normas, buscar o jurista a extração de critérios de valoração progressistas; negar a

apoliticidade, imparcialidade e independência dos juízes; utilizar incoerências, lacunas e contradições do Direito em favor dos fracos; entender que o Direito é, em regra, posto pelas classes dominantes, mas às vezes pode representar conquistas políticas e éticas ou exigências sociais democráticas; assumir o Direito como território válido de luta de classes, e não apenas de dominação; propor, de forma prática e teórica, a utilização e consolidação do Direito em uma direção emancipadora das classes trabalhadoras; tomar consciência da função política do Direito; utilizar o Direito de forma diversa de seu uso predominante; tentar ampliar os espaços democráticos de ordenamento jurídico (CARVALHO, 1997, p. 34-35).

A estratégia do uso alternativo do Direito é operacionalizada no seio do sistema judicial tradicional, desenvolvendo procedimentos político-jurídicos capazes de propor, diante da dominação do Direito estatal, a utilização do ordenamento técnico-formal e de suas instituições na direção de uma prática judicial alternativa, que objetiva a emancipação de setores, classes e movimentos sociais menos favorecidos. Exploram-se, no método hermenêutico, contradições e lacunas do sistema oficial para a superação de uma propagada ordem burguesa-capitalista geradora de injustiças sociais (WOLKMER, 1997, p. 270-271). Dessa maneira, parte-se do pressuposto de que o sistema legal é contraditório, deixando lacunas e ambiguidades, razão pela qual, em um uso alternativo, devem-se utilizar tais contradições em prol do interesse popular e de uma pauta socialmente progressista (CARVALHO, 1997, p. 43). O uso alternativo, que se utiliza de uma técnica interpretativa libertária, visa apenas a minar e transformar o ordenamento jurídico positivo dentro da perspectiva da própria legalidade oficial estatal, não havendo uma preocupação específica de criar e desenvolver outros núcleos de regulação fora do Estado (WOLKMER, 1997, p. 272-273).

Carvalho (1997, p. 44) afirma, ademais, que, em uma realidade de ampla dominação e desigualdade de classes como a brasileira, há casos em que é preciso romper inclusive com a legalidade. Quando ela for um entrave para a implementação da busca da vida com o mínimo de dignidade para os desfavorecidos, deverá ser superada com a utilização de princípios gerais do Direito, que estariam acima do Direito positivado. Prega, assim, que, para fazer justiça no caso concreto, o juiz pode deixar de aplicar a lei quando o seu resultado levar à injustiça (CARVALHO, 1997, p. 56). A alternatividade atua, dessa maneira, cada vez mais baseada em princípios do Direito, que organizam o sistema independentemente das normas primárias e secundárias. A observância dos princípios deve seguir e levar a um imperativo de justiça, de

honestidade ou de alguma outra dimensão moral (CARVALHO, 1997, p. 65). Ultrapassa-se o limite de atuação de um Direito apegado à literalidade da norma positivada, a fim de concretizar os princípios gerais do Direito do mundo civilizado (CARVALHO, 1997, p. 78). Ademais, quando a lei for representativa de uma conquista social progressista, o jurista adepto ao uso alternativo deve buscar, em sua atividade interpretativa e prática, dotar tal norma da máxima efetividade, a fim de consolidar as partes do ordenamento que estejam comprometidas com os mais pobres (CARVALHO, 1997, p. 49).

Santos (1996, p. 178) exemplifica, como verdadeiro uso alternativo do Direito, a experiência por ele estudada, no Recife (PE), sobre conflitos fundiários urbanos nos bairros marginais. Sua investigação revelou que os habitantes dos bairros vinham conseguindo algumas vitórias nos tribunais, ainda que, em princípio, seus argumentos fossem relativamente frágeis em termos estritamente jurídicos. A vitória foi tornada possível pelo uso alternativo do Direito, por meio de uma argumentação tecnicamente sofisticada de advogados postos gratuitamente à disposição dos moradores, mas também como reflexo da interpretação inovadora do Direito em um contexto de aumento dos poderes dos juízes na condução do processo.

Feitas essas breves considerações acerca do Direito alternativo, tendo a sua importância teórica e prática em segmentos dos tribunais pátrios, abordar-se-á, a seguir, o trabalho que talvez tenha trazido o maior impacto acerca do pluralismo jurídico no Brasil, seja por ter tratado profundamente da realidade periférica brasileira, seja por sua consistência teórica e inovação, à época de sua realização. Para fins deste trabalho, ganha ainda mais relevância, pois aborda diretamente a questão dos núcleos urbanos informais. Trata-se dos estudos e pesquisas desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos.

1.2.5 A perspectiva de Boaventura de Sousa Santos

Ao se discutir o pluralismo jurídico, principalmente no contexto das favelas e dos países periféricos e semiperiféricos, é imperioso abordar as reflexões de Boaventura de Sousa Santos sobre o tema, tendo o sociólogo efetuado estudo pioneiro sobre a normatividade que regia as relações em uma favela do Rio de Janeiro na década de 1970 (SANTOS, 2014). Porém, sua obra como um todo sempre se preocupou com o fenômeno do Direito não oficial, sem descartar a importância do Direito estatal e suas instituições (SANTOS, 2014, p. 17).

No âmbito do referido trabalho, Santos (2014, p. 30) realizou uma comparação não sistemática entre a prática jurídica do Direito estatal dos países capitalistas e a prática jurídica no interior de uma grande favela do Rio de Janeiro, tendo se utilizado de instrumentos teóricos produzidos pela concepção tópico-retórica e feito trabalho de campo com a metodologia da observação participante. Para tanto, o autor se valeu de um rico arcabouço produzido pela antropologia do Direito, que, em estudos nas décadas de 1950 e 1960 (focados, principalmente, em comunidades tribais de povos tradicionais da África), apontou para formas de Direito e padrões de vida jurídica totalmente distintos dos existentes nas sociedades ditas civilizadas. Dessa forma, ela trouxe para o debate sistemas: com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta dos litígios; com pouca ou nula especialização; marcados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade e utilização de um discurso retórico, persuasivo e assentado na linguagem comum. Os estudos de Boaventura revelaram, acima de tudo, a existência, na mesma sociedade, de uma pluralidade de Direitos convivendo e interagindo de diferentes formas (SANTOS, 1996, p. 175).[6] A sociologia jurídica acabou sendo profundamente influenciada por essa visão da antropologia do Direito, tendo sido realizados muitos estudos que adotaram como unidade de análise o litígio, e não a norma, e, por orientação teórica, o pluralismo jurídico, voltado para a análise de mecanismos jurídicos informais de resolução de conflitos existentes nas sociedades

[6] O autor português entende que o desenvolvimento da antropologia jurídica foi fundamental para criar um arcabouço teórico que passou a centrar-se nos litígios e nos mecanismos da sua prevenção e da sua resolução, desviando a atenção das normas e orientando-se para os processos e para as instituições, seus graus distintos de formalização e de especialização e sua eficácia estruturadora dos comportamentos (SANTOS, 1996, p. 164-165).

contemporâneas e operando à margem do Direito estatal e dos tribunais oficiais (SANTOS, 1996, p. 175).

O estudo teórico e empírico do autor português foi realizado em uma favela do Rio de Janeiro, à qual, com receio de que suas pesquisas pudessem causar transtornos e perseguições aos moradores, que, à época, viviam sob um regime ditatorial, denominou de Pasárgada (SANTOS, 2014, p. 16). Posteriormente, já após o término do regime ditatorial, o autor revelou que se tratava da favela do Jacarezinho (SANTOS, 2014, p. 30). Como observado pelo pesquisador, ao contrário do discurso jurídico estatal, o discurso jurídico de Pasárgada fazia um grande uso de *topoi* e, simultaneamente, um escasso uso de leis, valendo-se, ainda, de um complexo arsenal de instrumentos retóricos. Mostrava-se, portanto, bastante distinto do Direito estatal, que é bastante profissionalizado e burocratizado, o que potencializa sua utilização sistemática e dogmática (SANTOS, 2014, p. 31). Ademais, o modelo decisório de Pasárgada se assentava na mediação, que, ao contrário do modelo de adjudicação (amplamente adotado no Direito oficial), está expressamente orientado para a contabilização plena dos méritos relativos das posições no litígio e que, por essa via, maximiza o potencial persuasivo do discurso e, consequentemente, o potencial de adesão à decisão (SANTOS, 2014, p. 32).

Por outro lado, diante de seu caráter tópico-retórico, o discurso jurídico do Direito de Pasárgada é não legalístico, o que o faz projetar um pensamento essencialmente cotidiano e comum. Ele não se vê, desse modo, impelido a sublimar, mediante sucessivas próteses técnicas, o que possui de cotidiano e de vulgar (SANTOS, 2014, p. 32). Utiliza-se, assim, de linguagem compatível com os usos dados pelas pessoas moradoras da favela, sem uma linguagem tecnicista que busque diferenciação em relação ao uso costumeiro da fala. Outras características do Direito de Pasárgada são: a constituição de um universo processual muito mais próximo entre o objeto real e o objeto processado do litígio (com muito mais flexibilidade que a rígida separação do Direito estatal); maior informalidade da interação jurídica, sendo pouco rígidas as distinções entre forma e conteúdo ou entre processo e substância; baixo grau de especialização/profissionalização das funções jurídicas, não havendo uma rígida divisão do trabalho jurídico (SANTOS, 2014, p. 32-33).

Segundo Santos (1996, p. 82), foi no domínio da racionalidade moral-prática que os processos de autonomização e de especialização se manifestaram, sobretudo na elaboração e consolidação da microética liberal (na qual a responsabilidade moral se refere exclusivamente

ao indivíduo) e no formalismo jurídico levado ao extremo pela *Pandektenschule* alemã, que foi transformado em política jurídica hegemônica por meio do movimento de codificação, cuja expressão máxima foi o Código Civil Napoleônico de 1804. Tal racionalidade está presente na emergência e consolidação de uma ciência jurídica dogmática, formalista e falsamente isenta de preferências axiológicas e políticas (SANTOS, 1996, p. 86). Diante de tais características que diferenciam o Direito de Pasárgada do Direito estatal, afirma Santos (2014, p. 34): "De tudo isto, duas conclusões parecem incontroversas: *o espaço jurídico retórico do discurso jurídico é suscetível de variação; o direito de Pasárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal*" (grifo do autor). A partir de tais premissas e constatações, o autor busca traçar, com sua metodologia, as devidas explicações para tais fenômenos (SANTOS, 2014, p. 34).

Duas características do Direito devem ser mais bem compreendidas: o nível de institucionalização da função jurídica e o poder dos instrumentos de coerção a serviço da produção jurídica. Considera-se institucionalizado o exercício de tal função caracterizado pela divisão interna e externa do trabalho jurídico, bem como de sua consequente tendência para a profissionalização; pela hierarquização técnica e social do exercício de suas tarefas; pela atuação padronizada e impessoal sujeita a critérios de competência e a princípios e normas de racionalidade sistêmica. Porém, cabe esclarecer que a institucionalização admite diversos graus, podendo ser maior ou menor a presença de cada um dos elementos apontados (SANTOS, 2014, p. 34-36).

O Direito estatal possui, em geral, um elevado grau de institucionalização. A função jurídica se autonomizou das demais funções sociais e, internamente, atingiu elevada especialização, dando origem a várias profissões jurídicas. O modelo se vale do vasto arsenal do formalismo jurídico em geral e do formalismo processual em especial, bem como da profissionalização do contexto em que são acionados. A autonomização e a sistematização da função jurídica, ligadas intrinsicamente ao legalismo, têm sua reprodução alargada por meio da ciência jurídica, valendo-se de pesada tecnologia linguística e conceitual (SANTOS, 2014, p. 37-38). Já o Direito de Pasárgada apresenta um baixo grau de institucionalização. A função jurídica é apenas uma das várias desempenhadas pela associação de moradores, e de algumas delas não se distingue facilmente. Não há, ainda, por exemplo, divisão nítida entre as funções do presidente e as do secretário da associação no âmbito da prevenção de litígios. Há uma

padronização sempre precária e determinada pela lógica tópica, não se investindo em uma atuação jurídica de caráter impessoal (SANTOS, 2014, p. 38-39).

O grau de formalismo jurídico exigido em um sistema varia de acordo com o tipo de relação e as pessoas nele envolvidas. Assim, diferentes grupos sociais e classes, em determinadas sociedades, podem desenvolver sistemas populares com níveis de formalismos distintos, que se sobrepõem ao Direito oficial. As formas utilizadas pelo sistema popular são frequentemente derivadas dele, sofrendo modificações para se ajustarem às necessidades do grupo. Pode haver, dessa maneira, compartilhamento de postulados culturais, mas divergência no modo como são especificados e no uso que é dado às formalidades (SANTOS, 2014, p. 126).

Já no tocante ao poder dos instrumentos de coerção, há também forte contraste entre os dois sistemas. Entende-se por instrumentos de coerção o conjunto dos meios de violência que podem ser legitimamente acionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas. O grau do poderio é passível de variar diante do tipo de ações violentas que pode ser acionado, bem como diante dos condicionalismos exigidos para o seu acionamento ou, ainda, pelo efeito de neutralização relativa resultante de ações paralelas ou contrárias de outros instrumentos de coerção existentes no mesmo espaço sociojurídico. É preciso haver a combinação dos três seguintes fatores para a existência de um aparelho coercitivo: os instrumentos de coerção serem organizados segundo o princípio da eficiência total; o acionamento não conhecer outros condicionalismos senão os decorrentes da aplicação de normas e regulamentos gerais; e a atuação ser monopolística, na medida em que assenta a liquidação de instrumentos coercitivos concorrentes. Quando houver a ocorrência combinada desses três fatores, estar-se-á diante de um aparelho coercitivo (SANTOS, 2014, p. 39).

A produção jurídica estatal possui a seu serviço, em regra, um poderoso e complexo aparelho coercitivo detentor do monopólio da violência legítima, valendo-se de forças policiais e do próprio sistema prisional. Trata-se da base da filosofia que torna o Direito um centro de disciplina e de controle social. Sua eficiência se vale não só do uso da violência, mas, principalmente, da ameaça de sua utilização, o que possibilita uma repressão preventiva para dissuadir os comportamentos tipificados como transgressores da legalidade. Já o Direito de Pasárgada possui instrumentos de coerção muito incipientes, quase inexistentes, sendo seus principais instrumentos as ameaças, o discurso da violência, porém de difícil concretização,

constituindo mais uma retórica da força, de um *topos* de intimidação que é integrante do discurso jurídico (SANTOS, 2014, p. 39-41).

Essas diferenças estruturais brutais irão se refletir sobremaneira no espaço retórico do discurso jurídico. Conforme Santos (2014, p. 43): "A amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção a serviço da produção jurídica". Ou seja, quanto mais elevado é o nível de institucionalização da função, menor tende a ser o espaço retórico do discurso jurídico, e vice-versa; quanto maior o poderio dos instrumentos de coerção, menor tende a ser o espaço do discurso jurídico (SANTOS, 2014, p. 45).

Entrando propriamente na discussão acerca do pluralismo jurídico, Santos (2014, p. 47-48) assevera que a construção teórica de seu trabalho foi assentada em uma comparação entre o Direito de Pasárgada e o Direito estatal brasileiro como expressão representativa do Direito do Estado capitalista contemporâneo. Sua proposta, submetida posteriormente à pesquisa em campo, é a de que, no mesmo espaço geopolítico, haja mais do que um Direito ou ordem jurídica. No caso concreto, sua acepção é acerca do caráter de autêntico Direito das normas jurídicas de Pasárgada. O autor português critica o fato de a sociologia jurídica ter aceitado, acriticamente e por período demasiadamente longo, o pressuposto reducionista de que o Direito opera segundo uma única escala, qual seja, a escala do Estado-nação, ao passo que as investigações empíricas mostravam, desde a década de 1960, a existência de Direitos locais em diversos espaços sociais, tais como as zonas rurais, bairros urbanos marginais e em outras diversas esferas. Os Direitos locais se distinguem do Direito nacional pela escala que fazem, constituindo uma legalidade de grande escala, em que é maior o grau de pormenorização das abordagens do objeto representado. Entretanto, essa diferença de escala é sobretudo qualitativa, pois envolve decisões sobre os detalhes mais significativos a serem ressaltados e as características mais relevantes de cada objeto (MAGALHÃES, 2013b, p. 40). Dessa maneira, a teoria da pluralidade do Direito procura reconhecer formas jurídicas que se distinguem por serem infra ou supraestatais, não oficiais e mais ou menos costumeiras, não configurando um Direito costumeiro no sentido tradicional do termo (MAGALHÃES, 2013b, p. 41).

Para balizar sua investigação empírica, Santos precisou traçar um conceito operativo de Direito. Ele concebeu o Direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos que são considerados justiciáveis em um dado grupo e que contribuem para a

criação e prevenção de litígios e para a resolução destes por meio de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada. Diante de tal conceito, já adianta o autor que o Direito de Pasárgada se amolda efetivamente como Direito (SANTOS, 2014, p. 54). Entende-se por justiciáveis os procedimentos e padrões normativos com base nos quais se fundamentam pretensões contraditórias, gerando litígios suscetíveis de serem resolvidos por terceiros não diretamente envolvidos (MAGALHÃES, 2013b, p. 48).

Outro ponto abordado é propriamente a ideia de pluralismo jurídico: indaga-se, mesmo admitindo, em termos sociológicos ou antropológicos, o Direito de Pasárgada como efetivo Direito, como se pode resolver a questão de reconhecer, no mesmo espaço geopolítico, a existência de mais de um sistema jurídico, o que se choca frontalmente com os pressupostos constitucionais do Estado moderno, que concentraram a produção do Direito no monopólio estatal (SANTOS, 2014, p. 54-55). Uma das possibilidades traçadas por Santos (2014, p. 57-58) para a justificativa do pluralismo é justamente que ele tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais mais ou menos segregados, nos quais são gerados litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais a eles internos. Os espaços sociais variam de acordo com fatores dominantes de constituição e conforme a composição das classes. O autor amplia, desse modo, concomitantemente, o conceito de pluralismo jurídico e o de Direito, sob obediência aos mesmos propósitos teóricos. Assim, busca enriquecer o campo analítico da teoria do Direito e do Estado por meio da revelação de lutas de classes em que o Direito ocupa, de diversas formas, o centro político das contradições. A perspectiva teórica de Santos se assenta em uma análise sociológica do pluralismo jurídico e revela que o reconhecimento jurídico do Direito de Pasárgada por parte do Direito dominante não é algo determinante para a conceitualização da situação como pluralismo jurídico (SANTOS, 2014, p. 58-59).

Uma das ideias centrais, portanto, é que, no Estado de Direito capitalista, o Estado não é só de Direito e o Direito não é só de Estado. No caso de Pasárgada, a retórica jurídica é exercida pelo operariado industrial fora do âmbito do Direito estatal e no seio de uma organização comunitária, qual seja, a associação de moradores. Apesar de sua precariedade, ele representa a prática de uma legalidade alternativa e, consequentemente, um exercício alternativo do poder político, ainda que embrionário. Não se trata de um Direito revolucionário, mas visa a resolver conflitos interclassistas em um espaço social marginalizado. Porém, constitui uma tentativa de neutralizar os efeitos da aplicação de um

Direito capitalista de propriedade nas favelas e é, ao mesmo tempo, uma alternativa para uma administração democrática da justiça (SANTOS, 2014, p. 76).

A distinção entre áreas centrais e periféricas da dominação jurídica constitui um dos recursos conceituais relevantes no tratamento dado ao fenômeno da pluralidade. Concebe-se certa especialização do Direito, em que o capital jurídico de uma dada forma de Direito não se distribui igualmente pelo espaço jurídico dela. Há a tendência de sua concentração em regiões centrais, nas quais o espaço é mapeado com mais detalhes e absorve mais recursos institucionais, tais como tribunais e profissionais do Direito, e, também, mais recursos simbólicos, como os tratados de juristas e a ideologia e cultura dominantes (MAGALHÃES, 2013b, p. 66-67). Algumas dessas formas não estatais de Direito são reconhecidas pelo Direito oficial, em seu papel dominante. Outras, não. O reconhecimento jurídico da pluralidade por parte do Direito dominante não é determinante para a conceitualização da situação como de pluralismo jurídico, porém, é importante para a configuração da situação e do caráter do Direito não oficial estudado, razão pela qual deve o próprio Direito estatal ser objeto de análise sociológica (MAGALHÃES, 2013b, p. 68-69).

Já adentrando em sua pesquisa empírica, Santos (2014, p. 90) explica que, em Pasárgada, devido à inacessibilidade estrutural do sistema jurídico estatal e do caráter ilegal que as favelas possuíam (ao menos à época), as classes populares que lá viviam concebiam estratégias adaptativas com o objetivo de garantir o ordenamento social mínimo das relações comunitárias. Uma das estratégias para tanto foi a criação de uma ordem jurídica interna, paralela e, por vezes, oposta à ordem jurídica oficial do Estado. Uma importante ressalva feita pelo autor português é que a ideia de conceber mecanismos de prevenção e de resolução de litígios em Pasárgada como um sistema jurídico não oficial não constava nas hipóteses iniciais que estruturaram sua pesquisa. Contudo, diante da realidade observada por ele de dentro da favela, ao aprofundar a análise do trabalho jurídico feito pela associação de moradores, tal hipótese lhe foi aclarada. Santos observou a existência de um Direito de Pasárgada, que funcionava em articulação ora conflituosa, ora complementar com o Direito estatal (SANTOS, 2104, p. 92-94).

O Direito pode ser mobilizado, no contexto litigioso, de três formas básicas: por meio da criação, da prevenção e da resolução de litígios (SANTOS, 2014, p. 98). O Direito de Pasárgada também cumpre esses papéis, com destaque para as funções desempenhadas pela associação de moradores na construção e aplicação das normas. O padrão de relações

processadas pelo sistema jurídico de Pasárgada mostra que os moradores, apesar de pobres, estão envolvidos em uma enorme variedade de relações, muitas das quais estruturalmente semelhantes àquelas que o Direito estatal considera típicas de classe média (SANTOS, 2014, p. 180).

Em Pasárgada, a associação de moradores possui papel central. Os moradores a ela recorrem quando desejam organizar trabalho comunitário para construir ou reparar suas casas; nela solicitam autorização, quando julgam necessário, para realizar a ampliação de seus imóveis; buscam seus préstimos para celebrar ou rescindir contratos relativos aos imóveis existentes na favela; ou, ainda, dela se socorrem para tentar resolver litígios entre vizinhos sobre direitos de construção, demarcação de propriedade, direitos de passagem ou de ocupação. Há, dessa forma, a submissão, à associação de moradores, de problemas de habitação que envolvem as relações jurídicas públicas de um morador com a comunidade, ou as relações jurídicas privadas dele com outros habitantes (SANTOS, 2014, p. 154). Uma parcela importante da atuação da associação em Pasárgada ocorre no campo da administração de determinadas relações entre seus moradores, repartindo-se, basicamente, em duas áreas: a ratificação de relações jurídicas e a resolução de litígios. Na primeira, a associação atua na validação de contratos (em regra, ligados à propriedade de imóveis) realizados perante ela; na segunda, atua na mediação e no arbitramento de conflitos surgidos entre moradores da favela (MAGALHÃES, 2013b, p. 27).

A associação de moradores se empenha no desenvolvimento da comunidade. Ela intervém na construção, pública e privada, no local, papel reforçado pelo poder que possui para autorizar e supervisionar qualquer reparação nas casas e para demolir qualquer casa construída sem a sua autorização. Os moradores a reconhecem como instância competente para resolver as questões relativas a terrenos e à habitação em toda a favela. Parte dessa competência reconhecida se apoia em um discurso de oficialidade propagado pelos diretores da associação, que afirmam possuir o respaldo estatal para sua atuação, o que, de fato, não reflete a realidade. Porém, concomitantemente, há a sensação de que a associação é importante para a estabilidade da comunidade e para o aumento da segurança das relações sociais nela desenvolvidas (SANTOS, 2014, p. 156). Há, entretanto, a existência de uma dialética da distância e da proximidade entre a associação e os moradores. A associação se vale de artefatos capazes de criar um efeito de distanciamento entre ela, em seu papel de instituidora da normatividade local, e a vontade dos moradores. Há uma investidura de um

mínimo de alteridade na associação, o que lhe permite decidir sobre as questões a ela submetidas pelos moradores. Tal dialética é importante para um certo distanciamento dela, pois não há, em Pasárgada, características marcantes para a alteridade do Direito estatal em relação aos seus jurisdicionados, como a tecnologia conceitual, a profissionalização e a burocratização (MAGALHÃES, 2013b, p. 29).

É preciso, ainda, dar especial atenção à relação desenvolvida entre a associação de moradores e os organismos de Estado, marcada por um modelo de ambiguidade. Surgidas em um contexto, ainda democrático, de uma política de desenvolvimento comunitário autônomo das favelas, as associações, com a ditadura militar, tiveram seu controle pelo Estado aumentado e, assim como seus líderes, passaram a sofrer maior supervisão, no sentido de eliminar qualquer autonomia perigosa ao regime. Na época da pesquisa de Santos, vários organismos estatais ofereciam auxílio às organizações comunitárias, mas tratava-se de uma ajuda que era, na verdade, de aceitação obrigatória. A associação dos moradores de Pasárgada passou a se utilizar de diferentes estratégias para neutralizar o controle estatal, como evitar a recusa explícita ao auxílio oferecido, ao mesmo tempo em que continuava a ignorar as ordens que o acompanhavam, procurando fugir, ainda, às sanções formais com que era ameaçada (SANTOS, 2014, p. 158).

No desempenho do papel de prevenção de litígios, uma importante função da associação é a ratificação das relações jurídicas. Os moradores, ao pretenderem redigir um contrato ou entrar em qualquer tipo de relação jurídica, podem dirigir-se a ela para falar com seu presidente, geralmente acompanhados de testemunhas. Explicadas as intenções das partes ao presidente da associação, ele faz a sua análise acerca da natureza e da legitimidade do contrato. Busca-se verificar, em um caso de compra e venda, por exemplo, se o vendedor é de fato proprietário do imóvel e indaga-se acerca da intenção das partes de se empenharem no prosseguimento e cumprimento das cláusulas contratuais (SANTOS, 2014, p. 162). A ratificação possui caráter constitutivo. Primeiro, pelo fato de a associação poder propor alterações no contrato, quando antevê possíveis conflitos não prevenidos nele. Em segundo lugar, porque a ratificação é entendida pelas partes como fonte autônoma de segurança jurídica para a relação contratual. Diante de uma retórica institucional utilizada pela associação, com a adoção de formas e procedimentos concebidos como argumentos tópico-retóricos, há uma institucionalização da relação, investindo-a de normatividade e persuasão reforçadas. Isso, como já dito, está inserido na atmosfera de oficialismo criada pela

associação, que é uma pessoa jurídica constituída sob a égide do Direito estatal, na qual o Estado investiu algumas funções administrativas. As pessoas, portanto, buscam na associação de moradores a institucionalização de suas relações (SANTOS, 2014, p. 164).

Porém, como já asseverado anteriormente, o formalismo nessas instâncias é muito menor que no Direito oficial, não havendo profissionalização e impessoalidade extremadas na atuação da associação. Veja-se, por exemplo, que a duração de um processo de ratificação de um contrato é inversamente proporcional ao conhecimento que o presidente tem das partes (considerando sua honestidade e a reputação de honrarem os compromissos) e diretamente proporcional ao valor da propriedade transacionada. O processo de ratificação visa a aumentar a segurança jurídica das relações contratuais na favela, e, imbuído nesse espírito, o presidente da associação adota maiores cautelas quando vislumbra riscos maiores, por não conhecer as partes ou diante de um valor transacionado elevado. Há um nítido caráter instrumental das formas e procedimentos (SANTOS, 2014, p. 178).

Há, também, um foco na questão jurídica substantiva nos processos de ratificação, buscando-se adaptar normas que tratem do Direito material em si às peculiaridades da favela. Nesse sentido, os contratos ratificados pela associação se utilizam do termo jurídico *benfeitoria*, mas com significado diverso daquele concebido pelo Direito estatal (melhoramentos em bens), sendo tal termo empregado para se referir às construções erguidas pelos moradores. Isso é feito para assegurar que as partes não estariam transacionando o imóvel em que ergueram suas casas, mas apenas as construções que realizaram. Na época, a ocupação era tida por ilícita e precária e, desse modo, o morador não poderia vender aquilo que não era seu, aos olhos do Estado (SANTOS, 2014, p. 182).

Essa adaptação de uma norma substantiva do Direito oficial para a realidade de Pasárgada, valendo-se de termos do Direito estatal para fugir de um caráter ilícito dado à transação por ele próprio, demonstra que o Direito de Pasárgada não é um sistema fechado, mas um sistema parcial que coexiste, em um contexto de pluralismo jurídico, com outro sistema jurídico também parcial, porém dominante, que é o sistema jurídico oficial. O termo *benfeitoria* utilizado está voltado muito mais ao sistema oficial, sendo o auditório de Pasárgada mais interessado na certificação de uma intenção jurídica específica. Na prática, do ponto de vista de Pasárgada, a transação real envolve, sim, a construção e o terreno em que ela se encontra (SANTOS, 2014, p. 182). A autonomia das normas de Pasárgada sobre benfeitorias é, portanto, adaptativa e instrumental. Não está assentada em uma grande

diferença de postulados culturais que separaram o Direito oficial e o Direito de Pasárgada, mas decorre da dependência deste em relação ao Direito estatal para a determinação do estatuto jurídico do terreno. A adaptação e instrumentalização de Pasárgada sobre a norma oficial foca, assim, em minimizar o conflito com o Direito oficial, transformando um conflito profundo acerca do estatuto dos terrenos em algo superficial e acessório, como se a discussão recaísse apenas sobre benfeitorias (SANTOS, 2014, p. 184).

Como já exposto, a ilegalidade e a precariedade da posse dos moradores da favela sobre seus terrenos são caracteres fundamentais do Direito do asfalto, sendo inclusive justificativa para a negação de préstimo de serviços públicos. Tal norma fundamental influenciou, inclusive, no princípio dos anos 1960, o movimento para a legalização progressiva da posse e da propriedade dos terrenos da favela, sendo a sua ilegalidade e precariedade uma premissa para se buscar a regularização (SANTOS, 2014, p. 186). Do ponto de vista do Direito estatal, o título legal de propriedade das casas e barracas em Pasárgada é precário; a ocupação dos terrenos é ilegal; as construções não obedecem às normas urbanísticas; não existe registro oficial de propriedade e muitos dos edifícios infringem a legislação especial sobre as construções em bairros clandestinos (SANTOS, 2014, p. 302). A ilegalidade da favela decorria da ausência de título legal de propriedade do terreno, o que gerava a ilegalidade da ocupação. Também havia o caráter ilícito pela violação de disposições legais sobre parcelamento e edificação em áreas urbanas. A situação de ilegalidade da posse é paulatinamente transportada para outras dimensões da existência de Pasárgada e das relações sociais de seus moradores, mesmo aquelas que seriam, em tese, completamente apartadas de questões habitacionais. A marca de ilegalidade opera, portanto, na própria condição humana das pessoas, convertendo-se em uma ilegalidade existencial, que não seria aceitável nem mesmo sob a ótica do Direito oficial (MAGALHÃES, 2013b, p. 35).

A relação com o Direito estatal é, dessa forma, marcante e determinante no Direito de Pasárgada. A estrutura de importações de normas do Direito oficial criada no local é inovadora e seletiva. Primeiramente, garante a sobrevivência normativa do Direito de Pasárgada em um contexto de pluralismo jurídico, em que o Direito estatal tem o poder para definir problemas normativos, ainda que não os resolva na prática. Em segundo lugar, ela responde às condições sociais e aos recursos institucionais da comunidade que a diferenciam da situação encontrada na sociedade mais ampla, que originaram o Direito oficial (SANTOS, 2014, p. 186).

Até mesmo na formalização e instrumentalização dos contratos, no Direito de Pasárgada, é possível verificar essa relação intrincada com o Direito estatal. Os documentos em Pasárgada são estruturalmente semelhantes aos documentos particulares do asfalto, e são assinados pelas partes e por duas testemunhas. Porém, o Direito de Pasárgada, mais uma vez utilizando-se de sua adaptabilidade e instrumentalidade, usa tais documentos para certificarem transações (como transferência de imóveis) que, no Direito do asfalto, demandariam a estrutura de documentos públicos. Há uma importação apenas do contorno geral da forma jurídica, mas os documentos para certificação das transações são utilizadas apenas para dar credibilidade e segurança aos atos ali adotados, sem se preocupar com procedimentos e formalismos necessários sob a luz do Direito estatal (SANTOS, 2014, p. 212).

Fica claro, dessa maneira, que os moradores de Pasárgada possuem ciência de regras vigentes no asfalto e isso influencia, ainda que parcialmente, a sua normatividade. Por exemplo, sabe-se, em Pasárgada, que o Direito oficial exige o consentimento do cônjuge do proprietário para que um contrato de compra e venda de imóvel seja válido. Entretanto, na realidade dessa favela, muitos casais não estão legalmente casados. Ainda assim, presume-se que o consentimento foi dado, caso, na época da transação, marido e mulher vivessem juntos. Em casos em que não há coabitação na época da transação, uma maior preocupação é despertada, diante da ausência dessa presunção, socorrendo-se os moradores à associação para buscar uma decisão que legitime o contrato, diante, por exemplo, de um dos cônjuges não ter sido encontrado para dar a sua autorização (SANTOS, 2014, p. 222-224).

Nesse caso, há uma ciência, em um contexto de pluralismo, de que o consentimento de um dos cônjuges é um ato extremamente importante para o Direito estatal. O *topos* da equidade como justificação moral (muitas vezes suficiente para a prevenção e a resolução de litígios no Direito de Pasárgada) pode, por si só, não bastar para fundamentar a validade do contrato, razão pela qual se buscam argumentos jurídicos adicionais, em conjunto com os argumentos morais que atualmente são usados. Exemplo disso é um caso específico, ocorrido em Pasárgada, cuja solução encontrada pela associação de moradores, em razão de a mulher ter abandonado o lar e estar em lugar incerto (o que traz uma compreensão moral do presidente da associação sobre o desacerto da conduta da esposa e uma solidariedade com o marido abandonado e envergonhado, dentro de um contexto machista ali existente), foi afirmar estar dispensado o consentimento da esposa, sob o fundamento de que ela já havia se ausentado do local há muito tempo, como uma espécie de instituto prescricional. Porém,

como a separação havia ocorrido há apenas nove meses, exigiu-se que o filho do casal assinasse o documento como testemunha, mas sendo ele, na verdade, uma parte substituta da vontade da mãe, o que criaria maiores empecilhos para que esta litigasse no referido caso, pois teria que se opor ao próprio filho. Desse modo, supriu-se, na ótica do Direito de Pasárgada, o eventual vício formal que invalidaria a transação (SANTOS, 2014, p. 226-228).

Avançando a análise para os casos em que a associação de moradores atua não somente na prevenção de litígios, mas também em sua resolução, é importante, mais uma vez, destacar a relação entre o Direito do asfalto e o da favela. Quando o demandante ou o demandado levam um litígio à associação, o presidente, incialmente, indaga-lhes se eles possuem ciência de que a associação possui "qualidade jurídica". Ou seja, utiliza-se de uma ferramenta discursiva para deixar clara às partes a prerrogativa indiscutível da associação para resolver os casos que caem em sua alçada de jurisdição. Todavia, o Direito do asfalto não concedeu, de fato, tal prerrogativa à associação, razão pela qual se torna extremamente importante este ritual de afirmação de sua competência e poder. A aceitação dessa prerrogativa é fundamental, diante da dificuldade de a associação dar coercibilidade às suas decisões, conforme já discutido anteriormente (SANTOS, 2014, p. 234). Além disso, para deixar clara a sua prerrogativa jurisdicional, ela busca delimitar o seu raio de atuação. Primeiramente, afirma possuir jurisdição somente dentro do território da favela, excluindo conflitos que ocorram no exterior de sua área de atribuição. Por outro lado, também faz um recorte em razão da matéria, atuando primordialmente em casos que envolvam direito de vizinhança, espaços públicos da comunidade e litígios imobiliários. Ao traçar concretamente sua atribuição, a associação se afirma como jurisdicionalmente competente para aqueles casos, aumentando a sua credibilidade e persuasão perante os moradores, que a reconhecem, consequentemente, como a jurisdição competente para seus conflitos (SANTOS, 2014, p. 234).

Ademais, em seu discurso, ela por vezes invoca o Direito oficial para reafirmar a sua legitimidade. Como já exposto, o argumento de ser a associação uma pessoa jurídica estabelecida conforme regras do Direito estatal é usado a fim de legitimar as suas ações, ainda que elas estejam, na prática, muito além dos poderes que são dados pelo ordenamento às associações privadas. Isso fica claro na seguinte fala, transcrita por Santos, do então presidente da associação, ao tratar de um litígio a ele levado. Nela, o representante esboça tanto o formalismo instrumental com o qual a associação atua, como a invocação de sua

oficialidade, duas estratégias para reafirmar a legitimidade da atuação na solução de litígios: “Pois é. Mas isso não vale. A associação só aceita documentos. Testemunhas não chegam. Tem de ser documento com o nosso carimbo. Só assim é oficializado e tem valor, pois a Associação é um órgão jurídico oficial” (SANTOS, 2014, p. 258). Como explicitado por Santos (2014, p. 260-262), a associação é apresentada pelo presidente como uma instituição jurídica que, por isso, tem de manter um elevado padrão de formalismo. Não bastam apenas testemunhas ou documentos genéricos na solicitação de auxílio requerida pelos moradores, possuindo validade só os documentos com carimbo da associação. É possível perceber que o presidente se utiliza de um argumento retórico que busca elevar os padrões de formalismo por meio da elevação do próprio estatuto jurídico da associação, asseverando o papel oficial, legítimo e obrigatório que ela possui para prevenir e resolver conflitos em sua área e matéria de atribuição.

Em outro tipo de situação, o Direito estatal é novamente invocado, agora, porém, como argumento de ameaça para que uma das litigantes acatasse a decisão tomada pela associação. O presidente informa à parte que, caso não acate e cumpra a solução dada, ela terá como única alternativa pagar um advogado e levar seu caso ao sistema jurídico estatal. A imagem que os moradores de Pasárgada têm do sistema oficial é simbolizada pelo discurso do presidente, que ressalta os custos financeiros, morosidade e ineficácia envolvidos nos processos jurídicos oficiais. Ele, inclusive, adianta que, sob a ótica do Direito do asfalto, o caso da parte não teria chance de êxito (SANTOS, 2014, p. 266). Ou seja, a ineficácia e o afastamento do Direito estatal em relação à realidade de Pasárgada faz com que esse vire um argumento de reforço da legitimidade e autoridade da associação de moradores para a resolução de litígios. Ora, o sistema jurídico oficial não é apresentado como uma real instância para a qual a parte pode apelar de uma decisão desfavorável no Direito da favela, sendo utilizado como uma ameaça para reforçar a própria decisão da associação (SANTOS, 2014, p. 268).

Há uma lógica, porém, de endurecimento progressivo do discurso da associação para fazer valer suas decisões. Primeiramente, utiliza-se do *topos* da cooperação. Somente ao se vislumbrar sobre a inviabilidade desse caminho, é que o discurso de intimidação é invocado. Desse modo, entende-se que a intimidação só se torna razoável após a irrazoável recusa do morador em cooperar. Por exemplo, em um caso específico, a conduta de uma das partes violou tanto o Direito da favela quanto o Direito estatal. Durante o uso dos argumentos de

cooperação, a norma de Pasárgada era invocada e reforçada. Porém, ao se passar para o *topos* da intimidação, as leis do asfalto passaram a ser também invocadas, pois sabe-se que o Estado possui um aparelho coercitivo bem estruturado para fazer valer suas decisões. A invocação do Direito do asfalto, desse modo, possui o objetivo de fazer com que o litigante retorne a um comportamento de cooperação, submetendo-se novamente às normas de Pasárgada, em uma espécie de cooperação imperfeita (SANTOS, 2014, p. 282).

O Direito do asfalto é invocado sempre de forma seletiva, munindo-se a associação do intuito de proteger um interesse reconhecido da comunidade. A ameaça de sanções impostas pelo Estado e da intervenção da polícia é, dessa maneira, posta ao serviço das normas substantivas do Direito da favela (SANTOS, 2014, p. 284). Em mais uma passagem, fica clara a invocação do Direito oficial para dar robustez à jurisdição da associação: um dos litigantes questiona o presidente sobre o que a associação tem a ver com o seu litígio. O presidente se ausenta e retorna com uma pasta que contém cópias da legislação oficial sobre construções em bairros clandestinos. Em seguida, declara que lerá as leis que conferem poderes à associação de moradores para ordenar a demolição de construções não autorizadas (SANTOS, 2014, p. 296). Nota-se, mais uma vez, a intrincada relação, parcial e seletiva, entre o Direito estatal e o Direito de Pasárgada.

Por outro lado, quando uma construção ocorre em contrariedade às normas de Pasárgada, o Direito da favela passa a atuar perante ela de forma muito similar a como o Direito estatal trata toda Pasárgada. Inclusive, o próprio presidente realiza essas comparações, afirmando, como em casos de despejos por falta de pagamento de aluguel, que o Direito de Pasárgada é como o Direito do asfalto. É imbuída desse discurso que a associação reforça o seu papel, dando tratamento de clandestinidade às construções ou transferências de imóveis que tenham ocorrido sem sua autorização, declarando nulo eventual contrato e negando, até mesmo ao comprador de boa-fé, quaisquer direitos (SANTOS, 2104, p. 306).

Cabe esclarecer, contudo, que a associação de moradores, embora seja o foco do estudo realizado, não é a única instância de resolução de litígios em Pasárgada. Padres católicos, pastores protestantes, líderes comunitários, pais de santo da umbanda, cabos eleitorais, comerciantes, advogados, polícia, a Fundação Leão XIII (órgão estatal voltado para as favelas), entre outras entidades dotadas de poder, possuem atuação bastante específica e segmentada de acordo com o estrato social, a natureza dos litígios, o local de residência, a filiação religiosa e a simpatia política. Porém, em alguns casos, os moradores poderão se valer

de uma ou mais instâncias, sendo possível escolher entre elas ou delas utilizar-se sequencialmente. A associação de moradores é, portanto, a principal instância de resolução, mas cercada por outras instâncias que, muitas vezes, com ela dialogavam. O Direito de Pasárgada, sendo um Direito comunitário, é internamente heterogêneo e, ademais, vigora frequentemente em conjunto ou em sequência com o Direito estatal ou com a ameaça de recurso ao Direito oficial (SANTOS, 2014, p. 310). Por vezes, os membros da associação de moradores cumprem outros papéis sociais, estendendo sua presença, ainda que indiretamente, para ouras instâncias na favela. As fronteiras institucionais e funcionais da associação são muito porosas, podendo ela, em alguns litígios, estar presente sem que tenha havido qualquer recurso a ela, como nos casos em que seus diretores são chamados a resolver questões em outras instâncias comunitárias de que participam, por exemplo, em espaços religiosos (SANTOS, 2014, p. 322).

Tal encadeamento de legalidades, ilegalidades e alegalidades, que por vezes são complementares e por outras contraditórias, faz com que os diferentes Direitos e instâncias de resolução de litígios sejam profundamente interpenetrados uns pelos outros. Desse modo, cada um deles existe senão na forma de híbrido jurídico. Não é possível definir bem os contornos de cada entidade e onde começa e termina a presença ou exclusão de dado elemento ou estilo normativo, bem como sua convivência com outro. O próprio Direito oficial pode estar presente no Direito não oficial, sendo o contrário também verdadeiro. A interlegalidade e hibridização são as duas faces da mesma constelação jurídica[7] (SANTOS, 2014, p. 312). Em determinado caso relatado por Santos, a interlegalidade fica bastante clara: há, para um mesmo litígio, a atuação da associação de moradores, do Direito semioficial da Fundação Leão XIII (ente paraestatal) e do Direito oficial, por meio da justiça gratuita. A associação de moradores, no litígio apresentado sobre a validade de um contrato, decidiu não haver nenhuma nulidade. A Fundação Leão XIII, por outro lado, decidiu, por meio de seu advogado, em favor da parte oposta, afirmando haver nulidade. Há clara competição entre as duas primeiras, havendo, como já exposto, uma disputa pelo protagonismo entre a fundação e a associação de moradores no tocante às favelas cariocas. Porém, essas duas instâncias são precárias, no sentido de necessitarem da cooperação das partes para o cumprimento de suas decisões. É em razão disso que o Direito estatal é invocado como última instância, o que ocorre no referido caso. Ademais, a precariedade permite a permeabilidade dessas instâncias

[7] Este conceito ainda será abordado neste trabalho.

aos fatores estranhos ao litígio, como a disputa de poder entre a associação e a fundação, e a influência das ligações político-eleitorais de suas respectivas lideranças. Houve, no caso relatado, um circuito interlegal do litígio, direcionado no sentido de extraí-lo progressivamente da comunidade: primeiro, o litígio passou da organização comunitária para uma organização externa com atuação na comunidade e, depois, para uma organização sem qualquer vínculo comunitário (SANTOS, 2014, p. 330-334).

Há, porém, casos em que o caminho contrário ocorre. Por exemplo, o litígio de um morador que, insatisfeito com a decisão tomada pela comissão de luz da comunidade (comissão de moradores da favela responsável por questões relativas ao fornecimento de energia), socorreu-se, de forma unilateral e sem prévia orientação para tanto, à justiça oficial. Porém, após essa atitude, buscou a associação de moradores a fim de retomar a solução comunitária para a resolução do litígio, que, afinal, foi acatado e efetivado pela associação. Perceba-se, contudo, que a pluralidade de instâncias não impede que muitos dos litígios não sejam resolvidos. Há casos que, pela natureza da matéria, só poderiam ser bem resolvidos, por exemplo, pela associação de moradores, mas ela se sente incapaz de resolvê-los e acaba direcionando-os para outra instância, que não consegue dar a solução adequada (SANTOS, 2014, p. 336).

Segundo Santos (2014, p. 342), o Direito de Pasárgada é um exemplo de sistema jurídico, informal e não oficial, criado por comunidades urbanas oprimidas que vivem em guetos ou bairros clandestinos, a fim de preservar a sobrevivência da comunidade e garantir o mínimo de estabilidade social em uma sociedade injusta, em que a solvência econômica e a especulação imobiliária determinam o âmbito efetivo do direito à habitação. Em termos gerais, Pasárgada pode ser considerada uma sociedade microcapitalista cujo sistema jurídico é, em grande parte, compatível com a estrutura ideológica do sistema jurídico estatal. A associação de moradores é controlada pelos estratos médios e superiores da favela, que são os mais familiarizados com a sociedade oficial e os que mais desejam a ela se integrar. A associação atua, de forma paternalista, na defesa dos interesses dos estratos mais baixos (SANTOS, 2014, p. 344).

Há, ainda, a identificação de uma estratégia de evitação mútua e de adaptação entre o Estado e Pasárgada. Observa-se uma passividade do Estado com Pasárgada, fazendo com que, embora a comunidade seja considerada por ele como ilegal e sujeita a um controle repressivo, seja, por outro lado, tolerada pelo sistema estatal, tendo algumas de suas instituições

comunitárias oficialmente reconhecidas e, ainda, sendo providos a ela pelo Estado alguns equipamentos de infraestrutura, sobretudo em períodos eleitorais. Essa tolerância confere à favela um estatuto sociojurídico extralegal, ou seja, torna-a uma comunidade ilegal cuja ilegalidade é neutralizada pela trivialidade de sua aceitação. Como ressaltado nas conclusões do autor português, a razão desse estatuto ambíguo pode estar no fato de Pasárgada e o seu Direito serem provavelmente funcionais em relação aos interesses da estrutura de poder na sociedade brasileira. O Direito de Pasárgada não só liberta o sistema jurídico oficial dos conflitos existentes na comunidade, mas também reforça a socialização de seus habitantes em uma ideologia jurídica que legitima e consolida a dominação de classes (SANTOS, 2014, p. 344-346).

Essa juridicidade não oficial é um dos poucos instrumentos a que as classes oprimidas urbanas podem recorrer para tecer uma organização comunitária, conferindo um mínimo de estabilidade a uma situação estrutural de precariedade. Maximizam, dessa forma, as possibilidades de resistência contra a intervenção estatal ou das classes dominantes e aumentam o custo político de tal intervenção. No caso de Pasárgada, há, apesar do alinhamento, ainda que parcial, à ideologia dominante, um caráter progressista em seu sistema não oficial. Apesar da constatação aparente de certo conformismo ideológico presente na organização jurídica da comunidade, isso, provavelmente, é apenas uma avaliação realista dela acerca do conjunto de forças e das possibilidades de luta em dado momento histórico. Embora os sistemas estatal e de Pasárgada partilhem a mesma ideologia jurídica de base, usam-na para fins muito diferentes. Do ponto de vista substantivo, o Direito de Pasárgada implica a inversão da norma fundamental da propriedade de imóveis, por meio da qual o Direito da favela estabelece a legalidade da posse e propriedade da terra, usando precisamente a mesma norma que o sistema oficial usa para a declarar ilegal (SANTOS, 2014, p. 346-348).

Trata-se de um Direito que vige apenas no espaço territorial da favela, cuja estrutura normativa se assenta na inversão da norma básica do estatuto jurídico da propriedade da terra, ou seja, posses que seriam ilegais sob o prisma do Direito estatal convertem-se em propriedades legais para o Direito de Pasárgada. Nesse contexto, como já afirmado, admite-se que algumas normas que regem o Direito do asfalto sejam seletivamente incorporadas pelo Direito da favela, mas sempre levando em consideração a inversão da norma fundamental de propriedade (MAGALHÃES, 2013b, p. 26). Veja-se que, para tal inversão, não é necessário um caráter revolucionário ou anticapitalista, o que não é, como afirmado anteriormente, uma

característica do Direito de Pasárgada. Magalhães (2013b, p. 148-149), ao fazer uma leitura sobre suas pesquisas empíricas, assevera que há uma configuração da propriedade imobiliária nas favelas não confinada à concepção dominante dentro do sistema capitalista. Isso porque, nelas, a posse valeria como propriedade, e a efetiva segurança da posse, mais do que a propriedade escriturada, parece ser a principal demanda dos moradores. Ressalta o autor que não se trata de uma concepção imutável, mas de percepções que podem variar, em cada comunidade, de acordo com o local, o contexto cultural e o tempo. Porém, tal leitura demonstra que, apesar de as favelas estarem inseridas dentro da lógica capitalista, elas possuem uma lógica interna sobre a questão da propriedade, que pode ser classificada como não mercadológica ou não especulativa, e estaria em operação simultânea e articulada com outras de caráter propriamente mercadológico.

Para além da inversão da norma fundamental de direito de propriedade, o Direito de Pasárgada também realiza uma importação seletiva do formalismo jurídico oficial, por meio do qual desenvolveu um sistema popular de formalismo. Tal formalismo instrumental é determinado pelos objetivos sociais, pelos postulados culturais gerais e pelas ideias de justiça e legalidade. A principal função do formalismo em Pasárgada é conferir segurança e certeza às relações jurídicas, sem violar o interesse primordial em criar uma forma de justiça acessível, barata, célere, inteligível e razoável, ou seja, o oposto do que a favela encontra no sistema jurídico estatal (SANTOS, 2014, p. 350).

A história do Direito de Pasárgada demonstra a sua complexidade interna, formada a partir de jogos de apropriação recíprocos entre o Direito oficial e o Direito da favela. Em tal história, verifica-se a ocorrência de apropriações do Direito estatal, que consistem, em grande parte, na incorporação da ideia geral contida em certa instituição, mas tomada no sentido de atender às necessidades de segurança no comércio jurídico local. Ou seja, as importações seletivas se dão de forma dialética e instrumental, jamais sendo absorvidas no sentido de transformar as normas incorporadas em um ônus que prejudique a acessibilidade e a eficiência do Direito de Pasárgada (MAGALHÃES, 2013b, p. 86).

Nos anos seguintes à publicação dos trabalhos sobre o Direito de Pasárgada, Boaventura de Sousa Santos publicou vários artigos, em que foi modificando e incorporando outras perspectivas ao argumento do pluralismo jurídico, inserindo-se em uma reflexão mais ampla, que envolve a busca por um novo paradigma societal (CARVALHO, 2013, p. 23). O segundo momento fundamental de sua obra sobre o Direito ocorreu quando ele passou a

classificar as formas de juridicidade segundo aquilo que designa como espaços sociais estruturais, que são contextos espaçotemporais em que as relações sociais que eles constituem condicionam decisivamente todas as demais. Esses espaços sociais engendrariam distintas formas de poder e, consequentemente, distintas formas de juridicidade (MAGALHÃES, 2013b, p. 70-71).

Buscando situar-se em uma via intermédia entre as concepções liberal e foucaultiana acerca das formas de poder social, Santos (1996, p. 125) propõe que as sociedades capitalistas são formações ou configurações políticas constituídas por quatro modos básicos de produção de poder que se articulam de maneiras específicas e, embora inter-relacionados, são estruturalmente autônomos. Portanto, são quatro espaços estruturais: doméstico, da produção, da cidadania e mundial. Cada espaço estrutural é um fenômeno complexo constituído por cinco componentes elementares: uma unidade de prática social; uma forma institucional privilegiada; um mecanismo de poder; uma forma de Direito e, por fim, um modo de racionalidade (SANTOS, 1996, p. 125-126).

Ampliando o foco sobre as demais ordens jurídicas existentes na sociedade, o autor português, em momento posterior, distribui seu olhar sobre, agora, seis espaços estruturais: i) o espaço doméstico, moldado pelo conjunto de relações familiares, marcadas pelo patriarcado; ii) o espaço da produção, que é o conjunto das relações sociais desenvolvidas em torno da produção de valores de troca dos processos de trabalho; iii) o espaço do mercado, que envolve as relações sociais relativas à distribuição e ao consumo de valores de troca, havendo a mercadorização das necessidades e dos meios de satisfazê-las; iv) o espaço da comunidade, onde há um conjunto de relações sociais que criam identidades coletivas de vizinhança, região, raça, etnia e religião, que vinculam indivíduos a territórios físicos ou simbólicos; v) o espaço da cidadania, conjunto das relações sociais que se desenvolvem na esfera pública, com relações de obrigação política verticais entre os cidadãos e o Estado; e vi) o espaço mundial, que abarca as relações econômicas internacionais e as relações entre os Estados nacionais (CARVALHO, 2013, p. 24).

Aprofundando-se o espaço da cidadania, ele é constituído pelas relações sociais de esfera pública entre cidadão e Estado. Nesse contexto, a sua unidade de prática social é o indivíduo, a forma institucional é o Estado, o mecanismo de poder é a dominação, a forma de juridicidade é o Direito territorial (ou seja, o Direito oficial estatal, o único que existe para a dogmática jurídica) e o modo de racionalidade é a maximização da lealdade (SANTOS, 1996,

p. 126). O Direito territorial do Estado é, nas sociedades modernas, o Direito central na maioria das ordens jurídicas, sendo qualificado como forma cósmica de Direito, enquanto as demais são caósmicas. Seu valor estratégico situa-se no poderio do Estado, que o sustenta, por meio de um poder altamente organizado e especializado, movido por uma pretensão de monopólio e comandando vastos recursos em todos os componentes estruturais do Direito, como a violência, a burocracia e a retórica (MAGALHÃES, 2013b, p. 75).

O Direito territorial do Estado possui as seguintes notas distintivas fundamentais: i) tende a estar mais difundido do que outras formas jurídicas nos diferentes espaços estruturais; ii) sua presença nas constelações concretas de juridicidades é muito irregular, variando em alcance e natureza conforme os espaços estruturais; iii) possui prioridade organizativa entre as formas do Direito, dado que todas elas tendem a tornar a sua presença garantida e a organizar e maximizar a sua própria intervenção e eficácia regulatória ao redor dos limites, falhas e fraquezas do Direito estatal; iv) ao contrário de outras formas de poder, funciona com uma suposta desincorporação de qualquer contexto específico, com uma mobilidade potencialmente infinita e uma enorme capacidade de disseminação nos mais diversos espaços estruturais; v) tende a superestimar suas capacidades regulatórias; vi) é a única forma de Direito autorreflexiva, ou seja, a única que vê a si mesma como Direito; e, por fim, vii) tende a considerar o campo jurídico como exclusivamente seu, recusando-se a reconhecer que o seu funcionamento se integra em constelações de Direito mais diversas (MAGALHÃES, 2013b, p. 75-76).

Já o Direito da comunidade constituiria uma das formas jurídicas mais complexas, cobrindo situações extremamente diversas dentro do espaço da comunidade. Trata-se de um Direito que pode ser invocado tanto por grupos hegemônicos quanto por oprimidos, ou seja, pode legitimar e reforçar identidades imperiais agressivas ou identidades defensivas subalternas. Ele pode surgir de assimetrias de poder fixas e irreconciliáveis, ou regular campos sociais em que essas assimetrias quase não existam ou sejam apenas circunstanciais. Dessa forma, quando invocado por grupos de identidade hegemônica, o Direito da comunidade é convertido em Direito nacional estatal; e quando o é por grupos de excluídos, torna-se um Direito de grande impacto na vida dessas pessoas, com relações contraditórias ao Direito estatal, situando-se, por exemplo, nesse segundo caso, o Direito de Pasárgada (MAGALHÃES, 2013b, p. 72-73).

Santos (1996, p. 126-127) assevera que a alternativa conceitual por ele desenvolvida flexibiliza a rigidez estrutural, pluralizando as estruturas sociais, contudo, sem cair no interacionismo entre as diferentes esferas sociais, o qual não pode ser amorfo; permite criar várias interfaces entre as condicionantes estruturais e as ações sociais autônomas; torna possível valorizar o indivíduo sem, no entanto, fazê-lo de uma forma individualista; devolve o espaço doméstico à discussão, já que a teoria clássica o tinha atirado para fora do foco das relações privadas; permite situar a sociedade nacional em um espaço mundial, mas de um modo segundo o qual esse espaço é concebido como uma estrutura interna da própria sociedade nacional; e, principalmente, permite mostrar que a natureza política do poder não é um atributo exclusivo de uma determinada forma de poder. É, antes, o efeito global de uma combinação entre as diferentes formas de poder.

Por outro lado, mesmo apontando os limites do Direito oficial, reconhece-se a sua relevância e centralidade. Daí a importância de se pensarem mecanismos para concretizar princípios e regras previstos no sistema jurídico estatal. Pensar o alternativo e o plural demanda uma análise mais complexa, que envolva as múltiplas e intrincadas relações jurídicas e de poder espalhadas pelos seis espaços estruturais anteriormente referidos (CARVALHO, 2013, p. 26-27).

Santos (1996, p. 96-97), desse modo, afirma que é uma característica do Estado moderno capitalista o uso frequente de sua autonomia e de seu autoritarismo para que ele se promova a agente de modernização da sociedade. Essa modernização, porém, é falsa em várias instâncias, pois se baseia nos textos legais, ordinários e constitucionais, mas dificilmente se traduz em práticas sociais adequadas. Em locais onde há uma acentuada discrepância entre o ordenamento abstrato e as práticas sociais, acaba sendo criado um verdadeiro Estado paralelo.

Os estudos realizados pelo sociólogo português e por vários outros estudiosos do tema permitiram que Santos (1996, p. 175-176) concluísse que, do ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não possui o monopólio da produção e da distribuição do Direito, embora o Direito estatal seja o modo dominante. As várias formas de produção do Direito se articulam e se inter-relacionam, e esse conjunto é designado pelo autor como *formação jurídica*. Esses outros modos de produção jurídica, continua Santos, seriam os responsáveis pelo declínio da litigiosidade civil, não por haver uma diminuição, mas, sim, um desvio dos conflitos para outros centros de resolução de litígios, que são informais, mais baratos e

expeditos, e que, além disso, funcionam na sociedade e convivem com o sistema oficial. O que a teoria da pluralidade, com os aprimoramentos dados por Boaventura de Sousa Santos em suas obras mais recentes, deseja é tornar perceptível que o Estado, quando intervém juridicamente em qualquer espaço social, não o faz somente sobre uma tábula rasa em que imprime sua juridicidade, mas, necessariamente, envolve-se com estruturas jurídicas existentes nesses espaços, em alguns casos até mesmo pré-existentes ao Direito estatal, havendo um constante processo de interação, negociação, compromisso, conflito, reforço e neutralização mútuos (MAGALHÃES, 2013b, p. 78).

A pluralidade jurídica, como fenômeno compreendido em sua totalidade, não se caracteriza apenas pela vigência, no mesmo território, de mais de uma ordem jurídica, tal como conceituado frequentemente. O pluralismo vai além disso, e se define pela existência de uma série de relações, dialéticas e contraditórias, entre as diversas formas jurídicas em operação social. Dessa forma, o Direito consistiria em um princípio ordenador que atuaria por meio da complexidade, da fragmentação, da hibridação e, principalmente, da constelação (MAGALHÃES, 2013b, p. 83).

Para melhor teorizar esse quadro de relações complexas entre os diferentes espaços estruturais, o autor português desenvolve cinco conceitos, a fim de qualificá-las analiticamente. Primeiramente, Santos apresenta a ideia de *interpenetração de estruturas*, que seria um processo de infiltração ou contaminação estrutural em que se detecta a presença de uma estrutura jurídica no espaço social de outra, ou seja, uma estrutura social repercute internamente a presença das restantes (MAGALHÃES, 2013b, p. 88-89).

Já a *interlegalidade* constitui a dimensão fenomenológica da pluralidade jurídica, sendo um dos três conceitos dominantes na nova teoria sociológica do Direito, ao lado das ideias de pluralismo jurídico e de novo senso comum. Sua premissa é a de que a vida sociojurídica é constituída pela interseção de diferentes linhas de fronteiras jurídicas, e que essas fronteiras são porosas, a um só tempo abertas e fechadas. Na prática social, as distintas ordens jurídicas não estão isoladas, mas operam em espaços sociais organizados em redes de legalidades, que podem ser paralelas, sobrepostas, complementares ou antagônicas. Há uma configuração diacrônica de Direitos, uma complexa mistura de concepções jurídicas discrepantes, normas de gerações distintas, algumas emergentes e outras em declínio, nativas ou importadas, consensuais ou impostas (MAGALHÃES, 2013b, p. 90-91).

O terceiro conceito apresentado por Santos é o de *troca desigual de juridicidade*, com o qual, dado que as complexas relações entre as plurais formas jurídicas marcam determinado espaço estrutural, procura-se assinalar que essas relações não são igualitárias, havendo espaços estruturais dominantes. Por exemplo, a forma jurídica do Direito estatal exerce, indubitavelmente, uma dominância na troca com as demais, estabelecendo negociações autoritárias com as outras juridicidades, a partir de um centro de poder hegemônico (MAGALHÃES, 2013b, p. 92).

Um quarto e importante conceito é o de *constelação de juridicidades*. Segundo Santos, em cada espaço social concreto, as modalidades de Direito operam em constelações, ou seja, a dinâmica de cada espaço estrutural somente pode ser posta em movimento de forma articulada ou em constelação com todas as outras dinâmicas parciais, embora haja diferenças quantitativas e qualitativas da presença dos diferentes espaços estruturais nas constelações de relações sociais ou em todos os campos sociais. Todas as formas de Direito integram constelações de juridicidades, bem como operam, nos campos sociais, em constelações com outras formas jurídicas. As diversas modalidades de Direito combinam-se ou articulam-se de modo diverso, de acordo com o campo social específico a que fornecem ordenação normativa, sendo que, em algumas situações, duas juridicidades podem estar tão profundamente consteladas na vida cotidiana, que pode ser difícil e até mesmo inadequado distingui-las (MAGALHÃES, 2013b, p. 93-94). Tal conceito permite mostrar, por exemplo, que uma mudança na lei estatal não implica necessariamente mudança no Direito (na constelação jurídica em determinado campo social) ou, no mínimo, a mudança na lei não implica alteração de mesmo grau, natureza, extensão ou qualidade na constelação, diante da possibilidade de as outras ordens jurídicas consteladas se manterem e conseguirem reestabelecer as suas articulações com o Direito estatal em outros moldes (MAGALHÃES, 2013b, p. 96).

Por fim, há o conceito de *zonas de contato*, definido como campos sociais em que diferentes mundos da vida se encontram e defrontam, caracterizando-se como mundos normativos e como espaços aos quais a pluralidade jurídica seria inerente. São zonas em que ideias, saberes, formas de poder, universos simbólicos e agências normativas e rivais se encontram em condições desiguais e, ainda, mutuamente se repelem, rejeitam, assimilam, imitam e subvertem, de modo a originar as constelações jurídico-políticas de natureza híbrida, em que é possível detectar o rastro das desigualdades das trocas (MAGALHÃES, 2013b, p. 97-98).

É importante observar, ademais, que, passados mais de 40 anos da pesquisa realizada por Boaventura de Sousa Santos, a situação jurídica das favelas no Direito oficial sofreu profundas transformações. Por exemplo, o caráter de ilegalidade desses locais, tão marcante na análise do autor português, sofreu alterações nas ordens jurídica e sociopolítica. Não há que se falar na superação total da ilegalidade das ocupações ou mesmo na anteriormente referida ilegalidade existencial que recai sobre seus moradores, mas, hoje, muitas das teses tocantes às favelas, que há anos pareciam absurdas sob a ótica do Direito oficial, são aceitas e, inclusive, reconhecidas pelo sistema jurídico estatal (MAGALHÃES, 2013b, p. 37). Houve uma gradativa evolução do tratamento dado à posse, com maior autonomia em relação à propriedade, bem como o ganho de importância das funções sociais da posse e da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, claro, as favelas ainda estão situadas em uma espécie de zona cinzenta, havendo precariedade e insegurança nas relações mantidas por seus habitantes.

Por outro lado, como asseverado nos subcapítulos anteriores, houve uma profunda mudança nas estruturas de poder nas favelas de grandes centros urbanos, com ganho de poder e influência, e, em alguns casos, até mesmo com domínio territorial pelo tráfico de drogas e as milícias armadas. As organizações criminosas se tornaram um dos principais centros de resolução de litígios nas favelas, impondo um Direito arbitrário e violento. Entretanto, as associações de moradores não foram efetivamente substituídas pelo crime, havendo, na verdade, justaposições, tentativas de cooptação e divisão do trabalho entre essas duas agências. As associações ainda preservam uma importante tarefa no ordenamento jurídico comunitário, principalmente a depender da matéria do litígio (MAGALHÃES, 2013b, p. 116-117).

Também não desapareceram da realidade das favelas normas e relações jurídicas dotadas de caráter dialogal ou decorrentes de práticas consensuais da comunidade. Embora possam ser condicionadas pelo contexto de uma acumulação social da violência ou por uma sociabilidade violenta, esse quadro não impôs o desaparecimento daquelas normas. Por outro lado, o exercício de domínio pelas organizações criminosas não é uniforme, variando de local para local, com diferentes realidades empíricas. Há, desse modo, uma hipótese a ser investigada de uma combinação entre o uso da violência (preponderantemente pelas organizações criminosas) e mecanismos dialogais, centrados ou não nas associações de

moradores, como componentes indissociáveis da gestão do espaço das favelas hodiernamente (MAGALHÃES, 2013b, p. 120-123).

A análise das teorias pluralistas, sobretudo a de Boaventura de Sousa Santos, ajuda a ilustrar a realidade incontestável da existência de espaços extraestatais (mas que interagem com o Estado permanentemente) de regulação de relações sociais em contextos periféricos, sendo o foco de atenção deste trabalho o tratamento existente nas favelas e em outros agrupamentos urbanos informais às relações sociais em torno da posse e propriedade em tais territórios. Contudo, embora não se negue essa dinâmica autônoma, porém interligada às normas estatais, é preciso ainda entender: tais relações sociais baseadas em normas extralegais podem, de fato, ser consideradas Direito? Respondida essa questão, como o Estado (e, consequentemente, o Direito oficial) deve lidar com tais realidades? Para tentar melhor ilustrar esse assunto, este trabalho adotará o referencial teórico da teoria dos sistemas luhmanniana, esboçada a seguir, sob o qual se analisará, inclusive, a questão do pluralismo jurídico, criando pontes e diálogos com essa perspectiva teórica, bem como apontando eventuais incompatibilidades.

1.3 As normas extralegais na perspectiva da teoria dos sistemas

Analisadas algumas das principais correntes pluralistas que têm sido protagonistas nos debates acerca das relações normativas mantidas em universos informais, especialmente nas favelas, passar-se-á a analisar a teoria dos sistemas, especialmente a partir da visão de Luhmann, que será a matriz teórica que guiará este trabalho na análise da política pública de regularização fundiária e do tratamento a ser dado às ocupações informais pelo Estado brasileiro. Isso será fundamental para se responder a duas questões: se há, de fato, uma pluralidade de Direitos na mesma sociedade; e como o Estado deve se portar diante das normas extraestatais que regem a vida social, especialmente as questões fundiárias, nos núcleos urbanos informais.

Primeiramente, é importante notar que Luhmann se propôs a escrever uma teoria da sociedade, e não uma teoria do Direito ou um modelo de interpretação das leis. A dogmática jurídica foi objeto de sua análise sociológica em diversas etapas de sua obra acadêmica, mas

sem a pretensão de estipular padrões hermenêuticos para a práxis judicial. Sua análise ofereceu, na verdade, uma explicação de como a dogmática jurídica é construída pelos juristas e qual sua função no interior do Direito e da sociedade. Para ele, tal dogmática é um dado, elaborado pelas operações jurídicas, e, por isso, pode ser observado, demonstrando seus limites e paradoxos, ou seja, o autor faz uma sociologia do Direito (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 16). Uma teoria sociológica do Direito acaba por ser uma descrição externa ao sistema jurídico. Porém, será uma teoria adequada se descrever o sistema como algo que, por sua vez, descreve a si mesmo. Já uma teoria jurídica propriamente dita é uma autodescrição do sistema do Direito (LUHMANN, 2016, p. 22).

Para Luhmann, a capacidade heurística da teoria dos sistemas estaria ligada à superação de premissas de teorias clássicas. Em primeiro lugar, sua teoria implica a separação entre a sociedade (um sistema social autopoiético constituído por operações comunicativas) e o homem (sistema psíquico, cuja autopoiese tem por elemento a consciência). Ou seja, diante da imprescindível distinção entre ambiente e sistema para a própria existência do sistema, o homem seria ambiente para a sociedade, assim como a sociedade seria ambiente para o homem (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 24-25). A sociedade não é, consequentemente, formada por homens, mas eles, como sistemas psíquicos, são acoplados estruturalmente a ela (como sistema comunicativo) por meio da linguagem (VIANA, 2015, p. 57).

Para Luhmann, como sociólogo, o importante é descrever a possibilidade de construção da ordem social. A análise das consciências tem pouca relevância para compreender a sociedade, pois se dirige à individualidade dos sistemas psíquicos. Para tecer tal explicação, é preciso um outro tipo de operação, que pressuponha a coexistência de um grande número de sistemas da consciência, e Luhmann identificou na comunicação a unidade operativa do sistema social (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 43). Segundo ele, a sociedade corresponde ao sistema social e, portanto, ela é formada pelo conjunto de comunicações; tudo o que não for comunicação será considerado ambiente da sociedade, inclusive o homem. Ao redescrever o homem no ambiente, Luhmann busca resgatá-lo como horizonte de possibilidades, pois, no ambiente, os homens não estão limitados, *a priori*, por nenhuma norma, dando a condição de autonomia para as consciências. Porém, o sistema é fechado operativamente, mas aberto cognitivamente ao ambiente. Assim, além de a comunicação não existir sem o homem, ela é continuamente irritada pelas consciências

(GONÇALVES; BOÂS FILHO, 2013, p. 55-56). Avançando, em segundo lugar, há a adoção, pela teoria luhmanniana, do conceito de sociedade mundial, que englobaria as diversas sociedades regionais, encaradas como diferenciações de condição de vida no âmbito de um sistema social global. Ainda, a teoria rejeita a tese de que a integração consensual poderia ter um significado constitutivo; e, por fim, assume a perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema autorreferencial que descreve a si mesmo, de modo que a sociologia seria uma autodescrição da sociedade (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 25).

Uma importante influência para Luhmann foi a teoria de Talcott Parsons[8], que, em sua teoria dos sistemas abertos, na qual haveria uma relação de *inputs*/*outputs* entre sistema e ambiente, diz que a interpenetração permitiu a interiorização de objetos sociais e normas culturais pelas personalidades dos indivíduos, e estabeleceu a noção de abertura, pois, nos espaços compartilhados, criar-se-iam condições para a formação de uma contínua relação de intercâmbio entre esferas distintas. Para Luhmann, a teoria parsoniana dos sistemas de ação constrange a abandonar a figura do sujeito no sentido neo-humanístico e antropológico, pois, ao enfatizar o agir em si mesmo, desconsidera a intenção do agente em favor da presença de componentes funcionais inerentes à ação social, quais sejam, adaptação, instrumentalização de objetivos, integração e manutenção de padrão (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 27-29).

Desse modo, o agir se constrói a partir de elementos internos, e não de fundamentos subjetivos externos, ou seja, do sujeito. Na linha luhmanniana, é possível pressupor que existem elementos, na teoria parsoniana da ação, para o desenvolvimento de uma crítica à distinção sujeito/objeto. Segundo esses autores, a ação não é uma obra do sujeito, mas a intencionalidade dele é subordinada a um conjunto de estruturas normativas pressupostas (normas e valores) que constituem cada um dos subsistemas sociais funcionais. Essas estruturas antecedem à ação individual e submetem os sujeitos a condições específicas, ou seja, ao ser inserida em um contexto (a sociedade), a ação transcende a individualidade do ator (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 29). Em sua teoria, Parsons atribuiu ao Direito a

[8] É nas pesquisas sociológicas de Talcott Parsons que surge a ideia do estruturalismo funcional, no qual se postula que, ao lado do estudo da categorização das estruturas dos sistemas sociais, também se coloca como fundamental a investigação de seus processos dinâmicos em que as estruturas se relacionam com o conceito de função, assumindo a forma de uma relevância funcional do processo (VIANA, 2015, p. 36). Nessa concepção teórica, propõe-se, primeiramente, o aparecimento de uma demanda funcional voltada à solução de problemas emergentes da sociedade, em torno da qual uma estrutura sistêmica especializada é formada para atendê-la, isto é, é a função que determina a mudança ou a preservação das estruturas (VIANA, 2015, p. 38).

função integrativa, ou seja, reduzir complexidade e possibilitar a ordem social à medida que se estabelecem parâmetros para a coordenação da ação. Em suma, se o sentido motivacional do agente define a ação altamente incerta, a interação torna-se improvável (inserida em um processo de dupla contingência). Porém, a integração de ações divergentes se torna possível somente pelo recurso a normas estáveis, tarefa que ficou a cargo do subsistema Direito (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 31).

Apesar da influência de Parsons, Luhmann se distancia da teoria desse autor. Para o sociólogo alemão, a teoria dos sistemas abertos explica o processo de transformação dos *inputs* em *outputs*, mas não define o que é um sistema. A teoria parsoniana seria incapaz de identificar elementos de diferenciação, não respondendo a questões fundamentais, como: de que modo é possível que a distinção sistema/ambiente se reproduza, se mantenha, evolua e disponibilize ao sistema uma maior complexidade; ou: qual operação permite que o sistema mantenha constante aquela distinção? Ou seja, para Luhmann, a abertura eliminou a identidade sistêmica (seu fechamento), o que gera uma incompatibilidade com a teoria por ele traçada, a teoria dos sistemas fechados (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 34). Da ação se passa, dessa maneira, para a ideia de operação do sistema, o que leva ao pensamento de que a função do sistema se coloca na relação entre ele e a sociedade, na forma da dicotomia sistema/ambiente, resultando em uma unidade que advém da diferenciação sistêmica (VIANA, 2015, p. 42).

Ganha também diferente e importante conotação, em Luhmann, a figura do observador. Operação e observação se distinguem, sendo esta, em si mesma, uma operação, mas que leva a cabo um novo estado no sistema, trazendo consigo a autopoiese e a diferenciação. A observação, ao funcionar como operação, utiliza o critério unidade *versus* diferença, indicando um dos lados de sua forma binária (interno/externo) (VIANA, 2015, p. 91). Pela observação, portanto, o sistema pode enxergar-se e refletir sobre si mesmo, possibilitando, com isso, que construa novas diferenças, agindo, assim, sucessivamente. Há, ainda, que se entender que, na teoria dos sistemas delineada por Luhmann, há a fusão intrínseca entre objeto e sujeito, não existindo observador exclusivamente externo. Para observar sistemas físicos, químicos, orgânicos, psíquicos e sociais, os observadores necessitam, ao mesmo tempo, funcionar fisicamente, organicamente, dispor de dispositivos de cognição e participar da sociedade. Conclui-se, desse modo, que não há diferença constitutiva entre sujeito e objeto, uma vez que ambos participam de uma base comum operativa já dada

(GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 37). A observação, que também é uma operação, cria uma nova condição no sistema, contribuindo para a autopoiese e, consequentemente, para a diferenciação do sistema observante (LUHMANN, 2016, p. 68).

A ideia de observação ganha uma maior dimensão ao se inserir o conceito de observação de segunda ordem. Nela, há uma mudança de perspectiva, pois, na observação de primeira ordem, coloca-se a pergunta sobre *o que* se observa, enquanto na de segunda ordem a pergunta recai sobre *como* se observa. Ou seja, há a observação do agir de um observador e a indagação sobre como ele age ao observar, além de se esquematizar aquilo que ele não pode enxergar ao iluminar os pontos cegos, ao mesmo tempo que constitui seus próprios pontos inobserváveis (VIANA, 2015, p. 166-167).

Sem qualquer tipo de intervenção do ambiente, o sistema constrói uma memória individual, fruto da experiência de suas operações, que se transforma no pressuposto para a produção de novas percepções, experiências e operações. Esse processo de autoprodução da percepção e, consequentemente, das operações, foi denominado autopoiese por Maturana e Varela e, posteriormente, incorporado por Luhmann em sua teoria da sociedade. Os sistemas autopoiéticos são aqueles capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, além de produzir seus elementos e determinar suas próprias operações (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 39-40).

1.3.1 A diferença sistema/ambiente

A teoria dos sistemas autorreferenciais se organiza em torno da noção de diferença. Foi essa mudança de perspectiva que possibilitou o fechamento do sistema em relação ao ambiente e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais. Os sistemas se autoproduzem, sendo capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, além de criarem seus elementos e definir suas próprias operações. A adoção da autorreferencialidade solucionou a questão da identidade dos sistemas, mas, por outro lado, trouxe novamente à tona o problema da abertura: como ocorre a abertura de um sistema fechado? A resposta de Luhmann passa por um paradoxo: o fechamento é condição de possibilidade da abertura. Há uma relação entre autorreferência e heterorreferência

(GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 43-44). Por fechado, o sistema não deve ser entendido como isolado. O fechamento não impede que ocorram relações causais intensivas entre sistemas e seus ambientes, nem mesmo que interdependências de tipo causal se façam estruturalmente necessárias para o sistema. Não há, pois, conflito entre o fechamento (informacional ou semântico) e a abertura (dependência do sistema em relação ao ambiente) do sistema (LUHMANN, 2016, p. 58-59).

A proposta de Luhmann parte de sua referência em Spencer-Brown, resumida na expressão *draw a distinction*. Aplicando os cálculos do referido matemático à teoria dos sistemas, indicar significa distinguir um lado de outro, ou seja, o sistema do ambiente. Essa operação estabelece o ponto de partida da teoria de Luhmann, qual seja, a distinção sistema/ambiente. Luhmann funda sua teoria não na unidade, mas na diferença. Ele enfatiza que o paradigma da teoria dos sistemas está assentado sobre uma diferença específica: aquela existente entre sistema e ambiente (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 44-45). O autor constrói a distinção sistema/ambiente de forma paradoxal: segundo ele, o sistema estabelece sua identidade à medida que se diferencia do ambiente. Este, por sua vez, se reconhece como tal desde que o outro lado, o sistema, seja seu parâmetro de distinção. Assim, o sistema é uma forma de dois lados, na qual a identidade é formada pela diferença. Tal constatação é pressuposto de outro paradoxo: o sistema deve se diferenciar do ambiente para fixar sua identidade, mas o ambiente, porque depende do sistema para existir, é, na verdade, produto deste. Dessa forma, fecha-se a autorreferencialidade, sendo impossível indicar um dos valores sem indicar o outro (heterorreferência), o que torna o outro uma autocriação (autorreferência). Há uma abertura derivada do fechamento e, desse paradoxo inicial, muitos outros surgirão na teoria dos sistemas (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 47).

A unidade da distinção é a margem de latência da própria distinção, é um ponto cego, inobservável. O ponto cego da observação é o terceiro excluído de uma distinção. Ele será observável, será incluído como diferença e se fixará como unidade identificável somente quando se diferenciar. Porém, ao se diferenciar, outro ponto cego se formará, e assim sucessivamente. Para Luhmann, os fundamentos estão na latência e, pelo fato de não serem vistos, autofundam-se. Não há limite na produção de diferenças e, por essa razão, os sistemas não possuem início nem fim (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 48). O sistema aplica a si mesmo a distinção sistema/ambiente, permitindo-lhe indicar unidades sistêmicas individualizadas e específicas. No interior do lado do sistema, há sistemas parciais que se

diferenciam entre si, por meio da própria distinção sistema/ambiente. Trata-se de aplicação de outro cálculo matemático de Spencer-Brown, o *reentry* da forma na forma. É o reentrar da distinção sistema/ambiente na diferença sistema/ambiente, operação que pode ser repetida inúmeras vezes, desde que haja condições que possibilitem o processo sistêmico de especialização. O sistema global multiplica-se em uma pluralidade de distinções sistema/ambiente e, dessa maneira, sistemas (subsistemas) e ambientes (internos) são formados dentro do sistema, sem que haja uma relação hierárquica entre as distinções que se reproduzem. No caso do sistema social, será possível diferenciá-lo em uma série de subsistemas, dentre eles o Direito, a política, a economia, a educação, a religião etc. (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 49).

Percebe-se, assim, que o elemento central da reprodução autopoiética dos sistemas sociais está na diferença entre sistema e ambiente (VIANA, 2015, p. 49), e essa operação de diferenciação faz com que o sistema passe a identificar o externo e o interno, isto é, os elementos que estão dentro e fora de sua esfera, concretizando o sentido construído no fechamento operacional do sistema (VIANA, 2015, p. 64). Pode-se falar de autopoiese e fechamento operativo apenas se as operações que reproduzem uma à outra revelarem certas características. Elas devem formar unidades emergentes, que podem se dar apenas por meio do fechamento operativo do sistema e, dessa forma, conduzem a uma redução independente de complexidade tanto do ambiente como do sistema, dando à facticidade do desempenho a condição de que nem tudo o que existe pode ser considerado pelo sistema (LUHMANN, 2016, p. 72).

1.3.2 Complexidade, contingência e evolução na teoria dos sistemas

A diferença entre sistema e ambiente é fundamental para lidar com a complexidade. Por complexidade, entende-se o número de relações possíveis que se pode estabelecer entre elementos, podendo ser observada tanto de uma perspectiva quantitativa como qualitativa. Na quantitativa, o número de relações é calculado matematicamente e tal tipo de operação pode se dar no sistema e no ambiente. Entretanto, a capacidade de organização e coordenação entre os elementos depende de uma avaliação qualitativa da complexidade. A relevância operativa

dos números adquire destaque por meio do estabelecimento de critérios para a escolha das relações. É necessário reduzir a complexidade. Qualidade, assim, implica seleção; significa que relações possíveis são deixadas de lado. Tal processo requer estruturas, instituições, critérios decisórios e programas que só podem ser formulados enquanto sistema. Sem o aspecto qualitativo, um nível tão alto de complexidade encontrado no ambiente não pode ser operacionalizado pelo sistema. Essa é a causa da assimetria entre ambiente e sistema, mas também a razão da impossibilidade de o ambiente operar dentro do sistema (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 50-51).

Partindo dessa perspectiva, o sistema é o mecanismo capaz de dotar a complexidade de qualidade, de selecionar relações relevantes entre elementos de um dado contexto. Cria-se uma complexidade estruturada pelo sistema. É preciso notar, portanto, que a complexidade do ambiente (quantitativa) é maior que a do sistema (qualitativa); bem como que, ao viabilizar escolhas, o sistema mantém outro número de relações possíveis que poderiam ter sido adotadas, mas que permanecem disponíveis para seleções futuras. Trata-se da contingência: o sistema deverá, em toda operação de seleção de relações, conviver com a dúvida a respeito das consequências caso a escolha tivesse sido por uma opção diversa. Essa incerteza estimulará uma nova seleção, iniciando um processo sucessivo. O conceito de contingência transforma-se em uma peça-chave na teoria de Luhmann, pois conecta as duas etapas teóricas descritas: a capacidade de reprodução de diferenças, por meio de diferenças, e de seleções, por meio de seleções. A incerteza causada pela contingência abre espaço para a produção ininterrupta de diferenças. Pela lógica da contingência, ao reduzir a complexidade por meio da seleção qualitativa (certeza), o sistema, por outro lado, aumenta a complexidade (incerteza) (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 51-53). Portanto, os sistemas funcionais se estabelecem em razão da necessidade de processar e filtrar as informações (esparsas) provenientes do ambiente, reduzindo as cargas de informação de infinitas para finitas, absorvendo-as (VIANA, 2015, p. 51). É a seletividade dos estímulos (irritações provenientes do ambiente) que permite ao sistema diferenciar-se de seu ambiente (VIANA, 2015, p. 66).

Esse paradoxo, em que aumento é redução de complexidade e redução é aumento de complexidade, é a base para o conceito de evolução na teoria luhmanniana. Os sistemas evoluem às cegas e de forma incontrolável, sem certeza ou causalidade. Eles alteram a si mesmos a partir de suas próprias operações, passando a evolução por um processo de diferenciação que perpassa pela variação/seleção/estabilização. Pela variação, indica-se a

produção de elementos sociais, de distinções e de alternativas que, diante da contingência do futuro e das incertezas, geram uma novidade. Porém, essa multiplicidade de novidades sofre uma seleção pelo sistema, com estruturas redutoras de complexidade que permitam a operacionalização das operações sistêmicas. Por último, as inovações concebidas e devidamente selecionadas são estabilizadas, de modo a gerar uma identidade (e, consequentemente, uma diferença) capaz de perdurar no tempo. Trata-se de um processo circular, e não linear, em que a variação depende de uma estabilização anterior, em uma sequência temporal que não necessariamente leva a um progresso ou fim previsto, mas a uma evolução pautada na contingência (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 53).

Note-se, assim, conforme Neves (2016, p. 4-5), que a evolução não ocorre de forma linear, conforme exposto anteriormente, ou mesmo teleológica:

> Também é relevante considerar que, de acordo com o paradigma sistêmico-teorético, a evolução social não se configura como um processo de passagem para uma vida melhor, um maior grau de felicidade. Nesse sentido, constituiu-se a ideia do progresso no século XIX, apontando para o aperfeiçoamento contínuo, unilinear regular e necessário da sociedade. A evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor. Não há uma teleologia da evolução, embora se possa falar de determinações teleológicas que a condicionam positiva ou negativamente. Em outras palavras, a evolução também não é planejada, embora formas concretas de planificação apresentem-se como fatores de evolução.

A evolução dos sistemas ocorre de modo autorreferencial, em que o mecanismo evolutivo não é acionado imediata e diretamente pelas alterações ocorridas no ambiente, mas por alterações que, provenientes de fora do sistema, são nele internalizadas por critérios próprios do sistema funcional. Isso traduz um fechamento operacional, que é pressuposto da autopoiese, sem que haja, contudo, a exclusão da abertura cognitiva do sistema para o ambiente (VIANA, 2015, p. 80). O autocontrole de cada sistema só é adequadamente desempenhado mediante sua abertura cognitiva, que traz a ele a capacidade de aprendizado pela canalização dos estímulos ambientais, realizada pelos acoplamentos estruturais e interpenetrações. Não existe uma comunicação direta entre subsistemas funcionais, porque ela é obstada pela autorreferência específica de cada um, fundada em seus códigos binários. Há, apenas, uma comunicação indireta de estímulos capazes de produzir sentido na autorreferência de outro sistema funcional autopoiético (VIANA, 2015, p. 156-157).

A evolução só se realiza se tanto a diferença quanto a adaptação entre sistema e ambiente se mantiverem. Porém, para entendê-la, é preciso traçar a distinção entre variação e seleção. A evolução ocorrerá quando diferentes condições forem satisfeitas e quando elas se

acoplarem da seguinte maneira condicional: variação de um elemento autopoiético relativamente aos padrões então vigentes; seleção da estrutura que assim se faz possível como condição de outras reproduções; estabilização do sistema, a fim de mantê-lo dinamicamente estável para que torne possível a reprodução autopoiética dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração. Em outras palavras, a variação diz respeito aos elementos do sistema; a seleção, às estruturas; e a estabilização, à unidade do sistema, que se reproduz autopoieticamente. A evolução não é uma gradação paulatina, contínua e ininterrupta da complexidade, mas uma forma de mudanças estruturais inteiramente compatíveis com convulsões bruscas e amplos períodos de estancamento, sendo necessários avanços pré-adaptativos (LUHMANN, 2016, p. 321-325).

1.3.3 A autorreferência do sistema

Foi esse cenário vislumbrado por Luhmann – no qual a evolução proporciona a regularidade da incerteza e que confirma sua hipótese paradoxal (de que o aumento da complexidade é condição para sua redução e vice-versa) – que a ele possibilitou construir uma teoria dos sistemas autorreferenciais incertos, contingentes e complexos. Trata-se de uma visão similar a uma máquina não trivial, não sendo parte da velha teoria dos sistemas que buscava equilíbrio estático entre sistema e ambiente e tendia à conservação (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 54). Mantém-se a tese de que o sistema evolui a partir de si mesmo, bem como a de que o ambiente traz a ele impulsos casuais que desencadeiam as variações e seleções eventualmente inovadoras (LUHMANN, 2016, p. 374).

A comunicação, que é a operação que constitui a sociedade, não é criada por nada que se encontre no ambiente, mas, sim, produzida por si mesma, de forma recursiva. Dessa maneira, ela é operativamente fechada ou autopoiética, tendo Luhmann transportado para a sociologia o conceito de autopoiese criado pelos biólogos Maturana e Varela. Isso, entretanto, não é sinônimo de solipsismo ou isolamento em relação ao ambiente, pois o sistema social depende dele, lembrando-se que o que constitui o sistema é a própria diferença traçada entre ele e o ambiente. Justamente por serem autônomos e diferenciados, os dois são livres para constituírem relações entre si, ou seja, formas recíprocas de irritação. Quanto mais autonomia entre sistema e ambiente, mais vínculos eles podem estabelecer e, quando esse processo

atinge um elevado nível de complexidade, criam-se acoplamentos estruturais entre os dois (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 57-58). Porém, o fechamento do sistema dentro de sua própria lógica não implica o isolamento perante outros sistemas e o ambiente envolvente. Aliás, os outros sistemas serviriam como ambiente para o sistema parcial analisado (LUHMANN, 2007, p. 473). Há uma abertura cognitiva do sistema, fundamental para que ele sobreviva (LUHMANN, 2007, p. 610) e por meio da qual ele absorve as influências que lhe são externas (possibilitando lidar com a desordem do entorno, absorvendo e processando suas irritações), porém as internalizando sob a perspectiva de seus próprios códigos e programas (NEVES, 2016; LUHMANN, 2007, 2011).

Como já mencionado, na perspectiva de Maturana e Varela, a autopoiese pressupõe que o sistema reproduza todos os seus elementos a partir de suas próprias operações. Já em Luhmann, o conceito adquire uma maior abrangência e deve ser lido a partir do processo de diferenciação do sistema em relação ao ambiente. Ao transpor o conceito de autopoiese para sua teoria, o autor inseriu-o no desenvolvimento de sua concepção sobre os sistemas sociais, afirmando que, por esse processo, o sistema se reproduz por seus próprios elementos (VIANA, 2015, p. 18). Nesse sentido, a autopoiese compreende três fases independentes: autorreferência da base, reflexividade e reflexão. A primeira ocorre no tocante à autorreprodução dos elementos; a segunda trata da capacidade que um processo tem de referir-se a si mesmo; já a reflexão diz respeito à autodescrição do sistema, à sua necessidade de se reconhecer como diverso (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 50).

Devem-se distinguir, portanto, os atos de observar e descrever. A auto-observação é a correspondência entre a operação singular e as estruturas e operações do sistema, ou seja, é sobretudo a implicação ou a explicação, no caso do Direito, do que em uma comunicação é lícito ou ilícito. Já a descrição causa uma operação que pretende a preparação de textos, de premissas de uma comunicação adicional que sejam usadas repetidamente. A autodescrição representa a tematização do sistema em que ela se realiza, tratando-se de uma operação intencional no âmbito do sistema, que visa a chegar justamente a esse resultado. Ela ocorre por meio da reflexão, cuja operação reflete que ela é parte do sistema que descreve e, por isso, tem de satisfazê-lo, considerá-lo, caso deseje ser vista como a ele pertencente. A operação da autodescrição é, portanto, publicação impressa, e tudo aquilo que não possa ser impresso não tem possibilidade de influir na autodescrição do sistema. Diferentemente das comunicações normais do sistema, a autodescrição evita tomar partido, não buscando imputar

responsabilidades, e isso lhe proporciona o seu próprio problema, qual seja, esclarecer o que está implícito quando um sistema antevê uma resposta a todas as perguntas e quando exerce coação sobre todas as operações do sistema, pressupondo-se que haja uma resposta (LUHMANN, 2016, p. 669-678).

1.3.4 A diferenciação funcional

Para que a sociedade possa operar, é preciso reduzir a incerteza, a contingência do processo comunicativo. A ocorrência da improbabilidade da comunicação deve se tornar menos provável. Essa transformação ocorre por meio da diferenciação da comunicação em subsistemas sociais. O *reentry* da diferença sistema/ambiente no lado do sistema é o instrumento que viabiliza essa forma de especialização. É uma estratégia de redução e aumento da complexidade: diante da diversidade de elementos na comunicação geral, individualizam-se formas de seleção, que reduzem a complexidade da operação comunicativa. Porém, por outro lado, as possibilidades sociais de relacionar tais elementos são ampliadas, aumentando-se a complexidade. Há, dessa maneira, uma relação direta entre complexidade e necessidade de formação de subsistemas sociais, pois as seleções formam-se à medida que a quantidade de elementos assim exige. O nível de complexidade da sociedade definirá o grau de complexidade das formas de especialização da comunicação, sendo esse o ponto de partida para Luhmann analisar a evolução da sociedade (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 60).

Essa seria uma característica da sociedade moderna, que, por ser supercomplexa, implica a criação de diversos subsistemas funcionalmente diferenciados e operacionalmente autônomos, o que acarreta a redução de complexidade na abordagem dos fatos cada vez mais complexos advindos da sociedade moderna. Esses fatos serão analisados e absorvidos sob código e programa próprios do respectivo sistema, ou seja, os sistemas são autopoiéticos e operacionalmente fechados (NEVES, 2016; LUHMANN, 2007, 2011). Segundo Neves (2016, p. 16), a supercomplexidade implica, por um lado, supercontingência e abertura para o futuro; por outro, pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que causa contingência) e contingência (que significa risco), há uma sobrecarga seletiva que exige

especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos. Nesse sentido, é interessante transcrever a seguinte passagem da obra de Luhmann (2007, p. 603):

> La combinación aquí propuesta – de la teoría de sistemas sociales autopoiéticos con el concepto de diferenciación funcional – nos aporta el punto de partida para una teoría de la sociedad moderna. Resumiéndolo en una fórmula: con la renuncia a la redundancia, es decir, con la renuncia a la multifuncionalidad se pueden realizar considerables logros de complejidad – y esto trae consigo, naturalmente un gran número de problemas consecuentes.

Paralelamente à formação dos subsistemas sociais, a evolução da sociedade exigiu métodos de convencimento que gerassem maiores possibilidades de aceitação da comunicação, tendo desembocado nos meios de comunicação simbolicamente generalizados, cujos exemplos são o dinheiro, o poder, o amor, a verdade etc. Cada um desses meios especializou-se de acordo com a diferenciação dos subsistemas sociais. Assim, houve a relação entre o sistema político e o poder; entre o sistema econômico e o dinheiro; entre o sistema familiar e o amor, entre outros exemplos. A sociedade moderna é caracterizada pelo aumento das possibilidades comunicativas, da complexidade e da especialização funcional. As alternativas sociais perdem sua identidade comum e ativam um processo de diferenciação entre si, conforme o tipo de problema que se pretende solucionar (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 66-67).

Assim como os sistemas, os subsistemas não são isolados ou solipsistas, tendo em vista que podem observar e processar informações ambientais. Tais informações, todavia, são incapazes de determinar sua estrutura. Trata-se de uma abertura meramente cognitiva, não afetando operações internas do sistema. As informações são submetidas a essas operações e, deve-se deixar claro, os ambientes dos subsistemas são tanto os ambientes da sociedade (como os sistemas psíquicos) quanto os demais subsistemas sociais. O fechamento operativo de um subsistema social ocorre no âmbito de sua função e do código comunicativo que a executa. Por sua vez, o código comunicativo está localizado no domínio da compreensão da comunicação, ou seja, na fase da aceitação ou rejeição da informação, o que lhe dá caráter de binariedade: há, no código, sempre um *sim* ou um *não.* Cada subsistema é dotado de um código próprio, cuja utilização primária é vedada ao outro. A corrupção dos códigos por outros subsistemas reduz abrupta e autoritariamente a complexidade. A abertura cognitiva dos subsistemas pode assumir formas mais ou menos complexas: a primeira delas é o

acoplamento estrutural, que é uma via de penetrações recíprocas e interdependentes entre sistemas que coevoluem. A segunda é a irritação cotidiana que todo sistema sente de seu ambiente. No âmbito dos subsistemas sociais, ela é representada pelos programas (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 63).

1.3.5 Interpenetração e acoplamento estrutural

O conceito de interpenetração descreve como dois sistemas autopoiéticos estruturalmente acoplados, que ocasionalmente executam operações envolvendo os mesmos valores ou valores complementares, podem, em situações específicas, operar de maneira unificada. Há interpenetração quando o acoplamento estrutural tem lugar na proporção da mútua dependência entre os sistemas, em que cada um somente pode existir se o outro também existir, havendo uma coevolução entre eles. Desse modo, apesar de autopoiéticos e operacionalmente fechados, os sistemas criam e recriam programações a partir de suas próprias operações e, em certas situações, eles se colocam diante da contingência de operarem em conjunto e se interpenetrarem, formando o acoplamento estrutural diante de uma necessidade de sobrevivência operacional (VIANA, 2015, p. 159-160). O sistema pressupõe que o ambiente é capaz de estruturar e reduzir a sua complexidade e que, dessa maneira, se aproveita dos seus resultados sem precisar analisar sua gênese. Isso não ocasiona a confusão dos limites dos sistemas, nem o aumento do peso de um sistema sobre o outro, mas trata-se, na verdade, de um processo normal de absorção de incertezas no trânsito entre sistemas (LUHMANN, 2016, p. 120-121).

A evolução do subsistema a partir das irritações provenientes de seu ambiente social mostra que o nexo entre a autopoiese e o acoplamento estrutural é condição prévia a qualquer evolução. Isso ocorre em razão de a evolução só poder utilizar a autopoiese dos sistemas que ela tiver de pressupor, e, por isso, as formulações circulares são inevitáveis e os impulsos do ambiente aparecem como causalidades que irritam sistemas já evoluídos, acidentes esses que são renovados pelo sistema em um desenvolvimento dirigido. Porém, acrescentado o conceito de acoplamento estrutural, torna-se possível descrever as formas que canalizam as

causalidades como irritações e problemas para os quais o sistema pode fornecer soluções adequadas a ele próprio (LUHMANN, 2016, p. 380).

A semântica da contingência surge como um "poder ser de outro modo", o que aumenta a demanda sobre o sistema de situar sua complexidade, seu horizonte interno de possibilidades, na perspectiva coevolutiva com seu ambiente. Esta ocorrerá por meio de acoplamentos estruturais e interpenetrações, nos quais o sistema superará a dimensão conservadora de suas estruturas e passará a se comportar como um instrumento dinâmico de processamento de dados oriundos de seu ambiente, sem sobressaltos revolucionários, mas em uma lógica evolucionária, por meio de mecanismos de variação, retenção e estabilização. Entre os dados naturais, estão as frustrações das expectativas estabilizadas como normas na estrutura sistêmica, que agem como fatores de perturbação e irritação que permitem visualizar o papel de tais conflitos como elementos exógenos de estimulação do sistema para a afluência de novas intenções de sentido. É preciso que o sistema social funcionalmente diferenciado, por sua autopoiese, aprenda e incorpore as novidades em sua estrutura. A constituição de sistemas funcionais parciais e sua evolução para sistemas autopoiéticos colocou, nas fases recentes da sociedade moderna, a questão do controle no interior do sistema funcional. Mediante uma forte seletividade de irritações advindas do aumento de sua complexidade, o sistema social (sem ambiente) constrói uma estrutura dinâmica e flexível, que permite que suas instabilidades estruturais deem ensejo à variação, a qual, por sua vez, pode levar a uma adequada complexidade em face do ambiente social. Ou seja, por sua autopoiese, o subsistema reduz a hipercomplexidade do ambiente e, processando as contingências, torna a complexidade, em seu interior, adequada às suas operações (VIANA, 2015, p. 149-153).

1.3.6 O sistema do Direito e sua evolução

Luhmann concebe o Direito como um subsistema que, fundado no código lícito/ilícito e em programas condicionais, desenvolve uma função específica no bojo da sociedade moderna. Cabe destacar o caráter autorreferencial do Direito. Em uma sociedade definida com um sistema autopoiético de comunicação, funcionalmente diferenciado em vários subsistemas, também estes serão autopoiéticos e, assim, qualquer regulação somente

ocorrerá por autorregulação. A teoria dos sistemas é incompatível com qualquer pretensão de regulação direta do subsistema jurídico em outros subsistemas sociais. Ademais, a legitimidade do Direito deverá ser buscada no interior de seu sistema, e não mais no exterior (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 69-71). O Direito é proposto como subsistema autopoiético da sociedade, que executa função social especializada, regida por código binário simbólico-comunicativo próprio (VIANA, 2015, p. 18). Cabe dizer, ainda, que a sociedade (juntamente com seu ambiente) é ambiente do sistema do Direito (LUHMANN, 2016, p. 30). A distinção de um sistema jurídico operativamente fechado ocorre por referências recursivas de operações jurídicas a outras operações jurídicas. O Direito, como sistema autopoiético, opera em autocontato permanente e, por isso, para que possa qualificar as próprias operações como jurídicas, o sistema tem que desvendar o que foi feito nele por último ou o que se fará adiante. O sistema jurídico se diferencia, a fim de obter a capacidade de lidar com as estruturas sociais, com todos os problemas acarretados pela reconstrução da sua dependência em relação à sociedade de acordo com suas disposições internas (LUHMANN, 2016, p. 76-80).

O Direito moderno, conforme Luhmann, é caracterizado por sua positividade – como positivo, entenda-se, na teoria luhmanniana, aquele que é formado por decisões do sistema jurídico (VIANA, 2015, p. 87). No primeiro momento, o Direito positivo se apresenta como decisão do legislador, criada na forma escrita, mas se positiva como Direito válido ao passar a integrar o conteúdo atual das operações do sistema jurídico, sendo que as decisões que ocorrem em seu interior ganham aplicação recursiva, dando ao Direito positivo sentido determinado ao aplicá-lo ao caso concreto. O Direito, portanto, se positiva nas decisões, que assumem uma dimensão dinâmica e adaptativa como operações autopoiéticas produzidas no e pelo sistema do Direito, afastando-se do conceito comum de positivismo jurídico baseado na norma estaticamente positivada como ordem coercitiva (VIANA, 2015, p. 190). Pode-se falar de uma avaliação política e moral do Direito aplicável, mas o sistema jurídico deve ser identificado como o Direito positivo. Um sistema do Direito que, além do Direito positivo, contenha outro Direito, que não necessite de positivação, desencadearia a possibilidade de um Direito de oposição contra o Direito positivo (LUHMANN, 2016, p. 51). Conforme Luhmann (2016, p. 136-137), todo Direito é Direito vigente. O Direito não vigente, portanto, não é Direito.

Ao lidar com uma conjuntura de uma sociedade mais complexa, em que houve o desvanecimento de fundamentos cosmológicos, a modernidade passou a encarar uma quantidade muito maior de contingência. Nesse contexto, em oposição a um Direito que procurava extrair sua legitimidade de uma instância superior (por exemplo, o Direito natural, concebido como imutável e universal), surge um Direito caracterizado por sua positividade, cuja característica é remeter à decisão tanto seu estabelecimento quanto sua validação. Por outro lado, o Direito estatuído, enquanto subsistema funcional da sociedade, necessita conciliar sua função de estabilização das expectativas normativas (por meio da regulação e da generalização congruente nas dimensões temporal, social e material de sentido) com a autopoiese dos demais subsistemas funcionais (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 67-68).

A evolução da sociedade, e consequentemente do Direito, implicou o fato de existir, como sistema jurídico, somente o Direito positivo. O Direito só existe quando ele entra em vigor mediante o próprio Direito, por meio do símbolo da validade jurídica. Ainda que o Direito vigente não possa ser concebido como sistema lógico totalmente fechado, não há que se buscar uma solução para isso em uma garantia de validade externa, mas, sim, na contínua produção de textos jurídicos, nos quais se reconhece o que é ou não válido como Direito (LUHMANN, 2016, p. 373-374). Observe-se, porém, que todo Direito assegurado por meio da escrita requer interpretação. Dessa maneira, dos próprios textos se exige que autorizem sua interpretação, ou seja, quem deverá fazê-la e de que modo. Ao realizar a seleção de quem deve interpretar o Direito e como, ele se adapta às mudanças evolutivas da sociedade, mesmo quando dispõe de legislação escrita a prescrever a mudança dos textos, também na forma escrita. Um texto, para ser atual, precisa se expor à interpretação (LUHMANN, 2016, p. 341-342).

O Direito moderno, positivado (ou seja, estatuído e validado por decisões), é visto como um subsistema autorreferencial e autopoiético, detentor de uma função específica e que se reproduz a partir de um código próprio, bem como de programas condicionais de decisão. A positividade, dessa forma, significa que a decisão, ainda que altere radicalmente o Direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Por conseguinte, a autopoiese do Direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 72). Em outras palavras, o próprio Direito determina onde se encontram seus limites e é ele, em sua própria lógica operacional, que determina o que

pertence e o que não pertence a si mesmo (LUHMANN, 2016. p. 19). O Direito é um sistema autopoiético e autodistintivo, o que implica que o sistema jurídico produza todas as distinções e caracterizações, bem como que sua unidade seja identificada com a autoprodução (a autopoiese). A sociedade deve ser vista como um ambiente social que possibilita a autoprodução do sistema jurídico e que dá a ele sustentação (LUHMANN, 2016, p. 40).

A todo comportamento cabe ou ser permitido ou proibido, mas nem todos eles precisam ser uma operação interna do Direito (LUHMANN, 2016, p. 89). Pertence ao sistema jurídico apenas uma comunicação orientada por códigos (lícito/ilícito), pois somente tal tipo de comunicação busca e afirma uma integração recorrente no Direito. A própria comunicação, executada dessa forma, se realiza no Direito, ainda que em fatos da vida cotidiana. Em razão da ambivalência do código na cotidianidade, o sistema jurídico se mostra como algo incerto. Toda e qualquer comunicação efetuada no sistema do Direito conduz rapidamente à incerteza. Na rotina extrajurídica do Direito, não existe nenhum tipo de relação orientada pela distinção caso/norma, apenas valorações de experiência no trato com o Direito e, mais ainda, experiências que ensinam a evitar os inconvenientes que daí podem surgir. Todavia, tudo isso deve ser encarado como um estado de coisas interno do sistema jurídico, já que tanto a incerteza quanto a imprescindibilidade de contatos específicos com o Direito são consequência do código binário (lícito/ilícito), e assim se apresentam quando se faz a pergunta jurídica (LUHMANN, 2016, p. 90-93).

1.3.6.1 O fechamento do sistema jurídico e seus códigos

Entende-se por código que o sistema jurídico se valha de um esquema bivalente para estruturar suas próprias operações e distingui-las de outros fatos. Os códigos são estruturas ricas em precondições, que, em sua simplificação máxima, podem ser reduzidas à biestabilidade. Dessa maneira, os sistemas passam a ser capazes de tomar dois estados (positivo/negativo; 1/0; ligado/desligado), a partir dos quais suas demais operações se desenrolam. Esses sistemas têm integradas a si uma distinção e uma forma, que incluem a possibilidade de que suas operações se conectem indiferentemente com um ou outro lado da distinção. A aquisição consiste na possibilidade de o sistema dispor de observação, auto-observação e distinção entre autorreferência e heterorreferência. Já a biestabilidade do código

faz com que o sistema, totalmente determinado, reaja a um ambiente altamente complexo, sem obrigação de se adaptar a ele. Sempre que uma operação dispõe sobre a legalidade ou ilegalidade, o sistema a reconhece como uma operação própria, inserindo-a na rede recursiva das suas demais operações. A questão que se apresenta, contudo, é até que ponto se pode garantir a consistência do Direito na ausência de uma administração da justiça de caráter uniforme. Um sistema jurídico diferenciado e orientado por seu próprio código é caracterizado pelo modo como submete às regulamentações internas a contínua ligação da conduta legal com a ilegalidade, bem como a possibilidade de se agir ilegalmente mesmo estando em conformidade com a lei. Esse modo é empregado para a autoconfirmação de tal sistema. Diferentemente de ordenamentos jurídicos tribais, em que se provê reparação a quem foi lesado, o sistema visa a contribuir para dirimir conflitos entre grupos (LUHMANN, 2016, p. 235-239).

A garantia de autoimputação de operações ao sistema exige um código único, de caráter binário, e que exclua outros valores do código, mas sem que sejam bloqueadas todas as demais distinções. O código representa a unidade do sistema, mas não é, em si, uma norma. Assim, ele é uma estrutura de um processo de reconhecimento e atribuição da autopoiese da sociedade. O Direito da sociedade é realizado pela referência a um código, e não por uma regra de produção. O código lícito/ilícito só pode ser manejado no plano da observação de segunda ordem, ou seja, pela observação dos observadores. Tal observação independe que os observadores de primeira ordem classifiquem sua relação factual de acordo ou em desacordo com o Direito. A percepção dos observadores de primeira ordem é algo que a observação de segunda ordem pode julgar de outro modo. Ademais, mesmo que os observadores de primeira ordem de forma alguma tenham pensado em algo em relação ao Direito, o observador de segunda ordem poderá continuar a classificar tal fato como legal/ilegal. O código possui, portanto, duas características: é universalmente manipulável, independentemente do conteúdo presente em cada comunicação; e possibilita o fechamento do sistema por meio da reformulação da sua unidade como diferença (LUHMANN, 2016, p. 93-95). A bivalência do código exclui outros valores, mas isso apenas limita a opção, e não a relevância dos demais valores, que têm de ser considerados caso a caso. No sistema jurídico, é no nível da programação que os outros valores, excluídos no nível do código, podem se fazer valer, mas devem ser usados apenas para determinar uma decisão entre legal e ilegal (LUHMANN, 2016, p. 242).

É permitida a hipótese, claro, de que se busque um acordo fora do sistema jurídico, prescindindo-se da aplicação de seu código binário. A unidade de um conflito como sistema de interação (que pode envolver pessoas ou organizações) possibilita o fornecimento de uma base para a decisão de abandonar o sistema do Direito. Porém, mesmo essa decisão de abandono estará amparada juridicamente. Não há meio de evitar a participação no sistema jurídico e, por exemplo, um acordo extratribunal tem de satisfazer, também, determinadas exigências legais para a sua validade. As pessoas, interações e organizações podem introduzir ou retirar comunicações do âmbito do sistema jurídico, que será indiferente para tanto. O Direito não persegue um interesse imperialista, não possui o objetivo de atrair o máximo de comunicações possíveis para seu âmbito, isto é, não é um sistema de atração. Porém, ele simplesmente declara que, se a ideia é valer-se do Direito (dispor sobre o que é lícito/ilícito), então é preciso submeter-se às suas condições sistêmicas. É nesse sentido que o Direito é operativamente fechado e determinado em suas estruturas (LUHMANN, 2016, p. 97). A codificação lícito/ilícito pressupõe a possibilidade de observação de segunda ordem, embora isso não exclua a operação no nível de primeira ordem, ou seja, afirmações não reflexivas sobre a legalidade e ilegalidade, que também são operações pertencentes ao sistema. Contudo, o caráter fechado do sistema só se produz se toda observação realizada nele estiver sujeita a uma observação de segunda ordem (LUHMANN, 2016, p. 243).

Há que se vislumbrar, ainda, que a decisão vinculativa nas questões jurídicas se realiza somente por intermédio da associação com a função política que dá conta das decisões coletivamente vinculantes, as quais garantem o recurso ao poder de imposição. Todavia, isso não significa que não haja uma grande quantidade de comunicações jurídicas fora desse domínio de parlamentos e tribunais, bem como que não se crie uma enorme quantidade de Direito positivo sem que haja conexão com essas instâncias e, dessa maneira, sem nenhum controle político da sociedade. Isso pode ocorrer mesmo na comunicação cotidiana, sendo que todos possuem o direito à inclusão no Direito e ao uso dos símbolos jurídicos. A atualidade não corresponde a um tempo de exercício jurídico formalista, mas é preciso, ao menos, comunicar e compreender implicitamente que essa comunicação exige validade contrafactual e juridicamente amparada, com a qual se pressupõe que o lícito e o ilícito mutuamente se excluam (LUHMANN, 2016, p. 99).

Para o conceito de positividade, portanto, não se parte da norma nem da tipologia dos valores, mas da distinção entre sistema e ambiente. A questão sobre o que é ou não Direito

deve ser pensada pelas operações, e não pelas estruturas do sistema. Deve-se perguntar, inicialmente, sobre como as operações produzem a diferença entre sistema e ambiente, o que exige a recursividade de reconhecer as operações e o pertencimento ou exclusão de determinada operação do sistema (LUHMANN, 2016, p. 55). Também as estruturas do sistema não possuem nenhuma determinação externa. A produção delas ocorre de maneira circular, pois as próprias operações demandam estruturas, a fim de determinar outras operações. Dessa maneira, não somente a produção de operação por operação, mas também a condensação e confirmação de estruturas por operações que as orientam são realizações da autopoiese (LUHMANN, 2016, p. 67). Por meio do fechamento operativo, constitui-se uma unidade em um âmbito que, para ela, torna-se ambiente. Porém, não são negadas a existência e relevância do ambiente para o Direito. A distinção entre sistema e ambiente é justamente a forma permitida para que um ou outro se caracterizem em referência recíproca. Não há a premissa absurda de haver um Direito sem sociedade, sem pessoas ou sem condições físico-químicas específicas existentes no planeta. O sistema, porém, só pode produzir relações com esse ambiente ao se basear em seus próprios esforços, e apenas na efetivação de suas próprias operações, possíveis graças ao seu fechamento, isto é, a abertura do sistema só se faz possível com base no fechamento (LUHMANN, 2016, p. 102). O fechamento do sistema e sua unidade se dão justamente pela invariabilidade de sua codificação. O código representa a autopoiese do sistema, não oferecendo nenhuma adaptabilidade do sistema ao ambiente. Do ponto de vista temporal, o código binário do sistema se mantém invariável, pois, caso alterado, já se estará em outro sistema. Um sistema codificado ou já está adaptado ao seu ambiente, ou não existe (LUHMANN, 2016, p. 250).

1.3.6.2 O Direito e a estabilização das expectativas normativas

Observa-se, também, que, se cada subsistema opera e observa tanto o seu interior quanto o exterior a partir de sua distinção constitutiva, levada a efeito mediante um código próprio (para o Direito, lícito/ilícito; verdadeiro/falso para a ciência; governo/oposição para a política; ter/não ter para a economia etc.), não é possível que um desses subsistemas venha a ter preponderância ou regulação direta sobre os demais. Isso significaria a corrupção deles

(GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 81). No paradigma da sociedade funcionalmente diferenciada, um controle social somente pode ser vislumbrado como algo compartilhado entre os sistemas funcionais parciais, nos quais o intercâmbio com os eventos ambientais (que portam complexidade e contingência) é processado como uma questão de autocontrole produzida autopoieticamente no sistema (VIANA, 2015, p. 155). Portanto, torna-se complexo um cenário de um Direito que deve ter sua legitimidade fundada no seu interior e que não pode ter a pretensão de intervir diretamente em outros subsistemas sociais, ao mesmo tempo que possui uma função específica a cumprir (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 81). Note-se que o Direito, apesar de não se sobrepor aos demais subsistemas, ostenta a peculiaridade de suas operações não estarem voltadas unicamente ao seu interior, tendo em vista a sua função de estabilizar expectativas normativas na sociedade (VIANA, 2015, p. 95). Quanto à função, o sistema jurídico opera de maneira normativamente fechada e, ao mesmo tempo, cognitivamente aberta (LUHMANN, 2016, p. 104). A função do sistema jurídico está relacionada a expectativas, que devem ser compreendidas não como estado de consciência de um indivíduo, mas como aspecto temporal do sentido de comunicações (LUHMANN, 2016, p. 166).

Para a compreensão da função do Direito, é fundamental, antes, tecer algumas considerações acerca da formação de estruturas de expectativas, que são as próprias estruturas dos sistemas sociais. Enquanto estruturas, as expectativas servem para reduzir a complexidade mediante a delimitação de um âmbito de possibilidades de eleição. Isso acontece por meio de uma seleção e do reforço desse âmbito de possibilidades. Porém, essa função seletiva das estruturas de expectativas opera em dois níveis diversos: diante da contingência simples, erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a frustrações; todavia, diante da dupla contingência (que permeia os sistemas sociais), cria-se a necessidade de outras estruturas de expectativas, de construção mais complexa e condicionada. A passagem do nível da contingência simples para o da dupla contingência demanda estruturas de expectativas reflexivas, ou seja, que sejam expectativas de expectativas. Na teoria dos sistemas, a função jurídica é justamente a estabilização das expectativas normativas (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 88).

A consistência das operações sistêmicas depende da previsibilidade de determinados comportamentos, eventos ou operações, que devem ou esperam repetir-se no futuro. Desse modo, as expectativas são mecanismos de redução de riscos gerados pela contingência, com

sua variabilidade e imprevisibilidade (VIANA, 2015, p. 74). A função do Direito está na estabilização contrafática de comportamentos selecionados pelo próprio sistema, colocando-os na esfera das expectativas normativas (VIANA, 2015, p. 44). Nelas, está-se diante da necessidade funcional de se estabilizarem, no âmbito do sistema social, determinados comportamentos imprescindíveis ao bom funcionamento da sociedade, que proporcionam um grau mínimo de segurança. As expectativas estão determinadas a não aprender, e se utilizam dos meios sistêmicos para estabilizar contrafaticamente determinadas condutas desejadas, atendendo à necessidade prioritária de segurança e integração social (VIANA, 2015, p. 76-77). Essa função de estabilização contrafática das expectativas gerada na sociedade, que visa à produção de previsibilidade, segurança, redução de incertezas e maior controle dos riscos, liga-se às prestações do Direito dirigidas ao ambiente social, incluindo-se, aí, os demais subsistemas da sociedade (VIANA, 2015, p. 105).

Essa relação entre a função do Direito e o futuro demonstra a razão da necessidade de simbolização de toda ordem jurídica. As normas jurídicas são o arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas, produzindo não apenas indicações amplamente difundidas e independentes das circunstâncias, mas também se referindo a algo que ocorre como invisível e que não pode se tornar visível. Por meio das simbolizações, a sociedade produz estabilidades e sensibilidades específicas. A referência temporal do Direito não está na vigência das normas, tampouco na historicidade do Direito, nem mesmo é encontrada na conduta humana, dada no espaço e no tempo. Ela está, sim, na função normativa de se preparar, no nível das expectativas, para um futuro incerto. Por essa razão, as normas também variam na medida em que a sociedade acaba por produzir esse futuro incerto (LUHMANN, 2016, p. 172-173). O Direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e isso possibilita viver em uma sociedade mais complexa, em que não bastam mecanismos personalizados ou de interação para se obter confiança e segurança. Porém, com isso, o Direito adquire, também, uma propensão a crises de confiança, que não se deixam transmitir simbolicamente (LUHMANN, 2016, p. 175).

É interessante, acerca de tal ponto, a seguinte passagem de Luhmann (2011, p. 337-338) sobre o Direito:

> Do ponto de vista evolutivo da sociedade, caberia considerar o direito como uma espécie de processo de domesticação dos conflitos. Na obra *Sistemas Sociales*, eu propus a seguinte tese: o sistema de direito serve como sistema de imunidade, para a sociedade; o que não significa que o direito esteja baseado somente nesta razão. Esse

> nexo entre direito e sistema de imunidade se determina mais ao considerar que o direito se constitui como antecipação dos possíveis conflitos. As ordens jurídicas mais antigas se formaram sob a perspectiva da previsão de conflitos. É só na sociedade moderna que o direito começa, digamos, a ultrapassar a si mesmo, ao considerar, como possíveis conflitos, circunstâncias inéditas nas quais ninguém pensaria, se o direito não existisse – sendo que as expectativas daí resultantes são declaradas como direito. Assim, o direito serve não só para evitar conflitos, como também provoca um aumento considerável de sua probabilidade.

A forma do Direito é encontrada em duas distinções: as modalidades de expectativas cognitivas/normativas e as de codificação lícito/ilícito. Todos os ajustes sociais do sistema jurídico operam nessa estrutura, variando o sentido factual, o conteúdo das normas legais e os programas que regulam uma coordenação correta dos valores lícito/ilícito (LUHMANN, 2016, p. 174). No conceito funcional de norma, que corresponde a uma expectativa de conduta a qual se estabiliza ainda que de maneira contrafactual, não se toma uma decisão prévia quanto às motivações pelas quais alguém cumpre as normas. Pelo contrário, a isso se deve renunciar para que a norma cumpra a sua função. A norma se cumpre ou não: cumpre-se porque oferece informação; não se cumpre quando o destinatário confia mais em sua própria informação do que naquela transmitida pela norma. O ato de determinar a função do Direito como a disposição e estabilização das expectativas normativas não leva a pensar, necessariamente, a relação dele quanto à conduta. O Direito pode limitar uma determinada conduta, mas também habilitar outra que não seria possível sem o sistema jurídico. Como exemplo, pode-se citar a figura da propriedade, do contrato ou da pessoa jurídica de responsabilidade limitada, que são viabilizadas pelo sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 178-181).

O Direito positivo moderno estrutura sua capacidade de generalização congruente de expectativas normativas a partir da sanção, dos procedimentos e dos programas condicionais de decisão, respectivamente, nas dimensões temporal, social e material. Em outras palavras, o Direito, posto e validado por decisões, utiliza a sanção como mecanismo de absorver frustrações, na dimensão temporal; o consenso fictício, para generalizar as expectativas, na dimensão social; e, na dimensão material, os programas decisórios condicionais para obter decisões a partir do esquema “se... então” (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 96-97). A positividade do Direito não se restringe ao quadro normativo-dedutivo, mas constitui um modelo de expectativas normativas que, apesar de estabelecidas para resistirem contrafaticamente, permitem o elemento cognitivo, abrem-se para o novo. De outro lado, o Direito decide sobre fatos ocorridos no passado, mas busca gerar segurança jurídica e

confiança social como mecanismo de redução de complexidade social, projetando suas expectativas normativas de estabilização de comportamento e de solução de conflitos para um futuro, que será sempre contingente. Nessa perspectiva futura, o Direito positivo se percebe como modificável (VIANA, 2015, p. 178-180).

Portanto, as expectativas devem ser tratadas em três dimensões de sentido, quais sejam, temporal, social e material, sendo o Direito uma estrutura do sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas nessas três dimensões. A norma seria, assim, uma maneira de estruturação temporal das expectativas, que consistiria em fixar uma dada expectativa como normativa e, por mecanismos de absorção das frustrações (por exemplo, as sanções), neutralizá-la contra as condutas desviantes. Na dimensão social, a generalização ocorre por meio da institucionalização de expectativas comportamentais, que remete, por sua vez, ao consenso pressuposto das expectativas institucionalizadas, pressupondo-se o concurso de terceiros supostamente dispostos a sustentá-las contra as condutas que as frustram (possuem essa função, por exemplo, o contrato e o procedimento). Por fim, na dimensão material, a generalização consiste em fixar um ponto ou pontos de referência abstratos, com base nos quais as expectativas podem ganhar concretude. Essa dimensão trata do conteúdo das expectativas, dependendo da abstração de pontos de referência, que operam a partir de quatro princípios de identificação: pessoas, papéis, programas e valores (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 90-92).

Entenda-se, aqui, pessoas não como sistemas psíquicos, mas como construções sociais, endereços de comunicação. Já os papéis são princípios de identificação de conteúdo que transcendem as características individuais e podem ser assimilados por diferentes atores. Os programas decisórios são regras de decisão fixadas verbalmente, cuja aplicação é assegurada por meio da institucionalização. As regras abarcam múltiplas pessoas, diversos papéis e podem variar com os efeitos que pretendam imputar a determinadas ações. Existem dois tipos de programas decisórios: condicionais e finalísticos. Os primeiros se baseiam no esquema “se... então”, dependendo de um acontecimento passado para serem ativados e atribuindo efeitos a ações ou causas anteriores. Os segundos são prospectivos, orientados ao futuro, pois o efeito que atribuem é a própria construção da ação, ou seja, o fim ou a meta a ser atingida. Os programas jurídicos são condicionais, enquanto os finalísticos são, por exemplo, típicos da política. Por fim, os valores são ainda mais abstratos que os programas (perceba-se que o grau de abstração aumentou na ordem de exibição dos princípios de

identificação). Enquanto os programas decisórios são regras cujo nível de abstração permite contemplar um número considerável de expectativas e diferenciá-las daquelas que não lhes dizem respeito, com os valores isso não ocorre. Seu grau de abstração é tão elevado que bloqueia qualquer capacidade de distinção. Os valores agregam uma quantidade ilimitada de expectativas comportamentais (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 91-95).

Na teoria dos sistemas fechados, a legitimação do Direito também deve ser encontrada em seu interior, devendo obter, reflexivamente, a legitimação que não pode obter de seu exterior. O Direito positivo moderno depara-se com o problema de legitimação, pois não há mais como pretender basear sua legitimidade na correspondência com valores ou princípios. Sua legitimação não pode ser baseada no procedimento legislativo, que é externo ao Direito. A problemática da legitimação é colocada no momento em que se pretende generalizar expectativas normativas na dimensão social, mediante um Direito que é estabelecido e validado por decisões próprias, ou seja, pelo Direito positivo. A legitimação, nesse contexto de autorreferencialidade, é obtida pelo procedimento, sendo que a legitimidade consiste na disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância. A legitimidade deve ser definida a partir de sua função, que consiste na implementação fática do Direito e no controle da decisão jurídica. Desse modo, a solução para a legitimação do sistema jurídico está na utilização de procedimentos, que são concebidos como mecanismos que institucionalizam o Direito na dimensão social de sentido e na decorrente generalização social de expectativas normativas (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 142-149). A procedimentalização das operações do Direito permite a criação de visibilidade das operações sistêmicas e, consequentemente, viabilizam a oportunidade de os atingidos pela decisão jurídica influírem, com sua participação (por exemplo, partes em um processo judicial) sobre o próprio processo decisório do sistema, legitimando-o pelo procedimento (VIANA, 2015, p. 241).

Com o seu código binário próprio (lícito/ilícito), o sistema jurídico se diferencia da sociedade e, por meio de seus programas condicionais (esquema “se... então”), ele torna-se apto a desempenhar sua função de estabilização contrafática de expectativas normativas. Ele exerce essa função de forma exclusiva, a partir da aplicação programática dos valores de seu código e, por sua vez, ela o caracteriza como subsistema funcional diferenciado da sociedade moderna. bA consecução de sua função torna-o discernível da sociedade e demais subsistemas funcionais, que possuem suas respectivas funções concorrentes, não podendo estas ser

sobrepostas umas às outras, tampouco hierarquizadas. Nem por isso ele deixa de ter uma pretensão regulatória, pois logra obter a estabilização das expectativas normativas mediante a regulação da generalização congruentes a elas nas dimensões temporal, social e material de sentido. A referida estabilização implica que o Direito possa, de alguma maneira, interferir, influenciar ou irritar de modo regulatório os demais subsistemas sociais. Embora tenha sua função centrada na estabilização contrafática de expectativas, o sistema do Direito precisa, em alguma medida, impor-se e, assim, regular os conflitos de expectativa, indicando quais possuem respaldo social e quais não. A capacidade de impor-se regulatoriamente em seu ambiente é fundamental para a consecução de sua função, caso contrário haveria uma generalização da frustação (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 114-117).

1.3.6.3 A abertura cognitiva do Direito e os programas condicionais

Apenas o fechamento operacional não basta para definir um sistema autopoiético. Para a diferenciação e o fechamento do sistema jurídico, devem ocorrer, também: a especificação da função do Direito, isto é, a orientação em direção a um problema social específico, bem como a codificação binária do sistema, que se obtém mediante um esquematismo o qual fornece um valor positivo e outro negativo (lícito/ilícito). É pela fixação da função específica que o Direito delimita aquilo que deve ser levado em consideração como operação do sistema, o que é feito a partir da remissão à codificação binária anteriormente descrita. Código e função são conceitos complementares fundamentais à elucidação do fechamento operacional dos sistemas autopoiéticos, incluindo o sistema do Direito (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 109). Ademais, a distinção entre código e programa também é fundamental para a análise de um Direito como subsistema autopoiético de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Ela permite contrabalancear a rigidez e a invariabilidade que caracterizam os códigos binários dos sistemas mediante a introdução de programas que permitem estabelecer os critérios para a correta atribuição dos valores dos códigos. Os programas, ao complementarem a codificação, mediante o preenchimento de seu conteúdo, e decidirem acerca da adjudicação dos valores do código, terão uma função primordial no tocante à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois são eles que

determinarão quais aspectos do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 111).

Graças à sua bivalência, os códigos são condições de sucessivos condicionamentos, isto é, condições de possibilidade de mecanismos indutores de resultados que regulamentam qual dos dois valores terá a adequada aplicação. Sem os códigos, os programas não teriam objeto, pois é da codificação que surge a necessidade de complementação, de fornecimento de instruções claras. Os valores lícito/ilícito não são propriamente critérios para a determinação do legal, e por isso deve haver outros pontos de vista que indiquem como o valor binário se assinala correta ou incorretamente. Essas instruções à aplicação da codificação são os programas. Os códigos geram programas e são distinções que, em nível de autopoiese, só podem se fazer produtivas por meio de uma segunda distinção: codificação/programação. De um lado da forma, estarão os códigos e, do outro, os programas. O nível da programação atua como nível de estabilização para as possíveis discrepâncias entre Direito e sociedade, realizando a abertura cognitiva do sistema. Os programas servem para orientar a semântica de condicionamento por um código e, por isso, passa a existir somente o Direito positivo, produzido no âmbito do próprio Direito. As exigências de integração social são relaxadas ou delegadas a processos de tomada de decisão. Por meio dessa distinção entre código e programa, pode-se resolver o problema da invariância temporal do código e da capacidade de adaptação do sistema. O sistema é invariante e sempre adaptado na forma estrutural de seu código. No nível dos programas, porém, ele admite a possibilidade de mudanças sem a perda de sua identidade. Para a programação, o caráter unívoco do código deve se abrir, pois os valores do código devem ser interpretados como possibilidades. Assim, o sistema, em virtude da capacidade que efetua por meio da variação dos programas, encontra-se sempre adaptado. (LUHMANN, 2016, p. 252-258).

Nesse processo autopoiético de determinação das comunicações que podem ser objeto de operações internas do sistema, o código binário serve à diferenciação do sistema funcional parcial, por conduzir à unidade das operações sistêmicas e regular a produção da autodiferenciação, filtrando as irritações ambientais e determinando quais delas serão processadas como informações relevantes para o sistema. Já os programas são meios internos que atenuam o rigor do código binário, servindo à flexibilização da aplicação dos códigos por meio da introdução adicional de elementos contingentes e heterogêneos de diferenciação. Isso implica a redução da unilateralidade restritiva do campo de visão do código binário,

possibilitando, inclusive, o surgimento de novos programas, que, por sua vez, possibilitarão a ampliação estruturada da complexidade sistêmica e a evolução do sistema (VIANA, 2015, p. 68-69). Os programas regem a autorregulação e o autocontrole do sistema, pois viabilizam a condução da observação das operações sistêmicas pelo próprio sistema. Em suma, os códigos binários se caracterizam, respectivamente, por sua invariabilidade e variabilidade, em razão de o código não poder ser mudado sem que, com isso, houvesse a perda da identidade sistêmica; já os programas criam-se, recriam-se, modificam-se ou extinguem-se, mas sempre guiados pela referência que o código impõe (VIANA, 2015, p. 100-101).

Segundo Luhmann (2007, p. 282):

> En cuanto se facilita el paso hacia el otro valor surge la libertad de contexto de la operación y con ello la ampliación de su ámbito – que de nuevo debe restringirse. Por eso en el transcurso evolutivo de los códigos se forma una semántica de criterios adicionales para determinar en qué condiciones la clasificación del valor positivo o negativo se lleva a cabo correctamente. A estos condicionamientos los llamaremos "programas".

O Direito atua mediante a constituição de processos (normas e procedimentos) dirigidos à produção de decisões, valendo-se, para tanto, de seus programas condicionais (programas decisórios, mais especificamente), que são voltados à produção de decisões (VIANA, 2015, p. 103). Nesse ponto, constata-se uma paradoxal relação entre um código binário fixo e inalterável – que confere a identidade autopoiética ao Direito e permite o seu fechamento operacional – e os programas decisórios característicos do sistema jurídico – que são dotados de variabilidade, a qual confere flexibilidade, adaptabilidade e criatividade ao próprio sistema, promovendo a sua abertura cognitiva ao ambiente (VIANA, 2015, p. 261). A programação complementa a codificação, tornando-a plena de conteúdo. É a diferença entre codificação e programação que permite tautologizar o próprio código, tratá-lo como relação de mudança de valores e, ao mesmo tempo, abastecer o sistema com a capacidade para tomar decisões. Há a combinação entre invariabilidade e transformabilidade e, uma vez estabelecido o código, inicia-se também um processo de constituição de regras que assumem uma forma autopoiética que se nutre de si mesma (LUHMANN, 2016, p. 271).

O código, isoladamente, não permite que o sistema se feche, apenas que se conecte, continuando aberta a questão sobre como os valores são distribuídos em lícito e ilícito. Os programas são, assim, as regras que decidem a esse respeito, tendo-se em mente que eles são as leis do Direito, mas também as premissas decisivas do sistema jurídico, por exemplo, o

compromisso com os precedentes dos tribunais. Enquanto o código certifica o fechamento operativo do sistema, os programas determinam quais perspectivas do sistema teriam de processar cognições e em que ocasiões. Em sociedades complexas, isso implica que o Direito adquira uma ampla receptividade em relação às condições não fixas do ambiente, sem que, porém, gere a dissolução da unidade do sistema jurídico, uma vez que esta é encontrada no interior do sistema por meio de seu código exclusivo (LUHMANN, 2016, p. 125).

Os programas do sistema jurídico são sempre condicionais, sendo que somente eles podem instruir o entrelaçamento entre autorreferência e referência externa, ou seja, somente os programas condicionais possibilitam a orientação do sistema para e de seu ambiente de forma cognitiva, mas que, ao mesmo tempo, pode ser avaliada dedutivamente no sistema. Ao programar-se de maneira condicional, o Direito constrói a si mesmo como uma máquina trivial, apesar de o ambiente e a própria sociedade assim não operarem. A vinculação da forma do programa condicional relaciona-se à função do Direito e, consequentemente, À estabilização das expectativas contrafactuais. As expectativas são postas na forma de normas, para o caso de não serem cumpridas. O modelo contrário são os programas de fins, que se revelam adequados, por exemplo, para decisões de investimento ou planejamento de uma administração. Porém, programas de fins não permitem delimitar suficientemente os fatos que deverão ser considerados no procedimento jurídico. O Direito não pode levar em consideração uma programação orientada a fins, podendo estes ser incluídos somente no contexto de um programa condicional. O contexto decisório do Direito jamais é um programa finalista, que exige buscar os meios adequados para o fim. Por isso, os programas do sistema jurídico sempre se apresentam em texto com a estrutura “se... então” e, somente quando houver problemas na interpretação desse texto, o Direito poderá partir da consideração de qual é a finalidade em função da qual deve servir o programa. Isso, porém, de modo algum afasta o fato de que programas finalistas de outros sistemas remetem ao Direito (LUHMANN, 2016, p. 259-270).

O programa condicional é a forma característica com a qual o Direito combina fechamento normativo e abertura cognitiva. Exige-se que as regras de decisão normativas sejam formuladas de maneira a possibilitar uma dedução da decisão a partir de fatos, os quais têm de ser determinados cognitivamente. Ou seja, no caso de circunstâncias x, a decisão y será legal; caso contrário, ela será marcada pela ilegalidade. As prescrições da realidade que possuem esse efeito desencadeador se dão pela formalização das normas e, por isso, por

operações internas ao sistema. Dessa forma, o sistema jurídico pode levar em consideração fatos a ele externos, mas somente como informação produzida internamente. A diferença no estado do sistema tem de ser relacionada à aplicação da lei e, em última instância, ao código lícito/ilícito. Isso significa que o sistema jurídico não pode atribuir normas ao ambiente, mas deve atribuir-lhe conhecimento, ressaltando-se, entretanto, que mesmo essa abertura cognitiva é uma operação puramente interna, não havendo um processo de transferência de informações. Nesse sentido, a moral, enquanto tal, não possui relevância jurídica, mas o Direito pode aceitar metas normativas pré-estabelecidas por parte dela ou de outras fontes sociais, embora isso deva ocorrer mediante transformação explícita. Do mesmo modo, o Direito depende, em determinadas questões, dos resultados da ciência; porém avaliações equivocadas do estado da ciência serão relevantes como erro jurídico somente no sistema do Direito. Ademais, havendo inseguranças no campo da ciência, o Direito poderá recorrer a outros meios disponíveis. O sistema jurídico não pode tratar os fatos a ele relevantes como fatos, e os fatos não podem, por sua vez, modificar as normas. É com base nesse fechamento normativo que o Direito se abre a inúmeros acontecimentos do ambiente (LUHMANN, 2016, p. 112-115).

Além disso, é por intermédio dessas distinções que o Direito se apresenta como um subsistema fechado normativamente e aberto cognitivamente. Trata-se de um subsistema cuja reprodução autopoiética basal se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas, sem que isso implique um isolamento cognitivo em relação ao seu ambiente. O programa condicional é a forma típica de combinar o fechamento normativo e a abertura cognitiva, pois ele exige que as regras normativas de decisão (com sua justificação apenas no interior do sistema) se formulem de tal maneira que possibilitem uma dedução a partir dos fatos, os quais são determinados cognitivamente. Constrói-se o esquema: se está presente a realidade x, então a decisão y é conforme o Direito. O código assegura a unidade operacional do sistema, pois sua rigidez é o ponto de partida para a diferenciação sistema/ambiente. Todavia, ele não é suficiente para o fechamento, apenas para a criação dos enlaces das operações sistêmicas. O código precisa ser complementado por programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do Direito), os quais fixam as condições concretas de correção na atribuição dos valores positivo e negativo (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 112-113). Os programas impedem que o fechamento operacional do sistema resulte em uma circularidade tautológica, que impediria a evolução do próprio sistema jurídico, pois cabe aos

programas sistêmicos gerar a abertura dos sistemas às irritações provenientes do ambiente, permitindo a adaptabilidade de tais irritações ao lado interno do sistema (VIANA, 2015, p. 71). Código e programas são momentos da autopoiese do sistema, e não entidades existentes por si sós, havendo um condicionamento recíproco e circular entre eles. Apenas os programas possuem um caráter normativo e, assim, conferem uma qualidade normativa às expectativas concretas, servindo à função do sistema jurídico. Portanto, o fechamento do sistema é reproduzido a partir da diferenciação estrutural entre códigos e programas, o que dá às normas um caráter peculiar (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 112-113).

Luhmann, entretanto, está ciente de que, principalmente com o Estado social, houve a positivação de valores no ordenamento jurídico. Os valores podem ser vistos como uma armadilha do ponto de vista sistêmico, pois incluem, no interior do sistema jurídico, elementos políticos, econômicos, morais e sociais capazes de corromper e destruir o próprio sistema. Positivados, os valores não produzem apenas a distinção entre expectativas jurídicas e outras expectativas sociais, mas bloqueiam o processo de diferenciação entre Direito e política, pois aumentam o subjetivismo e a incerteza das escolhas sobre qual valor é mais adequado para cada caso específico. O Direito reage à positivação dos valores por meio de linearidade e coerência das decisões judiciais, pelo respeito aos precedentes. A criação do precedente estabelece um sentido específico ao valor, e a redundância argumentativa transforma os valores em programas decisórios, pois a decisão anterior concretiza o conteúdo dos princípios, tornando-os programas condicionais (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 95-96). No *Common Law* anglo-saxônico, a transição para a positividade completa do século XIX deu-se por meio de reconhecimento dos precedentes como vinculantes. Assim, as decisões passíveis de ser consideradas precedentes são observadas em casos posteriores em relação à *ratio decidendi*. Na versão americana, prevalece a ideia de que os advogados devem observar os juízes para identificar como eles observam e decidem casos. Os princípios jurídicos não são, contudo, excluídos, podendo agora ser compreendidos somente à medida que se mantêm estáveis durante a observação da observação. Eles são os valores próprios de um sistema que garantem a sua autopoiese no nível da observação de segunda ordem. Dessa maneira, as condições atuais da autodescrição do Direito podem ser definidas como a diferenciação de um sistema de funcionamento fechado em si mesmo e operativamente dependente de si, e também como construção contínua de uma observação de segunda ordem

no sistema. Este, por ser fechado, deve submeter todas as suas operações a suas próprias observações (LUHMANN, 2016, p. 714-717).

1.3.6.4 A reflexividade no sistema jurídico

O sistema comanda a si mesmo por meio do plano de observação de segunda ordem, e, dessa forma, o Direito não é simplesmente afirmado com o auxílio do amparo político para se impor, mas ele se constitui justamente pelas expectativas normativas que são esperadas pela sociedade. Portanto, o Direito não é determinado hierarquicamente, mas heterarquicamente (colateralmente), determinando vizinhanças em forma de rede. Há, nele, um estreito domínio de decisão juridicamente vinculativa. Trata-se de um sistema parcial organizado, ou seja, um sistema que se diferencia pela distinção entre membros e não membros do sistema. Os membros devem produzir decisões que se orientem pelos programas do sistema e, consequentemente, pelas normas jurídicas. Tal sistema decisório traz apenas designações para os subsistemas novamente diferenciados (tribunais e parlamentos), mas nenhuma caracterização para a unidade do sistema. O Direito organiza um âmbito próprio de operações dispostas em rede circular e se altera levando em conta decisões jurídicas futuras, orientando-se segundo o Direito então vigente, a partir do qual poderão resultar novas possibilidades de observações e oportunidades de alterá-lo. O sistema do Direito, visto em sua totalidade, opera na base da segurança de expectativas normativas e se diferencia com base no caráter reflexivo de suas operações. Foi assim que se pôde chegar à compenetração de competências no sistema de decisões do Direito que fosse socialmente rastreável e aceitável (LUHMANN, 2016, p. 191-196).

É por meio de tal modo de funcionamento que as instâncias decisórias do sistema jurídico puderam ir além do que foram na maior parte das culturas clássicas, isto é, corpos estranhos de tipo corporativo em uma sociedade ordenada segundo famílias, marcada pelo entendimento entre vizinhos ou por uma autojustiça de uma aldeia ou por decisões internas de um grêmio, as quais tinham sempre a precedência sobre a possibilidade de se recorrer a tribunais. Por essa estruturação foi possível o estabelecimento da confiança no Direito formal e no uso diferenciado do Direito desenvolvido, tendo em vista a estruturação de problemas da vida cotidiana em detrimento das estruturas locais. A reflexividade construída no sistema de

organização de tomadas de decisão serve justamente à descarga da vida cotidiana. Não é necessário se basear nas expectativas normativas do outro para saber o caráter lícito ou ilícito de uma conduta, dependendo-se apenas de como decide o juiz. O Direito se põe à disposição do indivíduo, abstraindo-se do contexto social de seus motivos, das pressões sociais sofridas ou de suas motivações particulares. Porém, a sociedade tem de pagar pela separação do seu sistema jurídico de seu nicho social, havendo necessidade de declarar um a um como indivíduo. Há um efeito compensatório na composição de fortes expectativas normativas, que são amparadas em expectativas normativas de expectativas normativas, mas não podem assumir a forma do Direito. Elas se apresentam como exigências políticas e até mesmo como movimentos sociais, fenômenos os quais o Direito se limita a classificar como condutas legais/ilegais e pode reagir internamente às irritações por eles ocasionadas, por serem seu ambiente, e não parte do sistema (LUHMANN, 2016, p. 196-200).

Em relação ao desvelamento de influências de grupos primários e da organização informal, a contribuição do sistema jurídico à determinação de conduta é, geralmente, subvalorizada, mas isso vale para situações bastante específicas. Nas sociedades modernas, é pouco provável que o Direito seja consideravelmente substituído por tais fontes de motivação. Em sociedades tribais, assim como em zonas rurais de sociedades camponesas, que, em larga escala, são obrigadas a se regulamentar sem referência ao Direito formal e aos tribunais, as questões jurídicas são usualmente conduzidas a um processo conciliatório, e os pontos de vista comunicáveis são subsumidos a tal objetivo. Em um contexto moderno, entretanto, os processos de arbitragem são conduzidos à sombra de um iminente processo jurídico, pois a possibilidade de proteção jurídico-legal está presente em cada instância, sendo a forma de um eventual consenso uma forma de Direito válido, a qual inaugura as possibilidades de queixa à escolha das partes. Todavia, a intensificação de projeções normativas descoordenadas leva ao ponto de uma reflexividade de crescimento quase natural não apresentar mais nenhuma solução à expectativa normativa da expectativa normativa. Essa descoordenação necessita ser substituída pela diferenciação de um sistema organizado de decisões no Direito que possa direcionar o olhar para si mesmo e desenvolver uma rede de normas oficiais vigentes, pela qual o sistema jurídico se orienta, à medida que encontra amparo político (LUHMANN, 2016, Pp. 210-217).

As expectativas normativas são satisfeitas ou frustradas, e a observação imediata das circunstâncias exatamente sob esse ponto de vista suporta a função do sistema jurídico e não

pode ser excluída. Porém, ela é complementada pela observação de segunda ordem, que se orienta pelo código jurídico diferenciado e se reserva à prerrogativa de verificar se a expectativa ou a conduta decepcionante é ou não conforme o Direito. Dessa forma, a evolução social ultrapassa a análise apenas imediata das expectativas por meio de um ato de abstração, que se superpõe à forma de bifurcação ligada a toda expectativa de satisfação e decepção mediante outra distinção. Especialmente na tradição europeia, é caro a ela que, no Direito, instale-se um plano de observação de segunda ordem e, no lugar de haver conciliação das projeções normativas imediatas, as submeterá à outra distinção. Essa distinção confere ao Direito a forma de sistema codificado, e somente essa forma disporá o Direito para ser usado sob as exclusivas condições que o próprio sistema jurídico impõe (LUHMANN, 2016, p. 221-223).

Deve-se se ater, dessa forma, à questão das fontes do Direito. É preciso distinguir o caráter positivo do Direito do positivismo teórico-jurídico como autodescrição atuante no sistema. O positivismo dessa índole oferece uma resposta ao problema da validade do Direito por meio do conceito de fonte do Direito. A metáfora das fontes foi usada já na Antiguidade, de modo geral, em referência a questões de Direito natural. Porém, possuía uma lógica de soluções casuísticas, sendo que o decisivo era o direito que residia no próprio assunto objeto de litígio, ou seja, o direito que se achava justo. Com as teorias contratuais modernas e a autoridade impositiva do Direito estatal, alterou-se o sentido da metáfora das fontes do Direito, tornando-se um conceito significativo para a validade fundamentada das normas jurídicas abstratas. O próprio desenvolvimento do Direito, sobretudo o desenvolvimento de uma vinculação precedente no *Common Law* no século XIX (reagindo à plena positivação do Direito), demandou a ampliação do conceito de fontes do Direito. Não apenas a legislação, com todas as suas competências delegadas, mas também a jurisdição passou a ser vista como fonte do Direito, distinguindo-se o Direito estatutário do jurisprudencial. Isso significou o desfazimento da relação do positivismo jurídico com uma fonte do Direito externa ao Direito, isto é, com um poder político capaz de aplicação. Em seu lugar, incluiu-se uma nova fonte do Direito, que poderia ser usada como tal somente se pudesse decidir de maneira fundamentada. Com tais premissas, logo se avançou para aceitar a dogmática jurídica também como fonte do Direito, tendo em vista a sua intrínseca ligação com as fundamentações realizadas nos tribunais (LUHMANN, 2016, p. 703-707).

A doutrina das fontes do Direito possibilita que se evite a questão da natureza dele, mas o próprio conceito de fontes do Direito se torna pouco claro. Trata-se de um problema da unidade de uma pluralidade. O sistema jurídico está orientado para as assimetrias, para a regra da contenção, a fim de fazer com que as assimetrias que acompanham a metáfora das fontes se detenham. A fonte do Direito possui a função de fórmula de contingência, transformando uma tautologia em uma sequência de argumentação, o que permite que algo externo, artificial e contingente apareça à visão interna do sistema como natural e necessário. Porém, enquanto as constituições estiverem em vigor, o positivismo pode se referir a elas, de modo a evitar a questão das fontes do Direito. Essa é uma solução que se impõe quando as remissões externas já estiverem esgotadas, como a religião (Deus), a economia (maximização do bem-estar), a política (poder do Estado capaz de implementação) e a ciência (condições de possibilidade do conhecimento do Direito). A consequência disso é que a interpretação da Constituição conduz a uma dupla linguagem: a) fala-se em direitos fundamentais quando se tem em vista o aparato técnico dos direitos subjetivos, em suma, quando se tem em vista a justicialidade; b) fala-se em valores fundamentais quando se trata do enaltecimento semântico que pareça necessário para uma autolegitimação do sistema jurídico. A referência à justicialidade corresponde à posição central dos tribunais no sistema jurídico, e a semântica dos valores deixa claro que o sentido da validade do Direito não é exaurido, porém pode reivindicar um nível de sentido das validades de flutuação, nível em que as fundamentações podem ser formuladas (LUHMANN, 2016, p. 707-709).

1.3.6.5 A evolução do sistema do Direito

O Direito, como subsistema social, defronta-se com a contingência, a qual estimula a ampliação de sua capacidade de questionamento acerca de suas prestações sistêmicas, isto é, questionamentos quanto às suas decisões, que são comunicações autorreferenciais regidas pelos valores de seu código binário (lícito/ilícito), e quanto à necessidade de adaptar-se coevolutivamente ao seu ambiente, incluindo em suas estruturas dinamismo, mutabilidade e flexibilidade. Nessa relação entre ambiente e sistema jurídico, reside a questão de sua abertura cognitiva, bem como a relação desta com a contingência do próprio sistema e com a contingência assimétrica que emerge do ambiente social (VIANA, 2015, p. 137-139).

A evolução do sistema jurídico, que acompanhou, obviamente, a evolução da sociedade, culmina na estabilização do Direito positivo, posto e validado por decisões, o qual é o único que se apresenta como autopoiético. A evolução, como já explicitado, toma caminhos permeados de incertezas. O aumento da complexidade, que implica o surgimento de novas alternativas, exige seleção. A seleção realizada reduz a complexidade, porém amplia a contingência e, dessa maneira, a incerteza sobre a adequação da seleção estimula novas decisões, gerando aumento da complexidade. No Direito, as seleções são estabilizadas por meio de técnicas de abstração, que asseguram que o sistema seja capaz de captar o alto grau de variabilidade de possibilidades sem destruir sua identidade. Estabilização está ligada à construção de sentido jurídico próprio e indiferente ao ambiente. Os elementos produzidos pela variabilidade são selecionados, por intermédio da repetição ou redundância, no plano das estruturas. A repetição e a redundância realizam-se por autorreflexão do sistema, o qual viabiliza a formação de argumentação e conceitos próprios, autogerando uma semântica interna. Isso culmina na constituição da teoria do Direito e da dogmática jurídica (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 97-100).

A evolução do Direito se assenta na distinção entre casos de frustração contenciosos e casos de frustação não contenciosos. Somente quando os conflitos se verbalizam, quando aqueles que perturbam a ordem se defendem e buscam o reconhecimento de situações excepcionais e quando alegam seus próprios direitos é que há a possibilidade de se implementar uma observação de segunda ordem. E apenas quando ela é implementada, pode-se decidir quem tem ou não razão, sob a luz da análise de situações semelhantes. A evolução das normas de competência e os procedimentos que as delimitam devem tender à solução do problema da conciliação social, de cujo modo de resolução a evolução depende. Os procedimentos evitam a necessidade de um consenso social, possibilitando que seja suficiente que alguns (juízes e legisladores, por exemplo) considerem obrigatória para todos a validade das normas, assim decidindo. Ressalta-se, porém, que é apenas em uma sociedade funcionalmente diferenciada que o princípio de “alguns no lugar de todos” é substituído pelo princípio neutro, que é o sistema jurídico para a sociedade. Não se podendo mais argumentar *ad hoc* e *ad hominem*, surge uma argumentação diferente, ligada às exigências de fundamentação ligada às reservas de normas identificáveis e ao desenvolvimento de conceito e de regras de decisão, consideradas válidas também para outros casos. Impõe-se, assim, um sistema jurídico pautado no princípio da igualdade (LUHMANN, 2016, p. 346-352).

A depender de como se toma essa decisão (estabelecer o que é igual ou desigual), a evolução do sistema jurídico se orienta no âmbito de suas próprias redes de comunicação para um *feedback* negativo ou positivo. Assim, ou o Direito se mantém estável em virtude das regras existentes, ou o sistema jurídico se desvia do ponto de partida existente e constrói maior complexidade mediante novas decisões (*distinguishing* e *overruling*). No caso do *overruling*, o sistema chega a ter problemas de reestabilização estrutural, fazendo surgir a questão de como ele, em sua crescente complexidade, ainda funciona de modo autopoiético e continua a ser um sistema atrativo para o usuário, no sentido de ainda produzir casos de direito (LUHMANN, 2016, p. 363-363).

Nesse processo de evolução específico do sistema jurídico, o Direito ocidental passou de um Direito socialmente difuso para um Direito que se mostra como um subsistema funcionalmente diferenciado. No primeiro momento, há uma indiferença entre moral, Direito, costumes e convencionalismo social, sendo o Direito aplicado por ritos, e não por procedimentos. Em um segundo momento da evolução social, o Direito se expressava vinculado a uma moral religiosa, da qual decorria a sua imutabilidade. Após, foi introduzido o Direito natural e a sua correspondente dicotomia entre ordem jurídica natural e ordem jurídica positiva, na qual há uma parte mutável do Direito, mas subordinada ao Direito natural imutável. Por fim, com a positivação do Direito na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, ele assume um caráter essencialmente mutável e fundamentado por decisões (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 101).

O Direito já estava presente quando o Estado moderno iniciou sua consolidação política, em parte em forma de costumes locais e em parte como Direito formalmente elaborado, diferenciado em muitos institutos jurídicos, apresentados de forma escrita e capazes de serem ensinados e aprendidos. Havia uma multiplicidade de Direitos, como o feudal, o das cidades, o do rei, o canônico e o civil secular. Não se podia, em tal época, separar *iurisdictio* e *imperium*. Com a complexificação da sociedade, tal modelo tornou-se insuficiente e, por essa razão, o Estado moderno, em sua fase inicial, tinha como sua tarefa primordial a unificação do Direito vigente no âmbito de seu território. Para tanto, a organização da Administração da justiça no sentido de uma unificação e de uma centralização do controle atendeu à finalidade de sua própria unidade como Estado, residindo o entendimento do Estado como soberano e a sua consolidação política. Transformado, então, em Estado de Direito, este passou a ser a um só tempo uma instituição de Direito e uma

instância de responsabilidade política que olhava pelo Direito, ou seja, pela imposição e pelo subsequente desenvolvimento jurídico mediante adaptação às circunstâncias sociais e aos fins políticos realizáveis (LUHMANN, 2016, p. 546-556).

Nessa mutabilidade, aquilo que hoje está do lado negativo da forma (não direito) poderá, no futuro, estar no lado positivo, mudadas as circunstâncias fáticas e as estruturas sociais, caracterizando uma mobilidade histórica fundada na fórmula exclusão/inclusão. Porém, o sistema precisa de tempo para alterar suas estruturas, evitando sua implosão em virtude de uma carga insuportável de demanda de aumento de complexidade. Não há como ele tecer uma reação imediata a todas as mudanças operadas no ambiente, pois isso implicaria que ele, o Direito, tivesse uma oscilação decisória, multiplicando decisões casuísticas, sem que houvesse tempo necessário para a reorganização de seus conceitos dogmáticos e de seus programas condicionais, os quais precisam de estabilização e consistência para cumprir a própria função do sistema jurídico, que é garantir a estabilização das expectativas normativas. Entretanto, com o tempo necessário para a maturação da complexidade ambiental, as informações produzidas autopoieticamente a partir de fatos juridicamente selecionados como relevantes para a operação programático-decisória do sistema podem iniciar um processo evolutivo do sistema, introduzindo nele inovações (VIANA, 2015, p. 204-210). Observa-se, entretanto, que a transformação gradual do Direito não decorre de atividades orientadas a fins, mas sim da diferença entre variação e seleção que incessantemente se reproduz, não sendo o caso de integrar a mutabilidade do Direito na autodescrição dele (LUHMANN, 2016, p. 357).

O processo de positivação do Direito está estreitamente relacionado com as inovações semânticas e estruturais que pretendem adaptar a sociedade a um maior grau de individualidade, renunciando a uma racionalidade abrangente que dite condições cósmicas, religiosas ou comunais à conduta dos indivíduos. O mesmo pano de fundo está na formulação dos direitos à liberdade como direitos humanos, tendo havido um processo de conversão do Direito em Direito positivo por meio do Estado territorial. Tal característica refletiu-se não somente na positivação do Direito, mas também em outros subsistemas sociais, valendo a mesma premissa para a afirmação de que o indivíduo seria o sujeito. Dessa maneira, deve-se entender que o positivo não é natural, mas é algo dado e que, depois, como decisão, deve ser observado. Ele também não é especulativo, mas algo que deve se fundamentar em fatos e leis. Essa conservação da índole aberta do positivismo, entrelaçada no século XIX, talvez explique o seu êxito (LUHMANN, 2016, p. 694-695).

Tudo o que foi exposto acerca de mutabilidade do Direito e sua evolução pode ser concebido como adaptação do sistema jurídico às necessidades cambiantes, porém isso não implica que o ambiente determine o sistema do Direito. O que ocorre é que o sistema reconhece os seus defeitos em sua própria tela e, para consertá-los, só se poderá valer de meios próprios e adequados. O ambiente pode provocar irritações e distúrbios no sistema jurídico, mas essas irritações são apenas formas de proposição do problema internas ao sistema, e as soluções estão atreladas a ela, o que, no contexto do Direito vigente, acredita-se poder construir (LUHMANN, 2016, p. 368-369). Tendo isso em mente, constata-se que as ocasiões de mudança nas formas de evolução do Direito deveriam ser buscadas, preponderantemente, no estabelecimento maciço ocorrido nas legislações dos séculos XIX e XX. Isso defluiu diretamente da democratização do sistema político e da canalização constitucional da influência política na legislação. A política, com imensa quantidade de novas diretrizes, provoca no sistema jurídico um grande impacto, pois o Direito deve integrá-las, compreendê-las e processá-las. Por intermédio de procedimentos com conhecimentos especializados, deve-se constatar se os desejos políticos se fazem cumprir com o desejo vigente ou se devem ser propostas mudanças. A política gera a irritação no sistema jurídico, o qual, ao processá-la, pode sofrer variação. Percebe-se, porém, que não só mais os conflitos geram variação no Direito, mas a política passa a ser um dos principais canais de irritabilidade dele (LUHMANN, 2016, p. 370-371).

A vinculação do Direito positivo ao processo de diferenciação funcional da sociedade moderna acarreta problemas ao sistema jurídico, especialmente em relação à sua capacidade de regulação e à sua legitimação, pois essa forma de distinção impede a existência de hierarquia entre os subsistemas. Nas sociedades funcionalmente diferenciadas, todos os seus subsistemas são essenciais para o sistema global, de modo que a possibilidade de um primado funcional se estabelece apenas no âmbito interno do próprio subsistema. O Direito positivo moderno é, portanto, um subsistema funcional, autorreferencial e autopoiético, que, ao lado de outros subsistemas funcionais (como a política, a economia, a ciência etc.) compõe a sociedade (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 102-104).

O Direito não pode ver aquilo que está em seu ponto cego de observação, onde se situa seu limite sistêmico-cognitivo, o que o leva ao caminho necessário da redução da complexidade do ambiente como pressuposto de suas operações decisórias dotadas de mínima consistência (jurídico-argumentativa) e de adequação externa (como prestações realizáveis

dirigidas ao ambiente intrassocial) (VIANA, 2015, p. 174). Essa complexidade reduzida pelo fechamento operativo do sistema diz respeito à assimetria entre a complexidade construída internamente no sistema, no qual é reduzida, e a encontrada no ambiente, no qual há excesso de informações. No Direito, tem-se, como exemplo dessa redução, a teoria dos atos e fatos jurídicos, a qual assume que existem inúmeros fatos que não dizem respeito ao mundo jurídico (VIANA, 2015, p. 90).

O sistema jurídico, em razão de irritações e estímulos do ambiente pode, por intermédio de ocorrências e de mudanças estruturais, adotar uma postura de indiferença ou admitir a produção de ressonância por meio da filtragem das informações. Ao final, essas informações podem levar o Direito à alteração de suas estruturas internas (programas decisórios, procedimentos ou elementos da dogmática jurídica). Porém, as ocorrências do ambiente precisam corresponder aos elementos dotados de sentido, autoconstituídos na autorreferência do sistema, para somente então serem capazes de produzir ressonância sistêmica. É ela que surge após a filtragem dos dados brutos provenientes do ambiente, que implica a transformação de meros ruídos, irritações e estímulos em informação no interior do sistema. No caso do Direito, são os atos, negócios e fatos jurídicos (VIANA, 2015, p. 193-195). É esse processo circular que permite à autopoeise do sistema criar a premissa necessária para que a variação estrutural dos sistemas sociais não entre em um ciclo incontrolável de produção de instabilidades em seu interior, sendo possível ao sistema exercer seu poder de negação aos estímulos ambientais. Assim, o sistema impede que as demandas do ambiente, que carregam um hipercomplexo excedente de informações, venham a paralisar o sistema e impedir a sua evolução (VIANA, 2015, p. 270-271).

É pelo fechamento operativo e autopoiese sistêmicos que as influências do ambiente devem ser analisadas. Segundo Luhmann (2016, p. 126-127), nenhum movimento social ou campanha midiática pode alterar o Direito. A modificação só seria possível nas formas que o Direito escolher e com as quais se fizer pender com as mudanças de opinião pública. A força de pressão da mídia de massas ocasiona apenas uma reorientação mais rápida do que a anteriormente existente no sistema jurídico de outras épocas. A autopoiese do Direito não bloqueia as irritações do ambiente, mas implica – para evitar a destruição do sistema pela incapacidade de lidar com a carga advinda do ambiente – a necessidade de construção de um filtro, pelo qual as mudanças de opinião sejam tomadas como circunstância de aprendizagem, isto é, como circunstância cognitiva, e não como imposição direta de novas normas.

Conforme Luhmann (2011, p. 111), “O encerramento operativo traz como consequência que o sistema dependa de sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo”.

A positivação do Direito emerge do vínculo entre a programação condicional e o processamento condicional da incerteza, a qual resulta das decisões, diante do seu caráter contingencial. A redução de tal incerteza é obtida por meio da normatização, em que o sistema jurídico estabelece suas programações condicionais e aplica-as recursivamente em suas decisões, que ficam, dessa forma, atreladas a normas e procedimentos jurídicos, que tanto diminuem a incerteza interna e das decisões futuras, quanto visam a estabilizar expectativas de comportamento no sistema da sociedade, que é sua função sistêmica (VIANA, 2015, p. 110). O sistema jurídico, com seu fechamento operacional, adota estratégias de absorção da incerteza a respeito do futuro no campo de sua normatividade, tarefa que realiza por meio de orientação cognitiva de aprendizado com a frustração de expectativas estabilizadas na comunicação do sistema. As irritações e perturbações que são autosseletivamente internalizadas permitem que o sistema passe a reproduzir a sua normatividade com a adição de elementos por intermédio de seus próprios elementos e, dessa forma, produzindo novos elementos dotados de validade normativa. Isso não implica que todo evento ocorrido no ambiente será dotado de relevância jurídica ou que, aqueles que o tenham sido, terão sua normatividade derivada diretamente do ambiente. É o próprio sistema que selecionará as irritações do ambiente e atribuirá a elas sentido jurídico, certificando-a pelo filtro autopoiético da autorreferência ao seu código binário próprio (VIANA, 2015, p. 97-98).

1.3.6.6 A justiça no Direito

A questão da justiça, na teoria sistêmica de Luhmann, no contexto da sociedade moderna funcionalmente diferenciada, apresenta-se como fórmula de contingência do sistema jurídico. Sua finalidade é fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas. A justiça é uma maneira de autocontrole do subsistema jurídico que não seria identificável com a natureza e nem se reduz à simples decisão. Ela deixa de apresentar qualquer conotação valorativa e passa a ser apenas um símbolo da contingência da generalização das expectativas.

A justiça não é um valor transcendente, mas fórmula de contingência que se situa no interior do sistema do Direito e está estreitamente ligada à consecução de sua função. A justiça, entretanto, é autorreferencial não como operação, mas como observação que se remete não para o nível do código lícito/ilícito, mas para o dos programas condicionais, e o faz não sob forma de teoria, mas sim de norma que é passível de frustração, o que acarreta a possibilidade de que existam ordenamentos jurídicos injustos, sem que implique dizer que a autopoiese operativa do Direito ou seu código binário possam ser justos ou injustos (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 120-123). A justiça é, assim, uma auto-observação e uma autodescrição do sistema do Direito, localizando-se o sentido da ideia de justiça como um programa para os programas condicionais do Direito, portando-se a justiça como fórmula de contingência, e não um valor (LUHMANN, 2016, p. 288-291).

Com o Direito positivo, teoricamente sistematizado mediante regras e princípios, Luhmann (2016, p. 288) descarta a pergunta tradicional pela justiça do Direito, pois, para ele, não se pode acrescentar a justiça nem como terceiro valor à parte dos de legalidade e ilegalidade, tampouco utilizá-la para designar o valor dos programas condicionais do sistema. Uma ideia de justiça, como a de Luhmann, que parte das premissas da complexidade e da contingência, não pode mais ser ligada a parâmetros estáveis e seguros de uma certeza transcendental ou da garantia de um sujeito racional da adequada perfeição ou da verdade. Trata-se da justiça como questão jurídica em face de um Direito que se funda em uma estabilidade confrontada com a sua mutabilidade. Estando a justiça inserida no processo cognitivo-evolutivo de aprendizado sistêmico, ela é também submetida à contingência e, assim, aquilo que hoje é considerado pelo sistema jurídico como justo, no futuro pode se apresentar como injustiça (VIANA, 2015, p. 182).

As fórmulas de contingência visam a fornecer um ponto ótimo que permita lidar com o grau de complexidade que é imposto pelo ambiente, sem que haja o comprometimento do fechamento operacional do sistema. Ela deve garantir, por conseguinte, a conjugação da salvaguarda contrafactual dos consensos normativos que asseguram a congruência das expectativas sociais, bem como a abertura cognitiva do Direito em relação ao afluxo de complexidade proveniente dos outros subsistemas. A justiça se coloca no plano da observação de segunda ordem, funcionando como uma autodescrição da unidade do Direito. É uma espécie de norma dirigida aos programas condicionais que compõem o subsistema jurídico, mas não é em si um programa condicional. Ela consiste apenas em um esquema para obtenção

de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas condicionais. E, como fórmula de contingência, a justiça é associada à igualdade, consistindo no tratamento igualitário e sólido dos casos jurídicos, expressando a própria estrutura do programa condicional: dado o fato “x”, “y” é legal. A justiça é a implementação uniforme do Direito, por causa de sua vigência, e possibilita que se repute um Direito justo quando há aplicação universal de critérios para a decisão sem que ocorra a consideração das pessoas implicadas. A igualdade, então, torna-se um postulado regulador da congruência jurídica (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 123-125). Em um sistema operativamente fechado para fora, tem de se evitarem fechamentos em seu próprio interior. Para isso, o sistema se vale de mecanismos que mudam as condições de validade, como a legislação e os contratos, os quais, porém, dependem de suposições muito incertas sobre um futuro também incerto. Para sanar isso, uma segunda correção, de maior alcance, deve ser realizada, situando os casos concretos no contexto de casos já passados e, dessa maneira, passe a produzir situações abertas para a tomada de decisão. Tal função é satisfeita por meio da comparação do ponto de vista igual/desigual, tratando-se a justiça de um esquema de observação de segunda ordem pensado, sobretudo, para o tribunal, para o qual o legislador fornece sempre material novo a ser examinado (LUHMANN, 2016, p. 316-317).

É na complexidade interna do sistema, que deve possuir uma complexidade adequada (em relação ao ambiente) com pertinência à função social do Direito, que está situada a concepção de justiça. No ambiente, há várias entendimentos sobre o justo (em contextos religiosos, políticos, econômicos etc.) que podem significar pretensões juridicamente incompatíveis com os princípios regentes do Direito e, desse modo, precisam ser inseridos em determinado grau de abstração para o tratamento adequado de temas jurídicos. Ou seja, as pretensões de justiça oriundas do ambiente precisam ganhar, no sistema do Direito, um sentido jurídico ligado à função do sistema do Direito e, para tanto, a justiça precisa assumir um aspecto abstrato e, principalmente, formal, com vista à produção de uma consistência decisória (VIANA, 2015, p. 201). Em sua própria complexidade, o sistema jurídico não pode dar conta de todas as situações sociais e, para isso, ele tem de reduzir complexidade em relação ao ambiente e proteger a construção própria da complexidade mediante estabelecimento de uma diferença. Nesses termos, a complexidade interna só corresponde à exigência de justiça enquanto esta se mostra compatível com a consistência no momento da decisão (LUHMANN, 2016, p. 301).

A fórmula de contingência simboliza a unidade sistêmica, voltada à sua função social, o que lhe permite observar a sua própria contingência, na qual as decisões seletivas de estruturas se abrem para novas possibilidades, isto é, geram nova contingência (VIANA, 2015, p. 224). A justiça contingente do sistema jurídico permite, como verdadeira fórmula de contingência, que o sistema se auto-observe como justo, regido pelo símbolo da justiça, mas que opera sob o comando de um código binário rígido. Porém, tal rigidez, paradoxalmente, não exclui a alterabilidade de seus programas decisórios diante das mudanças de perspectivas das pretensões multiforme e hipercomplexas de justiça, as quais são disseminadas no ambiente social e incapazes de serem absorvidas pelo sistema jurídico em suas operações (VIANA, 2015, p. 228). A justiça se apresenta funcionalmente como regularidade ou consistência, ao ser identificada como a obrigação de tratamento igualitário não de pessoas, mas de casos submetidos ao sistema (VIANA, 2015, p. 248). Deve-se aceitar a integração recursiva das decisões anteriores com as posteriores no mesmo sistema, que é o modo como ocorre o fechamento operativo. Só se pode descobrir o que é lícito ou ilícito no confronto com decisões anteriores e, em menor escala, na antecipação de possibilidades futuras. E, para isso, a forma bilateral da igualdade deve servir como fio condutor (LUHMANN, 2016, p. 153).

A relação entre a hipercomplexidade assimétrica do ambiente e a própria complexidade interna do Direito precisa ser analisada como questão de limites da justiça do Direito, como incapacidade do sistema jurídico de recepcionar todas as pretensões e anseios sociais por uma sociedade mais justa. Tais pretensões devem ser recepcionadas (ou não) autosseletivamente pelo Direito, o qual, como sistema de função, não pode ser sobrecarregado com valores sociais disseminados que não possuem condições de ser objeto de uma comunicação jurídica congruente, o que ocorre por meio de estruturas programático-decisórias e de conceitos dogmáticos (VIANA, 2015, p. 23).

1.3.6.7 Centro e periferia do sistema jurídico

As organizações são essenciais à realização da autopoiese social, sobretudo em contextos funcionalmente diferenciados, sem as quais a estrutura da sociedade moderna não se sustentaria. Nos subsistemas sociais, o mesmo ocorre, necessitando de organizações para que seu fluxo comunicativo seja articulado. São exemplos: as empresas nos sistemas

econômicos; as universidades na ciência; os Estados na política; as igrejas na religião e os tribunais no Direito. Essas organizações traçam limites precisos que permitem distingui-las de seu ambiente ao mesmo tempo que instituem um mecanismo de inclusão e exclusão que diferencia quem é e quem não é seu membro. As organizações são aquisições evolutivas que surgem no contexto mais geral dos subsistemas sociais com o intuito de permitir que eles se constituam com base em decisões (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 126-128). A vantagem de se focar em uma função específica do sistema é compensada com uma sobrecarga nos equivalentes funcionais, o que traz a consequência de que a diferenciação do Direito só pode ser apreendida no plano das profissões, isto é, das organizações (LUHMANN, 2016, p. 167).

Um sistema jurídico só pode ser diferenciado como sistema internamente diferenciado. Entende-se por "forma de diferenciação interna" a maneira pela qual as relações entre os subsistemas expressam o ordenamento do sistema total. Ademais, diferenciação interna também implica que, da perspectiva do sistema parcial, tudo o que não pertence ao sistema é ambiente. A diferenciação interna também exige que já estejam regulamentadas as relações entre os subsistemas, seja pela igualdade ou desigualdade. A ordem geral do sistema unitário manifesta-se pelo fato de a relação entre sistema/ambiente dos sistemas parciais encontrar-se limitada pelas disposições que ordenam as relações de cada sistema. No caso da diferenciação interna do Direito, por exemplo, existe uma multiplicidade de tribunais que se assemelham e que devem se respeitar como iguais; porém, constituíram-se formas de diferenciação apoiadas nas desigualdades, como tribunais e advogados, tribunais e parlamentos legislativos, que, com base na desigualdade, introduzem mais distinções e maiores graus de liberdade no sistema. Tendo como premissa a teoria da diferenciação, importa o posicionamento dos tribunais como um sistema parcial diferenciado do Direito (LUHMANN, 2016, p. 397-399).

Os tribunais, entendidos como sistemas organizacionais, ocupam uma posição central dentro da diferenciação intrassistêmica do Direito. Eles constituiriam o centro do sistema jurídico, em cuja periferia estariam os demais campos de trabalho judicial, como os contratos e a legislação, os quais servem como zonas de contato do sistema jurídico com os outros subsistemas sociais. Desse modo, a periferia do Direito seria muito mais suscetível a irritações que os tribunais, que, por essa razão, submetem-se mais do que a periferia às exigências de decisões consistentes. A periferia funciona como uma espécie de filtro para as irritações

vindas do ambiente; já o centro, além de estar submetido a um maior controle de consistência, também se caracteriza pela proibição de denegação de justiça, o que implica a obrigação de decidir, característica ausente na periferia do Direito (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 128-129). São as estruturas sistêmicas periféricas que atuam como canais pelos quais as irritações sistêmicas e os estímulos ambientais são introduzidos na esfera jurídica. São exemplos dos elementos periféricos as petições iniciais das ações judiciais, os contratos, o processo político-legislativo, os atos da Administração pública, os tratados internacionais etc. (VIANA, 2015, p. 234-235).

Aos tribunais cabe a missão, inafastável, de decidir. O fechamento operativo do sistema jurídico e seu descolamento de toda e qualquer participação do ambiente corresponde à necessidade, intrassistêmica, de ter de decidir. O estado do sistema não é resultante do estado do mundo e, assim, a distinção sistema/ambiente é experimentada no sistema como um problema aberto. Ao final de uma extensa experiência com o fechamento e, após, com o desenvolvimento das instituições que o torne possível, o próprio sistema jurídico se vê obrigado a decidir (LUHMANN, 2016, p. 410). O Direito deve ser apreendido como um mundo fechado em si mesmo, no qual, ainda que sob tensões sociais extremas, pode-se realizar uma argumentação puramente jurídica, que por si mesma decide as margens de interpretação que podem ser praticadas e nas quais tem de se rejeitar uma distorção solicitada (LUHMANN, 2016, p. 424).

A organização da jurisdição é aquele sistema parcial no qual o sistema do Direito fixa o seu centro. Somente aqui pode ser utilizada a particularidade dos sistemas de organização quanto a decidir acerca da inclusão ou exclusão de membros, a fim de produzir vinculações especiais para os juízes, pois a posse na magistratura significa a subordinação do juiz a restrições de comportamentos que não são vigentes para qualquer pessoa, submetendo-se à produção de regras jurídicas que se atêm aos padrões metodológicos e de conteúdos vigentes. Somente mediante a organização que é garantida a universalidade da competência de se poder/dever decidir em todas as questões jurídicas. Os demais campos de trabalho (não judiciais) do sistema jurídico pertencem à sua periferia, o que vale especialmente para atividades privadas, como a celebração de contratos, mas vale também para a legislação. Na periferia, não há nenhuma obrigação de decidir, nela se apresentando interesses de qualquer índole e que se impõem com todos os meios disponíveis, sem que ocorra a distinção de interesses conformes/não conformes ao Direito. Por essa razão, a periferia serve de zona de

contato com outros subsistemas sociais, como a economia, a política ou a família. Nela, as irritações podem ou não se formalizar juridicamente, havendo autonomia sistêmica em razão da ausência da obrigação de decidir. Garante-se, dessa forma, que o Direito não funciona simplesmente como extensão de operações a ele externas. Já o centro requer essa proteção, diante da obrigação de decidir e, por essa razão, os tribunais, se comparados aos legisladores e contraentes, trabalham em um autoisolamento cognitivo de intensidade muito maior (LUHMANN, 2016, p. 429-431).

Para o nível mais elevado de diferenciação centro/periferia, é significativo que apenas no centro sejam permitidas outras formas de distinção: segmentação, superioridade e inferioridade. Somente os tribunais formam uma hierarquia e apenas eles se diferenciam horizontalmente segundo as distintas competências espaciais ou profissionais. Isso implica maior assimetria entre centro e periferia, pois esta não pode se diferenciar mais, por maior que seja a quantidade de assuntos nela apresentados. Apesar da existência de evidentes indícios de legislação delegada e de uma ordenação hierárquica também na periferia, isso representa apenas um meio de fazer com que comandos sejam passados adiante, e não a produção de subsistemas autopoiéticos independentes. O principal rendimento dessa remodelação da diferenciação centro/periferia consiste na paralelização e na reticulação da produção de validade do legislativo e do contratual. A penetração jurídica na vida cotidiana não pode mais ser entendida sem o Direito. Para compreender tal relação, torna-se fundamental a pergunta sobre os sistemas de função a que o sistema jurídico se adapta, valendo-se da sensibilidade da periferia, e os fatores determinantes para isso são a elevada tolerância ante os desequilíbrios e a renúncia ao caráter obrigatório da decisão, características da periferia do Direito (LUHMANN, 2016, p. 432-434).

Por outro lado, do ponto de vista material, apenas os tribunais possuem a tarefa de supervisionar a consistência das decisões judiciais, o que ocorre por meio de uma observação de segunda ordem, que é como ocorrem as observações de decisões jurídicas (leis, contratos, decisões judiciais) e que, por sua vez, já haviam observado o Direito. Isso nada mais é do que a interpretação, que ocorre mesmo nas reflexões que precedem à criação legislativa ou contratual. A interpretação do Direito vigente é aí utilizada somente para circunscrever os limites da margem de manobra da sua configuração. Porém, os tribunais interpretam de maneira diferente, argumentativamente, com o fim de demonstrar a razão de sua própria decisão. Nesse caso, a observação de segunda ordem é usada para esclarecer até que ponto a

consistência da observação do Direito possibilita que sejam integradas novas informações ou mudanças de preferência. Já em termos formais, os tribunais agem de maneira que sua decisão seja determinada tão somente pelo Direito vigente, a qual resultará como conhecimento do Direito ou como aplicação dele. O sistema jurídico possui regras para garantir que isso seja possível em todos os casos, como por exemplo, a regra do ônus da prova. Protegido pela organização e pela profissionalização, o tribunal faz a apresentação de sua própria decisão por meio da a interpretação e da aplicação do Direito vigente, as quais transformam o próprio Direito vigente (LUHMANN, 2016, p. 437-444).

A argumentação jurídica implica a observação de segunda ordem no plano dos elementos do sistema jurídico. É no seu âmbito que ocorre a distinção jurídico-dogmática entre regras e princípios, pois é nele que os envolvidos na comunicação jurídica discutem sobre as normas a serem aplicadas, sua validade, o seu sentido etc. É somente quando se instaura a controvérsia argumentativa no tocante à aplicação, validade ou sentido das normas que se faz relevante a distinção entre regras e princípios, da qual a dogmática jurídica se vale para promover consistência e adequação ao Direito (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 132-133). A argumentação jurídica deve ser capaz de propor uma decisão acerca do lícito/ilícito, assim como de justificá-la. Decisões devem ser tomadas no sistema jurídico, e os tribunais não podem se recusar a decidir. Assim, toda e qualquer argumentação jurídica que traga interpretações de textos faz referência a uma decisão, sendo orientada pela comunicação (LUHMANN, 2016, p. 486-487).

1.3.6.8 Os acoplamentos estruturais ao Direito

Quanto maior a ênfase no fechamento operativo dos sistemas autopoiéticos, mais importante se torna a questão de como ocorrem as relações entre o sistema e o seu ambiente, pois não se nega nem a realidade e nem a relevância causal do ambiente. Fechamento operativo significa apenas que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas operações próprias, não podendo também o sistema operar no ambiente (LUHMANN, 2016, p. 589). Como já ressaltado, os sistemas precisam estar abertos cognitivamente para o seu ambiente. Contudo, para desenvolver sua função específica, o sistema jurídico deve não só supor a existência de seu ambiente, mas ser capaz de se inter-relacionar com ele. Porém,

diante do caráter autorreferencial dos demais subsistemas sociais, o Direito não pode intervir diretamente em seu próprio exterior. O conceito de acoplamento estrutural é utilizado para descrever como o Direito se relaciona com os demais subsistemas funcionais. Duas formas de acoplamento estrutural são o contrato (forma de acoplamento entre o Direito e a economia) e a Constituição (forma de acoplamento entre Direito e política). Pelo acoplamento estrutural não ocorre a determinação do sistema pelo ambiente, mas simples irritação ou perturbação de um pelo outro. A partir de tais irritações, os sistemas são capazes de se abrir cognitivamente para o ambiente, sem comprometer seu fechamento. Porém, cabe destacar que o acoplamento estrutural gera um canal privilegiado de irritações, cabendo ao sistema reagir a elas, aceitando-as ou rechaçando-as. O mecanismo do acoplamento estrutural é responsável pela manutenção da integridade do sistema jurídico e, sem ele, a inter-relação entre os subsistemas não ocorreria ou acarretaria a corrupção deles (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 133-139).

Há de se distinguirem os acoplamentos operativos (acoplamento de operações com operações) dos estruturais. Existem duas variantes para os acoplamentos operativos. A primeira é a autopoiese, que consiste na produção de operações do sistema mediante operações do próprio sistema. A segunda reside na simultaneidade que sempre se deve supor entre sistema e ambiente, a qual permite um acoplamento momentâneo das operações sistêmicas com as que o sistema atribui ao ambiente. Por outro lado, os acoplamentos estruturais ocorrem quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, depositando nele uma confiança estrutural, sendo o acoplamento estrutural também uma forma constituída de dois lados, uma distinção. O que inclui o que será acoplado também exclui aquilo que não o será. As formas de acoplamentos estruturais são restritivas e, dessa forma, facilitam a influência do ambiente sobre o sistema (LUHMANN, 2016, p. 590-591).

Os conceitos de acoplamento estrutural e irritação também precisam ser relacionados, pois se encontram condicionados entre si de maneira recíproca. A irritação também é uma forma de percepção do sistema, mas sem um correlato no ambiente. O ambiente em si não é irritado e, ainda, somente um observador pode perceber que o ambiente irrita o sistema. O sistema em si registra a irritação somente na tela de vídeo de suas próprias estruturas, sem que o conceito de irritação do sistema pelo ambiente altere a tese do fechamento autopoiético. Porém, é indispensável, para lidar com as irritações, que o sistema faça uma preparação interna, sendo que a velocidade da ressonância depende das estruturas

dele e da sua respectiva história. Dessa maneira, os acoplamentos estruturais garantem a sincronicidade entre o sistema e o ambiente no evento em questão, mas não propriamente a sincronização. Entretanto, cabe esclarecer, mais uma vez, que os acoplamentos estruturais jamais introduzem normas do ambiente no sistema, mas só fazem provocar uma irritação (LUHMANN, 2016, p. 593-596). Sobre a relação de acoplamento estrutural e autopoiese, veja a seguinte passagem de Luhmann (2011, p. 132):

> Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis. Isso pode ser formulado de modo inverso: a linha de demarcação que divide o meio, entre aquilo que estimula o sistema e aquilo que não o estimula – e que se realiza mediante o acoplamento estrutural –, tende a reduzir as relações relevantes entre sistema e meio a um âmbito estreito de influência. Apenas desse modo um sistema pode transformar irritações em causalidade.

É evidente que o Direito opera dentro do sistema da sociedade, mas, com cada operação de suas operações próprias, o sistema jurídico realiza a sua autopoiese ao renovar a comunicação e delimitá-la em relação a todo o restante. O Direito, porém, também realiza a sua própria autopoiese ao seguir única e exclusivamente o código jurídico, delimitando-se em relação ao ambiente interno da sociedade. Os processos de diferenciação tornam-se condições para diferenciações, e os sistemas se convertem em outros sistemas quando as diferenciações são evolutivamente bem-sucedidas. Isso é fruto do fechamento operativo de cada sistema, mas não uma forma de decomposição do todo em partes (LUHMANN, 2016, p. 747).

O sistema da sociedade se realiza como auxílio da distinção entre sistemas funcionais autopoiéticos e acoplamentos estruturais, delimitando um ambiente no qual outros acoplamentos estruturais completamente diferentes são realizados, como os acoplamentos estruturais da sociedade com os sistemas de consciência. Não se pode afirmar, pois, que a sociedade se reproduz como soma de seus sistemas funcionais, nem ver as formas com que se realizam os acoplamentos estruturais como algo representativo do ordenamento social. É preciso compreender que a realização dos sistemas autopoiéticos e a instauração de acoplamentos só podem evoluir conjuntamente. Chega-se, assim, ao conceito de deriva estrutural, que significa a existência de desenvolvimentos estruturais coordenados. Por exemplo, as tendências ao Estado de bem-estar social, à positividade do Direito e ao desenvolvimento econômico dirigido e descentralizado, o qual se valha de balanços e orçamentos, que ocorreram, em diversos contextos sociais, coordenadamente nos três subsistemas. Em todo o caso, os sistemas político, jurídico e econômico (assim como outros

subsistemas) irritam suas possibilidades, enquanto a irritação recíproca intensiva assegura a manutenção de uma compatibilidade satisfatória. Tais estruturas coordenadamente desenvolvidas ocorreram por um longo e difícil processo de evolução, cuja dificuldade fica bem demonstrada pelas barreiras encontradas pelos Estados socialistas na transição para uma economia de mercado, para sistemas multipartidaristas e para um sistema de direitos subjetivos (sobretudo de propriedade), o que tenta ocorrer pela via de um planejamento recuperativo (LUHMANN, 2016, p. 663-665).

O acoplamento entre os sistemas econômico e jurídico ocorre por intermédio da propriedade e do contrato. Eles permitem a irritação recíproca desses dois subsistemas e possibilitam que o Direito não fique simplesmente encapsulado em si mesmo sem poder influenciar o seu ambiente, no caso, a economia. Já a política e o Direito também merecem análise especial. São subsistemas que possuem funções distintas, de forma operacionalmente fechada, acoplam-se por meio das Constituições, que separam os subsistemas jurídico e político ao mesmo tempo que os acopla estruturalmente. A Constituição possui a dupla função de incluir e excluir irritações recíprocas das operações políticas e jurídicas (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2013, p. 139-142). Porém, como exposto, a existência de referência recíproca entre os sistemas jurídico e político não pode ser interpretada como uma unidade jurídico-política, mas apenas como um acoplamento estrutural entre ambos (VIANA, 2015, p. 110-111). Em uma sociedade policêntrica e funcionalmente diferenciada em subsistemas fechados e autopoiéticos, os acoplamentos estruturais e as interpenetrações são inafastáveis, pois aumentam a irritação recíproca entre os subsistemas. Em tal relação, o Direito, por meio de seus programas condicionais, estabelece *constraints* à lógica meramente econômica ou política ao introduzir expectativas sociais congruentemente generalizadas por meio de suas decisões. Há, na teoria de Luhmann, um emaranhado de *constraints* que coloca limites intersistêmicos à lógica dos demais subsistemas (VIANA, 2015, p. 120).

1.3.6.9 Direito e economia. Propriedade e contrato.

Analisando a relação entre Direito e economia, percebe-se que uma economia diferenciada apresenta elevadas, porém impagáveis exigências ao Direito. Uma economia em forma autopoiética necessita que o Direito se encontre obrigado a realizar eficazmente sua

própria função, e não a da economia. Assim, ele não pode pertencer às mercadorias comerciáveis e nem aos serviços oferecidos pelo sistema econômico, pois, se assim fosse, o uso do dinheiro implicaria um círculo vicioso, já que as condições de possibilidade de uma transação mediada pelo dinheiro teriam de ser, elas próprias, comércio e pagamento. Essa condição negativa é satisfeita graças aos mecanismos de acoplamento estrutural, os quais têm de ser compatíveis com a separação dos sistemas e com os respectivos fechamentos operativos deles, sendo as formas mais comuns o contrato e a propriedade (LUHMANN, 2016, p. 608).

A propriedade é uma forma de observação dos objetos que se baseia em uma distinção específica, qual seja, na diferença entre distintos proprietários, o que pode significar domínio sobre as coisas, possibilidade de disposição ou algo qualquer. O conceito de propriedade reside na interrupção das exigências de consenso, pois, para determinados resultados positivos na comunicação, entra em cheque a anuência do proprietário e de mais ninguém. O esquema de observação da propriedade possibilita várias formas, tanto no sistema jurídico quanto no econômico, advindo justamente daí sua utilidade como acoplamento estrutural entre os dois sistemas, cada um tratando a propriedade com base em seus códigos próprios. Por essa razão a propriedade só pode ser adequadamente compreendida como mecanismo de acoplamento estrutural, o qual permite que as operações econômicas próprias sejam eficazes como irritações do sistema jurídico e que as operações do Direito sejam irritações para o sistema econômico. Porém, a propriedade é apenas uma distinção inicial, pois em todas as transações econômicas deve-se distinguir a situação de propriedade antes e depois da transação, ou seja, deve-se estabelecer uma distinção temporal, na qual se determina quem é o proprietário antes e depois da transação. É diante dessa exigência que surge a outra forma proeminente de acoplamento estrutural entre Direito e economia: o contrato (LUHMANN, 2016, p. 609-612).

No caso da propriedade privada, ela foi vista como instituto do Direito, por permitir o parcelamento das possibilidades de intervenção ao reconhecer as possibilidades dos outros sobre o bem, tendo a sociedade sido enxergada como uma sociedade de proprietários que se conduzem na forma de contratos. A função econômica da propriedade se esquiva da condução jurídica, ainda que possa ser objeto de jurisprudência, mantendo-se a autopoiese e a diferenciação funcional dos subsistemas (LUHMANN, 2016, p. 187-188). Os conceitos de propriedade e contrato sofreram forte impulso do Direito romano para o seu desenvolvimento,

tornando-se conceitos jurídicos que logo passaram a fazer parte do acoplamento estrutural entre o Direito e a economia. Durante muito tempo, bastou conceber a propriedade como posse, como domínio sobre seus próprios bens, e protegê-la de intervenções de terceiros. Somente mais tarde chegou-se a uma diferenciação entre posse e propriedade, uma construção puramente jurídica do que se encontra atrás das relações de posse visíveis e que merecem proteção. Só assim os títulos de propriedade tornam-se independentes da força e do poder de combate do titular do direito, havendo, a partir daí, uma nítida separação entre Direito civil e penal. Isso possibilitou que a propriedade se fizesse ponto de referência para as mais diversas relações contratuais e, sobretudo, para o crédito. A universalidade da propriedade encontra-se mais na relação com o sistema, ou seja, no fato de que todos devem respeitar o proprietário como proprietário, a não ser que o próprio sistema jurídico preveja restrições. A universalidade consiste, pois, em todos os demais serem, com relação a uma propriedade específica, não proprietários (LUHMANN, 2016, p. 354-356).

O processo de diferenciação entre Direito e economia não pode, portanto, surgir da simples garantia da posse, que era o interesse predominante nas sociedades estratificadas, mas ele só pode surgir mediante a conexão recursiva das transações, ou seja, com o auxílio da moeda. Quando se trata da diferenciação da economia, prevalece seu código secundário, diferente do código primário da propriedade, cada vez mais se valorizando a propriedade do ponto de vista de um possível aproveitamento transacional, ou seja, uma fixação momentânea sem liquidez como capital invertido. Foi com a institucionalização da liberdade contratual que o acoplamento estrutural entre economia e Direito adquiriu sua forma moderna. A economia pode arranjar transações sem que tenha de considerar uma estreita rede de possíveis tipos contratuais, podendo se concentrar na observação ou na evasão de proibições quando aparecerem os problemas jurídicos. Na contramão, o Direito obtém as liberdades respectivas para a continuação da própria autopoiese, pois adquire a liberdade de interpretar retrospectivamente a vontade dos contratantes, de ter implicações relativas ao que não foi explicitamente pensado no sentido do contrato, de incorporar elementos contratuais sobre a interpretação complementar ou de tratá-los como transgressão dos costumes estabelecidos, o que lhe faz resgatar o controle que havia perdido com a concessão da liberdade contratual (LUHMANN, 2016, p. 612-623).

Apesar de a definição de propriedade ter passado por um processo cauteloso de funcionamento e de alteração ao longo da história, os efeitos da sua reestruturação, assim

como da do direito contratual são muito grandes. Uma das consequências mais importantes está no fato de o Estado regulamentador, que reage apoiando-se na democracia, passe a ser obrigado a conferir às suas intervenções forma problemática e indireta de uma restrição dos usos da propriedade e da liberdade contratual. O sistema político é amplamente afetado por esse acoplamento estrutural entre Direito e economia, em razão de o condicionamento político de uma considerável circulação de moeda e da legislação serem os únicos instrumentos políticos que efetivamente podem atuar sobre os detalhes imponderáveis. O acoplamento estrutural entre Direito e economia se converte em um meio para o meio do poder político, isto é, em um acoplamento frouxo de possibilidades às quais podem ser dadas formas politicamente aceitáveis por meio de decisões coletivamente vinculantes. Dessa maneira, o uso da propriedade e da liberdade contratual é objeto de uma restrição jurídica cada vez mais forte, vindo o sistema político experimentando o quão longe ele pode seguir com as intervenções, sem que a autopoiese de cada um desses sistemas seja posta em risco (LUHMANN, 2016, p. 626-628).

1.3.6.10 Direito e política. As leis e a Constituição

Destaca-se, na questão da relação entre Direito e política, que foi a implementação do positivismo legislativo no século XIX e o rápido crescimento de novas legislações que despertaram teorias de que os sistemas jurídico e político eram, de fato, separados. Mesmo na interpretação das leis, não há uma reentrada em controvérsias políticas no tribunal, as quais são resolvidas com a decisão que resulta em um texto legislativo. Pois, ao contrário, o sistema jurídico desenvolve suas próprias teorias internas de interpretação, nas quais a intenção do legislador possui um papel limitado, que se constrói, em todo caso, com base no texto. Na ótica do Direito, o Estado de Direito é a consequência da relevância universal do Direito para a sociedade. O sistema político, por outro lado, procura condensar opiniões de maneira que as decisões coletivamente vinculativas possam ser tomadas por meio daquilo que é politicamente possível. O Direito, pela sua equação de positividade e, portanto, mutabilidade, proporciona uma chance para a fixação de formas legais e para a despolitização dos problemas. Da perspectiva do sistema jurídico, o Estado do Direito é uma tautologia, sendo que, para aquele, a lei e o Direito cobrem o mesmo campo; já para o sistema político, o Direito é visto como um

instrumento que possibilita a realização de fins políticos. Em suma, o Estado de Direito representa uma relação recíproca e parasitária entre política e Direito, e o sistema político se beneficia, além de se favorecer da situação de se codificar e administrar segundo a licitude e ilicitude, que é o que ocorre no sistema jurídico. Já o Direito se beneficia com o fato de as decisões poderem ser impostas pela força, cujo exercício é assegurado pelo sistema político (LUHMANN, 2016, p. 562-571).

Enfim, para a política, a promulgação de uma lei já é um símbolo de êxito, pois representa o triunfo do grupo que no momento se encontra no poder. Para as novas leis, o sistema jurídico encontra pouca resistência, pois aí não se trata de uma assimilação de experiências próprias e nem da transformação do Direito já testado e aprovado, mas de um novo Direito. Porém, o mecanismo de aceleração legislativa depende de que não se saiba o que sucederá com a lei na prática do Direito, pois, embora o legislador tenha suas próprias ideias sobre os efeitos possíveis da lei, elas não passam de ideias, não sendo reais informações. Percebe-se, ademais, que, para além do poder legislativo, o governo estatal, com sua Administração, é, de cima para baixo, uma organização do sistema político. A Administração, portanto, ao executar suas tarefas e cumprir as leis que a regem, realiza política, e não Direito, ainda que sob a influência de se perguntar se tal ato será lícito ou ilícito. Ao se realizar tal pergunta, contudo, a comunicação muda seu sistema de referência, qual seja, o jurídico. Por outro lado, não se pode excluir que, para um observador, algumas operações particulares assumem um sentido tanto político quanto jurídico. Por exemplo, como já exposto, a promulgação de uma lei pode ser vista como êxito político, mas também essa lei muda a situação de vigência do Direito, servindo como instrução para os tribunais e para todo aquele que quiser saber o que é lícito. Porém, essa unidade, em caso particularmente observado, é fictícia, e não leva em conta o tempo, pois a pré-história política da lei é um ato completamente diverso da preexistente situação jurídica, na qual intervém a lei, pois fixou as condições de possibilidade da referida alteração legal. Politicamente, o assunto chega a seu final com a promulgação da legislação, o que independe por completo dos efeitos jurídicos transmitidos efetivamente pelo Direito. (LUHMANN, 2016, p. 573-583).

As operações sistêmicas são identificadas separadamente, pois os sistemas se reproduzem e decidem quanto às suas próprias fronteiras, com auxílio de seus códigos próprios. Na política, isso é atingido pela distinção entre o poder superior (autoridade) e os subordinados (o governante/o governado) e pela codificação da autoridade pela fórmula

governante/oposição. Já o Direito possui uma codificação baseada na diferença entre lícito e ilícito. Também os programas, de modo correspondente, divergem, como também divergem as condições para o reconhecimento de se pertencer ao sistema no interior de cada sistema, assim como a conectividade no interior do mesmo sistema e a identificação do que é sistema e do que é ambiente. Tais distinções são fundamentais, pois, caso contrário, haveria o caos e a extrema simplificação, implicando que toda decisão jurídica, toda celebração de contrato também fosse uma ação política, assim como um político poderia interpretar ou modificar as condições do Direito valendo-se somente de suas próprias comunicações, o que lhe exigiria uma condução extremamente cautelosa. Ademais, a separação dos sistemas pode ser vista como pré-condição para a possibilidade do aumento da interdependência, e a própria sociedade (como um sistema que é) pode ser vista como pré-condição para a possibilidade dessa conexão. A democratização da política e a positivação do Direito só puderam ser desenvolvidas pelo recíproco condicionamento e estimulação, bem como pelo implemento de mecanismos de acoplamento estrutural (LUHMANN, 2016, p. 584-588).

Disso resulta que o Estado surge como portador do acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, com a condição especial de ele adquirir uma Constituição que permita que o Direito positivo se converta em um meio de conformação política, assim como possibilite que o Direito constitucional se torne um instrumento jurídico para a implantação de uma disciplina política. A forma de acoplamento por meio do Estado constitucional viabiliza a realização de graus de liberdade superiores, assim como a aceleração da dinâmica própria de ambos os sistemas. Por meio das Constituições, em razão da limitação das zonas de contato dos dois sistemas, há um enorme incremento de irritabilidade recíproca, gerando maiores possibilidades de o sistema político proferir decisões políticas em forma jurídica, bem como mais possibilidades de a política se valer do sistema jurídico para implementação de seus objetivos. A democracia, portanto, torna-se consequência da positivação do Direito e das concomitantes possibilidades de modificá-lo a cada momento. Com a evolução do sistema jurídico, passou-se a entender a Constituição como uma lei positiva, ela própria fundando o Direito positivo e determinando como pode ser organizado o poder político e de que maneira ele pode ser exercido em forma jurídica e com as restrições juridicamente dadas (LUHMANN, 2016, p. 630-634).

Na ótica do Direito, a Constituição, como lei positiva, só pode ser um texto autológico; um texto que se propõe a ser parte do Direito. Dessa maneira, a Constituição, por

exemplo: excetua a si mesma da regra pela qual o novo Direito viola o Direito antigo; regulamenta o seu próprio caráter de alterabilidade/inalterabilidade; regulamenta se alguém pode ser controlado e por quem; proclama-se e externaliza-se pelo meio simbólico da referência à vontade do povo. A Constituição expressa que é no próprio sistema jurídico que se deve dar a responsabilidade de todo Direito. Dessa maneira, o conceito constitucional/inconstitucional passa a ser distinguido do lícito/ilícito e, por meio dessa diferenciação, a Constituição começa a se pronunciar. O Direito passa a contar com um mecanismo garantido pela autoisenção de declarar a si mesmo juridicamente improcedente (LUHMANN, 2016, p. 634-637).

Em suma, a Constituição traz soluções políticas para o problema da autorreferência do sistema jurídico e soluções jurídicas para o problema da autorreferência do sistema político. Ela é uma Constituição do Estado, supondo-o como o objeto real que demanda uma Constituição, e o Estado constitucional é o único que desempenha a função de acoplamento estrutural entre os referidos sistemas. Para o sistema jurídico, a Constituição é a lei suprema; para o político, é um instrumento político no duplo sentido de política instrumental (modificadora de decisões) e de política simbólica (não modificadora de situações). Observa-se, porém, que, em muitos países em desenvolvimento, as Constituições servem, quase que exclusivamente, como instrumento de política simbólica, pois neles ainda não se conseguiu fechar operativamente o sistema jurídico e torná-lo impermeável à influência da política e de outras forças sociais. Entretanto, mesmo em tal caso, é possível reconhecer o modelo moderno de acoplamento estrutural, ainda que apenas como aparência verdadeira. O uso simbólico da Constituição serve à política para que se proceda como se o Direito a limitasse e irritasse, e para deixar as verdadeiras relações de poder à comunicação dos *insiders*. Todavia, em um sistema em que há uma Constituição efetiva, o sistema político se subordina à autoirritação que subjaz à possibilidade de suscitar uma modificação jurídica. A positivação do Direito traz um grande potencial para a ação política, enquanto a política em si se ocupa da seleção de tais modificações. Para o sistema político, a positivação do Direito significa superexigir a política, em particular mediante a decisão estrutural para a democracia (LUHMANN, 2016, p. 641-643).

Nessa toada, o Direito, na sociedade contemporânea, assumiu um protagonismo como sistema funcionalmente especializado de controle, pois, em comparação a outros sistemas similares, como o religioso e o ético, possui uma maior estabilidade e

previsibilidade, bem como procedimentos bem definidos para sua alterabilidade (AGUIAR, 2015), pois há o estabelecimento formal de normas jurídicas interligadas ao sistema político, as quais só poderão ser modificadas por meio dele ou do próprio Direito. Nesse ponto, é importante a lição de Neves (2016), para o qual, no Estado Democrático de Direito, não há uma subjugação do sistema jurídico ao político ou vice-versa, nem mesmo o completo isolamento entre ambos. Há, na verdade, uma interferência de um sistema no outro, incorporando-se um segundo código, pertencente ao outro subsistema, ao seu código binário principal. Ou seja, na política, por exemplo, o código deixaria de ser somente o poder/não poder, sendo qualificado também pelo lícito/ilícito, código típico do sistema jurídico (LUHMANN, 2007, p. 286). A Constituição, assim, serviria como estrutura de acoplamento entre os sistemas jurídico e político, estabilizando-os e possibilitando as influências recíprocas que os referidos sistemas exercem um no outro, ao mesmo tempo em que os fortalece como sistemas autônomos, indicando os limites da interferência permitida em cada sistema, garantindo a autopoiese deles (LUHMANN, 2007, p. 620). Dessa maneira, a Constituição, em sentido especificamente moderno, não se apresenta simplesmente como um caminho de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos: a política e o Direito. Ela não gera apenas um acoplamento operativo como vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente, mas sim um acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre Direito e política, filtrando-as. Como “forma de dois lados”, a Constituição inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas. Ao excluir certos “ruídos” intersistêmicos, inclui e fortifica outros (NEVES, 2016 p. 97-98).

No modelo da teoria dos sistemas, a fórmula de risco assume o lugar da fórmula de adaptação, tanto na sociedade quanto em seus subsistemas funcionais. As consequências de décadas de uma política de Estado de bem-estar social contribuíram para codeterminar a deriva estrutural do sistema jurídico. Tais consequências se inscrevem no próprio Direito e se evidenciam tanto na indeterminação das tarefas legislativas como nas medidas do ativismo judicial nas valorações sociais consideradas plausíveis. Houve, de forma geral, o aumento do uso das consequências como critério para decisões jurídicas. Com efeito, como não poderia deixar de ser, isso não reflete uma adaptação do sistema ao seu ambiente, mas sim, discrepâncias maiores entre pretensões e realizações e, simultaneamente, decepções no que

diz respeito a esperanças politicamente exacerbadas. É possível, segundo Luhmann, que a economia, com sua produção de bens de consumo em massa orientada para o mercado, tenha feito mais para compensar as desigualdades do que um Direito politicamente pressionado nessa direção (LUHMANN, 2016, p. 756-757).

Apresentadas as noções gerais e o arcabouço teórico da teoria dos sistemas de Luhmann, passar-se-á, agora, a analisar a questão das normas extraestatais perante o Direito. Submete-se, assim, a questão do pluralismo a uma reflexão crítica, tentando responder à primeira pergunta fundamental desta tese: as normas extraestatais que regem as relações de propriedade e posse nos núcleos urbanos informais são parte do Direito?

1.4 O pluralismo jurídico na visão sistêmica

Como ficou claro na exposição anteriormente realizada, com o surgimento do Estado nacional moderno, que se contrapôs ao pluralismo feudal e à postura imperialista da Igreja, surgiu a pretensão de exclusividade estatal de cada ordenamento jurídico em seu respectivo território. Foi baseado nessa premissa que se construiu o conceito clássico de soberania estatal como poder político e ordem jurídica supremos e inquestionáveis em determinado território. É incompatível com tal ideia a existência de qualquer outra ordem político-jurídica supraordenada ou coordenada à do Estado em seu espaço. Com isso, pretenderam-se eliminar os particularismos das ordens locais de natureza feudal, favorecendo o livre câmbio de mercadorias, bem como reagir à supremacia do poder papal. Do ponto de vista interno, toda ordem jurídica extraestatal passa a ser concebida como subordinada às determinações do poder político estatal, só tendo validade jurídica a partir do Direito positivo oficial, caracterizando-se como um subsistema dele (NEVES, 1995, p. 7).

É para contestar essa pretensão exclusivista do Estado que surge o pluralismo jurídico. Nele, há a concepção da concomitância de ordens jurídicas no mesmo espaço-tempo e, assim, nega-se a onipotência estatal. Porém, também como já exposto, existem diversas concepções pluralistas, podendo-se resumir, muito brevemente, as seguintes tendências básicas: pluralismo institucionalista em oposição ao monismo formalista; pluralismo antropológico em contraposição ao imperialismo metropolitano; pluralismo sociológico

contra o legalismo estatal o pluralismo pós-moderno. Nessa análise que se começa a esboçar, focar-se-á no pluralismo na ótica da sociologia jurídica. A discussão gira em torno da pluralidade de fontes de produção social do Direito, as quais seriam mais amplas que o poder estatal. Desenvolve-se, assim, um antilegalismo em oposição à pretensão exclusivista do Direito positivo do Estado, pretendendo-se reconhecer a autonomia de outras esferas jurídicas em face do Direito oficial. Observa-se, porém, que mesmo a corrente pluralista não nega a existência da positividade e da legalidade, mas sim, critica o legalismo juridicizante do Estado, afirmando que este não responde adequadamente às expectativas sociais. As formas jurídicas alternativas teriam surgido exatamente como uma reação aos problemas de heterorreferência ou adequação do Direito positivo oficial (NEVES, 1995, p. 8-10).

A tendência mais recente do pluralismo jurídico é desenvolvida no âmbito das teorias pós-modernas do Direito. Pressupõe-se a negação da possibilidade de universalização ou generalização do discurso jurídico no espaço da pós-modernidade, o que acarreta uma cultura jurídica da incerteza em torno da resolução de conflito. Concebe-se, em razão disso, uma racionalidade jurídica tópica, construída mediante dogmáticas locais, apresentando-se o Direito como mecanismo propulsor da autonomia do contexto ou como um guia de redes de relações entre sistemas tópicos de ações, sem atuar impositivamente no estabelecimento dos limites de desenvolvimento e reprodução deles. Tal tendência pluralista pós-moderna possui contornos bem definidos na teoria de Teubner, que distingue Direito autopoiético, Direito parcialmente autônomo e Direito socialmente difuso. Parte-se da premissa de que o sistema do Direito autopoiético constitui-se do entrelaçamento entre os componentes sistêmicos, quais sejam, procedimento jurídico (processo), ato jurídico (elemento), norma jurídica (estrutura) e dogmática jurídica (identidade). No Direito parcialmente autônomo, haveria a autorreferencial constituição dos respectivos componentes sistêmicos, não surgindo, todavia, um enlace hipercíclico entre eles. Já o Direito socialmente difuso apresentaria componentes sistêmicos sem diferenciação jurídica, ou seja, simplesmente como conflito (processo), ação (elemento), norma social (estrutura) e imagem do mundo (identidade). Analisando os três tipos elencados, chega-se à seguinte aporia: tratando-se do mesmo âmbito de vigência, como se resolvem os conflitos entre os três sistemas de Direito? Teubner responde com o conceito de Direito intersistêmico de colisão, inclusive para eventual conflito entre o Direito estatal e ordens sociais plurais quase-jurídicas. Porém, tal resposta não dissolve o problema, pois permanece a questão se o próprio Direito intersistêmico de colisão seria ou não sistema autopoiético,

ordem jurídica parcialmente autônoma ou Direito socialmente difuso. Nas duas últimas hipóteses, não haveria, a rigor, nenhum Direito autopoiético; na primeira alternativa, não haveria, de fato, Direito parcialmente autônomo ou socialmente difuso (NEVES, 1995, p. 10-11).

Além da questão teórica em si, Neves (1995, p. 12-17) chama atenção para a desconexão das teorias pluralistas para a realidade periférica latino-americana. Para o autor, na realidade dos países afluentes do ocidente, o pluralismo pressupõe a autorreprodução operacionalmente consistente do Direito oficial. Em contraposição a este, emergiriam estruturas sociais difusas de congruência tópica de expectativas normativas, ordens plurais que constituiriam uma identidade própria e claramente distinta do Direito estatal. Apesar de não negarem interpenetrações e interferências entre a ordem positiva do Estado e os Direitos construídos difusamente, não concebem o intricamento bloqueante e destrutivo entre tais campos de juridicidade. Na realidade, no contexto periférico latino-americano, haveria uma ausência da legalidade estatal em zonas de excluídos, os quais não possuem os seus direitos reconhecidos de fato, mas lhe são impostos os deveres legais, principalmente por meio da repressão estatal.

Na perspectiva sistêmica, a sociedade moderna resultaria da hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos subsistemas sociais. Isso acarretaria o desaparecimento de uma moral material globalizante, válida para todas as conexões de comunicação. No lugar disso, haveria o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, que se reproduzem com base nos seus próprios códigos e programas, embora não isolados de seu ambiente. Entretanto, na modernidade periférica, à hipercomplexificação social e à superação do moralismo globalizante não se seguiu a construção de sistemas sociais autônomos, levando a uma complexidade desestruturada e desestruturante (NEVES, 1995, p. 14). Desse modo, Neves (1995, p. 17) também afirma que o modelo luhmanniano não condiz com a realidade da modernidade periférica da América Latina. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitariam a construção da identidade de um sistema jurídico. Haveria, assim, um sistema pautado na alopoiese do Direito, implicando a ausência de uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de maneira congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas de seu contexto econômico e político.

Na questão do auto-ordenamento das favelas, a construção e o desenvolvimento de mecanismos extraestatais de solução ou neutralização de conflitos de interesse importam formas instáveis e difusas de reação à ausência de acesso aos direitos previstos no sistema jurídico estatal, que não inclui generalizadamente toda a população. Na relação entre códigos e critérios das respectivas ordens, surgem intrincamentos discursivos, que constituem mecanismos sintomáticos da insuficiente identidade das respectivas esferas de ação. O fato evidente de que, na modernidade periférica da América Latina, muitas unidades sociais dispõem difusamente de distintos códigos jurídicos não gera alternativas pluralistas em relação ao funcionamento legalista do Direito oficial, mas sim, mecanismos instáveis e difusos de reação à ausência de legalidade. Observa-se que os códigos econômico e político atuam diretamente também sobre os mecanismos de solução de conflitos. Portanto, inversamente à alternatividade pluralista em face de um legalismo, trata-se de intricamento entre ausência de legalidade e estratégias de sobrevivência em relação ao sistema jurídico. Há uma violação da legalidade com o fim de alcançar a legalidade, ainda que não haja, necessariamente, essa consciência integracionista. Porém, tais realidades só se constroem e se ampliam em razão da falta de legalidade enquanto generalização includente do Direito positivo (NEVES, 1995, p. 19-21).

Do lado da população subintegrada ao Direito estatal (a grande maioria da população em geral, na realidade latino-americana), generalizam-se as relações concretas em que não há acesso aos direitos previstos no ordenamento jurídico, mas ela depende de suas prescrições impositivas. Ela não está, dessa forma, excluída do sistema jurídico, pois, embora não possua condições reais de exercer os direitos fundamentais previstos na Constituição, não está liberada dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo do Estado, sendo submetida fortemente às estruturas punitivas. O outro lado desse cenário é o dos grupos privilegiados sobreintegrados que, apoiados na burocracia estatal, exercem ações bloqueantes da reprodução do sistema jurídico. Eles se valem regularmente do texto constitucional democrático quando isso lhes é favorável para a proteção de seus interesses ou da "ordem social". Afastam, porém, a Constituição quando ela impõe limites às suas esferas de ação política e econômica. A Constituição não é, assim, um horizonte do agir e vivenciar jurídico político dos sobreintegrados, mas é, na realidade, uma oferta que, conforme a constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles. Em tais condições, ela não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo desconstruída durante o processo de

sua concretização, diante da sobreposição das injunções políticas particularistas e dos interesses econômicos concretos. Trata-se, dessa maneira, de uma constitucionalização simbólica, cuja função é encobrir a estreita vinculação da estrutura estatal com a preservação das relações de sub e sobreintegração (NEVES, 1995, p. 22-23).

Dessa maneira, a diversidade das relações sistêmicas e a complexidade social possibilitam que algo que é tido por funcional, a partir de determinada esfera de ações e expectativas, seja avaliado como disfuncional em outros campos de agir e vivenciar. Em relação às estruturas normativo-jurídicas, a sua disfuncionalidade generalizada pode eventualmente ser útil para outras esferas de comunicação social, como a economia, a política, a religião etc. Pode, ademais, ser avaliada como funcional para a sociedade a partir de outras conexões de condutas e expectativas. É nessa toada que a ineficácia generalizada dos dispositivos constitucionais relativos a direitos fundamentais, apesar de implicarem a não funcionalidade normativo-jurídica da Constituição, é compatibilizada com a função político-ideológica do discurso constitucionalista. No caso da Constituição simbólica, quanto maior a sua ineficácia, mais intensa torna-se a sua função político-ideológica, gerando uma superexploração do Direito pela política. No tocante ao Direito, a sua função específica de generalização de expectativas normativas torna-se irrealizável na razão direta da ampliação das relações excludentes de sobre e subintegração em suas estruturas normativas. Quanto mais expectativas normativas são afastadas do modelo jurídico-constitucional, menor será o grau de funcionalidade das respectivas estruturas normativas (NEVES, 1995, p. 24-25).

Há, assim, em um Direito aloiético, um intricamento do código jurídico com outros códigos sociais, o que leva à autodestruição e à heterodestruição. Não há falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas um insuficiente fechamento operacional (autorreferência), que impede a construção da identidade do subsistema jurídico. Ainda que tal identidade possa ser observada no plano da estrutura dos textos normativos, ela é gradualmente destruída durante o processo de concretização normativa. Não há, dessa maneira, a construção de uma congruente generalização de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e legais, daí resultando que a própria distinção lícito/ilícito seja socialmente obnubilada por falta de institucionalização ou por ausência de identificação do sentido das normas (NEVES, 1995, p. 18). Nota-se que, quando funciona de maneira autopoiética, ao mesmo tempo que o Direito positivo fatorializa a autorreferência mediante conceitos, institui sua heterorreferência por meio da assimilação de interesses. O fechamento

autorreferencial, a normatividade para o Direito, não constitui a finalidade, em si, do sistema, mas é, antes, sua condição de abertura. Assim, o Direito pode assimilar, de acordo com seus critérios próprios, os fatores vindos do ambiente, sem que seja diretamente influenciado por eles. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas (NEVES, 1995, p. 16).

Diante desse cenário e dentro da perspectiva sistêmica adotada, pode-se afirmar que, de um lado, os monistas não compreendem que a diversidade contraditória de expectativas e interesses não é compatível com um núcleo de produção jurídica hermeticamente fechado às demandas sociais. Do outro lado, os pluralistas não retiram de conceitos, como vínculo estrutural, direito intersistêmico de colisão e compatibilização do dissenso entre esferas tópicas de juridicidade, as devidas consequências teóricas, pois deixam de interpretá-los como mecanismos construtores da unidade na pluralidade. Ignoram que são estruturas unitárias que atuam como condição de possibilidade da pluralidade jurídica. Assim, a inexistência desses mecanismos de intermediação unitária entre esferas jurídicas não significa pluralismo enquanto identidade-autonomia de lógicas jurídicas locais, mas, na verdade, no contexto de uma sociedade supercomplexa, relações autodestrutivas e heterodestrutivas de espaços do vivenciar e agir normativos. Parece correto afirmar, portanto, que o Direito da sociedade moderna só constrói sua identidade-autonomia enquanto envolve unidade e pluralidade. Ignorar as normatividades tópicas decorrentes da fragmentação de interesses e valores acarretaria a deficiência da eficácia e da vigência social do Direito, ou seja, haveria inadequada heterorreferência. Já a ausência de procedimentos e estruturas unitárias e generalizadas de congruência de espaços de normatividade jurídica gera a própria falta de identidade-autonomia de um campo da juridicidade, isto é, há a quebra da autorreferência do sistema jurídico (NEVES, 1995, p. 26).

Analisando as críticas ao pluralismo jurídico, Magalhães (2013b, p. 167) dá especial atenção àquela realizada por Marcelo Neves e aponta a crítica realizada pelo referido autor ao debate entre pluralistas e monistas, no qual se ignoraria que a unidade formal e a pluralidade material da ordem jurídica não se excluem. Há a crítica da visão dual e antinômica dessas correntes, questionando a teoria pluralista em virtude de desconhecer que estruturas jurídicas unitárias atuam como condição de possibilidade da pluralidade jurídica. Há, na visão de Neves, um falso dilema, sendo que formalmente o Direito é uno e material; sociológica ou

historicamente, é plural. O problema apontado por Neves seria a impropriedade em se importar a teoria pluralista para a realidade brasileira, na qual não se traçam, no plano da concreção jurídica, as fronteiras operacionais do campo jurídico estatal ante as pretendidas esferas jurídicas extraestatais, sendo essa indistinção que configura as relações reciprocamente destrutivas. Dessa forma, surge uma miscelânea de códigos e critérios jurídicos, havendo, na realidade latino-americana, um insuficiente desintricamento operacional das esferas econômica, política e jurídica, o que torna a referida miscelânea não só jurídica, mas também social de códigos e critérios de conduta (MAGALHÃES, 2013b, p. 174-175).

Na visão de Neves, o pluralismo jurídico significa a identidade e a autonomia de lógicas jurídicas locais, de forma que somente se poderia falar em pluralismo se estivessem presentes duas condições: identidade/autonomia das esferas de juridicidade extraestatal ante o legalismo do ordenamento oficial; e existência de ordens jurídicas extraestatais construídas em reação a um sistema jurídico com pretensão de generalidade e que se reproduz sem corresponder adequadamente às expectativas e interesses de determinados espaços das relações intersubjetivas juridicamente relevantes. Como o autor entende que tais condições estão ausentes no contexto latino-americano, a aplicação do pluralismo neste continente ocorreria de maneira equivocada (MAGALHÃES, 2013b, p. 175).

No caso das favelas latino-americanas, apesar de Neves nelas reconhecer a construção de mecanismos normativos internos, não vislumbra uma suficiente autonomia ou identidade dessa respectiva esfera de ação, estando eles marcados por intricamentos discursivos que expressam relações ora conflituosas ora conciliatórias com o ordenamento estatal. Tal intricamento ocorreria entre a ausência de legalidade (em decorrência da ausência de generalização inclusiva pelo Direito oficial) e as estratégias de sobrevivência em relação ao campo jurídico. Há autonomia insuficiente do Direito da favela, pois os códigos econômicos e políticos atuam diretamente sobre os mecanismos de resolução de conflitos, sem as filtragens próprias de um discurso jurídico autônomo (MAGALHÃES, 2013b, p. 176-177). O autor não nega o fato da existência em si de estruturas jurídicas originárias da própria sociedade ou de suas relações com o Estado, mas discute, sim, a qualificação dessa matéria empírica como uma situação de pluralismo jurídico (MAGALHÃES, 2013b, p. 186).

Entrando na análise do conceito de interlegalidade traçado por Boaventura Santos, Neves entende que a face pós-moderna do pluralismo defendido pelo autor português é, na

verdade, um afastamento daquele pluralismo revolucionário dos anos 1970. Acredita, todavia, que não é possível aplicar também a fase pós-moderna ao contexto latino-americano, pelas mesmas razões que o levaram a rejeitar a versão moderna. Para ele, aquilo que se preconiza como pluralismo revela-se não só uma confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, mas também um intricamento de códigos jurídicos com os códigos do poder, da economia, da amizade e das boas relações, havendo condições de falta de identidade e autonomia das esferas de juridicidade (MAGALHÃES, 2013b, p. 177-178).

A generalização de relações de subintegração e de sobreintegração é uma das variáveis principais para tornar maior a dificuldade de se formar a identidade de esferas de juridicidade na modernidade periférica latino-americana. Essas subintegração e sobreintegração impedem que a ordem legal atue como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada no momento de sua concretização pela sobreposição de pressões políticas particularistas e de interesses econômicos concretos. Generalizam-se relações em que os subintegrados não possuem acesso aos benefícios do sistema oficial, mas deles não estão excluídos, pois mantêm os deveres e responsabilidades impostos pelo aparato coercitivo estatal. Já para os cidadãos superintegrados, o sistema legal é ofertado como uma constelação de interesses que poderá ser usada, desusada ou por eles abusada, dispondo de espaço para orientar as expectativas deles e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de sua própria impunidade (MAGALHÃES, 2013b, p. 178-179).

No caso da modernidade periférica, Neves considera a função de generalização de expectativas irrealizável em razão da ampliação de relações excludentes (de sub e sobreintegração) no funcionamento das estruturas normativas. Isso se aplica tanto às estruturas estatais quanto às não estatais. A miscelânea social a que alude consiste na ausência dessa congruência, que não ocorre em virtude da influência bloqueadora e destrutiva de outras esferas de comunicação social, como a economia, a política e a religião. A funcionalidade do Direito fica sujeita a toda espécie de relativização, sendo dependente da perspectiva ou dos setores de que se trate, da esfera de ações e de expectativas envolvidas etc. O Direito assume a função de fachada simbólica de uma ordem jurídica universal, mas que, de fato, opera seletivamente. Ou seja, a ineficácia da sua função normativo-jurídica se compatibilizaria com a função político-ideológica do Direito, e essas suas variáveis tenderiam a se retroalimentar (MAGALHÃES, 2013b, p. 181).

Desse modo, a perspectiva pluralista pode ser analisada não somente como substituição da ordem ou uma ordem paralela, mas também com base na atuação conjunta e na necessária interação entre as ordens formal e informal. Na ótica sistêmica, a unidade do Direito moderno estaria no código binário lícito/ilícito, enquanto a pluralidade se manifestaria no plano dos programas e critérios (MALISKA, 2009, p. 56). O grande desafio brasileiro seria não o reconhecimento da pluralidade de ordens jurídicas extraestatais, contrapondo-as ao Direito positivo oficial, mas a garantia da autonomia e, com ela, a eficácia do próprio Direito estatal, com o fim de superar a miscelânea de códigos jurídicos que está na base do endêmico bloqueio e da constante seletividade na aplicação dos preceitos legais (CARVALHO, 2013, p. 19).

Quando a ordem jurídica extraestatal não reproduz o plano de racionalidade formal e, por sua vez, o plano de racionalidade normativa, buscando o confronto com o Estado, há um agir contrário à perspectiva pluralista de autorreprodução, o que deveria gerar uma repressão estatal, como por exemplo, o poder exercido territorialmente por organizações criminosas (MALISKA, 2009, p. 130). Contudo, nem toda prática *contra legem* é necessariamente uma violação aos ideais de justiça que imperam em uma determinada sociedade. A lei formal pode, sim, ser uma fonte que gera opressão e injustiça, sendo a repressão estatal às práticas contrárias a tal lei apenas uma forma de manutenção de uma dominação opressora e perpetuadora de injustiças na sociedade. É preciso, antes de defender a necessária repressão estatal, identificar quais são as práticas extraestatais que, de fato, atentam contra valores fundamentais de determinada sociedade.

Os autores adeptos da teoria dos sistemas defendem uma autopoiese específica aos sistemas sociais, os quais são constituídos não por indivíduos e suas relações, mas por comunicações, cuja base reprodutiva seria o sentido. Assim, o sistema pode ser utilizado como um recurso de organização da vida humana em um código significativo que reduza a complexidade e a contingência do ambiente por meio de um ato de eleição das suas possibilidades e de suas relações de sentido (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 203-204). A partir do sistema social e por conta de uma diferenciação funcional na sociedade, surgiriam os outros subsistemas, que ganhariam sua autonomia quando alcançassem um código binário que lhes fosse específico, e que pudesse direcionar suas autorreproduções sistêmicas, sendo exemplos os subsistemas econômico, político e jurídico (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 204). A sociologia dos sistemas traz a teoria de que os sistemas normativos que regem a

sociedade se autodiferenciam e passam a constituir, cada um deles, sistemas autorregulados e imunes ao império dos outros sistemas. Essa distinção que explica a diferenciação do Direito em relação à religião e à moral continuaria a funcionar, explicando agora a autonomia do Direito estatal de outros direitos particulares (HESPANHA, 2013, p. 152).

O reconhecimento ou não, como Direito, de certa constelação de normas sociais mexe com interesses sociais e políticos e, assim, é objeto de conflitos sociopolíticos. As normas de reconhecimento, portanto, têm sua interpretação e aplicação influenciadas por esses conflitos (HESPANHA, 2013, p. 163), dando concretude à relação entre os fatos sociais que se busca reconhecer como Direito e o sistema que analisará e validará tais normativos sob sua própria ótica. Tal legitimação estatal não se equivale ao mero reconhecimento formal do Estado. Um componente importante é a aplicação da norma pelos tribunais e sua admissão corrente no mundo dos juristas. Não se pode deixar de verificar, todavia, se o reconhecimento que eles atribuem a certa norma corresponde minimamente àquilo que o povo declarou querer, no bojo dos processos democrático-participativos, como Direito. Valores esses que possuem seu marco fundamental na Constituição promulgada, a qual contém uma carta de princípios (HESPANHA, 2013, p. 164). Dos princípios constitucionais deve resultar não apenas uma norma genérica de interpretação, mas também uma norma de seleção e de hierarquização das fontes do Direito, entendida a Constituição como norma primária sobre a produção jurídica (HESPANHA, 2013, p. 170-171).

Ora, de todo o exposto, percebe-se que, de fato, o Direito positivo brasileiro tem não só ignorado os anseios da população mais pobre, mas sobretudo a excluído dos direitos fundamentais já positivados, enquanto lhe impõe, muitas vezes com excesso arbitrário, os deveres a ela legalmente imputados. Diante desse fenômeno de exclusão de parte da legalidade vigente, surgem diversos movimentos sociais autônomos tendentes a regular as relações sociais existentes nos ambientes periféricos, importando, mais especificamente para este trabalho, a questão da regulação da propriedade e da posse nos núcleos urbanos informais. Como bem apontado pelos teóricos pluralistas, que desenvolveram amplas pesquisas de campo acerca desta temática, surgem, nas favelas brasileiras, entidades (como, e principalmente, as associações de moradores) que passam a tratar e a resolver os conflitos sociais referentes às propriedades informais, ocupando um espaço relevante na pacificação social comunitária. Como bem apontado, apesar da independência e do espaço de exclusão existentes, tais associações de moradores dialogam diretamente com o poder estatal, seja por

eles sendo admitidas ou toleradas (e às vezes empoderadas), seja buscando no ordenamento estatal a sua legitimação para ditar as normas vigentes nos espaços informais e garantir, por meio do discurso persuasivo, a solução por elas adotada aos conflitos a elas submetidos.

Tal realidade é inegável, tendo os pluralistas, com destaque para Boaventura Santos, demonstrado de perto a realidade de tais locais informais de resolução de conflitos. A partir de sua pesquisa, inúmeros outros estudos se debruçaram sobre tal temática, contribuindo para o entendimento da questão. O Direito estatal, por vezes, acaba por reconhecer, ao menos parcialmente, a legitimidade de atuação de tais associações. Por vezes, a própria população excluída reivindica o reconhecimento estatal dos direitos já há muito reconhecido nas esferas informais. Entretanto, permanecem as perguntas que se procurou responder neste trabalho: As normas extralegais fazem parte do Direito? As normas aplicadas nos *locus* informais de resolução de conflitos estão incluídas no sistema jurídico? Caso elas não sejam uma modalidade de Direito autônoma apenas interligada ao Direito oficial, qual seria o papel do Direito Estatal perante essa realidade?

Adotando, para a análise deste trabalho, a visão sistêmica sobre o Direito, não há como reconhecer que esses centros informais de resolução de conflitos sejam formas jurídicas autônomas e externas ao Direito positivo (LUHMANN, 2016, p. 136-137). Ainda que suavizado pelo conceito de Boaventura de interlegalidade, no qual as diferentes esferas do Direito possuiriam conexão entre si, cada um com sua centralidade em seu respectivo espaço social, não há como reconhecer uma esfera de autonomia tão acentuada em relação ao Direito estatal. O Direito, como sistema autopoiético e operacionalmente fechado, reproduz-se com base em seu próprio código comunicacional, sendo tal código a ele exclusivo (LUHAMNN, 2016, p. 93-95). Todas as demais esferas comunicacionais estão em seu exterior, ou seja, em seu ambiente. Não há como algo situado fora do sistema jurídico influir nele diretamente, sem que haja uma filtragem pelos códigos e critérios próprios do Direito, sob pena de se destruir a sua identidade e autonomia (LUHMANN, 2016, p. 242). Há, ainda, de se relembrar, desde o Estado moderno, de que o Direito passa a ser identificado como o Direito positivado, que surgiu justamente para centralizar, no poder estatal, as diversas normatividades que existiam na sociedade formal, ali sim onde havia uma realidade de pluralismo jurídico.

Com isso, não está se negando que haja comunicação jurídica fora do Estado. Como já ficou claro nas exposições anteriores, há, nos atos do dia a dia, a aplicação de comunicação própria do sistema jurídico, o que ocorre no parâmetro de uma observação de primeira ordem

(LUHMANN, 2016, p. 432). Ao celebrarem contratos, negócios jurídicos ou desenvolverem outros tipos de relações, as pessoas se pautam, sim, em um juízo de licitude. Porém, não há, dentro desses atos, uma reflexão sobre o próprio sistema jurídico, sobre o que lhe é próprio, como ele deve decidir ou como visões jurídicas distintas devem se comportar, o que fica a cargo de uma observação de segunda ordem, com atuação central nos tribunais (LUHMANN, 2016, p. 437-444). Os atos do dia a dia ficam localizados, portanto, na periferia do sistema jurídico; enquanto os tribunais estão no centro desse sistema, cabendo a eles o importante papel de reflexão sobre o Direito e o que é por eles decidido irradia-se para todo o restante das comunicações do sistema jurídico.

É nessa perspectiva que se entende que (apesar da busca de ser um ponto de solução de conflitos informal e autônomo) a aplicação normativa das associações comunitárias está na periferia sistêmica, quando procura pautar expectativas normativas das comunidades informais. Tudo o que elas decidem está sujeito ao juízo de legalidade do centro do sistema jurídico: os tribunais. São eles, com base no Direito positivado, que podem reconhecer, validar ou invalidar os atos praticados nos centros informais de solução de conflitos. Há, portanto, a submissão de tais atos ao Direito positivo, que é justamente aquele Direito construído por decisões jurídicas advindas do núcleo de seu sistema. Entretanto, repara-se que, por outras vezes, as normas extralegais aplicadas em tais contextos informais sequer se valem de uma comunicação jurídica, mas sim, como demonstrado nas análises pluralistas anteriormente esmiuçadas, de códigos morais, religiosos, éticos, econômicos e outros pertencentes a diferentes subsistemas sociais. Nesses casos, não há que se posicionar a atuação das associações na periferia do sistema jurídico, mas sim em seu ambiente, em razão da adoção de código comunicativo distinto do lícito/ilícito.

Isso não quer dizer, obviamente, que o centro do sistema jurídico deve ignorar o que ocorre em sua periferia e se isolar disso, muito menos que o sistema jurídico existe de forma independente de seu ambiente. Pelo contrário, como já se deixou claro, não existe sistema sem ambiente, sendo infundada a ideia de um sistema jurídico solipsista (LUHMANN, 2016, p. 58-59). O Direito deve possuir o grau adequado de heterorreferência, trazendo para si as influências e irritações provindas do ambiente, mas, aplicando a elas, seus próprios códigos e critérios, sob pena de perder sua autonomia e identidade (LUHMANN, 2016, p. 252-258). Porém, a desconexão demasiada com o ambiente levaria à ruína sistêmica, pois retiraria do Direito a sua necessária adequação social, o que é fundamental para o seu papel de

estabilização de expectativas normativas. Sem a adequação social, o Direito passaria a ter baixa penetração no agir e viver dos indivíduos e grupos, tornando-se ineficaz.

Tome-se, por exemplo, o conceito do Direito alternativo de se fazer justiça social por dentro do próprio sistema estatal. Embora se identifique com as correntes pluralistas, a saída prática do Direito alternativo para enfrentar o que se chama excesso de legalismo foi a utilização dos princípios jurídicos. Ora, a fim de retratar melhor a realidade do povo mais pobre e excluído, garantindo-lhes, de fato e materialmente, o acesso à justiça, esse movimento prega o uso dos princípios para reinterpretar a ordem jurídica, defendendo até mesmo que, caso a lei seja injusta, que esta seja afastada do caso, sendo substituída por princípios jurídicos que melhor se adequem ao caso concreto. O movimento do Direito alternativo busca se valer, portanto, de lacunas do ordenamento jurídico, de valorização das normas estatais que consagraram efetivos direitos fundamentais (individuais e sociais), bem como do recurso aos princípios para contornar práticas legalistas que levariam à injustiça. Ou seja, todas essas soluções ocorrem no interior do sistema jurídico, valendo-se da centralidade do Direito positivo e das organizações estatais que compõem esse sistema. Não há, portanto, na visão sistêmica, um Direito paralelo por eles aplicado, mas sim um movimento que busca conceder uma maior heterorreferência ao Direito, por meio, principalmente, da aplicação de princípios jurídicos, que são um importante meio de abertura cognitiva do sistema ao seu ambiente (LUHMANN, 2016, p. 125). Ressalva-se, porém, que tal movimento parece defender uma aplicação excessiva dos princípios, desapegando-se (nos casos em que considera haver injustiça) completamente dos textos legais, o que pode gerar um excesso de abertura do sistema, gerando a perda de sua identidade, pois começaria a haver no Direito a aplicação direta de fatores provindos do ambiente, como variáveis da moral e da política.

Também se pode chegar a essa conclusão ao se analisarem as críticas pluralistas às disfunções do monismo jurídico. De fato, em uma sociedade complexa e de massas, o Direito passou a lidar com uma gama muito maior de dissensos sociais, com visões plurais acerca do mundo (LUHAMNN, 2016, p. 694-695). Um apego demasiado ao texto legal leva ao isolamento do sistema jurídico de seu ambiente, perdendo a sua capacidade de adequação social, o que acarreta o não cumprimento adequado da sua função social de estabilização das expectativas normativas (LUHMANN, 2016, p. 112-115). Isso não faz concluir, porém, que uma ordem de pluralismo jurídico passa a reinar na sociedade como solução a esse problema. Pelo contrário, diante do aumento da complexidade social, somente um sistema especializado

e autopoiético é capaz de absorvê-la, por meio de seus próprios códigos e critérios, reduzindo a complexidade ambiental para, somente então, aumentar a sua própria complexidade interna (LUHMANN, 2016, p. 321-325). A saída para tal problema é, portanto, garantir a abertura cognitiva do sistema para que possa estar adequado à sociedade, mas sem que isso o faça perder sua autonomia e identidade. Enfraquecer o sistema jurídico, centrado no Direito positivo e nas organizações, por meio do reconhecimento do caráter jurídico autônomo de inúmeros centros informais de resolução de conflitos, poria em risco a unidade sistêmica, gerando um excesso de peso à periferia do sistema (na qual as trocas com o ambiente são mais numerosas) e, consequentemente, uma abertura excessiva do Direito ao seu ambiente, trazendo para seu seio, sem a devida filtragem, toda a complexidade social (com interferência direta de comunicações políticas, morais e econômicas, por exemplo), que inviabilizaria o seu adequado funcionamento.

Analisando mais detidamente a corrente do pluralismo jurídico comunitário-participativo, ela reconhece os movimentos sociais como um importante fator de desenvolvimento dos sistemas jurídicos plurais da sociedade. De fato, os movimentos sociais passam a organizar pleitos que antes existiam dispersos na sociedade, proporcionando uma maior capacidade de mobilização, de influência e de auditório aos subintegrados na sociedade. Na visão sistêmica aqui adotada, os movimentos sociais também serão de grande importância, pois passam a exercer uma maior capacidade de irritação do sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 196-200). Diante das inquietações sociais por eles levantadas e publicizadas, os movimentos sociais forçam o sistema jurídico a, dentro de seus próprios códigos e programas, melhor enfrentar as questões ocorridas em seu ambiente social, levando, por exemplo, à ressignificação de princípios e institutos jurídicos, como a propriedade privada, relida por meio do princípio da função social da posse e da propriedade. Por outro lado, os pleitos dos movimentos sociais também trazem grande interferência na política, a qual, por meio da aprovação de leis (no intuito de atender às demandas sociais), traz um forte elemento de irritação ao Direito, que terá, em suas próximas decisões, de levar em consideração as novas normas legais editadas (LUHMANN, 2016, p. 573-583).

Por outro lado, o pluralismo jurídico comunitário-participativo não nega, como não poderia deixar de ser, a existência do Direito estatal, nem mesmo a sua centralidade. Sabe do poder coercitivo do qual o sistema jurídico estatal dispõe, bem como do papel central das organizações jurídicas. Porém, afirma que isso não afasta o caráter de Direito dos inúmeros

grupamentos sociais que aplicam suas próprias normas e implantam seus mecanismos de resolução e prevenção de conflitos. Como exposto anteriormente, não se nega a existência de tais fenômenos, mas, na visão sistêmica, essas realidades sociais devem ser posicionadas justamente na periferia do sistema jurídico. Não há, assim, a existência de sistemas paralelos, mas um sistema do Direito uno, com papel central dos tribunais, e diversos outros papéis desenvolvidos em sua periferia, quando há, de fato, a adoção de comunicações pautadas nos códigos e critérios do Direito. Todavia, o papel da reflexão sobre o sistema é desenvolvido no seio das organizações, o que irradiará seus efeitos (em maior ou menor escala) para o restante do sistema (LUHMANN, 2016, p. 429-431). Ademais, há de se considerar que, em muitos dos mecanismos apontados pelo pluralismo de Wolkmer, há adoção de comunicações próprias de outros subsistemas (como a religião e a moral) e, nesse caso, tais comunicações estarão no ambiente do Direito, e não em seu interior.

Não há como negar, portanto, a influência e a integração que os mecanismos comunitários de resolução de conflitos possuem para o Direito, seja como periferia do sistema (com as trocas numerosas com o ambiente social), seja como ambiente dele, irritando-o e provocando-o a adequar-se socialmente. Tais influências são sentidas, como reconhecido por Wolkmer, na própria legislação positivada e no processo hermenêutico dos tribunais na concretização das normas. Entretanto, na perspectiva sistêmica aqui adotada, isso não pode gerar um regime concorrente ao próprio Direito positivo, sob pena de se perder o necessário fechamento operativo e a autopoiese do sistema jurídico. Como já exposto, não há como conceber a existência de um Direito válido contraposto ao próprio Direito positivo, sob pena de total desarticulação sistêmica (LUHMANN, 2016. 136-137). Com a evolução da sociedade e de seus subsistemas sociais, o sistema jurídico passou a se identificar com o próprio Direito positivo e a negá-lo por meio de outras normas paralelas seria negar a própria unidade sistêmica, levando o Direito à ruína. Isso não quer dizer que não haja comportamentos contrários ao Direito em seu ambiente, podendo estar em vigor, em determinados locais, normais extralegais contrárias ao estabelecido pelo ordenamento. Porém, isso se deve a uma ineficácia, em maior ou menor grau, do sistema jurídico no cumprimento de sua função, mas os fatos contrários às normas jurídicas estão situados em seu ambiente, e não em seu interior. Tais transgressões (sob o ponto de vista do Direito positivo), quando levadas ao interior do sistema do Direito, ganharão, ali sim, seu devido tratamento jurídico, seja por meio do reconhecimento da ilicitude de tais comportamentos (com ou sem a efetiva aplicação de

sanções), seja pela transformação do próprio Direito (por meio de novas normas positivadas ou pela hermenêutica baseada em princípios), para reconhecer tais modos de agir como lícitos, adequando o sistema ao seu ambiente (LUHMANN, 2016, p. 196-200).

A teoria e a pesquisa de Boaventura Santos também podem ser relidas na ótica sistêmica. Em sua pesquisa, o autor português fornece diversos exemplos da interação entre o Direito estatal e o Direito de Pasárgada, mostrando que, apesar de considerá-los sistemas distintos e autônomos, há uma clara relação entre eles. A associação de moradores, como centro de resolução de conflitos, por vezes recorre à ameaça de recurso ao aparelho estatal coercitivo para persuadir os moradores da favela a se submeterem à sua autoridade, seja afirmando que poderia recorrer a eles para aplicar as suas normas, seja lembrando, de forma implícita, a ineficácia que o sistema jurídico estatal teria caso as causas submetidas pelos moradores à associação fossem levadas aos tribunais. Ademais, o Direito de Pasárgada realiza, a todo momento, a importação seletiva das normas de Direito positivo, seja para dar aparência de legitimidade de suas decisões para o exterior da comunidade (com a referência às normas estatais, ainda que ressignificadas de maneira distinta do que se entende nos tribunais, como o bom exemplo de Boaventura sobre a aplicação do conceito de benfeitorias em Pasárgada), seja para legitimar-se perante os moradores, mostrando que ela é uma associação reconhecida pelo Direito estatal (embora o Estado não a reconheça, formalmente, como legitimada a solucionar conflitos jurídicos).

Essa relação demonstra, segundo a análise que se faz neste trabalho, justamente o posicionamento do Direito de Pasárgada, quando ele adota uma comunicação jurídica dentro da periferia do sistema jurídico, e não no seu exterior. A relação direta com o Direito estatal demonstra que não há um regime jurídico paralelo e autônomo, mas um centro informal comunitário que está juridicamente subordinado ao Direito estatal e, por isso, com ele interage e dialoga, buscando se legitimar na solução de conflitos na comunidade. Porém, não há apenas uma interlegalidade de sistemas jurídicos que agem em diferentes espaços públicos, mas um sistema uno, no qual as organizações estatais estão no seu centro e no qual a periferia tem um papel reduzido no sistema, embora, por outro lado, possua uma troca muito mais intensa com o seu ambiente (LUHMANN, 2016, p. 432-434). Dessa maneira, a periferia do sistema está muito mais próxima da realidade social do que o centro, razão pela qual, em contextos de subintegração, acaba tendo papel preponderante na solução dos conflitos. A comunicação jurídica estará, portanto, situada dentro de um só sistema jurídico e, quando é

levada aos tribunais, que exercerão um papel de observação de segunda ordem, a realidade aplicada na periferia sistêmica será devidamente valorada, podendo ser rechaçada ou não pelas organizações estatais, conforme anteriormente explicado.

Como já ressalvado, nem sempre a comunicação no âmbito da associação de moradores adotará os códigos jurídicos. Muito mais próxima da troca com o ambiente, a periferia do sistema está mais propensa a lidar com os outros subsistemas sociais, sendo mais permeáveis a eles (LUHMANN, 2016, p. 429-431). A associação de moradores, como ressaltado pelo próprio Boaventura Santos, muitas vezes adota parâmetros morais, políticos ou religiosos para a solução de conflitos, inclusive com a adoção de diversos papéis por uma mesma pessoa (por exemplo, o membro da associação que também é pastor evangélico e sobrepõe, por vezes, os dois papéis). Nesses casos, a comunicação exercida pela associação dos moradores sequer estará no interior do Direito, mas em seu ambiente social, atrelada aos outros subsistemas sociais existentes, com suas distintas funções especializadas e códigos comunicativos (LUHMANN, 2016, p. 97).

Portanto, ao analisar a interlegalidade defendida por Boaventura Santos em um segundo momento de sua teoria, aqui se diverge de suas conclusões. O autor defende que existem diferentes espaços estruturais na sociedade (o espaço doméstico; o espaço da produção; o espaço do mercado; o espaço da comunidade; o espaço da cidadania e o espaço mundial), cada qual com a sua respectiva ordem normativa. Contudo, entende-se, sob a visão da teoria dos sistemas, que não há de se falar em diferentes ordens jurídicas, de acordo com cada espaço social. Há, na verdade, um só sistema jurídico, o qual permeia toda a sociedade e entra em contato com os demais subsistemas sociais que também a permeiam, interagindo em todos os diferentes espaços sociais existentes, sem que isso importe na dissolução da sua unidade. A unidade do sistema está situada justamente na adoção de um código rígido binário (lícito/ilícito), o qual será usado em toda e qualquer comunicação jurídica (LUHMANN, 2016, p. 235-239). Ademais, o Direito está ali situado também para o exercício de uma função especializada, a de estabilização de expectativas normativas, a qual é somente por ele exercida (LUHMANN, 2016, p. 166). Há, portanto, um corte horizontal na sociedade, por meio do qual perpassa o Direito, uno e com função especializada, sem que sua natureza se altere de acordo com o respectivo espaço social que permeia. Não há de se falar, assim, em diversos espaços normativos, mas, no máximo, de uma relação de centro e periferia do sistema jurídico, na qual as organizações do sistema jurídico estatal estão em seu centro e as

comunicações jurídicas cotidianas estão em sua periferia. Caso se defenda o contrário, haveria o rompimento da própria unidade do Direito, levando à sua ruína como sistema operativamente fechado e autopoiético, condição essencial para que ele exista em uma sociedade supercomplexa.

Há de se concordar, entretanto, com a afirmação de Boaventura Santos de que, diante da relação de ilegalidade e de marginalidade posta pelo Estado (por meio do Direito positivo e de outros sistemas a ele vinculados) aos moradores das favelas, estes precisaram recorrer a uma ordem extraestatal que garantisse um mínimo de ordenamento social. Não há como negar, como já abordado acima, a existência de uma subintegração da população das periferias urbanas ao Direito no Brasil. Isso é um claro problema de adequação social do Direito, o que é ocasionado por dois motivos: falta de aplicação efetiva das normas jurídicas que garantiriam direitos fundamentais à população subintegrada, e normas jurídicas que não estão adequadas à realidade social. O segundo problema é algo que indica a inadequada heterorreferência do sistema jurídico para parcela significativa da população. Ao ignorar a realidade social, pondo na ilegalidade relações sociais que são comuns e socialmente adequadas na realidade dos assentamentos urbanos informais, o Direito não consegue lidar com as irritações vindas de seu ambiente, o que o faz ruir como sistema funcional especializado e autopoiético. Sua ineficácia faz surgirem normas sociais contrárias à ordem jurídica posta, causando mais uma onda de irritações do ambiente ao sistema jurídico, que precisará lidar, sob seus próprios critérios e códigos, com essas normas extraestatais. Tal dinâmica pode levar à completa ruína do Direito, mas também pode forçar a sua adaptação à complexidade ambiental.

O outro problema apontado, que recai na falta de efetividade dos direitos garantidos à população, decorre tanto de problemas relacionados a outros sistemas sociais (como a economia e a política), que geram uma impossibilidade material de integral consecução de direitos fundamentais, especialmente os sociais, como também diante da já citada relação entre subintegrados e sobreintegrados. Os subintegrados estão completamente à margem do sistema jurídico no tocante aos seus direitos, mas são fortemente coagidos pelo Estado a cumprirem seus deveres. Já os sobreintegrados possuem uma exacerbação dos seus direitos, enquanto conseguem escapar do poder coercitivo estatal quanto aos seus deveres. Nesse caso, há, na verdade, o problema oposto ao anteriormente analisado: um excesso de heterorreferência que retira a própria identidade do sistema jurídico, transformando-o em um

sistema aloiético. A aplicação de códigos e programas externos ao Direito em seu seio retira a sua unidade e identidade, atrapalhando-o em sua função de estabilização de expectativas normativas. Há, aqui, que se garantir o maior fechamento do sistema, limitando-o aos seus próprios códigos e programas, a fim de evitar que pressões políticas e econômicas desvirtuem a comunicação que deveria ser estritamente jurídica.

As duas vertentes analisadas (excesso de heterorreferência, de um lado, e falta de heterorreferência, de outro) geram a tempestade perfeita para o surgimento da desordem nas comunidades periféricas, implicando tentativas de construção de ordenamentos sociais autônomos e centros extraestatais de resolução de conflitos. Dessa maneira, para se pensar em um adequado grau de heterorreferência, há, primeiramente, o desafio de se garantir a própria autopoiese do Direito. Há que se afastar a interferência direta dos sistemas político e econômico sobre o sistema jurídico, fazendo com que este encontre a sua unidade e rigidez necessária, sem a existência de sobreintegrados e subintegrados juridicamente. A política deve se relacionar com o Direito indiretamente, principalmente pelos mecanismos de acoplamento estrutural, como a Constituição (LUHMANN, 2016, p. 562-571). A economia deve seguir por igual caminho, sendo apenas ambiente do sistema jurídico a ele estruturalmente acoplada por meio, por exemplo, da propriedade e dos contratos (LUHMANN, 2016, p. 608). Há de se garantir, portanto, uma maior legalidade do Direito positivado, a fim de que ele tenha de fato identidade e autonomia. Alcançado esse passo, aí sim se deve rumar a uma bem medida heterorreferência, objetivando a almejada adequação social do Direito.

Conclui-se, assim, que a unidade do Direito moderno está ao nível do código lícito/ilícito, enquanto a pluralidade se manifesta no plano dos programas e critérios (LUHMANN, 2016, p. 252-258). Quando o código lícito/ilícito é reproduzido generalizadamente, sem restrições particularistas excludentes ou privilegiadas de indivíduos e grupos, há a garantia de unidade sistêmica. Isso pressupõe a realização concreta do princípio da legalidade, mas não em seu sentido estático e fechado dado pelo legalismo tradicional, mas como mecanismo de integração normativamente igualitária do Direito. Já os programas e critérios do sistema jurídico, para obtenção da adequação do Direito à complexidade social da modernidade, não pode desconhecer a pluralidade contraditória das expectativas normativas individuais e grupais. Somente a releitura do pluralismo democrático no interior do sistema jurídico, com ênfase na fragmentação tópica de programas e critérios normativos, será capaz

de viabilizar uma heterorreferência adequada do Direito na sociedade hodierna (NEVES, 1995, p. 26-27).

No caso das favelas, desde o surgimento das leis que as jogaram na ilegalidade, houve, sim, uma grande evolução do sistema jurídico em seu tratamento, seja reconhecendo o dever do Estado de garantir a prestação de serviços públicos nas favelas, seja reconhecendo o direito à moradia e de permanência dos moradores em tais núcleos. Isso ocorreu por meio de uma maior abertura cognitiva do sistema do Direito, seja mediante maior efetivação de princípios, como os da função social da posse e da propriedade, seja por meio de normas estatais editadas para reconhecer direitos aos moradores das favelas, inclusive implantando políticas públicas de urbanização e regularização fundiária. O Direito deve se abrir para os acontecimentos em seu ambiente, inclusive para as normas extralegais de propriedade e posse aplicadas nos núcleos urbanos informais. Isso pode ocorrer tanto pela via dos princípios jurídicos, importante forma de heterorreferência, quanto por meio de leis, nas quais a política, por meio de seu próprio código comunicativo, absorve as expectativas sociais e transforma-as em normas, que influenciarão as decisões que serão tomadas no sistema do Direito.

Porém, há uma situação ainda cinzenta sobre a legalidade das favelas, jogando-as em uma zona de transição entre o legal e o ilegal, que fragiliza a posição social de seus moradores. São essas reações que este trabalho analisará, tentando responder à segunda questão fundamental desta tese: o que o Estado deve fazer diante das normas extraestatais que vigem nas favelas? No contexto deste trabalho, para fins de compreensão de como o Estado e o Direito devem se portar diante da realidade dos núcleos urbanos informais, deve-se aprofundar o estudo dos princípios da função social da propriedade e da posse, bem como as leis e demais normas sobre a regularização fundiária de núcleos informais urbanos, o que se passará a fazer nos próximos capítulos.

2 OS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE NA CIDADE

Diante do desafio que o Estado possui em tratar de forma mais eficiente e socialmente adequada a questão das moradias em núcleos urbanos informais, sob a ótica do Direito, a primeira alternativa que se pode buscar é a maior abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu ambiente (especialmente as relações sociais mantidas nas zonas periféricas das grandes cidades). Isso pode ocorrer, no caso em tela, especialmente pela boa aplicação e maior extensão dos princípios da função social da posse e da propriedade. Para tanto, há de se aprofundar, um pouco mais, o papel dos princípios no sistema jurídico e, posteriormente, adentrar nas especificidades dos princípios específicos acima referidos.

2.1 Os princípios na teoria dos sistemas

A questão de atribuição direta ou indireta de regras e princípios ao texto constitucional traz a questão de como manter a alteridade entre o poder constituinte e os órgãos responsáveis pela concretização constitucional. A concentração da identidade entre ambos acarretaria um positivismo constitucional-legalista que despreza a adequação social do Direito, prendendo-se a um modelo puro de regras como expressão direta de dispositivos constitucionais. Porém, a negação completa da identidade, com foco exclusivo nos órgãos concretizadores (especialmente tribunais constitucionais), levaria a um positivismo constitucional realista ou a um decisionismo judicial, que despreza a consistência jurídica. Necessário observar, portanto, a dupla contingência entre a instância que produz institucionalmente a norma, atribuindo-lhe um sentido (o constituinte no papel de *alter*), e a instância que, hermeneuticamente e com força vinculante, constrói a norma a aplicar (o juiz ou tribunal constitucional como *ego*) (NEVES, 2014, p. 94).

Quando se trata de mero seguimento cotidiano – uso de ofertas legais de regulação no exercício corriqueiro da autonomia privada ou pura aplicação burocrática de normas – perde significado prático a distinção entre princípios e regras. Em tais situações, as pessoas

cumprem ou descumprem as normas sem muitos questionamentos acerca de como elas são vinculatórias. As normas são seguidas por hábito, por internalização nas pessoas, por haver uma identificação do agente com seus valores, ou são respeitadas por um cálculo racional de custo-benefício orientado pelo peso da sanção em caso de descumprimento, tudo isso sem distinguir quais os princípios e regras que estão sendo satisfeitos. Apenas quando surge a controvérsia sobre a norma a aplicar a determinado caso (concreto ou no controle abstrato de normas) que a diferença entre princípios e regras ganha relevância, ou seja, tal problematização é reservada ao campo da argumentação jurídica (NEVES, 2014, p. 95).

Em se tratando de argumentação jurídica (no contexto de uma conexão sistêmica de comunicações), deve-se observar que os princípios são artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe o surgimento sob condições de um sistema jurídico complexo. Para tal análise, são apropriadas as figuras da observação de primeira e de segunda ordem, a fim de se compreender a localização da distinção entre princípios e regras no plano da argumentação jurídica. No já referido âmbito de aplicação rotineira das normas pela burocracia estatal ou do uso das ofertas legais pelas pessoas em sua autonomia privada, os indivíduos se comunicam no nível de uma observação de primeira ordem dos padrões normativos a serem aplicados, sem questionamentos acerca do sentido ou validade das normas, e sem que haja consenso necessário. Entretanto, quando surgem controvérsias sobre as normas a aplicar, adentrando na zona da argumentação jurídica, há uma observação de segunda ordem, descortinando-se a diferença jurídico-sistêmica entre princípios e regras (NEVES, 2014, p. 98-99).

A observação de segunda ordem possibilita que se rediscutam permanentemente as normas aplicáveis e as condições de cumprimento delas. Dessa maneira, o sistema fica constrangido a aumentar sua irritabilidade e a sempre reconstruir sua própria realidade. Portanto, os princípios e as regras são normas reconstruídas à luz da observação de segunda ordem dos processos de argumentação jurídica, sem que isso lhes retire a característica de também serem normas. Caso não fossem, haveria uma externalização da justificação normativa para uma ordem moral com pretensão de validade pragmática universal. A argumentação jurídica ocorre na interseção entre a justificação e a aplicação das normas, saindo do plano da mera observância ou da aplicação e passando-se a dar um novo olhar à aplicação mediante a discussão sobre a justificação sistêmico-interna das normas aplicáveis (NEVES, 2014, p. 99-101).

Para melhor compreender a questão, Neves (2014, p. 102) remonta o conceito de tipo ideal de Weber como estrutura cognitiva de seleção das ciências sociais em relação à realidade-ambiente, que, assim, apresenta-se mais complexa e desestruturada. Isso implica que toda área de saber constrói esquemas conceituais para ordenar a realidade (caótica) que se pretende conhecer. Essa ordenação seletiva acarreta a construção do seu próprio objeto de conhecimento. Todavia, no âmbito normativo, os tipos ideais não servem primariamente para orientar expectativas cognitivas, mas para estabilizar expectativas normativas, destinando-se à ordenação seletiva de disposições e de enunciados normativos. Diante dos repertórios de legislação, jurisprudência e costumes jurídicos, o teórico ou doutrinador, assim como o intérprete-aplicador do Direito, são compelidos a estruturar o material normativo, e é no plano da argumentação jurídica que os princípios e as regras desempenharão esse papel. Os princípios são normas no plano reflexivo, que possibilitam o balizamento e a (re)construção de regras. Já as regras, como razões imediatas para as normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. Na linha argumentativa, uma norma afirma-se como princípio ou como regra, dependendo tal definição do modo mediante o qual a norma será incorporada sob a ótica funcional-estrutural no processo argumentativo, podendo se falar, ainda, em híbridos, ou seja, normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípio e regras (NEVES, 2014, p. 102-104).

Entretanto, é preciso, primeiramente, compreender a vinculação dos princípios constitucionais à positivação do Direito. Eles só surgem e têm significado prático quando há a diferenciação funcional do sistema jurídico como subsistema social. A imutabilidade do Direito tradicional impedia essa distinção de forma clara, pois os procedimentos de aplicação se cingiam às normas dogmaticamente partilhadas, ancoradas diretamente em valores morais e religiosos de cada comunidade. Somente quando há a positivação do Direito na sociedade moderna, passando ele a ser posto basicamente por decisões, o sistema jurídico se torna permanentemente mutável. À decidibilidade e à mutabilidade do sistema do Direito também deve ser acrescida a questão de diferenciação funcional e autonomia dele nas sociedades modernas. O Direito diferencia-se da moral, passando a superar, institucionalmente, o apoio que mantinha nas noções jusnaturalistas, daí surgindo a questão de sua fundamentação como sistema social operativamente autônomo. Dessa maneira, a positivação levaria à autopoiese e ao fechamento operativo do sistema jurídico (NEVES, 2014, p. 112-115).

O fechamento do Direito decorre, porém, da Constituição no sentido moderno, que tem a função de substituir apoios externos ao Direito, como a moral ou a religião. O constitucionalismo traz a pretensão de autofundamentação constitucional do Direito. Apesar de ser um mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e política, sob a ótica do sistema jurídico a Constituição atua como o mecanismo reflexivo mais abrangente do sistema jurídico. Consequentemente, há uma duplicação do código lícito/ilícito, sendo introduzida a diferença interna constitucional/inconstitucional. A partir do momento que o Direito natural perde o seu significado institucional nas sociedades complexas, onde há um grande dissenso entre perspectivas morais e valorativas, os princípios metajurídicos deixam de servir como critério de orientação normativa. Os princípios constitucionais, como normas de normas do ponto de vista da estática jurídica, passam a ser um filtro fundamental diante da pluralidade de expectativas existentes no ambiente. Acrescenta-se que os princípios constitucionais, por estarem distantes do caso a decidir, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas existentes na sociedade; porém, apresentam-se como subcomplexos perante o caso a decidir, papel que é mais bem cumprido pelas regras (NEVES, 2014, p. 115-118).

Os sistemas, em geral, reproduziram-se entre variedade e redundância e, no que se refere aos princípios e regras constitucionais no Estado democrático de Direito, a complexidade desestruturada do ambiente (que acarreta uma pluralidade de valores, interesses e expectativas normativas contraditórias) se torna complexidade estruturável, por meio do crivo seletivo dos princípios. Entretanto, é apenas com a determinação da regra a aplicar ao caso concreto que a complexidade passa a ser estruturada, tornando-se possível a subsunção por meio de uma norma de decisão. Nota-se que a questão dos princípios e das regras constitucionais possui ampla repercussão na dogmática jurídica. A dogmática é uma forma de reflexão do sistema jurídico dentro do próprio sistema, com a pretensão de refletir-lhe a identidade. Na prática argumentativa, princípios e regras funcionam como normas jurídicas, mas são definidos conceitualmente com precisão pela dogmática jurídico-constitucional. Fica diluída, dessa maneira, a distinção rigidamente hierárquica entre metalinguagem e linguagem-objeto, pois há uma referência recíproca entre a linguagem do órgão de interpretação-aplicação e a linguagem dogmático-jurídica a respeito dos princípios e regras constitucionais (NEVES, 2014, p. 119-120).

Diante da premissa de que a diferença entre princípios e regras constitucionais é uma distinção interna do Direito, pode-se definir que as regras são normas de primeiro grau situadas no plano de observação de primeira ordem em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão. Não se trata, porém, de observação de primeira e segunda ordem na dimensão dos elementos-comunicações, como feito anteriormente ao se adentrar no campo da argumentação jurídica na questão da aplicação cotidiana das normas. Aqui se analisa a observação no nível das estruturas (expectativas), sendo que as regras condensam expectativas normativas que se dirigem diretamente à solução do caso. Já os princípios levam a uma observação de segunda ordem em relação ao caso a decidir e da norma de decisão, pois contêm apenas uma hipótese normativa ampla. Apenas com o processo concretizador se delimita, à luz da regra, uma hipótese normativa, o que possibilita a transformação do suporte fático em fato jurídico irradiador de efeitos jurídicos concretos. Os princípios, assim, possuem uma estrutura proposicional flexível no estabelecimento do vínculo entre antecedente e consequente normativo, a qual é incompleta para fins de subsunção do fato à norma, sem que isso lhe retire seu caráter de norma jurídica. Os princípios são normas de normas, não sendo, portanto, meros argumentos normativos. Caso não fossem considerados normas jurídicas, os aplicadores da lei não estariam subordinados a nenhuma norma jurídica em sua atividade de concretização do Direito (NEVES, 2014, p. 120- 126).

Os princípios apresentam, na cadeia argumentativa, uma maior capacidade de desenvolvimento da heterorreferência. Eles apontam para algo que existe no ambiente (valores, princípios morais, interesses gerais etc), mas sem que isso negue a autonomia do sistema jurídico. Os princípios jurídicos (principalmente os constitucionais) têm a missão de selecionar, sob a ótica interna do sistema, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, bem como expectativas normativas atípicas diversas, que circulam conflituosamente no ambiente. Em uma sociedade complexa, caracterizada pelo dissenso estrutural, os princípios constitucionais apresentam uma maior mobilidade para exercer um papel seletivo diante dessa diversidade contraditória. Eles são construídos hermeneuticamente por meio de precedentes, mas também podem advir diretamente do texto constitucional. Os princípios são mecanismos reflexivos, portanto, e sua reflexividade diz respeito à referência de um processo a processos sistêmicos de igual espécie, possibilitando a análise da normatização da normatização do Direito. A reflexividade relaciona-se diretamente à

autorreferência de processos, mas possui significado no plano das estruturas, pois são normas reflexivas em relação a normas (NEVES, 2014, p. 127-130).

Os processos reflexivos e suas respectivas estruturas de reflexividade incrementam a dinâmica interna do sistema correspondente em um ambiente supercomplexo. Em sociedades menos complexas, o desenvolvimento de tais mecanismos era limitado. Por exemplo, no caso do Direito, a sua fundamentação em verdades imutáveis tornava dispensável uma normatização de processos de produção de normas gerais. Com a complexificação social e a consequente diferenciação funcional dos subsistemas, a autonomia dos sistemas sociais passou a depender do desenvolvimento de estruturas e de processos reflexivos. Os mecanismos e estruturas de observação de primeira ordem tornaram-se insuficientes para uma reprodução socialmente adequada dos subsistemas sociais. Os princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras, podendo servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação, ao enfraquecimento, à restrição ou à ampliação do conteúdo delas. As regras servem melhor à consistência ou à autorreferência do Direito, mas possuem claros limites quanto à adequação social dele. Já os princípios constitucionais, sem que possam desprezar a consistência do sistema a que pertencem, desempenham especial função no tocante à adequação social do sistema jurídico, sobretudo nos casos mais complexos (NEVES, 2014, p. 130-132).

Portanto, apesar do importante papel que as regras possuem na autorreferência do Direito, os princípios desempenham um importante mister na abertura cognitiva do sistema jurídico, fundamental para a adequação social do Direito e, ao cabo, para a própria sustentabilidade do sistema fechado e autopoiético dele. É importante, nesse passo, reforçar a dinâmica que acompanha o sistema jurídico e o ambiente, e como as transformações de um são sentidas e absorvidas no outro. Nas palavras de Luhmann (2018, p. 18-19):

> Si ponemos a un lado todos los problemas jurídicos concretos e incluso las diferencias entre los grandes sectores del derecho, tales como el derecho penal, el derecho civil o el derecho público, parecen perfilarse ante todo dos tendencias de desarrollo global que han creado dificultades al tradicional aparato de orientación del jurista, tanto el conceptual-dogmático como el casuista. Por una parte, el derecho se enfrenta a crecientes exigencias de tiempo en la adaptación a los cambios sociales, que a su vez se están acelerando. En relación con los procesos sociales y con el tiempo de cambio jurídico- ante todo en lo que se refiere a la legislación- la dogmática y la casuística resultan demasiado lentas como procedimientos para la formación de las sentencias.
>
> Por otra parte, en el curso de la auto-realización de la sociedad burguesa, se puede observar un cambio de la orientación social básica desde el pasado hacia el futuro, lo que conduce a que las decisiones jurídicas en último término solo puedan justificarse por sus consecuencias, y no a partir del acervo de datos de tipo normativo o fáctico. Esta orientación a las consecuencias también se ha impuesto en el derecho.

> […]
> Donde estas posibilidades están bloqueadas, es fácil que se dé la reacción- a menudo criticada y a menudo observada- de una creciente imprecisión, porosidad y arbitrariedad en el empleo de los conceptos. O bien son la causalidad y la oportunidad las que determinan si una decisión se apoya más en argumentos dogmáticos-conceptuales o más en los de otro tipo. Una reducción de la rigurosidad dogmática es una de las reacciones posibles al exceso de exigencias, y, desde el ángulo sociológico, es quizá la más probable. Pudiera ser que junto a ello existan aún posibilidades inagotadas en la abstracción conceptual dogmática, que aseguren la compatibilidad del derecho con una pluralidad de situaciones sociales diferentes y con un material normativo en rápido cambio, del mismo modo que se pudo conseguir en el pasado que los contratos obliguen siempre puramente por sí mismos, independientemente de sus contenidos.

Nessa dinâmica entre sistema e ambiente, na qual se discute especialmente o papel que os princípios jurídicos possuem para a abertura cognitiva do Direito para os demais subsistemas sociais, é importante entender os papéis dos *outputs* e *inputs* e como eles lidam com a expectativa jurídica de poder regular comportamentos futuros. Sobre tal tema, Luhmann (2018, p. 55-56) explicita:

> La diferencia se fundamenta en que la frontera del input determina el horizonte del pasado y la frontera del output el del futuro del sistema, y el futuro, como sea que se le factorice, presenta mayor complejidad, concretamente más posibilidades y ante todo más interdependencias que el pasado. De eso resultan, para la práctica decisional del sistema, diferentes predeterminaciones y diferentes exigencias. Todo sistema de decisión- en cuanto admite censuras, postula conexiones y no-conexiones y considera relevante esto y no lo otro- ha de introducir en la relación con un contorno excesivamente complejo sus propios criterios de selección y de interrupción de interdependencia. En el horizonte del pasado, que facilita esta tarea presentando estructuras y decisiones propias, esta necesidad pone exigencias mucho menores que en el caso del horizonte del futuro. Para ver claramente la diferencia basta observar que fácilmente se corta hacia atrás la cadena casual cuando se comprueba, por ejemplo, si un acto administrativo se ha dictado válidamente, si la propiedad se ha transmitido con la transmisión de la posesión, si un delito se ha cometido en estado de embriaguez; y qué insegura es en cambio la respuesta a la pregunta de en qué medida se han de tener en cuenta en la planificación del futuros los efectos y los efectos de los efectos y en que cuantía aumentan las interdependencias posibles entre los efectos con cada nuevo círculo de efectos. Por ello en la frontera del output frente al futuro el sistema de decisión ha de poner como fundamento de sus decisiones a propio riesgo interrupciones de interdependencias mucho más netas, y ésta es la causa de que las estrategias conceptuales dogmáticas fracasen como técnicas del social engineering.
> […]
> La construcción dogmática del caso asegura la repetición de la posibilidad de decisión en casos iguales o similares - y en este sentido asegura justicia. Por ello el futuro solo es relevante como pasado generalizado. Precisamente por eso se puede soportar el hecho de que la dogmática se una a la temática de los casos, los acoja solamente bajo conceptos comprensivos bastante generalizados, pero no intente la agregación en una solo concepción de resultados diversos funcionalmente equivalentes. En los procesos de divorcio se trata de si se divorcia o no se divorcia, pero, al menos para la dogmática, no se trata de un problema que también podría resolverse mediante cursos de comportamiento sexual o unas vacaciones conjuntas en una isla de los mares del sur. La dogmática no agrega hasta un punto tan elevado.

Como se pode perceber, portanto, os princípios jurídicos são extremamente relevantes para a sustentabilidade do Direito, impedindo de ele se tornar um subsistema social solipsista. Caso não houvesse uma abertura do sistema jurídico para os demais subsistemas sociais, a sua inadequação à sociedade seria tão grande que levaria à ruína do Direito. O sistema do Direito deve manter a sua autorreferência e a autopoiese, guiando-se por seus próprios códigos, critérios e programas, sem deixar se corromper por uma comunicação que não pertence ao seu interior. Não pode, porém, ignorar o ambiente que o contorna e cujas irritações adentram o seu sistema por diversos pontos de contato, seja na periferia do sistema jurídico (na qual há um ambiente poroso que permite um contato maior com o ambiente do que no centro do sistema), seja por meio de mecanismos de acoplamento estrutural desenvolvidos na evolução dos diversos subsistemas sociais. Os princípios, como dito, são extremamente relevantes para garantir uma abertura cognitiva adequada ao Direito.

Todavia, apesar de seu caráter essencial para a adequação social do Direito, os princípios podem ser diabólicos. Enquanto um sistema jurídico moderno que superestime as regras tende a uma rigidez excessiva, isolando-se de seu ambiente, o uso exagerado dos princípios constitucionais tende a bloquear a consistência jurídica, deixando que o ambiente adentre no sistema e subordine o Direito imediatamente às intromissões particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos etc. Assim, não haverá adequação social do Direito, mas subordinação imediata dele aos interesses a ele externos. Porém, isso não deve levar a um retorno da primazia exagerada das regras, como já alertado. Há a necessidade de se construir um modelo de articulação entre princípios e regras constitucionais. Os princípios constitucionais atuam como razão ou fundamento das regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Entretanto, as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais, devendo haver uma regra diretamente atribuída ao texto constitucional ou legal (ou judicialmente construída), caso contrário os princípios perderão o seu significado prático, passando a servir apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, a fim de encobrir a inconsistência do sistema do Direito. Em suma, a inflação de argumentos principialistas acarreta a perda da importância dos princípios como critério de solução de casos; a relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos) (NEVES, 2014, p. 133-135).

A dogmática jurídica deve ajudar a construir, portanto, um caminho em que princípios e regras sejam devidamente balanceados, garantindo, ao mesmo tempo, a autorreferência e a abertura cognitiva do Direito. A dogmática deve, como comunicação interna ao sistema jurídico, dotá-lo de reflexividade, proporcionar conceitos abstratos adequados para a aplicação do Direito pelos tribunais e buscar a construção de um diálogo entre princípios e regras que permitam o bom desenvolvimento do sistema jurídico. Sobre o importante papel da dogmática, vide as seguintes lições de Luhmann (2018, p. 27):

> Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos. Por ello, los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión.
> La dogmática jurídica define dentro del marco de esta función las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos. Las condiciones de lo posible son fijadas en el plano más elevado de cada sistema. Así, la dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico. Por lo demás, esta posición que ocupa la dogmática dentro del sistema jurídico no excluye que fuera de éste, por ejemplo en el sistema científico- y ahí bajo los aspectos de la teoría jurídica- pueda haber conceptualizaciones del derecho aún más abstractas.

A dogmática é fundamental para o sistema em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. Para a teoria sistêmica, em razão da variabilidade tanto do sistema quanto do ambiente, resulta que não devem existir arbitrariedades na relação entre sistema e entorno, sob pena de nem mesmo a variação ser possível. Diante da dupla contingência – por um lado das exigências sociais dirigidas à estruturação jurídica da condução da vida e, por outro, do nível de pretensões interno do sistema jurídico – é preciso poder definir pontos de vista de correspondência. Desse modo, a dogmática deve ser capaz de formular conceitos socialmente adequados. Porém, socialmente adequado não quer dizer que os conceitos jurídicos devem ser conceitos sociológicos ou que devam refletir de modo adequado a sociedade. Isso seria contraditório com a diferença entre o sistema e a função dele, e entre o sistema social e o sistema jurídico como subsistema social. Adequação significa, aqui, tão somente que se logre a transformação conceitual do problema ao sistema jurídico. O sistema jurídico não pode refletir dentro de si toda a complexidade nem todas as formas de abstração fundamentais da sociedade. Por isso, o critério da adequação somente pode referir-se às reduções com as quais o sistema jurídico desenvolve a sua função específica no sistema social (LUHMANN, 2018, p. 75-76).

O entrelaçamento entre princípios e regras é, pois, imprescindível para o Direito. A Constituição de um Estado democrático de Direito envolve uma articulação complexa e dinâmica entre princípios e regras. A ponderação de princípios colidentes é uma das técnicas argumentativas e de interpretação constitucional que permite a comparação de diferentes perspectivas da Constituição e dos direitos fundamentais. Todavia, deve-se dar atenção à concorrência e à incomensurabilidade dos modelos de argumentação em torno de princípios, que se relacionam tanto à dupla contingência concernente a grupos e pessoas envolvidas no processo de concretização constitucional, quanto à heterogeneidade de perspectivas principiológicas desenvolvidas pelos demais sistemas funcionais diferenciados. Os princípios não devem ser entendidos como um modelo simples de compreensão da sociedade moderna, pois variam de acordo com a esfera de comunicação em que se aplicam. Dessa maneira, o caráter multicêntrico da sociedade complexa importa uma concorrência entre leituras distintas do mesmo princípio. Compreendida essa dinâmica da tentativa da boa aplicação articulada de princípios e regras, deve-se ter em conta que essa tarefa necessariamente gera uma absorção seletiva e excludente em face do dissenso estrutural em torno do significado da Constituição e de seus princípios e regras. Com isso em mente, a decisão tanto mais se justifica quanto maior for sua capacidade de impedir a hipertrofia de uma esfera social (econômica, política, religiosa etc) ou da perspectiva de um grupo, organização, pessoa ou ordem jurídica, sem que haja, porém, repressão ao dissenso estrutural, mas antes lhe possibilitando e estimulando-lhe a emergência em casos futuros (NEVES, 2014, p. 159-170).

2.2 Função social da posse e da propriedade

Compreendidos os aspectos teóricos que regerão a análise que se fará acerca dos princípios da função social da posse e da propriedade, adentrar-se-á, agora, nos aspectos primordiais desses princípios, tentando entender o importante papel deles no tocante à maior adequação do Direito à questão da moradia nas favelas e nos demais núcleos urbanos informais. Assim, a abertura cognitiva do sistema jurídico, por meio desses princípios, precisa ser mais bem compreendida, apontando suas possibilidades e limites.

Como dito por Perlingieri (2002, p. 1-5), o Direito é ciência social que precisa cada vez mais de maiores aberturas, necessariamente sensível às modificações da realidade. O conjunto de princípios e regras destinado a ordenar a coexistência forma o aspecto normativo do fenômeno social, no qual regras e princípios interdependentes e essenciais são elementos de um ordenamento uno e hierarquicamente posto. Dessa maneira, o Direito positivo pode desempenhar uma dupla função, a depender do fato de se propor simplesmente a conservar fatos sociais estabelecidos, adaptando as próprias regras às regras sociais preexistente, ou pode se propor a modificar a realidade criando novas regras. A norma promocional (aquela que traz em si a função inovadora da realidade) será sempre fruto de demandas já existentes em determinada sociedade, cabendo ao Direito, nessa visão, o papel de transformação social.

Para tanto, o ordenamento jurídico deve ser visto sob o prisma do conjunto de valores, de bens e de interesses consagrados em sua norma fundante – a Constituição – que une o ordenamento jurídico, iluminando todo o restante das normas jurídicas do Estado constitucional. As normas constitucionais, as quais expressam princípios de relevância geral, são de direito substancial, e não apenas interpretativas. O recurso a tais normas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se como a expressão de um valor do qual a própria interpretação não poderia desconsiderar. Os princípios são, portanto, normas. Desse modo, tanto na aplicação indireta dos princípios constitucionais (quando existir na legislação infraconstitucional uma norma específica para o caso) quanto na aplicação direta (quando há a ausência de intermediação de norma infraconstitucional), a norma constitucional é sempre utilizada (PERLINGIERI, 2002, p. 5-12).

É nessa toada que o autor italiano propõe uma constitucionalização do Direito civil, algo que é primordial para esta pesquisa, pois a propriedade e a posse são tradicionalmente debatidas em uma visão estritamente civilista, o que vem perdendo força nas últimas décadas, passando-se a considerar, na aplicação de tais institutos, também uma visão que foge às meras relações privadas. Para o civilista, com essa visão, apresenta-se um programa que se propõe à atuação de objetivos qualificados, como individuar um sistema do Direito civil mais harmonizado com os princípios constitucionais e, especialmente, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos civilísticos, revitalizando-os normativamente sob a luz de um renovado juízo de valor; verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais, a fim de modernizar os instrumentos e a teoria da interpretação (PERLINGIERI, 2002, p. 12).

É dessa maneira que se faz uma releitura da propriedade privada. Analisando a legislação italiana, Perlingieri (2002, p. 219) afirma que a propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei que determina os seus modos de aquisição, de gozo e os seus limites, objetivando assegurar a sua função social e possibilitar que seja acessível a todos. Assim, não se pode sustentar que os limites e as obrigações não fazem parte do direito de propriedade, pois esta é uma situação subjetiva complexa. A violação de seus limites pode gerar o ressarcimento pelo dano causado a outrem, mas também pode adquirir relevância para fins da própria existência do direito. Falar em função social da propriedade não acarreta apenas um problema metodológico ou meramente classificatório, mas traz uma carga interpretativa e atuativa de fórmulas contidas em normas constitucionais. Contudo, esclareça-se que a função social da propriedade não diz respeito exclusivamente aos seus limites, pois ela concerne o conteúdo global da disciplina proprietária. Restringir a noção de função social somente aos limites do direito de propriedade traria um caráter apenas negativo ao princípio constitucional, restringindo um direito do proprietário que não pode ser ilimitado. Porém, em um contexto constitucional de solidariedade política, econômica e social, com foco no pleno desenvolvimento da pessoa, a função social assume um papel promocional. Portanto, além de impor limites, a função social disciplina as formas de propriedade e as interpretações sobre as normas que disciplinam tal direito, a fim de garantir e promover os valores que fundam o ordenamento. A função social torna-se, assim, a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito, sendo um critério para o legislador e também para a individuação da norma a ser aplicada pelo intérprete da legislação pertinente (PERLINGIERI, 2002, p. 224-226).

A função social da propriedade pode ter suas origens filosóficas buscadas nas lições de Aristóteles e São Tomás de Aquino, para os quais os bens apropriados pelo homem deveriam ter seu uso direcionado ao bem comum, ou seja, embora permitida a apropriação privada de bens, o uso deles pelos proprietários deveria trazer alguma utilidade para a sociedade. Após os movimentos liberais, que consagraram o direito de propriedade privada como um direito fundamental, a evolução do Estado, que teve de enfrentar os problemas ocasionados por uma sociedade desigual e hipercomplexa, fez com que surgisse um movimento pela imposição, muitas vezes com hierarquia constitucional[9], da necessidade de observância da função social da propriedade. A função social passa a ter grande importância

[9] A função social da propriedade é prevista no art. 5°, XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

sobre a questão da dominialidade dos bens, devendo ser entendida como princípio que rege a devida utilização deles, possuindo força normativa independentemente da existência de títulos jurídicos de propriedade, estando ligada ao bem social que pode ser alcançado com o devido uso da coisa, e não a prerrogativas de titulares da dominialidade. Desse modo, a necessidade de observância da função social impõe uma releitura do direito de propriedade, que não é absoluto e formal, sendo justificado apenas quando seu uso social é realizado, principalmente nos casos que extrapolam o simples mercado, seja para fins de moradia ou de produção (MOTA, 2009).

As mudanças legislativas não podem ser arbitrárias e devem assegurar a função social da propriedade a qual se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas, que devem se submeter ao controle de conformidade constitucional. De tal maneira, toda lei deve realizar a função social da propriedade. É por meio desse juízo de conformidade da legislação à função social que se realiza o controle de legitimidade constitucional. Por outro lado, a função social também é um critério de interpretação da temática proprietária para o juiz e demais operadores do Direito. O intérprete deve, além de suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. A função social representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão analógica das normas que têm um conteúdo que, em via interpretativa, resulta em implementação do princípio (PERLIGIERI, 2002, p. 227-228).

Ressalta-se, ainda, que também para o proprietário a função social assume o papel de princípio geral, pois a autonomia não é livre arbítrio. Os atos e atividades do proprietário não podem perseguir fins antissociais, mas, para obterem reconhecimento jurídico, devem ser também avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade lhe foi garantido e reconhecido. A ausência de atuação da função social implica a falta de razão da garantia e reconhecimento do direito de propriedade. E, para melhor compreender a função social, deve-se entender que não somente a exploração da utilidade econômica do bem está nela abrangida. Há função social não apenas na propriedade da empresa, mas também na casa de habitação e nos bens móveis que ela contém. Cada qual com uma diferente intensidade de utilidade geral e individual, pode-se realizar a função social ao satisfazer exigências merecedoras de tutela, não necessariamente do mercado e da produção, mas também aquelas pessoais, existenciais, individuais ou comunitárias. É preciso falar, portanto, de conteúdos

mínimos da propriedade, que deve ser interpretada não sob o prisma jusnaturalista, mas em relação à Constituição, que garante a propriedade e atribui à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, de gozo e os limites do direito de propriedade, com o objetivo de assegurar a sua função social e de torná-la acessível a todos. A função social não pode contrastar o conteúdo mínimo da propriedade, pois são aspectos complementares e justificativos da propriedade (PERLINGIERI, 2002, p. 228-231).

É preciso também melhor delimitar a questão da função social da posse, diferenciando-a da função social da propriedade. Há a visão tradicional na doutrina jurídica de que a posse é mera exteriorização da propriedade. Contudo, limitar o fenômeno possessório dessa maneira é incompatível com a realidade, a qual precisa ser reconhecida pelo sistema jurídico. Tal confinamento conceitual contradiz a própria história, em que a posse se desenvolveu antes do surgimento da propriedade. Enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, deve ser vista como um direito. À medida que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que ela não é mero conteúdo do direito de propriedade, mas sua causa e necessidade. Deve haver, dessa forma, tratamento diferenciado entre posse e propriedade, em especial à função social da posse (FACHIN, 1988, p. 13).

Para a melhor diferenciação entre posse e propriedade, é preciso fazer, antes, uma breve digressão histórica, pois foram as condições econômicas e políticas ao longo da história que determinaram a origem e o desenvolvimento da propriedade. No período da Antiguidade, anterior ao Direito clássico, admite-se que a propriedade comum constituiu a primeira forma de propriedade, diretamente ligada à família. Já em Roma, a propriedade constituiu direito absoluto e perpétuo, excluindo-se a possibilidade de vários titulares exercitá-la. Na Idade Média, consagrou-se a superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único bem, pois o senhor feudal dividia a sua terra em duas partes, uma a ele pertencente e somente por ele cultivada; e outra que era dividida entre muitos arrendatários, os quais trabalhavam não somente nas terras arrendadas, mas também cultivavam, em favor do senhor feudal, as faixas de terra exclusivas dele. A Revolução Francesa instaurou o individualismo e o liberalismo, buscando dar um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios e cancelando direitos perpétuos. Porém, esse fito da burguesia ficou diretamente condicionado aos seus interesses econômicos e políticos, alterando-se as concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia. A afirmação máxima do direito de

propriedade, nos moldes modernos, emergiu do Código napoleônico e, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi constituída como direito inviolável e sagrado. Em diversas normativas dessa época, a propriedade foi estatuída como o direito de gozar e de dispor do bem de modo absoluto. Porém, a partir da Constituição de Weimar, há o progressivo reconhecimento de uma ordem econômica e social com implicações para o direito de propriedade, de forma a constituir uma nova etapa frente ao liberalismo e ao individualismo exacerbados oriundos das revoluções burguesas. Essa brevíssima síntese histórica (que em muito simplifica, obviamente, toda a complexidade da evolução da sociedade ao longo de milênios) auxilia na demonstração do substrato econômico e político que induz a configurar e proteger a propriedade privada. A defesa da autonomia da posse, apesar de não descaracterizar essa ingerência, permite, pelo menos, outra abordagem do problema (FACHIN, 1988, p. 14-16).

A exacerbação do individualismo imiscuiu na propriedade o caráter de inviolabilidade e de absolutismo. Porém, hodiernamente já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo que as restrições e induzimentos aplicados ao direito de propriedade integram o conteúdo da função social da propriedade, a qual não se confunde com a função social da posse. A função social da propriedade relaciona-se com o uso desta, alterando alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício. Desenvolveu-se, na Constituição de Weimar, a concepção de que a propriedade obriga, ou seja, seu uso deve servir ao bem da coletividade, elevando a ideia de função social da propriedade à categoria de princípio jurídico. Tal conceito de obrigação, portanto, encontra a necessária correspondência no princípio da função social da propriedade, no sentido de consideração à solidariedade social, compreendendo os direitos do proprietário e os deveres que lhe são impostos pela legislação (FACHIN, 1988, p. 17).

A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual de seu tradicional regime, porém não muda a sua essência, mas apenas disciplina uma parcela da propriedade, qual seja, o seu uso. O processo histórico de apropriação do homem sobre a terra foi desenvolvido artificialmente e, em cada época, a propriedade constituiu-se de contornos diversos, amoldando-se às relações sociais e econômicas vigentes. O atual grau de complexidade do instituto da propriedade deriva do enorme grau de complexidade adquirido nas relações sociais. O princípio da função social da propriedade corresponde a limitações, em

sentido amplo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade, constituindo vasto campo de estudo no Direito público e privado (FACHIN, 1988, p. 18-19).

A função social da posse está em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é muito mais evidente na posse do que na propriedade, já que esta, mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e dá à propriedade um caráter dinâmico (em substituição à visão clássica de seu caráter estático), representando uma projeção de reação anti-individualista. Seu fundamento é eliminar da propriedade privada aquilo que é eliminável. Já o fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade. A função social da posse deve ser vista em dois sentidos: necessidade de que a ordenação jurídica seja expoente da realidade social; e tendência a modificar determinadas estruturas sociais e os correspondentes quadros jurídicos. A posse tem sentido distinto da propriedade, sendo uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos. Dar autonomia à posse significa construir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há uma distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. Portanto, a posse assume uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser representação da riqueza ou manifestação de poder. Ela é uma concessão à necessidade (FACHIN, 1988, p. 19-21).

Na tradicional lição de Savigny, encontra-se a lógica de que a posse deve ser protegida em razão da proteção que deve ser cedida a toda pessoa contra a violência, tornando o indivíduo o núcleo da defesa possessória. Em tal concepção clássica, há a redução da posse a um mínimo básico de autonomia frente à propriedade, revelando-se um avanço em relação à previsão legal do Código Napoleônico. Já na visão de Jhering, que há séculos disputa protagonismo com a de Savigny, a posse gira em torno da propriedade, concebendo a proteção possessória como a guarda avançada da propriedade, complementando a sua defesa. A posse em Jhering exterioriza a propriedade, é a sua visibilidade. A teoria de Jhering abre exceção à defesa possessória do não proprietário porque se funda em uma aparência, pois exteriormente não há diferença entre possuidor proprietário e possuidor não proprietário. Sua teoria foi designada de objetiva, pois nela era desnecessário o *animus domini* para a configuração da posse. Assim, a diferença entre posse e detenção não estaria em um emento volitivo, mas em mero tratamento legal. Para Savigny, o elemento volitivo era requisito para a posse, o que

tornaria locatários, comodatários e depositários meramente detentores; para Jhering, são legítimos possuidores. Para Savigny, a detenção é o contato físico, e a posse é esse contato somado à intenção de ser dono. Em Jhering, o *animus* tem caráter secundário. Portanto, a teoria objetiva estende a proteção possessória a um maior número de pessoas. A doutrina de Jhering foi amplamente adotada, tendo este jurista vivido em um período de transição entre o método histórico-natural e o positivismo, época na qual a Europa vivia o triunfo do liberalismo, do individualismo e o início das codificações. A posse como exteriorização da propriedade se liga a esses valores, pois facilita a defesa da propriedade e lhe fornece meios eficazes para garantir o seu poder (FACHIN, 1988, p. 25-28).

Em suma, a natureza da posse, para Savigny, está ligada aos fatos, que gera consequências jurídicas; da teoria de Jhering, depreende-se que a posse é um direito, sem estabelecer se é um direito real ou pessoal. Enquanto Savigny justifica a defesa da posse como decorrência do princípio da interdição da violência (ou seja, em torno da pessoa), Jhering a fundamenta como um meio de facilitar a defesa da propriedade. O *corpus*, elemento da posse para ambos os pensadores, pode ser entendido como a relação entre o sujeito e a coisa, derivando daí a concepção de que a posse é um fato. O *animus* pode ser visto como intenção que equivale a pensamento, consciência de algo determinado, intenção que se liga a uma conduta social e juridicamente relevante. Em Savigny, o *corpus* é a possibilidade imediata de dispor da coisa e excluir terceiros, sendo dispensável o contato físico. Porém, para ele é necessário que a coisa esteja sob poder do possuidor e que se faça sempre presente a possibilidade de exercitar-se o poder físico sobre a coisa. Em Jhering, o *corpus* adquire outra concepção, pois passa a consistir no fato de o possuidor agir como dono da coisa, tendo aparência exterior de domínio. Imprime-se à posse, assim, um caráter econômico, sendo a destinação econômica fundamental para a configuração da posse. Assim, Jhering enxerga no *corpus* a exterioridade da propriedade, logo, onde não pode haver propriedade, não poderia haver posse. Porém, tal concepção traz em si um anacronismo, pois a posse, como já exposto, é anterior à propriedade. Na teoria objetiva, o *animus* é apenas um elemento volicional necessário para que o *corpus* seja um ato consciente; na subjetiva, o *animus* é uma intenção especial do possuidor e serve para distinguir a posse da detenção (FACHIN, 1988, p. 28-29). Na legislação brasileira, o *animus* não é essencial para a configuração da posse, porém é necessário para qualificar a posse apta a gerar a usucapião. A posse, para a usucapião, deve ser a título de proprietário, contínua, ininterrupta, pública, pacífica, inequívoca e atual. Para a

usucapião, não basta a posse que legitima o socorro aos remédios possessórios, também sendo necessária para ela o *animus domini*, ou seja, a vontade de possuir como dono (FACHIN, 1988, p. 43).

Um ponto central de discussão sobre a posse é quanto à sua natureza jurídica, ou seja, se é um fato ou um direito. Se for um direito, direito pessoal não pode ser, pois não se cogita de relação jurídica entre sujeitos na posse e nem dos demais caracteres peculiares do direito pessoal. Também a posse não foi elencada nos direitos reais previstos no Código Civil brasileiro. Na legislação brasileira, a posse não é, portanto, um direito real, podendo, no entanto, por meio da prescrição aquisitiva, levar a um direito real. Para Jhering, a posse é um direito, pois ele entende direito como interesse juridicamente protegido, sendo a posse um interesse a reclamar proteção e digna de recebê-la. Porém, a posse normalmente representa a propriedade. Assim, confrontando-se posse e domínio, ela, na concepção tradicional, perece, daí porque se costuma afirmar que a posse seria um direito provisório diante da propriedade, uma espécie de direito sob condição resolutiva, cujo implemento seria a reivindicação da coisa pelo proprietário. Tal visão é consagrada entre os civilistas, mas, para ela garantir a função social da posse, precisa sofrer uma releitura, pois a problemática ganha outro contorno quando se concebe a posse de modo autônomo, como situação jurídica em si mesma, geradora de outras situações jurídicas (FACHIN, 1988, p. 45-46).

Para melhor entender essa situação, é preciso considerar que a posse, como exteriorização de uma dada situação de poder entre o homem e uma coisa, pode ser encontrada em três situações: como conteúdo de certos direitos; como requisito para a aquisição de certos direitos reais e como posse por si mesma. Na primeira hipótese, a posse não é uma forma de atribuir direito ao sujeito, mas um modo de atuar o direito, ou seja, é a exteriorização do uso e do gozo daquele direito, como por exemplo, o direito de propriedade. Na segunda hipótese, ela é condição de origem e constituição e manutenção de direitos reais, como na usucapião de bens imóveis e na tradição de bens móveis, assim como seu exercício é condição para manutenção de direitos reais, como a servidão, o direito de superfície, entre outros. Na propriedade em si, como se demonstrará, com a admissão de que sua utilização é condição de cumprimento da função social da coisa, o não exercício da posse gerará a mitigação da proteção desse direito real, embora alguns sustentem até mesmo a perda dele. Por fim, a posse pode ser considerada em si mesma quando estiver desarticulada da existência de qualquer direito como suporte de existência, por ter nascido como fato independente e

isolável ou, excepcionalmente, quando há o desligamento do direito que lhe originou, por meio da interversão da posse (TORRES, 2010, p. 299-301).

A posse decorrente do direito de propriedade ou de algum direito real é a exteriorização das faculdades inerentes ao domínio, vinculando-se e submetendo-se a ele, sem autonomia e seguindo, em tese, a sorte do domínio, exceto quando autonomizada em consequência de algum vício no título aquisitivo. Por outro lado, a posse desvinculada de qualquer direito subjacente é a posse verdadeira, a qual deve ser considerada como instituto jurídico autônomo, isolável, destacado e paralelo ao instituto da propriedade. O ponto em comum das duas modalidades de posse é que, somente por meio delas, são possíveis o exercício e o desenvolvimento da atividade humana sobre o solo. Ressalva-se, entretanto, que tanto a propriedade como a posse podem existir isoladamente, mas a propriedade sem a posse torna-se um recipiente oco, tendo sua função econômica e social extremamente limitada. A propriedade sobreviverá sem o exercício da posse, de forma abstrata e com base apenas no título aquisitivo. A posse, ao contrário, não sobrevive sem a realidade de sua existência, não havendo como imaginar posse meramente abstrata. Por tal razão, a função social é muito mais evidente na posse do que na propriedade que, mesmo sem seu uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade tem por finalidade substituir um conceito estático por um dinâmico do direito de propriedade, correspondendo a uma reação anti-individualista. Assim, a propriedade sem posse é mera abstração jurídica, possuindo uma linha tênue de existência (TORRES, 2010, p. 302-303).

Seguindo o raciocínio, é a posse que permite a utilização direta ou indireta da coisa, garantindo eficácia econômica e social ao direito de propriedade, ou seja, é ela que permite fazer valer as faculdades de uso e gozo da coisa, facilitando, ainda, a possibilidade de alienação desta. Conclui-se, assim, que é a posse que possui realmente uma função social, pois, somente por meio dela (direta ou indireta), é possível a utilização da coisa com sua devida destinação, o que é imprescindível para o cumprimento da função social da propriedade. É por meio da efetiva posse do proprietário que se pode aferir se ele está cumprindo com seu compromisso social, e, somente nesse caso, estará a salvo das consequências previstas no ordenamento para aqueles que não cumprem a função social da propriedade. Por função social da propriedade há de se entender, portanto, um princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, pois eles, como fenômenos da realidade, é que são destinados socialmente, e não o direito, que é um fenômeno abstrato.

Desse modo, a posse, como conteúdo do direito, é indispensável ao cumprimento da função social da propriedade, pois é mediante a posse que o homem tem a possibilidade de atender às suas necessidades vitais, como a moradia e o cultivo (TORRES, 2010, p. 304-305).

A posse representa, no sistema capitalista (cuja durabilidade estaria ligada a graduais transformações por que passa na evolução da sociedade), o contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada por meio das generalizações econômico-jurídicas talhadas no patrimônio, no capital, no crédito e no dinheiro. Os contornos da função social, tanto na propriedade quanto na posse, localizam-se na atividade exercida pelo titular da relação sobre a coisa ao seu dispor, não compactuando a função social com a inércia do titular. Há necessidade de se destinar a coisa econômica e socialmente. Se a função social da propriedade é, de fato, exercida pela função social que a posse (como conteúdo do direito) possui, ou seja, se é pela posse que a função social da propriedade se cumpre, pode-se afirmar que é a posse que tem uma função social saliente, e não a propriedade em si. Diante disso, tudo o que se abordou acerca da função social da propriedade deve se aplicar à função social da posse (TORRES, 2010, p. 305-308).

Diante da necessidade de atendimento de sua função social, a posse com função social e a posse qualificada divergem da posse simples ou comum, diante da presença da atividade humana social e economicamente, o que ocorre, por exemplo, por meio da moradia, do desenvolvimento de alguma atividade comercial ou industrial ou pela exploração agropecuária da terra. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro reduziu os prazos para a usucapião quando houver moradia e desenvolvimento de atividade socialmente útil sobre a coisa, permitindo, ainda, no art. 1228, §§4º e 5º, do Código Civil (BRASIL, 2002), que o juiz, após reconhecer a existência de uma situação social dada, não acolha pedido reivindicatório do dono da coisa, prevalecendo a posse cumpridora da função social sobre a propriedade que não a cumpre. Ressalta-se que toda posse tem proteção e, em tese, toda posse tem função social. Apesar disso, a abstração decorrente da espiritualização do fenômeno possessório permitiu a existência de uma posse sem a visibilidade preconizada na teoria objetiva de Jhering. Tal abstração possibilita a acumulação da coisa como capital, atendendo apenas ao interesse individual do titular, sem qualquer contrapartida social. Dessa maneira, apesar de a posse simples merecer proteção, no confronto entre ela e a posse com função social, a última deve prevalecer, merecendo uma proteção especial do sistema jurídico (TORRES, 2010, p. 309).

Percebe-se, assim, que a função social da propriedade é um princípio jurídico que, ao lado da função social da posse, exige novo tratamento jurídico compatível com a posse material e com adequados prazos de usucapião para aqueles que executam a função social da posse. A usucapião acaba por concretizar a função social da posse à medida que penaliza o proprietário que não cumpre a função social de sua propriedade (FACHIN, 1988, p. 95). É nesse sentido que a usucapião se torna um importante instrumento de reconhecimento daquele que dá a devida destinação aos seus bens (LIRA, 1997), principalmente a especial. Dessa forma, a usucapião especial urbana e rural[10], ao facilitar a aquisição originária da propriedade àqueles que, sem possuir outro imóvel, ocupam pequenas porções de terra para fim de moradia nas cidades ou de produção no campo, reconhece devidamente as pessoas que, mesmo diante das adversidades de uma sociedade desigual, deram a correta destinação a um bem cujo proprietário quedava-se inerte no seu mister com o bem comum.[11][12] Ressalva-se que, apesar da importância do princípio da função social da propriedade para a releitura e redefinição das garantias do sistema ao proprietário, isso não significa que o domínio deve atender exclusivamente ao interesse social ou afastar do direito subjetivo a sua vocação individualista, centrada no atendimento das necessidades individuais de seu titular. Porém, a função social impõe deveres ao titular, e a falta de cumprimento deles gera uma propriedade desfuncionalizada, sujeitando o titular à perda de proteção do respectivo direito (TORRES, 2010, p. 368).

A propriedade capitalista valoriza o elemento econômico e maximiza o interesse particular do titular do domínio. Por exemplo, em um terreno em que seja permitida a construção de dez pavimentos, há significativo aumento do capital investido na aquisição da coisa. Tal situação em nada viola os princípios constitucionais quando o momento da construção não fica atrelado unicamente ao interesse do proprietário, devendo obedecer também ao interesse público. Isso se materializa, por exemplo, com a determinação da edificação compulsória ao proprietário que não utiliza ou subutiliza a coisa. Uma noção de propriedade privada unicamente atrelada ao interesse individual é consentânea apenas com a

[10] Vide arts. 183 e 191 da CRFB/88.

[11] A CRFB/88, contudo, concebeu privilégio ao Estado, ao estabelecer que os bens dele são insuscetíveis de aquisição por usucapião em seu art. 183, §3º. Dessa forma, há uma complacência com o Estado quando ele não destina devidamente seus bens, mesmo que outra pessoa assim o faça (LIRA, 1997). Tal distorção deveria ser reanalisada caso a caso, quando se tratar de população menos favorecida que ocupa tais bens, devendo-se privilegiar a proteção da posse desses cidadãos por meio de políticas de regularização fundiária e cessão de uso de bens ou até mesmo de dominialidade pelos governos envolvidos.

[12] Uma inovação importante, que ajuda a reforçar o comportamento daquele que cumpre a função social da propriedade, é a previsão da usucapião coletiva no bojo do Estatuto das Cidades (PEREIRA, D., 2009).

propriedade privada absoluta do passado, pois ter a terra para fins meramente especulativos atenderia ao aspecto econômico da coisa apenas em uma ótica extremamente individualista. Entretanto, uma visão mais moderna do direito de propriedade reclama a introdução do elemento social, devendo a apropriação dos bens e sua utilização sofrer também uma abordagem coletiva. A lógica do mercado especulativo de terras apenas atende ao direito à livre inciativa em uma concepção equivocada, pois, nos moldes da Constituição Federal, a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna das pessoas, conforme os ditames da justiça social, contribuindo para a redução das desigualdades regionais e sociais[13]. É justamente pela valoração jurídica das necessidades básicas do homem que se pode construir um elo para estabelecer a compatibilidade entre a liberdade de iniciativa econômica e a responsabilidade pelo devido respeito à dignidade da pessoa humana (TORRES, 2010, p. 379-383).

Ademais, é preciso avançar sobre o tratamento acerca da autonomia da posse em relação à propriedade. A questão relativa ao fundamento da posse está intrinsicamente ligada à sua autonomia. A posse será autônoma considerada em si mesma, com a desvinculação de qualquer relação jurídica precedente ao seu surgimento. Assim, não há necessidade de que se recorra a outro instituto previsto no ordenamento jurídico, concentrando-se no próprio fenômeno possessório a justificativa suficiente para a outorga da proteção. Distingue-se, assim, a posse autônoma da heterônoma, que é aquela posse que se fundamenta e se justifica em razão de institutos estranhos à posse, como a propriedade ou outro direito real. Percebe-se que a importância econômica e social da posse não é compatível com que seja considerada apenas como a sentinela da propriedade (como dito por Jhering) ou que seja um mero apoio para um instituto que já goza de adequada proteção do sistema. A tutela da posse não deve se fundamentar em razão de o possuidor ter aparência de dono, mas sim diante da função econômica e social que representa para o possuidor e para a sociedade (TORRES, 2010, p. 311-312). Ressalta-se que a visibilidade que existe na posse é dela mesma, e não da propriedade, pois, em diversas situações, o possuidor não é proprietário e não tem qualquer vínculo com o proprietário (TORRES, 2010, p. 317).

A posse merece proteção por si mesma, sendo necessário, porém, reconhecer que ela cumpra uma função socioeconômica. A usurpação da posse ou da propriedade alheia não deve ser tolerada ou protegida quando aquele que ocupa a coisa intenta praticar atos de visibilidade

[13] Vide art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

apenas com a intenção de especulação. O usurpador visa ao reconhecimento de seus atos como possuidor com o intuito de se valer futuramente da transformação da natureza de sua relação com a coisa, alcançando, pela usucapião, a propriedade e o poder de aliená-la. A vontade do verdadeiro possuidor não pode estar direcionada a um comportamento antissocial e indesejável, como a formação de banco de terras ou a usurpação da terra para fins especulativos. Para ser considerado possuidor, o agente deve possuir a intenção de dar uma destinação social e econômica à coisa possuída, pois, caso contrário, deve prevalecer o direito de propriedade ou a posse do anterior ocupante. Para tanto, não é difícil constatar se a posse está cumprindo sua função social, pois é facilmente perceptível a visibilidade natural dos atos praticados com a finalidade de moradia, plantação ou conservação, e quem assim age tem evidente presunção de exercer posse com função social (TORRES, 2010, p. 312-314). Deve ser reconhecido, portanto, que se protege a posse por si mesma, pois é por meio dela que se torna possível extrair as utilidades econômicas e sociais de alguma coisa (TORRES, 2010, p. 318).

Para tanto, é preciso que o mau proprietário perca a proteção da sua propriedade por descumprir a função social a ela inerente, limitando, inclusive, o seu direito de reivindicação (TORRES, 2010, p. 295). Em primeiro lugar, registra-se que não haverá choque entre propriedade e posse quando a primeira estiver cumprindo a sua função social, uma vez que é pela posse que se cumpre tal função. Essa é uma hipótese de posse-conteúdo do direito de propriedade regularmente exercido, havendo, dessa forma, posse com função social na propriedade quando esta cumpre a sua função social. Uma posse qualificada pela função social impede a constituição de outra que não tenha origem na primeira, ou seja, se o proprietário desdobra a sua posse em posse direta e indireta, ambas cumprem função social em conjunto ou separadamente. Diferente será quando houver o confronto entre o titular de uma propriedade que está inerte (não cumprindo a função social da propriedade), mantendo-a apenas para fins especulativos, e aqueles que não têm acesso à propriedade ou à posse. Há, assim, um conflito entre proprietários e não proprietários em torno da efetiva utilização da coisa, cuja titularidade pertence aos primeiros. No conflito entre o titular de uma posse autônoma funcionalizada e o titular de uma propriedade desfuncionalizada (ou seja, em que não há efetiva posse pelo proprietário), tendo a sua inércia possibilitado a ocupação do bem por outrem, deve prevalecer a proteção à primeira, enquanto ela estiver cumprindo a sua função social (TORRES, 2010, p. 345-346).

Portanto, na posse heterônoma resultante do direito de propriedade, a função social da posse assume o caráter de condição de proteção do direito de propriedade, dentro do conteúdo e do conceito do próprio direito, diante da função social que deve ser inerente à propriedade em razão do princípio constitucional vigente. Nesse sentido, é aceitável a tese de que se protege a posse para proteger a propriedade, porque quando a posse é qualificada pela função social e decorre do direito de propriedade, a própria propriedade também estará funcionalizada e, dessa maneira, merecedora de proteção pelo sistema. Por outro lado, a posse autônoma, que não se funda em título algum que não seja a ocupação em si, requer a utilização do bem tanto para seu surgimento quanto para a sua mensuração, ainda que se admita a espiritualização parcial da posse. Porém, como exposto, essa posse não necessariamente cumpre uma função social e, por essa razão, a posse com objetivo especulativo só merece proteção provisória, devendo cessar caso, por exemplo, seja oposta à reivindicação da coisa pelo proprietário (TORRES, 2010, p. 347).

Sustenta-se, assim, que a propriedade sem função social perde a garantia do sistema, inclusive a faculdade de reivindicar a coisa que está nas mãos de outrem não autorizado a tanto ou de quem a mantenha com abuso de confiança por violação da obrigação de restituir a coisa ao seu dono. A posse cumpridora de sua função social confere a dignidade ao possuidor, sendo as funções exercidas por meio dela um passo importante para a erradicação da pobreza e eliminação das desigualdades sociais. Assim, o absolutismo da propriedade deve ceder lugar à função social, na qual não é possível utilizar ilimitadamente a coisa, em razão da força impulsiva inserida no cerne da propriedade pela função social, devendo o uso da coisa atender e não prejudicar a sua função socialmente desejada. Diante do confronto entre uma propriedade desfuncionalizada e uma posse que garante necessidades vitais do possuidor (como moradia e subsistência) – geralmente uma pessoa que não tinha meios de adquirir a coisa por meio da compra de um título dominial e ocupa uma área estritamente necessária para o atendimento de suas necessidades básicas – o sistema deve pender para a proteção da posse funcionalizada. Isso porque se reconhece que o princípio da função social não é externo ao direito de propriedade, mas é seu elemento interno e estrutural, sendo lícito indagar se persiste a proteção do sistema ao direito de propriedade quando este não atende à sua função social (TORRES, 2010, p. 348-350).

Entretanto, o direito infraconstitucional (baseado, principalmente, no Código Civil) sempre tratou como digno de proteção definitiva o direito de propriedade, dando à posse uma

proteção apenas provisória. Assim, a posse, em tal interpretação, sucumbia toda vez que o conflito se instaurava em face do direito de propriedade, ou seja, independentemente da atividade exercida pelo possuidor sobre a coisa, o direito de utilização cessaria em qualquer demanda em que alguém provasse a titularidade do bem objeto de litígio. A proteção, tradicionalmente, só se mostrava definitiva quando não se cuidava mais de posse, mas sim de propriedade adquirida pela usucapião. Com o Código Civil de 2002, o legislador preocupou-se, no conflito entre a posse e a propriedade, com o reconhecimento de uma posse qualificada pela função social, buscando protegê-la mais eficazmente, como por meio da redução dos prazos para a usucapião nessa modalidade possessória. Ademais, criou-se uma nova modalidade de perda de propriedade do imóvel, mediante uma desapropriação judicial fundamentada no interesse social e econômico da posse, nos moldes do art. 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, substituindo a tutela reivindicatória do proprietário por uma indenizatória, quando cumpridos os requisitos legais (TORRES, 2010, p. 354-357).

Nota-se que, nesse confronto posse-propriedade, a preocupação sempre foi a de estabelecer o momento em que a posse se transformaria em posse titulada-propriedade, somente quando o possuidor passaria a contar com a proteção definitiva do sistema jurídico, pois, fora dessas hipóteses, a proteção da posse era casuística e provisória, verificável exclusivamente no conflito possessório, mas sucumbindo perante a reivindicação da coisa pelo proprietário na ação própria. Embora o Código Civil de 2002 tenha garantido maior proteção à posse que o anterior, ainda manteve a figura do proprietário como central, sendo caracterizado como o titular de um direito sobre um bem em situação privilegiada, fundando-se na segurança jurídica que o sistema confere ao direito de propriedade, mas também em razão de sua representatividade econômica e social. Não se está rechaçando o fato de que o possuidor da posse autônoma possa, de fato, pretender converter a sua posse em propriedade, o que é inclusive estimulado pelo sistema ao reduzir os prazos de usucapião ou instituindo a usucapião coletiva, nos moldes do art. 10 do Estatuto da Cidade. Ter a condição de proprietário permite ao titular da coisa maior penetração no meio social e econômico, possibilitando a obtenção de financiamentos institucionais e, principalmente, a ostentação da condição social de proprietário (TORRES, 2010, p. 357-358).

Há, ainda, outro argumento que tem dificultado a devida proteção da posse autônoma em face da propriedade desfuncionalizada. Afirma-se que o legislador constitucional já tratou do tema do não cumprimento da função social da propriedade, prevendo as sanções do art.

182, §4º, da Constituição Federal (IPTU progressivo, edificação ou parcelamento compulsório e desapropriação-sanção). Não haveria, portanto, vácuo legislativo nesse assunto, de maneira que haveria inconstitucionalidade caso fosse prevista outra modalidade de sanção no ordenamento infraconstitucional. Todavia, há considerável parte da doutrina que afirma que a consequência pelo descumprimento da função social da propriedade conduz a consequências outras que não só as sanções constitucionalmente previstas, indicando a perda de tutela, de legitimidade e, às vezes, do próprio direito de propriedade, pois, na sociedade contemporânea, a finalidade natural da propriedade imobiliária é sua finalidade social, expressa na função social (TORRES, 2010, p. 369-370). Percebe-se, assim, que as sanções constitucionais são plenamente aplicáveis e são importantes instrumentos para que o poder público possa agir para que a propriedade urbana cumpra sua função social. Porém, em muitas situações, esse conflito não é restrito ao proprietário e ao poder público, envolvendo terceiros, quais sejam, aqueles possuidores autônomos da coisa que cumprem a sua função social. É nesse ponto que as sanções constitucionais se tornam insuficientes, pois não trazem a devida proteção ao possuidor, que deve ter os seus direitos fundamentais igualmente tutelados. Para a garantia desses direitos, é preciso que se proteja a posse funcionalizada em face da propriedade desfuncionalizada.

Em consequência dos princípios constitucionais aqui tratados, a propriedade tem, portanto, uma função a cumprir e, quando o titular do direito de propriedade a cumpre, não haverá razão para se cogitar um conflito entre posse e propriedade. Porém, é o descaso no cumprimento dessa função que poderá levar a uma situação conflituosa, na qual surja um possuidor que dê à coisa a destinação social exigida pela comunidade, sendo sua posse desvinculada completamente do proprietário em mora com seus deveres. Contudo, reafirma-se aqui, é preciso que se trate de posse que cumpra sua função social; caso contrário, tratar-se-á apenas de posse civil, com base na espiritualização da posse que o direito positivo admite. Dessa forma, enquanto a coisa permanecer sem a utilização por terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse e possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. A posse artificial, meramente civil, em confronto com a posse real, efetiva (qualificada pela função social), deve ceder a esta. Tudo isso gira em torno do conceito de que a propriedade sem a posse é uma instituição vazia de conteúdo, salvo na hipótese de desdobramento da posse direta em indireta, o que garante a destinação socioeconômica da coisa. Ou seja, só

haverá cumprimento da função social do bem quando o proprietário ou o possuidor cristalizarem a destinação socioeconômica de determinada coisa (TORRES, 2010, p. 372-375).

Porém, apesar da importância de uma maior proteção da posse, como anteriormente exposto, os códigos civis tradicionalmente opõem posse à propriedade e têm sido interpretados e aplicados pelo sistema jurídico de forma a privilegiar a propriedade em detrimento da posse, quando, no conflito, há concorrência e oposição entre elas. Nas áreas metropolitanas, os assentamentos irregulares representam formas de transgressão à ordem jurídica e à ordem urbanística. A primeira está relacionada à falta de títulos de posse ou de propriedade legalmente reconhecidos; a segunda, ao não cumprimento das normas de construção da cidade. Tais assentamentos surgem tanto pela ocupação direta (de terras públicas ou privadas), quanto por meio de um mercado informal de terras (ilegal), que provê acesso à terra de forma mais barata, diante das condições físicas e jurídicas precárias. É preciso ressaltar, porém, que, dentro da própria informalidade, coexistem diversas situações, como: proprietários com títulos registrados ou não; possuidores de comprovante de compra e venda legal, que se transformarão em proprietários quando pagarem as parcelas ainda devidas e quando possuírem dinheiro para registrar a escritura; possuidores que compraram lote irregular ou clandestino e que têm unicamente um comprovante de compra e venda, no qual se estipula que o imóvel só poderá ser escriturado quando as autoridades liberarem o bem para tanto; ocupantes de terra que, por usucapião, tornaram-se proprietários; compradores de lotes ou unidades habitacionais públicas por meio de transferência de um comprovante de compra e venda cuja legalidade não é reconhecida pelo sistema jurídico; outras situações relacionadas a formas de domínio duvidosas; proprietários que usam “laranjas” para a escrituração de suas propriedades etc. (OSÓRIO, 2004, p. 28-30).

Como se pode vislumbrar desse cenário, apesar do reconhecimento formal do direito à moradia adequada pela maioria dos países latino-americanos, o problema habitacional na região é grave, o que revela uma grande distância entre as normas jurídicas e a realidade social. Menciona-se o fim a ser atingido (moradia adequada), sem disponibilizarem-se os meios para tanto (segurança da posse, disponibilidade de serviços e infraestrutura, possibilidade de manutenção, programas e políticas públicas, aportes de recursos). Apesar de diversas Constituições locais preverem a obrigatoriedade de a propriedade cumprir a sua função social, as normas são, na prática, ineficazes, em razão da não regulamentação ou não

aplicação das sanções aos proprietários infratores. A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e a terra, pois, sem ela, o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. Por estar ligada a esse direito fundamental, a segurança da posse deve ser assegurada isonomicamente a todos, abrangendo a população excluída que vive à margem da legalidade. Para garantir a segurança da posse, os países precisam legalmente reconhecer a diversidade das formas de uso e a ocupação do solo presentes nas áreas urbanas e rurais, por meio de normas nacionais de direito à moradia. No contexto latino-americano, isso implica reconhecer o direito das pessoas a permanecerem no local onde residem, garantindo-lhes proteção contra despejos e desastres naturais, independentemente da situação de posse em que se encontram, podendo abranger ocupações de áreas públicas, de áreas privadas, de prédios abandonados, aluguel, sistema cooperativado, compra de lote em parcelamento irregular, casa de emergência, propriedade individual, propriedade coletiva, posse de áreas tradicionais etc. (OSÓRIO, 2004, p. 34-36).

Um passo fundamental, portanto, para assegurar a destinação social das propriedades urbanas e rurais é a efetiva garantia, proteção e legitimação da posse, pois, como externado, a função social da propriedade se realiza por intermédio de atos concretos do possuidor, ou seja, daquele que tem a disponibilidade física dos bens, seja ele titular do direito de propriedade ou não, ainda que não possua título jurídico a justificar sua posse (ZAVASCKI, 2002). É necessário, desse modo, autonomizar a proteção da posse em relação à propriedade, privilegiando-se a posse qualificada pela função social em detrimento da propriedade, que não oferece a devida destinação ao bem (MOTA; TORRES, 2009), não devendo uma alegação de mera dominialidade ser suficiente para retirar o possuidor do usufruto de seu bem, ainda que ele ainda não possua tempo suficiente para adquirir por usucapião. A inércia do proprietário não deve prevalecer sobre o devido uso dado ao bem pelo possuidor. Encarar a posse não mais somente como uma projeção do direito de propriedade, mas como um instituto autônomo com capacidade de transformação da realidade social (PEREIRA, M., 2009) é fundamental para que haja a maior proteção dos moradores de assentamentos informais. Nessa toada, instrumentos legais, como títulos de legitimação da posse, são fundamentais para proporcionar segurança aos possuidores cumpridores da função social em face de proprietários inertes e desidiosos, incluindo aí o Estado. Não há de se falar em hierarquia, portanto, entre direito de propriedade e posse, podendo esta ser autônoma em relação àquela. Há, porém, uma forte inter-relação entre propriedade e posse, tendo em vista que a função

social da propriedade é cumprida justamente por meio da posse, razão pela qual, mais uma vez, afirma-se: deve prevalecer a proteção à posse legítima em face do proprietário que não cumpre a sua função social (PEREIRA, M., 2009).

A devida proteção da posse autônoma deve ser, portanto, encarada como a efetiva ampliação da proteção de direitos fundamentais das pessoas excluídas do acesso a terra e à moradia adequada. A posse permite a proteção do "ser" nas exigências mínimas da vida em sociedade, pois ela é um instrumento essencial da satisfação das necessidades humanas, ocorrendo em razão da titularidade de um direito real ou não. Atende, portanto, a direitos fundamentais da segunda dimensão, garantindo o exercício de atividades econômicas e sociais básicas, carecendo, assim, de proteção. Assegurar moradia e trabalho na terra mediante a posse é proporcionar efetividade aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, pois confere dignidade à pessoa e contribui para a erradicação da pobreza, formando uma sociedade mais justa e solidária. Surge, assim, outro conflito de bens jurídicos, também garantidos pelo sistema como direitos fundamentais tais qual a propriedade. Isso leva a discussão do paradigma meramente civilista, fundado principalmente no Código Civil, para uma discussão efetivamente constitucional. O Direito civil, ainda que tenha se renovado no trato da posse e da propriedade, não aboliu totalmente a roupagem que inspirou o sistema anterior e privilegiou o "ter", enquanto a Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido da valorização do "ser", devendo ganhar cada vez mais relevância, para a adequação do sistema à realidade social, o fenômeno da despatrimonialização do Direito civil. Nesse sentido, até mesmo o direito de propriedade passa a constituir uma dimensão inerente à dignidade da pessoa (TORRES, 2010, p. 376-379).

Contrariando a lógica meramente patrimonialista, a ocupação de terras públicas ou particulares pode estar pautada por uma lógica da necessidade, qual seja, a necessidade de obtenção de moradia, abrigo e sustento, bem como de ser reconhecido e ser tratado como pessoa. Necessário reconhecer, então, ao lado das tradicionais classificações da posse (justa/injusta; velha/nova; de boa ou má-fé), uma outra categoria, consistente na posse necessidade, ligada umbilicalmente à satisfação das necessidades elementares das pessoas, cujo exercício se impõe desafiando padrões e conceitos jurídicos. Dessa maneira, à eficácia jurídica *erga omnes* de um título de propriedade abstrato e desfuncionalizado se opõe uma eficácia fática de uma posse não formalmente titulada, mas plena e diretamente ligada à vida e ao desenvolvimento das necessidades humanas. A questão é patrimonial apenas

aparentemente, pois o entrechoque ocorre entre uma situação abstrata vinculada a um título jurídico vazio de realidade (propriedade não cumpridora de sua função social) e uma situação concreta – a realidade da posse com função social – sendo que esta possui a especial natureza de espaço vital de radicação e sobrevivência. É mediante a posse com função social que o bem imóvel pode atender a direitos fundamentais de segunda dimensão e, por essa só razão, já justificaria a necessidade de proteção especial à posse qualificada pela função social, seja autônoma ou heterônoma (TORRES, 2010, p. 383-385).

Portanto, o Direito civil deve ser lido a partir da Constituição, dotando-se as normas de dDreito privado do olhar constitucional. A opção de se legislar por princípios é eficaz, após se consolidar a tese acerca da normatividade dos princípios jurídicos. Os princípios permitem ao juiz, diante do caso concreto, oxigenar o sistema com valores superiores, fundamentos básicos, normas-chave do sistema jurídico. Os princípios possuem papel fundamental no conflito entre posse e propriedade, pois neste fica clara a colisão de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão (direito de propriedade; direito à moradia e ao trabalho). Impõe-se, assim, para resolver esse conflito de direitos fundamentais, a aplicação de princípio constitucional fundante e o respeito aos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição Federal. Tanto a propriedade quanto a posse estão compreendidas na expressão propriedade, inserida no art. 5º, XXII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois se deve interpretar "propriedade" em sentido amplo, compreendendo todas as relações jurídicas patrimoniais. No contexto das relações patrimoniais, a solução seria oferecida pelo Direito civil, que privilegia a propriedade em detrimento da posse. Tal solução, porém, somente deve ser adotada em uma interpretação restritiva, qual seja, a propriedade deve prevalecer somente no confronto com a posse desfuncionalizada. Entretanto, havendo constatação, no caso concreto, de que há posse dotada de função social, por esta atender a um só tempo um conteúdo patrimonial e um conteúdo não patrimonial, gerando acesso à moradia e ao trabalho, deve haver uma releitura constitucional das normas privadas para garantir a manutenção dessa posse, pelo menos enquanto ela cumprir sua função social (TORRES, 2010, p. 386-389).

Ora, tal interpretação leva em consideração a motivação da ocupação da coisa pelo possuidor não proprietário. A ocupação do imóvel alheio, na posse dotada de função social, ocorre com fins de moradia ou trabalho, e não por se querer violar direito de propriedade alheio. Na verdade, o possuidor respeita a propriedade e quer tornar-se proprietário por meio

do efetivo exercício da posse-moradia ou da posse-trabalho, para gozar da segurança e do status social do qual o proprietário é dotado. Na cidade, o fato de não possuir o título de propriedade legal da terra desqualifica o indivíduo na sua condição de habitante urbano, retirando-lhe a possibilidade de exercício de uma defesa que se processa em torno da questão da moradia. Ele passa a ser visto como ilegal, ou seja, para ter acesso à moradia, a população pobre tem que se colocar à margem da ordem jurídica dominante, para somente então tentar se integrar a esse mesmo sistema por meio da propriedade. Assim, ao se analisar a motivação da ocupação, percebe-se que, para os invasores, não se trata de agir legal ou ilegalmente, pois o problema de não ter onde morar supera essa questão, que se torna secundária. A motivação é tomada pela necessidade de ter onde morar, e é para garantir que não se interrompa esse direito à moradia já exercido de forma precária pelos ocupantes que se deve proteger a posse funcionalizada até que ela se torne propriedade, por meio da usucapião (TORRES, 2010, p. 390-394).

O Direito civil sempre privilegiou a propriedade imobiliária, pois ela simboliza o domínio por excelência sobre os bens da vida; porém, a realidade da maioria da população apenas conhece a necessidade. Daí surge o direito à moradia como força persuasiva da sobrevivência, que se põe em nítido confronto com o direito de propriedade de bens subutilizados ou não utilizados. A Constituição Federal, em seu art. 6º (BRASIL, 1988), considerou a moradia e o trabalho como direitos sociais fundamentais e, daí, a importância de ressaltar, no sentido acima abordado, que o exercício de tais direitos (no tocante ao uso do solo) independe do direito de propriedade, estando ligado diretamente à posse funcionalizada. Não se pode pôr em xeque, portanto, a existência de um direito à moradia oponível *erga omnes*, cuja existência depende da ocupação espacial do solo, não importando, em um primeiro momento, a natureza da ocupação, pois a ação é marcada preponderantemente pelo fator necessidade. Desse modo, tomando como critério a fundamentalidade substancial, o direito à moradia poderá assumir, em diversas situações, uma posição preferencial em relação ao direito de propriedade (TORRES, 2010, p. 394-396).

Como já defendido, quando há o descumprimento da função social da propriedade, há a perda da tutela constitucional desse direito, o que gera a perda ou a mitigação do direito de o proprietário reivindicar a coisa quando confrontado com um possuidor que cumpra a função social do bem, pelo menos enquanto continuar dando a devida destinação socioeconômica. O direito do proprietário estará paralisado nesse período, e o ordenamento

deverá tutelar o possuidor. Faz-se necessária, consequentemente, a consolidação da tese de que a posse qualificada pela função social merece uma proteção especial diversa daquela que o sistema tradicionalmente a confere, pois ela se instala justamente onde a propriedade não cumpre a sua função social e, além disso e principalmente, atende a direitos fundamentais sociais, como a moradia e o trabalho. (TORRES, 2010, p. 400-403).

Percebe-se, por outro lado, que a função social da posse e a proteção que deve ser dada ao direito à moradia recaem inclusive sobre as terras públicas ocupadas por particulares, quando presente imediato interesse social. Ora, apesar de a Constituição Federal de 1988, em seu art. 183, §3º (BRASIL, 1988), ter vedado a usucapião de terras públicas, tal regra constitucional não pode ser interpretada como um direito discricionário do poder público de remover indiscriminadamente os ocupantes de suas terras. Em uma situação de ausência de eficaz política habitacional, que gera a pressão por ocupação de terras públicas e particulares pelas pessoas mais pobres, não há como se ignorar a grave fragilização social que a remoção e a expulsão dos ocupantes de assentamentos informais em terras públicas gerariam. Milhões de pessoas seriam postas nas ruas, ignorando-se novamente o seu direito à moradia, já tão fragilmente exercido no contexto das ocupações informais. É preciso, portanto, que o poder público, que esteve em mora tanto quando deixou suas terras abandonadas, quanto quando falhou na elaboração de uma política pública habitacional, seja efetivamente responsabilizado. Essa responsabilização, apesar da regra que veda a usucapião, concretizar-se-á pelo dever de garantir a permanência das pessoas nas áreas públicas ocupadas já consolidadas. Para tanto, o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) trouxe, em seu art. 4º, V, previsões, como a concessão do direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, a regularização fundiária e a legitimação de posse e, com a Lei nº 13.465/2017, em seu art. 23 (BRASIL, 2017), a legitimação fundiária, as quais serão discutidas no próximo capítulo.

A proteção da posse funcionalizada deve inclusive gerar a releitura do papel social dos ocupantes. A ocupação (que é diferente da mera invasão) não deve ser encarada como um ilícito, pois o que a determina é o estado de penúria e a necessidade em que se encontram os ocupantes. A necessidade faz com que eles busquem solos ociosos e terras não exploradas para que nelas possam subsistir e morar. Diferentemente ocorrerá na invasão, onde o agente intenciona apropriar-se da coisa alheia para a obtenção de vantagem meramente econômica ou para enriquecer sem justa causa. Assim, diante de efetiva ocupação, na qual deverá haver posse funcionalizada, o judiciário deve tomar nova postura hermenêutica, rechaçando não só

os pedidos de reintegração ou manutenção de posse, mas também – toda vez que o autor da ação não provar de plano que cumpre a função social de seu direito, seja decorrente de titularidade dominial ou não – a reintegração ou reinvindicação no mérito processual. Em linguagem mais técnico-jurídica, deve-se permitir que a posse funcionalizada gere uma exceção de direito material, permitindo uma solução mais adequada à realidade social brasileira, pois, ao mesmo tempo que não elimina o direito de propriedade, não gera a superproteção do mau proprietário. Tal encobrimento do direito de propriedade (que apenas retira sua eficácia, sem modifica-la) perdurará enquanto os possuidores estiverem cumprindo a função social da coisa, o que impede ao titular do domínio desfuncionalizado retomar o bem. Caso haja o implemento do tempo e os requisitos necessários à usucapião, aí sim o encobrimento será definitivo, transformando os possuidores em proprietários da coisa, fazendo encerrar a relação dominial anteriormente vigente, gerando, portanto, efetiva perda do direito de propriedade (TORRES, 2010, p. 421-428).

Nesse sentido, dentro do marco do pluralismo jurídico, Wolkmer (1997, p. 105) argumenta que o afastamento do Direito oficial deve levar ao estabelecimento de outro paradigma do Direito que não mais leve em consideração a regra abstrata, o título e o registro da propriedade, mas as necessidades e carências cotidianas da população. Dessa maneira, segundo o autor, há de se criar uma nova legalidade que tenha seu núcleo central não na abstração da função social da propriedade, mas na prática real do que seja uma função social da posse. Conforme exposto por Wolkmer (1997, p. 94-95):

> É paradoxal e inconcebível que um dos países de maior extensão territorial do mundo possua como um dos seus cruciais e quase insolúveis problemas os conflitos coletivos de natureza fundiária, causadores de choques violentos entre a minoria latifundiária, proprietária de grandes parcelas em desuso do território nacional, e uma grande massa constituída por milhões de despossuídos sociais, necessitados e pobres não proprietários (é o caso dos movimentos sociais dos 'sem-terra' e dos 'sem-teto').
> [...]
> Temos assim toda uma legislação positivo-dogmática, marcada pela tradição de proteção e conservação do Direito de Propriedade (expressa no art. 524, do Código Civil Brasileiro), que acaba colocando em plano indireto, suplementar e secundário, o Direito de Posse (art. 485, do Código Civil Brasileiro).
> [...]
> Vê-se, desta forma, que a posse, de natureza dinâmica e socialmente evolutiva, é restringida e colocada como decorrência de um patrimônio configurado por uma abstração legal de natureza estática. Isso significa que o Direito à posse está disciplinado, 'partindo de uma distribuição dos bens que a posse já encontra e que a imobiliza. Ora, se todo o fundamento deste arcabouço jurídico de teor lógico-formal e liberal-burguês, montado em 1916, para assegurar as condições da aristocracia rural, veio privilegiar, de modo exclusivo, inatacável e absoluto, o Direito individual de propriedade, tudo induz a crer que a solução da presente agudização político-social desloca-se para a relevância de um 'novo' Direito, o Direito social da posse.

2.2.1 A função social nas cidades

Antes de adentrar especificamente nos aspectos jurídicos da função social nas cidades, deve-se trazer à baila uma breve digressão acerca da evolução e da transformação das cidades, até que fossem atingidos os parâmetros sociais urbanos encontrados na sociedade contemporânea. Isso ajudará no entendimento da atual dinâmica urbana e em como os princípios da função social da posse, da propriedade e da cidade podem ajudar na construção de cidades mais inclusivas.

2.2.1.1 A evolução da cidade

As transformações pelas quais a sociedade passou no caminho para uma vida urbana deixaram marcas de uma rápida transição no modo de vida dos indivíduos, as quais precisam ser mais bem refletidas para que haja a busca por uma melhor qualidade de vida e bem-estar da população. A riqueza não está mais concentrada na propriedade agrícola ou na propriedade de terras. O poder central sobre as terras passa das mãos dos antigos feudais para o poder dos capitalistas urbanos, que ganharam riquezas por meio do comércio, dos bancos e da usura. É nesse cenário inicial de transferência de poder do rural para o urbano que eclode o processo de industrialização. Assim, a sociedade desenvolveu uma rede de cidades, com alguma divisão de trabalho realizada entre tais núcleos urbanos, sendo as cidades ligadas entre si por estradas, bem como por relações comerciais e bancárias. Entre as cidades, destacam-se também aquelas em que o Estado concentra o seu poder, ganhando proeminência as capitais (LEFEBVRE, 2016, p. 13).

O surgimento da economia mercantilista e as novas concepções políticas personificadas no Estado nacional fizeram com que as cidades pós-medievais se construíssem no sentido da liberdade e da conquista de direitos individuais. As cidades renascentistas romperam com os padrões anteriores, que são muitas vezes vistos como uma alteração de gosto ou estética, mas que representam muito mais as profundas transformações políticas e econômicas. O crescimento demográfico urbano e o aparecimento da riqueza, devido ao ampliado fluxo do comércio, estabeleceram a distinção entre ricos e pobres nas cidades. Em

tal contexto, surge a propriedade como posse privada do rei, reflexo da ampliação e do alargamento de sua personalidade, baseando-se na força do exército e da burocracia do reino (ROSA, 2005, p. 5).

O surgimento da ordem capitalista, contudo, altera por completo a lógica das cidades, em razão da burocracia contábil e do aumento do consumo após a revolução industrial. As cidades se transformam para atender à nova ordem estabelecida, com a criação de grandes prédios para abrigar a nova burocracia capitalista e a necessidade de implantação de meios de transporte e de toda a infraestrutura urbana correlata. O adensamento da população nas cidades e a facilidade de deslocamento proporcionada pelos transportes modernos permitiram praticamente anular os limites físicos das cidades, gerando o fenômeno de criação das grandes áreas metropolitanas. Rompe-se com os velhos conceitos da cidade tradicional, transformando-a em algo novo, muitas vezes desorientado e difuso (ROSA, 2005, p. 5).

A cidade passa a predominar, mas não é mais, como na Antiguidade, uma cidade-Estado. Há, dessa maneira, no entendimento de Lefebvre, a coexistência de três diversas esferas: a sociedade, o Estado e a cidade. Em tal sistema urbano, cada cidade tende a se constituir em um sistema fechado, acabado. As cidades, porém, conservam um caráter orgânico de comunidade, que lhe vem da aldeia, e que se traduz em uma organização corporativa. Apesar da vida comunitária, os conflitos entre as classes na cidade são potencializados diante dos violentos contrastes entre a riqueza e a pobreza que marcam a população urbana. Tais conflitos não impedem, entretanto, nem o apego à cidade nem a contribuição ativa para a beleza da obra. Os conflitos entre classes teriam a arena nas cidades, nas quais os grupos também rivalizam o seu senso de pertencimento à cidade (LEFEBVRE, 2016, p. 13-14).

Lefebvre (2016, p. 14), assim, afirma a sua tese de que a cidade e a realidade urbana dependem do valor de uso. Para ele, o valor de troca e a generalização da mercadoria pela industrialização tendem a destruir a cidade e a realidade urbana ao subordiná-las à sua nova lógica, pois elas são o refúgio do valor de uso. Há, desse modo, um conflito, nos sistemas urbanos, entre o valor de uso e o valor de troca, a mobilização da riqueza e o investimento improdutivo na cidade, a acumulação do capital e sua dilapidação nas festas, entre outros pontos apontados pelo referido autor. Há uma descontinuidade entre a indústria nascente e suas condições históricas. A pujante expansão das trocas e da economia monetária, da produção mercantil e do “mundo da mercadoria” que desemboca na industrialização implica

uma mudança radical de estrutura social. A passagem do capitalismo comercial e bancário e da produção artesanal para o processo de produção industrial e para o capitalismo concorrencial gera também uma enorme crise no que diz respeito à cidade e ao sistema urbano (LEFEBVRE, 2016, p. 13-14).

A cidade convive, portanto, com a oposição entre o valor de uso (a cidade, a vida urbana e o tempo urbano) e o valor de troca (os espaços comprados e vendidos, o consumo de produtos, bens, lugares e signos) (LEFEBVRE, 2016, p. 37). O mundo da mercadoria tem sua própria lógica, qual seja, a do dinheiro e a do valor de troca generalizado sem limites. A forma da equivalência e da troca é indiferente à forma urbana, pois reduz a simultaneidade e os encontros à forma dos trocadores, e o lugar do encontro ao lugar onde se conclui os negócios, ou seja, o reduz ao mercado. Por outro lado, a sociedade urbana tem uma lógica diferente, pois o urbano se baseia no valor de uso, constituindo-se em um conjunto de atos que se desenrolam no tempo, privilegiando um espaço e sendo por ele privilegiados, altamente significantes e significados (LEFEBVRE, 2016, p. 93). O valor de uso, subordinado ao valor de troca por séculos, pode retomar o protagonismo pela e na sociedade urbana. Parte-se da realidade que ainda resiste e que conserva a imagem do valor de uso, isto é, a cidade (LEFEBVRE, 2016, p. 139).

As velhas cidades tornam-se mercados, fontes de capitais disponíveis, locais onde esses capitais são gerados (por meio dos bancos), residências dos dirigentes econômicos e políticos e reservas de mão de obra. A cidade permite, também, a concentração dos meios de produção (ferramentas, matérias-primas, mão de obra) em um pequeno espaço. Ocorre, portanto, um duplo processo, qual seja, a industrialização e a urbanização, o crescimento e o desenvolvimento, a produção econômica e a vida social. Trata-se de dois aspectos inseparáveis, possuindo uma unidade, mas, ao mesmo tempo, trazendo em si um conflito. Há um choque histórico entre as realidades urbana e industrial. A industrialização em si acaba por modificar as próprias estruturas urbanas, pois não produz apenas empresas, mas também estabelecimentos diversos, centros bancários e financeiros, técnicos e políticos (LEFEBVRE, 2016, p. 16-17).

A transformação das cidades pelo acelerado processo de industrialização deixa marcas nas cidades ao redor do mundo. Na América do Sul, em geral, as partes formais das cidades são cercadas por favelas. Nessas regiões, as antigas estruturas agrárias se dissolveram, fazendo com que camponeses sem posses migrassem para as cidades com a esperança de

nelas encontrar trabalho e subsistência. Aprofunda-se, dessa maneira, um processo que Lefebvre chama de “implosão-explosão” da cidade. O fenômeno urbano se estende sobre uma grande parte do território, principalmente nos países industriais, ao mesmo tempo que a urbanização se transforma em um fenômeno global (LEFEBVRE, 2016, p. 18-19). Observa-se, ainda, que a cidade se transforma não somente diante de processos globais relativamente contínuos, mas também diante de modificações profundas no modo de produção, nas relações cidade-campo, nas relações de classe e propriedade (LEFEBVRE, 2016, p. 62).

Tal território se encontra em um tecido urbano cada vez mais cerrado, com diferenciações locais e ampliação da divisão do trabalho para as regiões, aglomerações e cidades. Ao mesmo tempo, as concentrações urbanas tornaram-se gigantescas, e a população urbana atinge uma alta densidade. No mesmo passo, núcleos urbanos antigos se deterioram e as pessoas se deslocam para periferias distantes, residenciais ou produtivas (sendo essa dinâmica de mudança para periferias residenciais a lógica de muitas cidades em países desenvolvidos, com destaque para as cidades dos Estados Unidos da América). Há um esvaziamento dos centros urbanos, trocando-se moradores por empresas e escritórios. Em algumas cidades, tais centros degradados tornam-se guetos para os mais pobres; em outras, as pessoas mais abastadas ainda concentram fortes posições no coração da cidade. É nesse raciocínio que os antigos centros entram de modo mais completo na já propagada lógica do valor de troca, tornando-se centros de consumo, porém, preservam seu valor de uso em razão dos espaços oferecidos para atividades específicas (LEFEBVRE, 2016, p. 19-21). Os comércios se densificam no centro, que atrai comércios caros e produtos e gêneros de luxo. Tal centralidade capitalista, como lugar de consumo e consumo de lugar, tem predileção por se instalar nos antigos núcleos urbanos. Nesse lugar privilegiado, o consumidor também consome o espaço. As vitrines, com suas mercadorias, tornam-se razão e pretexto para a reunião das pessoas, e o centro torna-se o lugar de encontro a partir do aglomerado de coisas. Tende-se a reabsorver o valor de uso na troca e no valor de troca. Entretanto, o uso e o valor de uso resistem na irredutibilidade do centro urbano (LEFEBVRE, 2016, p. 142).

Segundo Lefevbre, podem-se distinguir três períodos nesse processo: no primeiro, a industrialização destrói a realidade urbana preexistente, por meio da prática e da ideologia, extirpando-a da realidade e da consciência, na qual o social urbano é negado pelo econômico industrial; no segundo, a urbanização se amplia e a sociedade urbana se generaliza, fazendo-se reconhecer a realidade urbana como realidade socioeconômica. Nesse momento, a sociedade

toma consciência de que corre o risco de se decompor se lhe faltarem a cidade e a centralidade; no terceiro período, a realidade urbana é reencontrada ou reinventada, na tentativa de reconstrução de sua centralidade. As centralidades antigas são substituídas pelo centro de decisão. Nasce, assim, a reflexão urbanística, que sucede a um urbanismo sem reflexão (LEFEBVRE, p. 31). Nota-se, porém, o surgimento de distintos tipos de urbanismo: o urbanismo dos homens de boa vontade, geralmente ligado a algum humanismo; o urbanismo da Administração pública, o qual se pretende científico e tenta ditar os rumos da cidade, e o urbanismo dos promotores de venda, concebido e praticado para o mercado, visando ao lucro, virando o urbanismo, aliado a estratégias de marketing, mais uma mercadoria a ser comercializada (LEFEBVRE, 2016, p. 34-35). A realização da sociedade urbana exige uma planificação orientada para as necessidades sociais, da sociedade urbana. Necessita-se, dessa forma, de uma ciência da cidade e de uma força social e política capaz de operar esses meios (LEFEBVRE, 2016, p. 152).

Lefebvre, assim, tenta definir a cidade como uma projeção da sociedade sobre um local, mas não apenas sobre o lugar sensível, mas também sobre o plano específico, percebido e concebido pelo pensamento, o que determina a cidade e o urbano. Complementa essa primeira definição com uma segunda, qual seja, a cidade como sendo o conjunto das diferenças entre as cidades, preenchendo a lacuna da necessidade de diferenciação entre os tipos de cidades resultantes da história, entre os efeitos da divisão do trabalho nas cidades e entre as relações cidades-território. É preciso, ainda, contemplar na definição as singularidades da vida urbana, os modos de viver da cidade e o habitar propriamente dito. Uma outra definição deve surgir, também, para contemplar pela pluralidade, pela coexistência e pela simultaneidade no urbano de padrões e maneiras de viver a vida urbana (LEFEBVRE, 2016, p. 66).

Com o avanço do capitalismo financeiro, há um duplo movimento que transforma as cidades. De um lado, é nas grandes áreas urbanas que se concentram as funções mais avançadas do capitalismo, cujos núcleos estruturais são os centros globais. De outro, as cidades viraram objeto de novos e intensos fluxos de população e de redistribuição de renda, desencadeando efeitos nos bairros ricos (com a formação de uma elite em nível global móvel e altamente profissionalizada) e nos bairros pobres, ampliando-se os cinturões periféricos, que concentram uma enorme quantidade de populações marginalizadas. Esse duplo movimento impacta diretamente quem vive na cidade, pois, enquanto os bairros centrais são valorizados e

alvo de grandes investimentos urbanísticos, outras áreas são degradadas e tornam-se marginais. Os mais abastados passam a viver em verdadeiros enclaves, protegidos por segurança privada, ou transferem-se para áreas mais calmas e nobres. Os pobres são forçados a suportar as consequências mais negativas das mudanças, visto que são obrigados economicamente a permanecerem onde estão (BAUMAN, 2009, p. 8-9).

Começam-se a evidenciar, nas cidades ao redor do mundo, espaços nos quais se percebe uma tangível e crescente sensação de afastamento em relação às localidades e às pessoas fisicamente vizinhas, mas social e economicamente distantes. Os produtos descartados nesse ato de escolha de espaços urbanos privilegiados (habitados por uma elite global) são os espaços abandonados e desmembrados, nos quais a vida é difícil e o perigo e a violência são mais corriqueiros que em outros lugares. Para manter distância dos espaços degradados, os habitantes dos espaços privilegiados podem reduzir a tolerância e expulsar os marginalizados de lugares nos quais eles poderiam não apenas viver, mas também se fazerem notar de modo invasivo e incômodo. Desse modo, os mais pobres são empurrados para espaços marginais, nos quais não podem viver e nem se fazer ver. Há, assim, dois mundos segregados, mas só o marginalizado é territorialmente circunscrito e compreensível por meio de conceitos clássicos. Os que vivem nos espaços privilegiados não se sentem pertencentes àquele local, nem idealmente e muitas vezes também não fisicamente, pois fazem parte de uma elite que se vê como global. O contrário acontece com os mais pobres, que se encontram fora das redes mundiais de comunicação integradas pelas primeiras fileiras, estando condenados a permanecerem nos seus lugares. O foco dos marginalizados, portanto, são as questões locais, pois é dentro da cidade em que moram que eles lutam para sobreviver e conquistar um melhor lugar no mundo (BAUMAN, 2009, p. 25-28).

Há, portanto, a formação de guetos voluntários (compostos por bairros que se isolam do restante da cidade) pelos ricos e guetos involuntários pelos pobres, área a que estão confinados e da qual não lhes é permitido sair (BAUMAN, 2009, p. 40). Os espaços privilegiados lhes são proibidos. Os guetos voluntários e outros espaços proibidos possuem o objetivo de manter os enclaves extraterritoriais isolados do território contínuo da cidade. Constroem-se pequenas fortalezas no interior das quais a elite global pode cuidar da própria independência física e do próprio isolamento espiritual. Os espaços vedados são o lado aparente na paisagem urbana da desintegração da vida comunitária, fundada e compartilhada

exatamente ali. Há o desenvolvimento de uma mixofobia, ou seja, o medo de misturar-se (BAUMAN, 2009, p. 43).

A cidade, porém, induz simultaneamente à mixofobia e à mixofilia. A vida urbana é intrinsecamente ambivalente, pois quanto maior e mais heterogênea é uma cidade, maiores são os atrativos que ela tem a oferecer. A variedade promete oportunidades adequadas a cada gosto e a cada competência. Por essa razão, quanto maior a cidade, maior a probabilidade de atrair um número crescente de pessoas que recusam a possibilidade de viver e encontrar moradia em lugares menores, menos tolerantes e com oportunidades mais escassas. Dessa maneira, a mixofilia é uma tendência com propulsão autônoma. É dessa forma (com as atrações da diversidade e o medo de misturar-se com o diferente) que a mixofobia e a mixofilia coexistem nas cidades e nos cidadãos, representando uma convivência conflituosa, mas significativa para as pessoas que sofrem a ambivalência da modernidade líquida. Os arquitetos e os planejadores urbanos podem desempenhar um papel para favorecer o crescimento da mixofilia e reduzir as reações mixofóbicas, mas muitas vezes eles caminham no sentido oposto. O isolamento das áreas residenciais e dos espaços frequentados pelo público é a causa primeira da mixofobia. Os construtores dos condomínios fechados e vigiados e dos espaços vedados reproduzem e intensificam esse isolamento do que é diferente, aumentando, como efeito colateral, justamente o medo de misturar-se. Para incentivar a mixofilia, o oposto deveria ser feito: a difusão de espaços públicos abertos, convidativos, acolhedores e que todo tipo de cidadão teria vontade de frequentar e compartilhar (BAUMAN, 2009, p. 47-50).

Nesse cenário conflituoso, o direito à cidade se afirma como um apelo e uma exigência. Ele, porém, não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais; deve ser formulado como um direito à vida urbana, transformada e renovada. O urbano, lugar de encontro, prioridade do valor de uso, inscrição no espaço de um tempo promovido à posição de supremo bem entre os bens, deve encontrar a sua base morfológica e a sua realização prático-sensível (LEFEBVRE, 2016, p. 127-128). O direito à cidade (um direito em formação) é um direito à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e empregos de tempo que permitem o pleno e inteiro uso desses momentos e locais. Desse modo, a realização da vida urbana como reino do uso (ou seja, da troca e do encontro separados do valor de troca) exige o domínio do econômico (LEFEBVRE, 2016, p. 153).

Nessa cidade contemporânea em crise e em radical transformação, a habitação torna-se uma questão central. O direito à moradia aflora na consciência social, fazendo-se reconhecer na indignação provocada pelos casos dramáticos e no descontentamento gerado pela crise. Porém, o direito à moradia, segundo Lefebvre, não é reconhecido formal e praticamente, a não ser como um apêndice dos "direitos do homem". A construção a cargo do Estado não é capaz de transformar as orientações e concepções adotadas pela economia de mercado (LEFEBVRE, 2016, p. 28). Como exposto anteriormente, nos países em desenvolvimento, a dissolução da estrutura agrária força o deslocamento de camponeses sem posses, ávidos por mudança, para as cidades. Eles encontram, nas cidades, as favelas como lugar que os acolhe e que desempenha o papel de mediador (insuficiente) entre o campo e a cidade, entre a produção agrícola e a indústria. Com frequência, a favela se consolida e oferece um sucedâneo à vida urbana, ao mesmo tempo miserável e intensa, àqueles que ela abriga (LEFEBVRE, 2016, p. 85). Nos lugares do planeta que sofrem com as pressões da globalização, as cidades transformaram-se em campos de refugiados para os que tiveram que deixar a agricultura. Os migrantes do campo encontram uma vida urbana em que ninguém lhes oferece emprego, passando a ocupar postos de trabalho subvalorizados ou atuando na economia informal (BAUMAN, 2009, p. 60-61).

2.2.1.2 O princípio da função social da cidade

É justamente no cenário difuso e desorientado da transformação das cidades que ganha força e importância o direito urbanístico, o qual regula as relações voltadas para os aspectos fundamentais do bem-estar das pessoas em relação ao ambiente construído e às condições de operação nele (ROSA, 2005, p. 8).[14] Desse modo, Rosa (2005, p. 10) assevera que o urbanismo e seu desdobramento jurídico não podem ser definidos simplesmente como

[14] Explicando o surgimento de normas urbanísticas no contexto da sociedade industrial inglesa, explica Rosa (2005, p. 9): "As cidades não eram arejadas e se desenvolviam de forma desordenada, os rios recebiam toda a espécie de descargas e começavam a se tornar poluídos, não havia locais de recreação e infraestrutura. Nada inusitado para quem conhece as periferias das grandes metrópoles brasileiras e outras tanto pelo mundo afora. Entretanto, foi este efeito que impôs a necessidade de ser criado um planejamento urbanístico moderno, uma melhor ocupação do solo urbano que contemplasse as necessidades da sociedade industrial inglesa, a partir de 1760. Com base nessa realidade, foram projetados os loteamentos urbanos, como forma de adaptar o instituto da propriedade à capacidade econômica daquela classe nova que surgia. Nasce, por esta época, uma grande preocupação em organizar o espaço urbano para o bem-estar coletivo conhecida como *Urbanismo*."

resultantes da contemporaneidade; pelo contrário, a atual perspectiva do fenômeno e sua complexidade são frutos da evolução realizada ao longo da história, que acabou por moldar o Direito. Este possui importância crucial para o urbanismo, pois o planejamento urbanístico se baseia justamente na limitação ao uso da propriedade privada e às atividades individuais que possam danificar comunidade urbana, adequando-os a limitações de ordem pública impostas por normas cogentes.

Segundo Sobrane (2005, p. 210), o urbanismo objetiva a organização do espaço urbano visando ao bem-estar coletivo por meio de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o adequado desempenho da habitação, do trabalho, da recreação do corpo e do espírito e da circulação no espaço urbano pelos habitantes da cidade. O preceito jurídico-constitucional de função social da propriedade urbana deve subordinar o interesse individual que move o proprietário, promovendo um planejamento urbanístico que tenha como fim o bem-estar e o desenvolvimento sustentável da coletividade urbana, além de sua integração e complementariedade com a região que a envolve[15] (ROSA, 2005, p. 21).

Entretanto, não há de se falar em supressão total das individualidades[16], pelo contrário. Na cidade devem conviver o público e o privado; as necessidades comuns e a individualidade. Devem-se conciliar os interesses individuais dos habitantes da cidade com a sua função social, qual seja, dar habitação, atendendo às necessidades humanas básicas de sobrevivência e de coexistência, ao redor ou a partir das quais todas as demais decorrem e se desenvolvem (GARCIA, 2005, p. 41). Por outro lado, a lógica individualista que impera nas cidades, aliadas aos interesses do mercado, acaba por privilegiar a especulação imobiliária, pois esta pode gerar grandes benefícios aos proprietários, sem que nada precise produzir. Tal interesse ainda pode capturar setores do Estado que deveriam preservar o interesse público, realizando-se investimentos públicos em determinadas áreas que privilegiam somente a referida especulação, deixando marginalizadas outras regiões da cidade (ROSA, 2005, p. 14-15).

A função social da cidade foi trazida no art. 160, III, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), a qual preconiza a harmonização entre os direitos individualmente exercidos com o interesse

[15] Segundo Rosa (2005, p. 20): "A concepção de cidade moderna é extensiva, não se limita apenas à área urbana, e vai além da circunscrição do município, atingindo grandes áreas metropolitanas."

[16] No tocante às individualidades no seio da cidade, observa Garcia (2005, p. 43), citando Pierre Idiart: "é próprio da cidade remover, em um só ritmo abstrato, uma massa cujas individualidades fogem, mas entre as quais não há nenhuma que não esteja condicionada pelo conjunto e que não deixa de influir sobre o total".

geral e o bem-estar da coletividade (SOBRANE, 2005, p. 207). Desse modo, o solo urbano não cumpre sua função social quando não é utilizado ou é subutilizado, não sendo promovido seu adequado aproveitamento nos termos da lei municipal, especialmente do plano diretor (SOBRANE, 2005, p. 209).

Não é possível haver antinomia entre indivíduo e sociedade, a não ser em abstrato, pois, conforme assevera Garcia (2005, p. 43), a vida social forma-se da necessidade recíproca dos indivíduos, uns em relação com os outros. É preciso, portanto, pensar e planejar o bem coletivo, sem reduzir a importância do que é importante para cada indivíduo. As cidades são de localização permanente, relativamente grandes e densas, ocupadas e formadas por indivíduos socialmente heterogêneos (GARCIA, 2005, p. 46) e devem ser pensadas, desse modo, a partir de três características que lhes são essenciais: dimensão, densidade e heterogeneidade.

A dimensão da cidade está diretamente ligada ao afrouxamento dos laços comunitários, impondo uma lógica excessivamente individualista, fazendo incorrer o anonimato, a superficialidade, a transitoriedade das relações urbanas e a falta de participação. Já a densidade reforça a diferenciação interna, tornando-se afastados socialmente aqueles que fisicamente se encontram extremamente adensados, cada um se comprometendo apenas parcialmente em cada um dos diversos relacionamentos mantidos no contexto urbano. Outrossim, a heterogeneidade social permite a fluidez do sistema de classes, tornando transitórias diversas relações mantidas na cidade, havendo um predomínio da associação sobre a comunidade (GARCIA, 2005, p. 47).

Para a consecução do urbanismo por meio do Direito, é possível se valer de três tipos de normas: as de sistematização urbanística, que estruturam os instrumentos de organização dos espaços habitáveis e dizem respeito ao planejamento urbanístico, à ordenação do solo em geral e de áreas de interesse especial; as de intervenção urbanística, que se referem à delimitação e às limitações ao direito de propriedade e ao direito de construir; e de controle urbanístico, que se destinam a reger a conduta dos indivíduos quanto ao uso do solo (SOBRANE, 2005, p. 211).

No Brasil, todavia, o movimento de migração de um grande contingente populacional do campo para as cidades, ocorrido no século XX, não foi acompanhado de políticas públicas urbanísticas eficientes, havendo um adensamento populacional espontâneo e desorganizado, obedecendo-se às exigências de uma industrialização voltada para o exterior

(ROSA, 2005, p. 13). A metropolização do país ocorre, assim, intrinsecamente ligada a um processo de industrialização implementado por um modelo desenvolvimentista de Estado. Tal fato, aliado à escassez de recursos destinados às políticas públicas urbanas, principalmente de programas habitacionais para as classes de menor renda (também havendo ausência de políticas consistentes na área de educação e saúde), foram determinantes para a proliferação de favelas e assentamentos urbanos irregulares (ROSA, 2005, p. 14).

Almejando reverter esse quadro, as normas urbanísticas sistematizadas na CRFB/88 implicam o reconhecimento do direito urbanístico que fomente políticas públicas urbanas que gerem o desenvolvimento sustentável das cidades, centrando-se no ser humano como titular do direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza (SOBRANE, 2005, p. 214). Fornecendo concretude a tal missão constitucionalmente instituída, o legislador inseriu na Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) – diversos instrumentos de intervenção urbanística, bem como atribuiu uma nova concepção de planejamento e gestão das cidades, como mecanismos voltados para induzir as formas de uso e ocupação do solo, a incorporação da ideia de participação direta nos processos decisórios sobre as políticas públicas urbanas e a ampliação de possibilidades de regularização de posses urbanas (SOBRANE, 2005, p. 216). Podem-se enumerar, sem exauri-los, os seguintes instrumentos previstos em tal diploma legal e que permitem uma melhor gestão no espaço urbano: i) o plano diretor, previsto constitucionalmente, mas cuja maior concreção ocorreu com o Estatuto da Cidade; ii) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; iii) o direito de superfície; iv) direito de preempção; v) a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; vi) a transferência do direito de construir; vii) as operações urbanas consorciadas; e viii) a regularização fundiária.[17] Tais instrumentos são de primordial importância para o aumento da qualidade de vida urbana.

Foi justamente buscando alcançar uma maior qualidade de vida nas cidades que se passou a discutir o desenvolvimento sustentável delas. A Declaração das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos de 1996 (*Habitat* II) fomentou o estabelecimento de um plano de ação mundial que garantisse o desenvolvimento sustentável das cidades (ONU, 1996). O ponto de partida para a consolidação da expressão “cidades sustentáveis” se encontra na Declaração do Meio Ambiente Rio 1992 (ONU, 1992), redefinindo o modelo global de desenvolvimento, que deveria passar a se pautar na sustentabilidade social e ambiental,

[17]Vide art. 4º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

garantindo-se o bem-estar das presentes gerações, sem o comprometimento da qualidade de vida das futuras gerações (CANEPA, 2005, p. 132-134). O desenvolvimento sustentável das cidades é um conceito complexo, envolvendo as dimensões ambiental, social, econômica e temporal dos processos urbanos (CANEPA, 2005, p. 135), ou seja, deve afetar toda a dinâmica social ocorrida na cidade, que precisa ser pensada de maneira holística, mas sempre com a ideia de um desenvolvimento que não comprometa a qualidade de vida das gerações futuras.

Para melhor compreender como se deve pensar uma cidade sustentável, é necessário se atentar para duas noções de sustentabilidade: a ampliada e a progressiva. A primeira se pauta na sinergia entre as dimensões ambiental, social e econômica do desenvolvimento, realizando-se o encontro das agendas ambiental e social. A progressiva tece a sustentabilidade como um processo pragmático de desenvolvimento sustentável, trabalhando-se paulatinamente, sem adiar decisões, tanto para reduzir a degradação ambiental quanto para diminuir males sociais. É nesse contexto que se deve repensar uma maneira de readequar os ecossistemas urbanos, que são sistemas complexos, com estreita correlação entre seus elementos e funções, havendo uma associação entre os meios natural e construído, com uma alta presença transformadora da atividade humana, não havendo um modelo único de cidade, mas construções que se distinguem por suas particularidades históricas, socioeconômicas e culturais (CANEPA, 2005, p. 138). Para se atingir uma cidade sustentável, é preciso que as comunidades urbanas tomem ciência e se pautem no princípio da interdependência, o qual comina que todos os membros da comunidade ecológica estão interligados em uma vasta e intrincada rede de relações (CANEPA, 2005, p. 139). É preciso, portanto, preocupar-se com o outro, não apenas por uma questão de solidariedade, mas porque a sua própria qualidade de vida passa pelas relações mantidas com os demais membros da comunidade.

A insustentabilidade das sociedades contemporâneas passa principalmente pelos seguintes pontos: o crescimento populacional exponencial, a depleção do suporte dos recursos naturais, a utilização de tecnologias poluentes nos sistemas produtivos e um sistema de valores que desencadeia um consumo exagerado (CANEPA, 2005, p.144-145). Enfrentar tais pontos em um contexto local é tarefa obrigatória para quem almeja viver em uma cidade sustentável, enfrentando-se, na comunidade urbana, os problemas ambientais, sociais e econômicos, sempre buscando ampliar a qualidade de vida daqueles que habitam (e formam) a cidade. Ou seja, o desenvolvimento urbano sustentável perpassa por uma reordenação do

espaço urbano a partir de princípios lastreados no direito à cidadania, na administração democrática das cidades, na função social da cidade e da propriedade, incorporando processos aos sistemas produtivos e ao consumo que tragam uma maior racionalidade na utilização dos recursos naturais (CANEPA, 2005, p. 146). Canepa (2005, p. 149) cita como estratégias para a sustentabilidade urbana a regulamentação do uso e da ocupação do solo urbano; a promoção do desenvolvimento institucional e o fortalecimento da capacidade de planejamento e gestão democrática da cidade; a promoção de mudanças nos padrões de produção e consumo da cidade; a aplicação de instrumentos econômicos no gerenciamento de recursos naturais que visem à sustentabilidade na exploração deles.

Observando o debate crescente na sociedade em torno desse tema, o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), ao se estabelecer como um instrumento normativo que visa a transformar e melhorar a qualidade de vida nas cidades brasileiras, determinou justamente a regulação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, sem desconsiderar o necessário equilíbrio ambiental.[18] Sob a ótica do citado diploma legal, uma cidade sustentável deve garantir o acesso à terra urbana, ao transportes e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer para as presentes e futuras gerações (CANEPA, 2005, p. 156). Isso tem um claro reflexo nas políticas públicas urbanas, pois elas não devem ser pensadas de maneira isolada, mas conjugadas com as demais, a fim de garantir à população urbana o acesso a todos esses direitos, ampliando a qualidade de vida nas cidades.

A solução para as cidades modernas passa justamente na ampliação dos espaços de convivência urbana, fomentando uma maior participação e gestão democrática, solidariedade e cidadania por meio da interação social, quebrando-se uma lógica excessivamente individualista, abrindo-se um espaço para uma troca de ideias e experiências que possam impulsionar uma melhor gestão das áreas urbanas (ROSA, 2005, p. 15). Segundo Garcia (2005, p. 50), o espaço público morto é a razão mais concreta pela qual as pessoas procuram um terreno íntimo em que o território alheio lhes é negado. O indivíduo se afasta para a privacidade, rumando para uma vida exacerbadamente individualizada e uma vida pública esvaziada.

É de fundamental importância a participação social na formulação do planejamento urbano, sendo que o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) contempla mecanismos que

[18]Vide o disposto no art. 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

englobam a participação da sociedade civil nos problemas e a busca por soluções para as cidades (ROSA, 2005, p. 24) O Estatuto da Cidade incentiva uma gestão democrática do espaço urbano mediante órgãos colegiados de política urbana, com debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano; iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Tal fato, porém, necessita de uma organização dos cidadãos com a finalidade de garantir a efetiva participação, ou seja, no exercício próprio da cidadania (GARCIA, 2005, p. 52).

Tal visão de uma cidade sustentável, a qual deve respeitar as individualidades de seus cidadãos, ao mesmo tempo que incentiva uma convivência pública de seus habitantes, congregando-os em uma gestão participativa das políticas urbanas, deve nortear, também, mais especificamente, as políticas habitacionais, as quais devem ser planejadas pelo Estado, com a participação da sociedade civil, mas encontrando nos agentes econômicos e indivíduos um elo fundamental na formulação e execução de tal empreitada. Uma das preocupações de maior incidência acerca do desenvolvimento urbano é a ausência de planejamento habitacional, especialmente o focado nos setores populares, o que tem impulsionado o crescimento de construções irregulares, inclusive em áreas de especial interesse ambiental (ROSA, 2005, p. 19).

2.1.1.3 As funções sociais da posse e da propriedade nas cidades

É preciso, pois, dar a devida eficácia aos princípios da função social da propriedade e da posse. Não se pode adotar uma postura hermenêutica em relação a eles limitada a um papel que, em vez de legitimar o exercício de um direito na concretude fática das suas consequências sobre outras pessoas e sobre os territórios das cidades, simplesmente legitime a ineficácia dos referidos princípios, quase sempre reduzidos a uma intenção, promessa ou programa, de forma apenas conceitual e abstrata (ALFONSIN, J., 2004, p. 43). No âmbito das cidades, o princípio da função social da propriedade deve estar ligado ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia de bem-estar de seus habitantes, conforme disposto no art. 182 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Os fins decorrentes da função social da propriedade urbana condicionam o poder quantitativo do proprietário de excluir, por meio da imposição de um dever qualitativo de incluir interesses e direitos dos não

proprietários e das funções sociais da cidade no uso da propriedade. Dessa forma, a propriedade privada urbana deve ter seu uso compatibilizado com o aspecto subjetivo, ligado ao proprietário que goza do seu direito, com o aspecto objetivo, relacionado ao uso do mesmo direito, condicionado por um entorno de outros sujeitos, que possuem outros interesses e direitos, e que interferem em um território com outras exigências não exclusivamente privadas. Assim, se o aspecto social não for separado do gozo do direito de propriedade e se a função não for separada do exercício de tal direito, tanto a autorização para excluir já nascerá limitada no gozo, quanto o dever de incluir estará, desde a origem, instrumentalizado no exercício (ALFONSIN, J., 2004, p. 50-54). Em suma, esse direito-poder de propriedade já nasce com sua capacidade de gozo vinculada à solidariedade social, só se podendo exercê-lo sob o dever de não querer outras finalidades desse direito que contradigam o bem coletivo e o respeito às necessidades dos outros cidadãos (ALFONSIN, J., 2004, p. 58).

Tratando mais especificamente da propriedade urbana, pode-se afirmar que sua função social constitui seu núcleo basilar. O direito de propriedade urbana apenas será protegido pelo Estado caso atenda à sua função social, nos termos do art. 5º, XXII e XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). Cabe aos municípios determinar os critérios que delimitam a função social das propriedades nas cidades, conforme disposto no art. 182 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Porém, o poder municipal deve observar a legislação federal que traça regras gerais para a concretização das políticas públicas urbanas, estabelecida, atualmente, na Lei nº 10.257/2001- Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001). O principal instrumento do município para definir as funções sociais das propriedades urbanas é o estabelecimento de um plano diretor, que guiará todas as políticas públicas urbanas daquela cidade (SAULE JUNIOR, 2004, p. 213).

O princípio da função social da propriedade, lido como garantia de que o direito de propriedade urbana seja socialmente destinado, é o parâmetro para identificar que funções a propriedade deve possuir para atender às necessidades sociais existentes nas cidades. Essa função deve condicionar a necessidade e o interesse do proprietário com as demandas, necessidades e interesses sociais da coletividade. Desse modo, o exercício do direito de propriedade urbana é delimitado pela política urbana, cuja execução caberá ao município e cujos objetivos são ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos moldes do art. 182 da Constituição Federal. O Estatuto da Cidade contribui para que o princípio da função social da propriedade seja adequadamente

compreendido, realizando a concretização de um vínculo do exercício do direito proprietário com o direito à moradia, especialmente ao tratar do plano diretor como instrumento básico da política urbana nos municípios (SAULE JUNIOR, 2004, p. 214-215). É requisito obrigatório do plano diretor definir as áreas consideradas não utilizadas, não edificadas ou subutilizadas, para que o município possa aplicar, de forma sucessiva, o parcelamento ou a edificação compulsórios, o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana ao proprietário de imóvel urbano que não cumpre sua função social, nos moldes do art. 182, §4º, da Constituição Federal. Assim, o plano diretor contém normas vinculatórias aos particulares, agentes privados e públicos, voltadas ao disciplinamento do exercício do direito de propriedade urbana, com suas limitações, direitos, obrigações e faculdades (SAULE JUNIOR, 2004, p. 252-254). Todavia, apesar de o plano diretor ser o instrumento básico de disciplina da função social do direito de propriedade urbana, esta não pode ser reduzida ao desenho abstrato do plano diretor. É preciso garantir a eficácia do referido princípio, conferindo poderes de uso e de troca que o exercício do direito de propriedade provoca sobre o solo urbano, refletindo o bem-estar coletivo, as necessidades dos citadinos e as funções sociais da cidade (ALFONSIN, J., 2004, p. 62).

Extrai-se da leitura integrada do art. 39 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) que a propriedade urbana cumpre sua função social quando sua destinação atender às necessidades do cidadão quanto à qualidade de vida, bem como à diretriz da política urbana de garantir o direito às cidades sustentáveis (previsto no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade) e o direito à moradia (previsto como direito social no art. 6º da Constituição Federal). Dessa forma, tanto o direito às cidades sustentáveis quanto o direito à moradia integram o núcleo da função social da propriedade urbana. Disso resulta o dever de os proprietários de solo urbano não utilizado, não edificado ou subutilizado compatibilizarem o uso de seus imóveis com as necessidades e a demanda de moradias nas cidades, contribuindo para a existência de um meio ambiente urbano saudável e equilibrado (SAULE JUNIOR, 2004, p. 216). Nesse sentido, o art. 1º, parágrafo único, e o art. 39, ambos do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), consideram que o solo urbano é consistente em utilidade e riqueza e tem dois fins bem determinados, quais sejam, o bem coletivo e as necessidades dos cidadãos (ALFONSIN, J., 2004, p. 57).

A sustentabilidade da propriedade urbana é materializada com seu uso em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental. Para tanto, o Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e de interesse social que

regulam o uso da propriedade urbana para atender às funções sociais da cidade. Para que a função social da propriedade seja perseguida nas cidades, os municípios que têm a obrigatoriedade de instituir planos diretores devem, por meios destes, regulamentar e aplicar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, buscando atingir, entre outras, as seguintes metas: oportunidade de acesso à moradia aos habitantes da cidade; democratização do uso, da ocupação e da posse em solo urbano; promoção da justa distribuição de ônus e encargos decorrentes das obras e serviços de infraestrutura urbana; recuperação, para a coletividade, da valorização imobiliária decorrente da ação do poder público; geração de recursos para o atendimento da demanda de infraestrutura e de serviços públicos provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para a implantação de infraestrutura em áreas dela não servidas; promoção do adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos subutilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa, de modo a coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor; e urbanização e regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda (SAULE JUNIOR, 2004, p. 218-219).[19]

Desse modo, para que haja a devida proteção ao direito à moradia pelo poder público, o princípio da função social da propriedade deve: ser considerado o núcleo base do regime da propriedade urbana, de modo que a proteção ao direito da propriedade urbana seja condicionada ao atendimento de sua função social; ser respeitado para que a propriedade urbana seja destinada a conferir uma vida digna aos habitantes da cidade; ser aceito como fundamento para a aplicação dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, penalizando os proprietários que não deem a função social a seus imóveis; ser compreendido como princípio dirigente da política urbana; ser aplicado de forma integrada com o princípio das funções sociais da cidade; reconhecer que a proteção e a efetivação do direito à moradia dos habitantes da cidade é parte integrante do devido respeito ao princípio da função social da propriedade urbana, de modo que somente seja reconhecida a sua função social quando a destinação da propriedade atender às necessidades de moradia adequada (SAULE JUNIOR, 2004, p. 219-220).

O significado do referido princípio das funções sociais da cidade pode ser extraído do art. 182 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), vinculando-o à garantia do bem-estar dos habitantes das cidades e aos objetivos da política urbana. Dessa maneira, a observância das funções sociais da cidade interessa a todos os seus habitantes, abrangendo qualquer

[19] Vide todos os objetivos legais da política urbana no art. 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

pessoa ou grupo social. Para que todos tenham condições de viver com qualidade de vida e, portanto, com condições adequadas de moradia, devem ser observadas as seguintes providências no interesse dos citadinos: dirigir as atividades e funções desempenhadas nas cidades na seara do desenvolvimento econômico, com a criação de áreas comerciais, industriais, de lazer, polos turísticos e culturais, implantação de empreendimentos imobiliários, construção e preservação de parques e áreas verdes, coleta e tratamento de resíduos sólidos, trânsito e transporte público, urbanização de assentamentos informais, construção de habitações de interesse social, desenvolvimento de programas educacionais, de geração de renda e de trabalho. Ou seja, as funções sociais da cidade, como interesses difusos, compreendem o acesso dos citadinos à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, ao transporte público, ao saneamento básico, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (SAULE JUNIOR, 2004, p. 221-222). Observa-se que tal artigo constitucional foi implantado após intensa movimentação popular na assembleia constituinte de 1988, na qual foi proposta uma emenda popular acerca da reforma urbana, que foi majoritariamente rejeitada, mas que deixou nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal a sua maior marca (ALFONSIN, B., 2004, p. 283).

É importante ressaltar, assim, que o exercício do direito à moradia tem de ser incluído como uma das funções sociais da cidade, a fim de assegurar o bem-estar de seus habitantes, o que também está compreendido no próprio conceito de cidades sustentáveis previsto no Estatuto da Cidade, que possui como núcleo os componentes do direito à moradia adequada, tais como saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte e serviços públicos. Os objetivos específicos da política urbana de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, permitir a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes caracterizam a obrigação do município de promover a defesa dos interesses difusos dos citadinos. O cumprimento do referido princípio exige sua adoção na formulação e implementação da política urbana. A administração municipal deve aplicar esse princípio especialmente na elaboração e execução do plano diretor, na definição das prioridades, no orçamento, no desenvolvimento de programas e projetos de habitação de interesse social, assim como os de urbanização e regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda. O Poder Legislativo deve contemplar o princípio das funções sociais da cidade no conteúdo das leis e normas urbanísticas, dotando-as de instrumentos voltados à promoção do direito à moradia. E, por fim, o Poder judiciário deve aplicá-lo nos

julgamentos e decisões sobre os conflitos de interesses que envolvam a lesão a direitos coletivos e difusos dos habitantes da cidade. Dessa maneira, toda a política urbana deve ser balizada por esse princípio, guiando as cidades ao desenvolvimento sustentável e à construção de uma nova ética urbana, dotando a cidade de mais justiça e humanidade (SAULE JUNIOR, 2004, p. 223-225).

Assim, os espaços urbanos cujos proprietários os destinam somente em razão de seu valor de troca, muitas vezes apenas pela forma especulativa de reserva de valor, são aqueles que devem ser objeto da exigência do cumprimento da sua função social. No solo urbano, a função mais importante é a de servir de moradia aos citadinos, sendo que, nessa via, o principal obstáculo ao direito à moradia dos mais pobres é representado pelo preço dos imóveis, que expressa o valor de troca da coisa. Pelo preço, o poder de uso do espaço fica privado apenas para quem tem poder econômico de adquiri-lo (ALFONSIN, J., 2004, p. 60). A forma como o direito de propriedade privada é exercido sobre grandes extensões de terras situadas nas cidades é a principal responsável pela falta de espaço físico para o exercício de direitos humanos fundamentais de não proprietários, como o da moradia, devendo esta ser o alvo da maior cobrança do cumprimento da função social constitucionalmente exigida (ALFONSIN, J., 2004, p. 64). Não se está aqui pregando, assim como também não o faz o sistema jurídico vigente, a abolição dos direitos econômicos do proprietário, porém o uso meramente especulativo da coisa não cumpre a sua função social, não a utilizando ou a subutilizando, causando reflexo nos direitos alheios, por, ao restringir a oferta de terras, encarecer o direito à moradia dos habitantes das cidades, excluindo a parcela mais pobre do acesso a esse direito fundamental.

Os municípios devem, portanto, para garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana e da cidade, aplicar os instrumentos previstos na legislação, como o plano diretor, o parcelamento ou a edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação para fins de reforma urbana, a operação consorciada, o direito de preempção e a outorga onerosa do direito de construir. A utilização desses instrumentos deve ser voltada ao cumprimento das diretrizes gerais da política urbana, quais sejam, o combate à especulação imobiliária, o desenvolvimento da gestão democrática da cidade, a garantia da efetivação do direito a cidades sustentáveis, a promoção da urbanização e a regularização fundiária das áreas urbanas ocupadas pela população de baixa renda (SAULE JUNIOR, 2004, p. 227). O Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), em seu art. 2º, VI, condiciona as políticas urbanas

municipais, de forma que a ordenação e o controle do uso do solo devem buscar evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes, o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana, a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente, a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização, a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental.

Em outras palavras, assegurar o pleno exercício do direito à cidade é a diretriz-chave da política urbana, a qual deve ser implantada nas cidades brasileiras para atender às necessidades de seus habitantes, especialmente o direito à moradia adequada. Para tanto, uma importante diretriz[20] é a que visa à efetivação do direito à moradia por meio da regularização fundiária e da urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda. Em tal processo, há a possibilidade do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo ou edificação, levando-se em consideração a realidade fática do assentamento a ser regularizado, sempre tendo em mente a situação socioeconômica da população atingida. Tal diretriz busca beneficiar milhões de brasileiros que habitam as cidades em condições precárias e sem nenhuma segurança jurídica, pois moram em assentamentos considerados ilegais e irregulares pelas normas urbanísticas vigentes. Assim, o Estatuto da Cidade aponta para a necessária constituição de um novo marco legal urbano, que seja justo e inclusivo, inspirando-se nos marcos de reforma urbana, no direito à moradia adequada, que perpassa por dar-se uma proteção legal às pessoas que vivem nas favelas, nos loteamentos populares, nas periferias e nos cortiços, mediante a legalização e a urbanização dessas ocupações urbanas informais (SAULE JUNIOR, 2004, p. 230-235).

Essa diretriz específica, que é o foco principal deste trabalho, é de fundamental importância no contexto brasileiro, porque grandes parcelas das cidades brasileiras urbanizaram-se e cresceram à revelia dos exigentes e complexos parâmetros legais, o que vem reforçando historicamente a separação das cidades entre a legal e a ilegal. As normas urbanísticas vigentes ao longo dos anos serviram, historicamente, para reduzir a oferta de lotes e as unidades habitacionais populares (SALUE JUNIOR, 2004, p. 236). As normas urbanísticas eram voltadas apenas à realidade do mercado imobiliário formal, tornando excessivamente cara a oferta de imóveis urbanos legais nas principais cidades brasileiras,

[20] Prevista no art. 2º, XIV, do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

fazendo com que a população de baixa renda se deslocasse para as periferias ou, em grande parte, para ocupações irregulares.

Podem-se extrair três importantes efeitos de ordem jurídica para a compatibilização das funções sociais da cidade com as da propriedade privada: a impossibilidade do bem coletivo ou do bem-estar dos cidadãos serem excluídos dos conflitos que sejam aparentemente interindividuais, mas que eclodem sempre que estiverem em causa multidões pobres e proprietários de latifúndios urbanos (tais conflitos não podem mais ser julgados pelo Direito civil puramente privado, nas lições de Pietro Perlingieri acima expostas); garantir a eficácia da dimensão horizontal dos direitos fundamentais, garantindo o respeito ao direito à moradia das pessoas não proprietárias urbanas nos conflitos fundiários; e, por fim, a justiciabilidade que deve ser garantida aos titulares de direitos fundamentais feridos pelo desrespeito das funções sociais da cidade e da propriedade. Deve-se ter tais condições em mente para evitar um caráter antissocial na interpretação de um direito adquirido sobre o espaço urbano, não podendo a propriedade ser confundida apenas com a fria matrícula de um imóvel em um registro público, sob pena de total ineficácia das normas constitucionais que tratam o tema. É o uso dado ao princípio da função social da propriedade urbana que dirá se ele poderá habilitar todos os necessitados a defender sua própria dignidade e seus direitos fundamentais à cidade e à moradia ou se servirá de escudo aos titulares de domínio privado, caso fique relegada ao mundo dos conceitos, da promessa e dos programas como uma mera carta de intenção (ALFONSIN, J., 2004, p. 66-77).

2.3 A insuficiência da abertura cognitiva por meio dos princípios da função social da posse e da propriedade

Para, portanto, trazer uma maior adequação do sistema jurídico à realidade social, os princípios da função social da propriedade e da posse são fundamentais, devendo os operadores do Direito abandonar uma operação de pura técnica silogística de subsunção dos fatos às leis que garantam o direito de propriedade, ignorando a sua dimensão constitucional atual e proferindo decisões que são socialmente deslegitimadas (TORRES, 2010, p. 429-430). Na linguagem da teoria dos sistemas, tais princípios, caso corretamente aplicados, poderão

trazer a devida abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu ambiente, possibilitando que ele, por seus próprios códigos e programas, atinja uma maior adequação social. A questão que surge, porém, é: a abertura cognitiva provocada pelos princípios da função social da propriedade e da posse é suficiente para gerar a necessária adequação do Direito à realidade social? Ou ainda seria necessário percorrer outros caminhos para que de fato o direito à moradia adequada dos ocupantes de áreas informais urbanas seja respeitado? Daí surge a necessidade de se discutirem as limitações em que esbarra a abertura meramente principiológica, trazendo à tona o papel das leis (com seu ponto de contato no sistema político) e, decorrente destas, os programas de regularização fundiária urbana.

Se, por um lado, é inegável que o avanço hermenêutico na concretização dos princípios constitucionais da função social da posse e da propriedade gera uma maior abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu ambiente, por outro lado tal medida parece ser insuficiente para gerar a completa adequação social do sistema jurídico à questão da moradia nos assentamentos informais. Os princípios possibilitam ao Direito transportar as irritações do ambiente para dentro de si, filtrando-as sob seus próprios códigos e critérios e, dessa maneira, modificando-se em um processo autopoiético. No caso específico das ocupações informais, os princípios tratados neste capítulo têm o poder de transformar a visão do Direito sobre este fato social, substituindo uma visão centrada na ilegalidade das ocupações informais e focando na necessidade de se garantir o direito à moradia adequada às camadas mais pobres da população.

Ora, a progressiva concretização dos princípios da função social da posse e da propriedade de fato teve o condão de integrar o Direito às irritações a ele externas, como os anseios econômicos, familiares, políticos e muito outros que se desenvolvem no seio das favelas e periferias urbanas. Gradativamente, há a substituição da visão do tratamento da favela como um fato ilegal (cujo tratamento adequado seria a sua remoção) por aquela que enxerga seus moradores como pessoas excluídas do direito à cidade e à moradia adequada, o que deve ser garantido pelas políticas públicas e pelo sistema jurídico. Uma das linhas avançadas dessa progressiva concretização principiológica, como acima exposto, é a proteção da posse em face do proprietário que não cumpre a sua função social, o que gera um tratamento mais adequado aos ocupantes que ali estabeleceram sua moradia (ainda que precária). Ou seja, os princípios são efetivos em garantir uma maior segurança da posse aos moradores da favela.

Passa-se, assim, aos poucos (o que ainda está em plena transição) a dar um tratamento jurídico mais condigno àqueles que ocupam propriedades alheias subutilizadas ou não utilizadas. Ademais, cria-se o dever do Estado de garantir a esses moradores a devida segurança da posse por eles exercida, bem como a implantação da devida infraestrutura urbanística e de serviços públicos essenciais, integrando esses espaços ao restante da cidade. Todavia, para tanto, é insuficiente a aplicação apenas dos princípios que devem orientar toda a política pública urbana nesse sentido, mas cujo grau de abstração impede que haja a disciplina concreta do tema. Há, portanto, a necessidade de estabelecimento de regras adequadas acerca do tema, que guiem o sistema jurídico e a Administração Pública no caminho de garantir o direito à moradia adequada à parcela mais pobre da população. Tal resposta perpassa, necessariamente, pelo interior do sistema político.

Para se ter uma compreensão mais ampla de como esse complexo tema deve ser encarado pela sociedade (e seus diversos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados), é necessário tecer uma comparação entre os sistemas judicial e político e seus respectivos procedimentos legitimadores. O sentido dos procedimentos judiciais oficiais, ao qual a encenação e o comportamento das partes devem se subordinar, é a apresentação de um método para se alcançar uma decisão, baseado em normas. Para o sucesso de tal empreitada, é importante uma separação clara e inconfundível entre os decisores e os que recebem a decisão. Os primeiros tomam as decisões e os segundos devem considerá-la premissa de seu comportamento. Ambos os papéis devem produzir realizações distintas de declarações, que têm de se complementar para o processo ser bem sucedido. Essa confiança no procedimento judicial é imprescindível para que aqueles que recebam a decisão se comprometam com respeito a um resultado incerto de decisão, em razão da esperança que possuem de o influenciar (LUHMANN, 1980, p. 91).

Por outro lado, da decisão proferida em um processo judicial decorre uma reestruturação das expectativas, por meio de um efeito de aprendizagem. Depois de findado o processo, já não se podem mais manter as mesmas expectativas de antes de seu término. O descontente terá de reorganizar e reforçar as suas experiências, formas de comportamento e objetivos em um papel diferente. Ele reestruturará suas expectativas de tal forma que elas expliquem a sua desilusão e, simultaneamente, permaneçam consistentes com as expectativas frustradas, não confirmadas pelo Direito. Ele procurará um culpado, como o juiz, seu advogado, uma testemunha que falseou a verdade etc. As suas expectativas anteriores

apresentam-se para ele como justas, quer antes, quer depois da decisão, mas elas já não são mais capazes de serem impostas, permanecendo apenas uma frustração que, apenas com o tempo, poderá ser aos poucos compensada (LUHMANN, 1980, p. 94). Percebe-se, assim, que a aplicação e a aprendizagem do Direito são funções distintas e discrepantes, e não é possível a nenhum sistema se especializar ao mesmo tempo em ambas sem que as duas sofram com isso (LUHMANN, 1980, p. 96).

Portanto, a função do procedimento judicial é a especificação do descontentamento e o fracionamento e a absorção dos protestos. A sua força motriz é a incerteza quanto aos resultados, sendo esta o fator efetivo de legitimação. A incerteza deve ser, assim, tratada e mantida no procedimento com todos os cuidados e mediante a observância dos protocolos. Aplica-se a incerteza para levar os receptores das decisões a um trabalho de protocolo não remunerado. Depois de terem-no cumprido, eles passam a se encontrar como alguém que confirma as regras na sua validade e os decisores nos seus cargos, bem como a si próprio como alguém que aproveitou as possibilidades para generalizar os seus interesses como capazes de serem aprovados e para firmar alianças sociais ou políticas em relação aos seus objetivos. Por essa razão, quase não há sentido, após o término do devido procedimento, uma revolta contra a decisão, sendo-lhe vedada a possibilidade de sofrer publicamente por efeito de uma injustiça moral. A decisão é aceita como obrigatória independentemente de uma disposição interior. É essa sistemática que permite ao perdedor aceitar com maior rapidez a decisão como premissa própria de comportamento. Entretanto, observa-se que é decisivo que temas de conflito mantenham uma forma na qual já não possam ser generalizados e politizados. A forma de política correspondente a essa organização de aplicação jurídica deve pressupor um fracionamento dos conflitos para poder depor a política como sistema autônomo de preparação da decisão (LUHMANN, 1980, p. 98-99).

Desse modo, a legitimação pelo procedimento não conduz necessariamente ao consenso efetivo, à harmonia coletiva de opiniões sobre a justiça ou à articulação do poder com comportamentos efetivos. A legitimidade não significa a interiorização de uma instituição ou de uma conscientização pessoal de convicções socialmente constituídas. Ela é, na verdade, um processo de reestruturação de expectativas jurídicas. Assim, abriu-se o caminho para uma relação de indivíduo e organização social que depende de uma separação mais rigorosa dos sistemas, revelando um potencial maior de complexidade. Dessa forma, a organização social pode ser apresentada como independente da originalidade das

personalidades individuais e, por isso, pode permitir justamente a individualização das personalidades. Todas as características sistemáticas de um procedimento têm de cooperar para o seguinte resultado: o procedimento tem que ser diferenciado por meio de normas jurídicas específicas da organização e por meio de uma separação de papéis socialmente institucionalizada; tem de adquirir uma certa autonomia graças à ligação com as normas jurídicas para se poder individualizar; tem de ser suficientemente complexo para poder submeter ao debate os seus conflitos e poder deixar na incerteza, durante certo tempo, as soluções de tais conflitos (LUHMANN, 1980, p. 99-101).

O procedimento judicial, como sistema de complexidade relativamente pequena, não pode prescindir de estruturas relativamente concretas e invariáveis de assimilação de informação, de formas de pensamento bem delineadas, bem como de instituições jurídicas, como, por exemplo, a propriedade ou o ato administrativo. O processo de decisão judicial oculta a sua própria causalidade, o que é facilitado pela quantidade de pensamentos jurídicos que é formulada em procedimentos, de forma que a contribuição de cada procedimento isolado é mínima (LUHMANN, 1980, p. 117).

A positivação do Direito, diante do número de expectativas legitimáveis e as possibilidades e tempo de alterá-las, aumenta a complexidade objetiva e temporal do sistema jurídico. Em princípio, torna-se possível qualquer complexidade e variabilidade do Direito, estendendo-o a todo o mundo. Enquanto estrutura da sociedade, o Direito não deve limitar o mundo que a sociedade pode ter. Deve-se possibilitar a criação de um Direito adequado, em que surjam problemas novos ou em que as conjunturas se apresentem como carecendo de estabilização (LUHMANN, 1980, p. 121). Se uma sociedade positiva o seu Direito, ela abandona a suposição de uma complexidade reduzida e, agora, deve realizar por si própria a redução da complexidade, atuando mediante o seu sistema político. A sociedade, assumindo a responsabilidade pela sua própria estrutura, deve estabelecer uma multiplicidade de possibilidades de comportamento humano e decidir aquilo que deve ser válido. As certezas ligadas ao ambiente (portanto, exteriores) devem ser substituídas por certezas interiores, imanentes ao sistema. A sociedade tem de aceitar riscos elevados, tolerar incertezas, permitir a falta de consenso e poder reelaborar tudo isso sozinha com a sua atuação. Deve aceitar contradições e conflitos em vez de rejeitá-los como conflitos de valores, de programas ou de papéis, passando a regulá-los e decidi-los. Tudo isso sugere o pensamento de equilibrar a perda do Direito natural por meio do Direito processual. Não por acaso inicia-se o surgimento

de um novo tipo de confiança no procedimento judicialmente regulamentado no mesmo período de tempo em que o Direito natural fracassa na sua última manifestação (o Direito lógico) (LUHMANN, 1980, p. 123-124).

É preciso, portanto, compreender essa relação entre os sistemas político e jurídico, intensificada pela positivação do Direito, a qual o torna sempre modificável por suas decisões, que são frequentemente provocadas por mudanças legislativas oriundas do sistema político. Apesar de toda a valorização da atividade decisória dos juízes, percebe-se que uma grande e nova gama de problemas oriundos da sociedade hipercomplexa não pode mais ser resolvida no plano e na forma do Direito dos juristas até então praticado. Na medida em que possam ser resolvidos pelo Direito, eles exigem cada vez mais o recurso à legislação (LUHMANN, 1983, p. 227-228).

Dessa maneira, um enorme e crescente volume de leis é tido por necessário e produzido. A matéria do antigo Direito é reelaborada, codificada e colocada na forma de leis. Isso não é devido apenas à praticabilidade no uso em tribunal e à facilidade de aplicação, mas também em razão de caracterizá-la como estatuída, modificável e de vigência condicionada, com o que é garantida a racionalidade do Direito (LUHMANN, 1983, p. 230). Para tanto, deve-se ter noção de que, da mesma forma que a competência para modificar o Direito não dispensa o respeito ao Direito vigente, a intenção de modificá-lo não pode ser vista como um ato ilegal de desobediência, um protesto contra o Direito vigente ou ser controlada ou limitada pelas discriminações correspondentes. A canalização e a seleção prévia das alterações projetadas para o Direito têm de ser realizadas de outra forma, não a partir do Direito vigente, mas somente politicamente, e mantidas dentro dos limites do suportável (LUHMANN, 1983, p. 233).

Diante dessa necessidade resultante do aumento da complexidade social, apenas nos Estados da era contemporânea surgiu uma formação de vontade suficientemente aberta e dirigida em princípio a objetivos políticos. Em tal situação, alguns sistemas políticos criam a possibilidade de separar conceitual e institucionalmente a resistência contra transgressões do Direito da oposição em oposição ao estabelecimento do Direito. Encontra-se nisso uma das possíveis bases para a preparação política ordenada em alternativas para a permanente alteração das leis. Todas essas condições (instauração do processo, separação entre o cargo e a pessoa, entre desobediência e desejo de mudanças, entre resistência e oposição, e institucionalização de processos políticos) não poderiam sustentar a positivação do Direito

caso, a partir das mudanças na estrutura social, não tivesse surgido um enorme volume de novos problemas para decisão, que em muito extravasaram a esfera das normas até então consideradas pela dogmática jurídica (LUHMANN, 1983, p. 233-234).

Novas necessidades de decisão da economia comercial, da propriedade individual da terra e da proteção aos hipossuficientes, por exemplo, induziram a substituir o antigo Direito unitário por uma diferenciação processual entre o Direito civil e o Direito pessoal. Na atualidade, o papel condutor tem cabido aos problemas que precisam ser decididos pelo Direito público, focados inicialmente na transformação da ordem social estamental na sociedade industrial, e cada vez mais voltados para a solução de problemas de consequência desse novo tipo de sociedade. Somente, então, colocaram-se tantos problemas de fixação do Direito, principalmente no sentido de necessidades de evitarem-se possibilidades de regulamentação legislativa, que tornaram necessária a instauração de um processo legislativo por meio do Direito do Estado. Este passou, assim, a ser um componente funcional permanente do aparelho estatal, aumentando a complexidade da preparação política das decisões que, cada vez mais, exigem dedicação exclusiva e organização, ou seja, a diferenciação de uma esfera político-partidária no sistema político (LUHMANN, 1983, p. 234-235).

Portanto, a instauração de processos legislativos como componente institucional da vida político-estatal é uma condição necessária para a reorientação global do Direito em termos de positivação, no sentido de uma premissa para decisões. Em razão disso, a preparação da positivação do Direito no plano conceitual em geral e no plano do conceito jurídico-científico foi concentrada, inicialmente, no processo legislativo. Fixou-se, desse modo, um nível de abstração impenetrável para a teoria. Com o estabelecimento do processo legislativo, o medo frente ao Estado fortalecido é reduzido, aumentando, por outro lado, a convicção sobre limites imanentes à legislação. Assim, torna-se evidente que nem todo o Direito pode ser cunhado na forma genérica da lei; que as fixações programáticas do legislador não podem captar integralmente o sentido do Direito vigente, levando, no século XX, a uma nova acentuação do Direito dos juízes no terreno da positividade. Essa atuação dos juízes em sua posição em um processo decisório diferenciado ocorre a partir de seu controle direto das sanções do Direito, da sua proximidade com os casos apresentados e diante da concretude de sua experiência jurídica quotidiana, na qual ele lida com normas inacabadamente determinadas e profere decisões fixadas legalmente em termos apenas

programáticos, e não definitivos. Tudo isso acontece em complemento ao processo legislativo (LUHMANN, 1983, p. 235-236).

Nesse sentido, os procedimentos jurídicos de eleição política e legislação são designados como formas de criação e estabelecimento da vontade popular e podem se legitimar politicamente, embora com isso não se tenha conseguido reconhecimento. A noção de uma vontade que tem de ser criada e estabelecida é colhida da atuação isolada e não se pode traduzir em sistemas de complexidade elevada sem uma nova definição. Há, pois, um problema fundamental na forma como se pode manejar uma tão grande complexidade e como se pode levá-la a um sentido decisivo, mantendo-a, porém, como momento estrutural permanente. Os processos legais da criação e do estabelecimento da vontade popular têm de ser analisados como contribuição para a solução desse problema (LUHMANN, 1980, p. 128-129).

Se a complexidade política for preservada e refundida no sentido descrito, necessita-se, então, preencher determinadas condições prévias. Os processos políticos devem ser diferenciados especificamente em um sistema parcial de tipo especial, tal como acontece sob a forma de política partidária. Esses processos têm de ser aplicados a um problema de relação relativamente abstrato, que estimule e incite a criação de alternativas. Estas, por sua vez, têm de ser funcionalmente diferenciadas e especificadas em si mesmas. Os processos políticos contribuem para que todos esses requisitos sejam observados. A sua função de preservar e reduzir a complexidade política não programada é demonstrada quando se considera o seu contexto de sistemas como um feixe de obras diversas, resumidas e integradas na continuidade de uma instituição como a eleição política ou a legislação (LUHMANN, 1980, p. 129). Nesse contexto, o processo legislativo serve, enquanto processo, principalmente para generalizar e legalizar causas políticas. Sem a positivação do Direito ou, melhor dizendo, sem a legislação, não se poderia estabelecer o espaço de manobra da decisão necessária para isso (LUHMANN, 1980, p. 152).

O processo legislativo tem de dominar uma complexidade extremamente elevada, pois trata o Direito como variável. Essa complexidade tem de ser institucionalmente assegurada, continuamente mantida e avaliada, em cada caso, por determinadas decisões legislativas. Para tanto, contribuem o reforço da versão oficial do processo de uma assembleia deliberativa decidindo por maioria, bem como uma forma de trabalho realmente imposta com a criação de grupos, relações informais e alterações de competências. Desempenha-se, assim,

uma dupla função: simboliza-se a grande variabilidade e capacidade de decisão, motivando uma orientação para uma complexidade elevada e procura-se, de procedimento para procedimento, na medida do possível, alcançar um consenso real suficiente como base de atuação política. Quando esses procedimentos alcançam apoio suficiente nas demais estruturas da sociedade e nos seus outros sistemas parciais, então se pode conseguir que os interessados recebam bem as variações do Direito nos casos isolados, em parte. Todavia, na generalidade, pode conseguir-se que eles as aceitem como um acontecimento real e modifiquem as suas expectativas correspondentes, sem que surjam complicações consideráveis ou discrepâncias nos seus outros papéis (LUHMANN, 1980, p. 161-162).

De toda maneira, constata-se atualmente que a positividade do Direito não pode ser suficientemente compreendida pelo fato da competência legislativa sobre o Direito. No histórico de desenvolvimento da positivação do Direito, trata-se não apenas da ampliação das atribuições legislativas com respeito a um determinado sistema jurídico, também não do desaparecimento da hierarquia das leis, mas, ainda, da simples continuidade da lei positivada após a perda da crença em fontes superiores do Direito. Pode-se, pois, falar em positividade somente quando o próprio estabelecimento do Direito (ou seja, a decisão) tornou-se base para o Direito. O Direito positivo vige não em razão de normas superiores o permitirem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência (LUHMANN, 1983, p. 236-237). A passagem para o Direito positivo (baseado e modificável nas e pelas decisões) modifica novamente o estilo do Direito, alterando o plano do sentido no qual se procura e assegura-se a generalização congruente de expectativas sobre expectativas. Eleva-se, assim, a complexidade e a contingência permitidas ao sistema jurídico, expandindo suas possibilidades. A diferenciação funcional do sistema social e a positividade do Direito convergem nesse traço básico de complexidade e contingência superdimensionadas: uma sobrecarga que a sociedade se autoimpõe e que desencadeia processos seletivos internos ao sistema (LUHMANN, 1983, p. 237).

Voltando à questão do tratamento adequado das favelas, percebe-se que a solução de tal questão permeia a sociedade e, portanto, também os seus subsistemas parciais, entre eles o Direito, a economia e a política. Uma legislação adequada ao tema é necessária para que o Estado possa reagir à realidade social de maneira adequada. E é por meio do sistema político que isso poderá ser alcançado. Por meio de seus programas voltados a fins, o sistema político se abre ao ambiente das periferias, captando as demandas oriundas da sociedade. Essa

irritação, processada no interior do sistema político, gera a necessidade de um agir da política, a qual passa a produzir normas que deem uma melhor disciplina ao tratamento das favelas e ocupações informais urbanas. Tais leis recaíram em importantes instrumentos de política habitacional previstos no Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), lei geral de âmbito nacional que trata das políticas urbanas, mas também foram produzidas leis em cada um dos municípios brasileiros, dando primazia às realidades locais. Dessa maneira, o sistema político, por meio da confecção de regras específicas para o tratamento jurídico do tema, modifica a legislação positivada, trazendo a obrigação de o sistema jurídico absorver essa irritação e dar novas decisões diante dessa nova realidade. Normas que garantam a maior proteção da posse são produzidas, e o sistema jurídico é forçado a adaptar-se a essa realidade social por meio das regras produzidas pelo legislador.

Lembre-se, contudo, de que o Direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e também a dos juízes) é confrontada com uma multiplicidade de projeções normativas preexistentes, entre as quais ele faz sua opção com um grau maior ou menor de liberdade. Se isso ocorresse de modo distinto, tal decisão não seria jurídica. A função da decisão legislativa não reside na criação do Direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto Direito vinculativo. Há um filtro processual pelo qual todas as ideias jurídicas têm de passar para que possam se tornar socialmente vinculativas enquanto Direito. São geradas, dessa maneira, as estruturas do Direito em termos de inclusões ou exclusões, decidindo-se sobre a vigência ou não do Direito, mas não o criando a partir do nada. Tal premissa é fundamental para se afastar a concepção do Direito estatuído por meio de decisões fundada na onipotência de fato ou moral do legislador. A vigência do Direito, porém, está referida a um fator variável: uma decisão. O fator inovador da positividade do Direito é a legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos a isso inerentes (LUHMANN, 1985, p. 8-9).

A positividade jurídica implica que o Direito não é só estatuído mediante decisões, mas sua vigência também ocorre por meio da força de decisões, tornando-se contingente e modificável. A positividade aumenta em muito a complexidade e a contingência do sistema jurídico, adequando-o às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. A elevação da contingência e da complexidade para outro plano acarreta novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e novos problemas, abrangendo todas as dimensões de generalização de expectativas. Para a caracterização da complexidade

do Direito, pode-se se socorrer à dimensão temporal. O Direito passa a fluir legitimamente e de forma controlável, adequando-se ao fato de que, nas sociedades funcionalmente diferenciadas, o alto grau de interpendência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente. Há, ainda, um aumento da complexidade também na dimensão material: o número de temas simultaneamente passíveis de tratamento jurídico se eleva e não precisa estar vinculado a uma prática passada consagrada, podendo visar à alteração de determinado comportamento de forma transitória ou mesmo permanente, buscando alcançar resultados futuros satisfatórios. O Direito torna-se cada vez mais um instrumento de mudança planificada da realidade em inúmeros detalhes. Há, por fim, reflexos também na dimensão social. Um Direito amplamente potencializado deve viger para um número maior de pessoas muito mais diferentes entre si, tendo de se generalizar fortemente também no sentido social. O sistema jurídico deve se tornar praticamente independente do conhecimento e do sentimento individual, e mesmo assim ainda ser aceito (LUHMANN, 1985, p. 9-11).

Em outras palavras, o Direito passa a servir como instrumento de desenvolvimento social, como mecanismo de definição e distribuição de chances e de resolução de consequências funcionais problemáticas, as quais surgem inevitavelmente do rápido aumento da diferenciação funcional entre os sistemas. Na perspectiva da função, a positivação do Direito conclui o que já havia sido iniciado com a distinção entre expectativas cognitivas e normativas: a construção de estruturas de expectativas crescentemente arriscadas, evolutivamente improváveis, postas à feição do desenvolvimento social (LUHMANN, 1985, p. 12-13). A evolução do sistema social foi vista como desencadeadora da mudança social, e as mudanças no sistema jurídico foram enfocadas como consequências, possibilitadas por reestruturações do sistema social, principalmente por seu modo de diferenciação, ao mesmo tempo que ajudavam a estabilizar importantes conquistas do processo evolutivo. Na perspectiva evolutiva, o Direito é sempre e concomitantemente causa e consequência (LUHMANN, 1985, p. 116).

Observa-se que o fenômeno da mudança social persiste mesmo sem que se mude o conjunto do Direito formulado, o que pode ser expressado mediante a mudança funcional das normas jurídicas. Por outro lado, também existem novas formulações do Direito (como as codificações) que não geram qualquer mudança social. O grau de invariância recíproca entre Direito e sociedade pode aumentar de acordo com a complexidade do sistema social e com o

grau de abstração de suas conquistas estruturais. O Direito é codeterminado pelo desenvolvimento social, mas também é capaz de codeterminá-lo (LUHMANN, 1985, p. 116-117). Deve haver uma intermediação de inovações unilaterais necessárias com a situação não estática, mas dinâmica do sistema, mediante categorias suficientemente abstratas, capazes de estabelecer sentidos a longo prazo (LUHMANN, 1985, p. 123). As mudanças jurídicas são bem sucedidas na medida em que conseguem reverter efetivamente expectativas e ações à orientação por outras normas. Isso ocorre por meio de uma multiplicidade de sistemas que estabelecem e delimitam significados, não podendo, portanto, ser sem mais nem menos modificadas pela reestruturação de um único sistema (LUHMANN, 1985, p. 138).

Entretanto, a capacidade de a sociedade absorver mudanças juridicamente desencadeadas dependerá de as interdependências no sistema social não serem demasiadamente altas. Se tudo dependesse de tudo, seria praticamente impossível gerar determinados efeitos mediante determinadas intervenções. O efeito inovador ou de impedimento de inovação pode resultar diretamente do sistema jurídico, que desencadeia ou bloqueia processos sociais de mudança, enquanto estrutura assentada. As mudanças sociais também podem ser mediatizadas pela mudança jurídica, o que é algo completamente diferente. A diferença entre os sistemas Direito e sociedade implica o dever de diferenciar mudança/permanência pelo lado do Direito e pelo lado da totalidade das estruturas sociais, de tal forma que a permanência do Direito possa ser correlacionada com a mudança em outras estruturas sociais e vice-versa (LUHMANN, 1985, p. 145-146).

As mudanças passam por uma multiplicidade de abstrações figurativas ou valorativas, produzidas e explicitadas na longa tradição do processo decisório judiciário e que foram oportunamente codificadas pela legislação. Elas estão diretamente relacionadas com as necessidades reconhecidas na práxis social, mas, no entanto, desenvolvendo formas categoriais que não mais podem ser referenciadas a determinadas necessidades por meio de correlações unívocas. Assim, o grau de abstração do sistema jurídico adquire uma referência a situações imprevistas, permite a absorção e a sedimentação de novos motivos, fazendo dançar condições petrificadas, porém sem uma coreografia predeterminada. Simultaneamente, sua consistência leva a uma mudança funcional igualmente incontrolável, como descrito no caso da propriedade. As figurações dogmáticas desse tipo podem ser inseridas em novas leis como conceitos estabelecidos, quase como sub-rotinas de novos processos decisórios. Formula-se, por exemplo, que o proprietário deve providenciar algo, que os atos administrativos seriam

questionáveis, que as inovações seriam executadas sem prejuízo de direitos adquiridos, na expectativa de que essas cláusulas adquirissem seu sentido específico nos processos decisórios de aplicação judiciária do Direito (LUHMANN, 1985. p. 150-151).

Com a crescente responsabilidade política pelas condições econômicas e sociais, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, desenvolveu-se um outro estilo de normatização conscientemente provisório, inserido em condições mutáveis e, assim, também mutável. Disso resultou a tendência de ocupar-se preferencialmente de necessidades comunicadas ou de desarranjos funcionais, realizando adaptações concretas mediante atos legislativos planejados *ad hoc*. Do ponto de vista do legislador, isso é facilitado por uma adaptação das regras a situações sociais, já que a própria sociedade se tornou extremamente complexa e estruturalmente móvel (LUHMANN, 1985, p. 151). Porém, com isso não se afirma nada sobre o grau de planejamento de mudanças que uma sociedade pode realizar. Mesmo no contexto de uma dada sociedade, a relação entre consequências manifestas e latentes pode ocorrer diferentemente conforme o caso e o âmbito de ação. Seria falso caracterizar o desenvolvimento da sociedade moderna simplesmente pelo crescente planejamento. Não são apenas as consequências planejadas que aumentam, mas igualmente as não planejadas, e é a isso que a sociedade tem que adequar o seu Direito (LUHMANN, 1985, p. 173).

Voltando à questão que recai sobre as favelas, a interação do sistema político com o seu ambiente social e, mais de perto, com o Direito, acaba por trazer à tona uma legislação que visa a buscar, justamente, um tratamento adequado aos núcleos urbanos informais, inspirando-se e iluminando-se nos princípios da função social da posse e da propriedade, mas provendo o arcabouço jurídico de regras com grau de concretude maior e mais bem destinadas a lidar com tal realidade social. Esse conjunto de leis, na busca pela solução do problema aqui enfrentado, além de trazer regras que garantam maior segurança aos ocupantes e prevejam direitos sociais a eles, acaba por recair em um caminho comum e imprescindível para o adequado tratamento das ocupações informais urbanas: o estabelecimento de programas de regularização fundiária. A mera garantia abstrata do direito à posse dos ocupantes seria incapaz de integrar as comunidades informais à parcela da cidade formal, deixando-as em uma zona cinzenta entre o formal e o informal, aprisionando-as em um processo lógico de exclusão das periferias do restante da cidade. A mera proteção da posse, impedindo a remoção dos moradores, os manteria isolados em sua realidade própria, porém segregada da realidade

da parcela formal da sociedade, que é dotada de infraestrutura, serviços e integrada ao mercado.

Os programas de regularização fundiária buscam, assim, ir além da questão de impedir as remoções de favelas e demais ocupações, mas traçam diretrizes para que a Administração Pública adote medidas para efetivamente garantir a segurança da posse ou a propriedade dos moradores (por meio da titulação), para implantar uma melhor infraestrutura urbana e habitacional, bem como para levar os serviços públicos aos moradores desses locais. Há, dessa maneira, a tentativa de real integração desses espaços hoje segregados ao restante da cidade, o que seria impossível apenas com princípios abstratos, os quais devem reger a condução desses programas, mas são insuficientes para a implementação completa do direito à moradia adequada.

Percebe-se que a outra opção – que seria apenas garantir que os moradores não fossem removidos, mas sem integrá-los urbanisticamente e juridicamente à realidade formal da cidade – implicaria no desenvolvimento e na permanência das realidades paralelas que guiam as vidas nas comunidades, como bem discutido no capítulo que tratou do pluralismo jurídico. Cada favela teria sua própria regra para dirimir os seus conflitos internos, com seus *locus* de solução de conflitos, aplicando essas normas extraestatais na solução dos litígios desenvolvidos. Isso levaria a uma multiplicação de realidades situadas ora na periferia do sistema jurídico ora no lado exterior do sistema jurídico, gerando uma grande diferença de integração jurídica em relação à parcela formal das cidades e às diversas realidades dos numerosos núcleos urbanos informais.

Percebe-se, nas grandes e médias cidades, que esse caminho não levará à inclusão e ao tratamento adequado desses moradores. Como mostrado por Elickson (1991), em sua hipótese tratada no começo deste trabalho, as normas extraestatais têm o poder de regular as relações sociais, independentemente da ordem jurídica estatal vigente, apenas em contextos de pequenas comunidades com ampla coesão social, nas quais os conflitos são resolvidos de acordo com as normas sociais desenvolvidas ao longo do tempo e por um processo de reforço da obrigação de observância dessas regras pelos moradores. Quando, porém, tais pequenas comunidades precisam resolver problemas a ela externos, fatalmente precisam recorrer à ordem estatal vigente e suas instituições. É nesse ponto, caso não haja a completa integração jurídica das favelas à cidade formal, que se perpetuará a segregação jurídica das favelas em relação às áreas mais abastadas, pois a ordem jurídica estatal não estará plenamente adaptada

àquela realidade social existente, gerando a sua inadequação social e o sentimento de exclusão desses espaços da ordem jurídica formal, criando um círculo vicioso de isolamento. Ora, se o sistema jurídico estatal não trata adequadamente seus problemas, os moradores das favelas deixam de recorrer a ele, abrindo mão da integração com o resto da cidade e isolando-se em sua realidade local informalmente governada.

Interessante notar aqui, em consonância com o que foi exposto no capítulo sobre a relação entre a lei e as normais sociais na teoria de Ellickson (1991), a ressalva de Maliska (2009, p. 37) – ao analisar a questão do pluralismo jurídico e ao se referir ao pensamento de Eugen Ehrlich, que não faz uma apologia ao Direito informal, – é que um Direito localmente disperso só pode servir às necessidades estritamente locais. O desenvolvimento do Direito recebe um grande impulso somente quando, nas grandes extensões territoriais, emana de um centro único, o qual somente o Estado poderia criar (MALISKA, 2009, p. 115). O pluralismo jurídico não estaria contraposto ao Direito oficial, sendo, na verdade, parte integrante de um todo que necessita de processos formais de positivação de Direitos (MALISKA, 2009, p. 127). Sociedades maiores e mais complexas exigiriam uma forma mais organizada de controle social, havendo a necessidade de evocação da noção de autoridade e da sua afirmação, sendo que as fontes de tal autoridade são diversas, como as leis, tradições, religião etc. Os costumes são uma dessas fontes e possuem grande eficiência quando situados em sociedades simples, com contatos interpessoais constantes e com alto poder de penetração nas redes de relações humanas (ALBERNAZ; WOLKMER, 2013, p. 211-212).

Pelo menos em comunidades de grande dimensão, em que o diálogo equilibrado e face a face se mostra impossível, ineficiente ou mistificador, as soluções institucionalizadas na ordem jurídico-constitucional, que garantam uma maior democraticidade e participação, devem merecer uma especial atenção, pois as normas difusas nas diversas realidades existentes na sociedade podem não ter a justeza e a legitimidade necessárias. Não se trata de exclusivismo da ordem estatal ou sua primazia automática, mas do reconhecimento de que suas soluções mereceram maior consenso, avaliado por processos que, apesar de possuírem defeitos, são os mais transparentes e participativos que a experiência política trouxe (HESPANHA, 2013, p. 155).

A complexidade social e o aumento do número de interações sociais, em qualidade e quantidade, tornam impossível a manutenção, sem isolar uma comunidade coesa do restante da sociedade que a envolve, apenas das regras internas de convivência de determinado

grupamento social apartadas da ordem estatal. Interessante, pois, nesse sentido, trazer a seguinte passagem de Luhmann (2018, p. 76), quando ele discorria sobre a dogmática jurídica e a adequação social do Direito, na qual mostra a relação entre a complexificação da sociedade e a necessidade de surgimento de uma ordem (com conceitos dogmáticos cada vez mais complexos e abstratos que permeiam o sistema jurídico) descolada das relações mais próximas de vizinhança ou de relações estritamente comunitárias:

> La institucionalización de la posibilidad de relaciones sinalagmáticas entre prestaciones solo será necesaria en un determinado grado de desarrollo de la sociedad- concretamente cuando deben posibilitarse relaciones de prestación entre un número tan incontrolable de partícipes que fracasan los antiguos mecanismos sociales del control de errores (por ejemplo los domésticos o los de la aldea), y la recíproca implicación de comportamientos erróneos debe limitarse a conexiones especificables de prestaciones y debe asegurarse con esa limitación. En este caso son figuras dogmáticas, tales como la del contrato, las que tienen que responder a tales exigencias. Solamente en sociedades de tipo muy diferenciado, que tienen que garantizar múltiples resultados independientemente de cualquier complementariedad, y que han de bloquear en tales puntos sinalagmáticas transmisiones de errores, se hace necesario inventar, además, la categoría del derecho subjetivo.

Nota-se, por outro lado, que a dogmática jurídica, na tentativa de construir conceitos dogmáticos abstratos e devidamente adequados à sociedade, acaba por, muitas vezes, como exposto anteriormente, fazer um chamado ao legislador para que possa trazer a solução para um problema que se apresenta no mundo jurídico. Às vezes, a dogmática jurídica se deparará com situações em que concluirá pela necessidade de alteração das normas positivas vigentes, diante da insuficiência da legislação atual para enfrentar determinado problema sob o ponto de vista do sistema jurídico. Nesse sentido, vide a seguinte lição de Luhmann (2018, p. 80-82):

> Estas reflexiones nos conducen a consecuencias de muy largo alcance para la comprensión de las normas por una dogmática funcionalmente abstrayente. Significan, ante todo, que un trabajo conceptual dogmático que abstrae de modo funcional implica en mayor medida preguntas y llamadas al legislador. Así lo admiten los juristas que abogan por una dogmática anticipatoria, de política jurídica y con mira al futuro.
> […]
> Sin embargo, la discusión de la reforma también requiere funcionalizaciones. Mediante preguntas de aclaración funcionalmente dirigidas se la sustrae a un simple nada con la comente de las opiniones sobre deseables mejoras e facilidades de la vida. Una dogmática que abstrae funcionalmente ha de exigirle al legislador que tome las necesarias decisiones previas sobre las referencias del sistema y los problemas de referencia.
> […]
> En la medida en que el positivismo se impone en todos los planos de la determinación del derecho (ante todo en las leyes, en las sentencias y en los contratos) se altera también el material de la dogmática. Se convierte en un proceso de decisión fluido, que cambia su propia estructura y cuya discontinuidad ha de ser

> controlada. En el sentido temporal de dogmática ya no pude ser la mera conservación del esencial, sino que es el control de las discontinuidades de un ordenamiento auto-sustitutivo, formalmente una negación de negaciones.
> […]
> Una dogmática jurídica orientada funcionalmente precisa, por tanto, de su específica comprensión de las normas, de una especial interpretación de sus vínculos. Se refiere a normas entendidas como derecho positivo vigente, a la facticidad histórica de un ordenamiento auto-sustitutivo. Vinculación no es para ella inmutabilidad, sino mutabilidad según condiciones dadas. En esto tiene en la sociedad de hoy su propia adecuación, que la capacita para proponer conceptos jurídicos adecuados a la sociedad.

A dogmática jurídica cumprirá bem ou não a sua função na medida em que seja possível ou não levar as reflexões e abstrações jurídicas a um nível que corresponda à situação social ou ainda que um posterior desenvolvimento do Direito passe à legislação e, portanto, em grande medida, à política (LUHMANN, 2018, p. 116). É, nesse sentido, que o presente trabalho advoga a ideia de que os princípios da função social da posse e da propriedade são insuficientes para integrar as favelas à cidade formal, evitando-se que se tornem guetos urbanos aprisionados em suas próprias regras e que impeçam que os moradores dos assentamentos informais possam desenvolver relações plenas com o restante da cidade. É preciso, pois, dar um passo além do mero reconhecimento do direito à não remoção dos moradores das favelas, garantindo que o seu modo de vida seja não apenas reconhecido como legal, mas compatibilizado com o ordenamento estatal vigente para a parcela formal da cidade. As favelas precisam ser reconhecidas e tratadas como parte integrante da cidade, devendo ser assegurados aos seus moradores os mesmos direitos e serviços destinados aos moradores do asfalto, inclusive no aspecto econômico que uma propriedade formalmente conhecida pode fomentar.

Um caminho para tal objetivo é chamar à responsabilidade o sistema político (em seu papel de desenvolver a legislação positiva) para que possa trazer os parâmetros para um programa de regularização fundiária urbana que, ao mesmo tempo que busque refletir a realidade de determinado agrupamento urbano, traga mecanismos para que o estilo de vida daquela comunidade possa ser incorporado à ordem formal e, assim, sejam traçadas as premissas para que os membros da comunidade possam interagir, em pé de igualdade, com a cidade já formalizada. Os moradores, por meio das comunicações exercidas no seio dos diversos sistemas sociais, pleiteiam o acesso a uma vida urbana digna, com a acesso ao transporte, lazer, educação, saúde, boas condições de habitabilidade e segurança jurídica de suas moradias. Cabe ao sistema político, orientando-se por seus programas voltados a fins,

absorver essa irritação e transformá-la em comunicação política destinada ao atendimento dos pleitos legítimos de tal parcela da população. Certamente, um dos frutos dessa comunicação política será a construção de um arcabouço legal que permita ao Estado realizar um adequado programa de regularização fundiária urbana.

Adverte-se, mais uma vez, que os programas de regularização fundiária não devem ignorar as realidades locais ao implementarem a sua integração jurídica e urbanística à cidade, sob pena de, em um modelo vindo de cima para baixo, este continuar sendo inadequado socialmente à realidade que pretende disciplinar. Como bem ressaltado por Magalhães (2013b, p. 22) – munido de pontos de contato estabelecidos com o referencial do pluralismo jurídico, no âmbito de políticas públicas de regularização fundiária e urbanização de favelas e bairros clandestinos – há grande prevalência de uma visão baseada apenas ou primordialmente no Direito estatal, não havendo grandes preocupações ou dedicação a problematizar as estruturas jurídicas internas das favelas. Ou seja, há uma lógica excessivamente centrada na ótica do interventor e pouco preocupada com o modo com que os beneficiários encaram sua condição e as políticas públicas para eles voltadas. Inúmeras tentativas de regulamentação das favelas, por meio de dotação de regras para um espaço tido como anômico, devem ser encaradas, antes, como tentativas de redefinir a constelação jurídica dessas regiões, a fim de que as normas estatais ganhem maior presença, com o desejo, inclusive, de que haja a substituição e a derrogação do Direito da comunidade tal como vigorava até então. Há, assim, a luta pela centralização e monopolização do poder de dizer o Direito (MAGALHÃES, 2013b, p. 79). Segundo Magalhães (2013b, p. 84-85), deve-se, dessa forma, possuir cuidado na análise das atuais transformações do Direito da favela, nas quais é preciso evitar tanto o etnocentrismo de avaliá-lo, tendo a ordem estatal como ponto de referência inquestionável e inquestionado, quanto o evolucionismo que enxerga a passagem inevitável da forma jurídica comunitária para a forma estatal.

Por outro lado, não parece correta a perspectiva de se encarar a realidade da favela como uma especificidade sociocultural de natureza praticamente equiparada àquela mencionada pelos autores que enfrentam o problema do multiculturalismo e da plurietnicidade (principalmente de povos tradicionais). O transporte dessa visão às favelas promove o seu isolamento analítico em relação à tessitura urbana em que se inserem. Apesar de haver, sim, especificidades no âmbito das relações constituídas nas favelas, o que justificaria o destaque do Direito delas em relação a outras constelações jurídicas, é o fato de

elas terem, por pano de fundo, os processos de segregação e de dualização urbana, que não significam, contudo, a afirmação de uma identidade cultural diferenciada em termos absolutos em relação à cidade, vista como uma determinada totalidade (MAGALHÃES, 2013b, p. 118-119).

A questão da maior adequação do Direito das favelas às relações sociais nelas mantidas, apesar de críticas que apontam certas distorções nas análises realizadas empiricamente, não está inteiramente equivocada, devendo ser apenas mais bem delineada nas pesquisas teóricas e empíricas. O Direito da favela, mais que o estatal, pode demonstrar melhores condições objetivas de permitir que as relações jurídicas constituídas no âmbito das favelas se desenvolvam de modo a realizar os interesses e expectativas normativas dos moradores. Isso não impede que a favela passe por processos de urbanização, que constituiria, sim, um fator de legitimação dela. Não se pode ignorar, contudo, que o Direito estatal, historicamente, possui um caráter repressivo e desorganizador das estruturas jurídicas elaboradas nas favelas. Isso permanece mesmo no atual contexto, quando houve imensa evolução no tratamento dado pelo Direito estatal às favelas, com a instituição do princípio do respeito às tipicidades locais de cada favela em processo de urbanização e regularização, contando com previsão em diversos planos diretores das cidades brasileiras (MAGALHÃES, 2013b, p. 156). O fato de o Estado passar a executar políticas, de forma razoavelmente generalizada, a fim de promover o reconhecimento e a regularização das situações jurídicas formadas nas favelas, constitui um novo momento na história jurídica dessas relações urbanas, impondo um novo arranjo entre as supostas várias legalidades em articulação. Em compensação, o Estado, por vezes, edita uma legislação e estrutura sua ação na favela de uma forma que parece obstinada a desconstruir a regulação local (MAGALHÃES, 2013b, p. 168).

Carvalho (2013, p. 19), analisando a perspectiva pluralista sobre os fenômenos sociais ocorridos nas favelas, alerta que elas não são fruto de um projeto deliberado ou de uma organização política que vise à transformação social. Trata-se, na verdade, de uma reação ao vazio deixado pelas instituições estatais e à carência material daí resultante. Não há um objetivo pré-constituído de construir um outro Direito em bases mais justas e coletivistas, mas, pelo contrário, há muitas vezes o pleito de ser integrado à ordem jurídica estatal, como a reivindicação, por exemplo, da regularização fundiária. Haveria, na realidade brasileira e de outros países periféricos, um caráter centrípeto no Direito comunitário, pois este procuraria a sua integração ao ordenamento formal, visto que há uma forte luta por reconhecimento de

Direito em face de um Estado omisso e arbitrário (MAGALHÃES, 2013b, p. 141). Tal pensamento veria nas lutas populares uma tentativa de superação da exclusão que teria dado azo ao Direito das favelas, representando uma luta por integração, sendo que alguns autores defendem, portanto, que haveria uma "normalização do pluralismo jurídico", ou seja, a busca de sua integração e tratamento adequado pelo sistema oficial (MAGALHÃES, 2013b, p. 160-161).

De fato, no Brasil, desde a redemocratização, inúmeras pautas surgidas no bojo dos movimentos sociais têm sido incorporadas à legislação estatal. Assim, na compreensão de Magalhães (2013b, p. 169), essa incorporação de normas e a realização de políticas de urbanização, regularização ou formalização da propriedade em diversas favelas são maiores que a mera oficialização do Direito das favelas. Tratar-se-ia do próprio conflito que subjaz à dialética do Direito comunitário com o Direito oficial. A integração tem sido uma meta que domina a pauta da política urbana e, especialmente, da política para favelas. Essa "normalização" do Direito da favela, porém, representa mais do que a mera transposição desse Direito para o ordenamento estatal, mas significaria, sobretudo, a sua transformação conflituosa, ditada pelo processo de reconhecimento a que se submete, o qual, por sua vez, também não ocorre de maneira mecânica ou neutra, mas sim de modo complexo e contraditório.

É preciso lembrar que, mesmo para o pluralismo jurídico, o Direito paralelo não está situado em um lugar completamente distinto do Direito oficial. Pelo contrário, trata-se de um subproduto do Direito capitalista oficial, contaminado, muitas vezes, pelos mesmos valores que o regem. A esse respeito, é significativo notar que o objetivo dos moradores das periferias, como apontado em diversos estudos de caso, não é construir uma outra legalidade, mas ser incorporado ao sistema jurídico estatal, em um cenário em que os direitos humanos básicos ainda não foram assegurados. Haveria, nessa visão, uma relação de interlegalidade, de modo que o Direito oficial e o paralelo se alimentam mutuamente, interferindo na elaboração, interpretação e aplicação um do outro (CARVALHO, 2013, p. 22). Essa interlegalidade resultaria de uma hibridação, que acontece também em nível micro, na medida em que os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o Direito estatal oficial, o Direito consuetudinário, o Direito comunitário local ou o Direito global, e, majoritariamente, segundo complexas combinações entre essas diferentes ordens jurídicas (ARAÚJO, 2013, p. 358). Nesse sentido, Rangel (2013, p. 342-343), ao analisar pesquisa

acerca de um sistema comunitário de segurança, repartição de justiça e reeducação em determinada comunidade indígena, identificou, perante os seus integrantes, que o principal problema apontado por eles é a falta de reconhecimento legal. Eles não buscavam a confrontação com o sistema oficial de justiça, mas seu reconhecimento jurídico por parte das instâncias constitucionalmente estabelecidas, a fim de funcionar, embora com autonomia, em harmonia e coordenação com o sistema estatal.

Toda essa explanação, cuja reflexão, incorporada pelo pluralismo jurídico adiciona conteúdo crítico, pode ser sintetizada na perspectiva sistêmica aqui adotada. Apesar de se discordar da existência de esferas jurídicas autônomas e independentes nas favelas, como discutido no capítulo anterior, as normas extraestatais vigantes nas favelas estão situadas ora na periferia do sistema jurídico ora em seu ambiente. Assim, elas trazem profunda irritação ao sistema jurídico e às suas instituições, que precisam processar as informações em um processo autopoiético. A fim de obter uma adequação social ao seu ambiente que impeça uma postura solipsista que implodiria o próprio sistema jurídico, o Direito precisa estar aberto cognitivamente aos acontecimentos sociais vigentes nas favelas. A progressiva concretização dos princípios da função social da posse e da propriedade tem papel fundamental nessa caminhada, servindo para evitar remoções indevidas e aumentar a segurança da posse funcionalizada em face de conflitos com meros títulos abstratos de propriedade. Ademais, tais princípios devem servir de norte a todas as políticas públicas urbanas, a fim de garantir as funções sociais da cidade. Todavia, apenas os princípios são incapazes de gerar a completa integração jurídica das favelas às cidades, devendo, para tanto, implantarem-se programas de regularização fundiária que, ao mesmo tempo que desnudam, contemplam e absorvem a realidade social de cada favela, e preocupam-se em integrá-las efetivamente ao Direito positivo vigente.

Em outras palavras, o sistema político, ao receber as irritações de seu ambiente social, assimila a realidade encontrada nas favelas por meio de seus próprios códigos, critérios e programas. De tal processo surge uma legislação que visa a dar uma resposta ao sistema político em si que, porém, acoplado ao Direito por meio da Constituição, acaba por produzir variáveis que possuem alta capacidade de irritação para o sistema jurídico. A política, portanto, estimulada pela realidade das favelas, veio, ao longo das últimas décadas, aperfeiçoando a legislação no sentido não só de angariar maior segurança jurídica a elas, mas também de impor os parâmetros mínimos de uma política pública urbana voltada a dotar tais

áreas de infraestrutura, equipamentos públicos e serviços urbanos básicos, integrando-as formal e materialmente à cidade como um todo. Tais parâmetros legais trazem o arcabouço necessário para que a Administração Pública e o Direito possam ir muito além daquilo que os princípios da função social da posse e da propriedade permitiram até aqui, reconhecendo a obrigação do Estado em garantir aos moradores da favela o direito à moradia adequada, o que a legislação faz não apenas do ponto de vista simbólico, mas dotando também o Estado do instrumental necessário para a efetiva implementação de programas de regularização fundiária.

Portanto, apesar de os princípios da função social da posse e da propriedade serem instrumentos essenciais para a abertura cognitiva do sistema jurídico para a realidade das ocupações informais urbanas, deixando de tratá-las como ilegais e locais de exclusão de direitos, apenas a aplicação principiológica é insuficiente para modificar essa realidade. O mero reconhecimento abstrato, por meio de tais princípios, da validade das normas sociais que disciplinam a posse e a "propriedade" nas favelas não teria o condão de integrá-las totalmente à sociedade formal, deixando-as isoladas e confinadas em seu próprio contexto. É a partir daí que o próprio legislador, tendo os princípios da função social da posse e da propriedade em mente, estabeleceu a necessidade de regularização fundiária urbana, cuja utilidade, características e modelos ideológicos serão tratados no capítulo a seguir, buscando-se apontar caminhos a serem seguidos e evitados.

3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

A desigual distribuição de terras na América Latina é um dos fatores responsáveis pelo agravamento da marginalização das camadas mais pobres da população. Nas regiões não urbanizadas, a desigualdade no acesso às terras e aos serviços públicos e infraestrutura urbana contribui para o aumento do número de assentamentos precários e irregulares, os quais não atendem ao direito à moradia adequada. O exponencial crescimento urbano pelo qual passou a América Latina na segunda metade do século XX incrementou a demanda habitacional nas cidades, assim como a carência de serviços essenciais. Em 2004, havia um déficit habitacional quantitativo de 17 milhões de unidades no continente, enquanto o qualitativo atingia 21 milhões. Assim, apenas 60% das pessoas possuíam moradia adequada (OSÓRIO, 2004, p. 18-20).

Como ressaltado por Marcelo Neves, ao discorrer sobre o constitucionalismo simbólico, Osório (2004, p. 20) também ressalta o aspecto apenas formal das democracias latino-americanas. Do ponto de vista político, a maioria dos países da região é rica em normas e procedimentos democráticos, porém, neles é perceptível a falta de representação política dos setores marginalizados, sendo a política tocada pelas oligarquias dominantes. O reflexo dessa herança autoritária e de desigualdade possui reflexos diretos na questão do acesso a terra e à moradia. Não é possível dissociar o não atendimento ao direito à moradia adequada de grande parte da população da questão sistêmica e endêmica da falta de acesso a terra pelas populações pobres da região, resultado da concentração e da especulação imobiliária nas mãos de poucos proprietários, bem como da ausência de reforma agrária na grande maioria dos países (a emigração do campo para as cidades foi um fator muito relevante para o crescimento desordenado das cidades latino-americanas). Atualmente, a falta de acesso a uma moradia digna está associada ao padrão de urbanização e desenvolvimento das cidades, cujo crescimento desordenado e excludente intensificou-se a partir da metade do século XX, impulsionado pelo processo migratório do campo e pelo início da industrialização desses países (OSÓRIO, 2004, p. 20-22).

Os números da informalidade em diversas cidades latino-americanas são muito altos, o que torna o processo de formação dos assentamentos informais um grande obstáculo no planejamento das cidades e na implementação de políticas habitacionais de interesse social e

desenvolvimento urbano. Frente à urbanização crescente, os governantes passaram a produzir normas para dirigir o uso e a ocupação do solo nas cidades. O estabelecimento de padrões ideais de cidades nas normas estatais gerou diferenciais no preço das terras regulamentadas e bem localizadas em comparação àquelas das periferias, situadas à margem das leis. Isso segregou e excluiu territorialmente grande parte da população urbana, que não tinha condições financeiras de morar em uma boa localização dotada de infraestrutura. Assim surgiu a bipartição das cidades entre a cidade formal e a cidade informal, esta constituída pelas moradias da população pobre, desprovida do direito à moradia adequada. Ou seja, a ilegalidade, nesse sentido, é também um subproduto da regulação tradicional e das violações contra os direitos de acesso a terra e à moradia (OSÓRIO, 2004, p. 26-28).

Os países da região, em regra, procuram resolver a questão da falta quantitativa de moradia mediante programas de financiamento, principalmente por meio de instituições privadas. Os programas de financiamento mostraram-se ineficientes, tendo sido a classe média, a qual consegue efetivo acesso ao mercado de crédito, a maior beneficiária dos programas habitacionais. Já no tocante à qualidade do parque habitacional, procuram desenvolver políticas de regularização fundiária, que visam a atender às demandas dos assentamentos informais, mas também de assentamentos já legalizados, porém desprovidos de infraestrutura adequada (OSÓRIO, 2004, p. 36-37).

De igual forma, a produção das cidades brasileiras é marcada pela desigualdade, pois uma parte da cidade se reproduz regularmente por proprietários e empreendedores privados, enquanto outra parte (bastante significativa) é produzida à margem das leis e regras urbanísticas, pautada pela necessidade de acesso a terra e à moradia. A ausência de alternativas legais de acesso à terra urbana e à moradia forçou a população mais pobre a ocupar os terrenos mais impróprios para fins de moradia, muitos deles áreas ambientalmente vulneráveis e localizadas nas periferias urbanas. A cidade resultante desse processo é marcada por uma urbanização de risco, cujos efeitos maléficos atingem não somente àqueles que estão excluídos do direito à cidade, mas também afetam a cidade como um todo, a qual se expande ilimitadamente, atinge áreas de interesse ambiental, compromete recursos naturais e paga um alto custo pela expansão da infraestrutura (ALFONSIN, B., 2004, p. 281-282). Observe-se, ainda, que continua avançando o processo de produção informal do espaço urbano em várias regiões do mundo, incluindo a América Latina e as cidades brasileiras. Áreas já ocupadas

estão se adensando, e novas ocupações têm surgido, instalando-se cada vez mais em áreas de interesse ambiental, em áreas públicas e de risco (FERNANDES, 2004, p. 355).

Desse modo, diante das ações e omissões do poder público, bem como da combinação entre liberdade urbanística e formação de redes sociais nos assentamentos informais, o mercado informal de terras tem tido amplo crescimento, inclusive com uma grande valorização dos preços dos imóveis nas áreas irregulares. Em que pese suas implicações nocivas à cidade e aos próprios ocupantes, os processos de desenvolvimento urbano informal têm sido cada vez mais tolerados pelo poder público, sem que haja uma compreensão de que, em última análise, essa tolerância é geradora de direitos. Há uma aceitação crescente de que as áreas consolidadas devem ser urbanizadas, mas há pouca informação sobre os altos custos das obras de urbanização. A mera promessa de urbanização tem tido o efeito de elevar os preços no mercado imobiliário informal. Ademais, há um processo generalizado de deterioração de áreas já urbanizadas, dada a combinação entre a precariedade dos materiais e técnicas utilizadas nas obras e a maior pressão sobre a infraestrutura disponível, em razão do adensamento de tais áreas. Por outro lado, os programas de regularização existentes cobrem um percentual pequeno das situações, deixando a maior parte da população descobertade qualquer forma de intervenção pública. Além disso, os programas desenvolvidos são feitos de forma desassociada da devida compreensão das causas que resultam na ocupação informal, acabando por contribuir para o processo de segregação socioespacial (FERNANDES, 2004, p. 356-357).

Portanto, o modelo de desenvolvimento socioeconômico que comandou a urbanização acelerada do Brasil implicou cidades marcadas pelas presenças das periferias, nas quais dezenas de milhões de pessoas não têm acesso ao solo urbano ou à moradia senão mediante processos e mecanismos informais (e por muitas vezes taxados de ilegais), autoconstruindo um habitat precário, vulnerável e inseguro. Marcado pela combinação entre mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas, práticas elitistas de planejamento urbano e regimes jurídicos excludentes (que dão primazia ao direito individual de propriedade em relação à sua função social), o processo de desenvolvimento urbano informal passou a ser a regra de produção social do espaço urbano no país. Ressalva-se, entretanto, que a produção informal das cidades não é exclusividade da população mais pobre, mas é na ocupação desses grupos que se precisa urgentemente enfrentar a referida problemática, diante das graves consequências socioeconômicas, urbanísticas, ambientais e

políticas que afetam não só a população excluída do direito à moradia adequada, mas a cidade e a população urbana como um todo (FERNANDES, 2004, p. 310-311).

Atente-se, por outro lado, que a realidade das cidades brasileiras direciona o poder público a implantar uma política urbana e habitacional para a execução de programas de regularização fundiária, a fim de possibilitar que os habitantes das cidades informais tenham o seu direito à moradia adequada protegido e respeitado. Porém, os programas de regularização fundiária possuem natureza essencialmente curativa, e precisam ser combinados com outras políticas públicas para reverter o atual padrão excludente de crescimento urbano. Para a real resolução desse problema, é necessário, a fim de reverter o quadro de desigualdade social existente nas cidades, a aplicação dos instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade, em especial o plano diretor, objetivando a ampliação do acesso à moradia para os grupos vulneráveis. A aplicação de tais instrumentos é a forma de abrir e ampliar as oportunidades de a população de baixa renda ter acesso a uma moradia digna, oferecida pelo mercado imobiliário nas áreas urbanas dotadas de infraestrutura, equipamentos urbanos e serviços públicos. A construção de uma política habitacional com esse escopo é necessária para a quebra do ciclo de ocupação do território de forma ilegal, irregular e informal (SAULE JUNIOR, 2004, p. 343-344).

Há, de fato, os que alertam para o risco de que a regularização fundiária, como protagonista da política habitacional, acabe reforçando o ciclo de ocupação desordenada nas cidades, ao reforçar no imaginário da população a ideia de que a regularização de ocupações irregulares acontecerÁ. De fato, é necessário preocupar-se, também, com programas de prevenção de novas ocupações irregulares, cujos exemplos são escassos (ALFONSIN, B., 2004, p. 285). Na política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável, lançada pelo Ministério das Cidades em 2003, entendeu-se justamente que os programas de regularização fundiária possuem uma natureza intrinsicamente curativa, devendo, para serem sustentáveis, haver a implementação deles em um contexto amplo de políticas públicas urbanas e habitacionais em todas as esferas governamentais, para intervenção no mercado imobiliário e controle efetivo de acesso ao solo urbano. Assim, visa a quebrar o ciclo que tem produzido a informalidade urbana e a prevenir o continuado desenvolvimento desordenado das cidades (FERNANDES, 2004, p. 316).

Para tanto, o Ministério das Cidades lançou, em 2003, as bases da Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável, que partiu dos seguintes pressupostos: o

reconhecimento do direito à moradia e à segurança da posse como direitos humanos e fundamentais; o acesso à terra urbana como efeito jurídico do princípio constitucional da função social da posse e da cidade; a supremacia do Direito público sobre o Direito privado na regulação da ordem urbanística e na interpretação e aplicação do Estatuto da Cidade; a compreensão da natureza curativa dos programas de regularização, que devem ser implementados em um contexto amplo de políticas públicas habitacionais; a necessidade de conciliação entre a regularização urbanística e ambiental com a regularização jurídica; e a necessidade de contribuir para a renovação dos processos de mobilização social em torno da discussão acerca do desenvolvimento urbano informal, especialmente pelo reconhecimento da participação popular efetiva em todas as etapas do processo de regularização (FERNANDES, 2004, p. 317-318).

Todavia, a política de regularização fundiária voltada meramente à titulação da terra passou a ser defendida, mais recentemente, pelos bancos e agências multilaterais, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD), como estratégias fundamentais de combate à pobreza e de intervenção no espaço urbano. Fica claro que uma das referências teóricas desse modelo tem sido o economista peruano Hernando de Soto, cujo trabalho inspirou o programa de regularização fundiária no Peru. Neste país, houve uma massiva titulação de terras nos assentamentos informais, sem, contudo, ter realizado ações de urbanização voltadas às melhorias das condições de habitabilidade. Porém, essa concepção, que supõe a legalização do mercado informal de terra e o reconhecimento de títulos de propriedade individuais para os habitantes de assentamentos informais, desconsidera os demais fatores que geram a situação de informalidade encontrada. Conferir um título de propriedade urbana para grupos sociais em estado permanente de pobreza, sem atendimento a outras necessidades (como implantação de infraestrutura, oferta de equipamentos e serviços públicos, e geração de trabalho e renda) poderá ser um benefício apenas temporário. As áreas regularizadas poderão passar a ser de interesse do mercado imobiliário formal, significando um risco de gentrificação dessas áreas antes populares, diante da necessidade econômica dos seus habitantes, levando-os a vender suas propriedades (SAULE JUNIOR, 2004, p. 345-346).

Entretanto, o contrário também ocorre. Principalmente na década de 1990, nas cidades brasileiras, a maioria dos programas de regularização davam ênfase à urbanização das áreas de ocupação informal, sem ter havido apenas uma ausência de programas de melhoria habitacional e de programas geradores socioeconômicos que buscassem a integração plena

das áreas informais à cidade, mas também de políticas de legalização das áreas e lotes. As dimensões de urbanização e legalização têm sido pensadas como processos separados ou, ainda, como se a legalização fosse consequência automática da urbanização. Dessa maneira, os poucos programas que chegam ao estágio da legalização têm que criar soluções jurídico-políticas que frequentemente não refletem a ordem urbanística. Talvez por isso haja o crescimento da noção de que títulos não seriam importantes, bastando a percepção da segurança da posse para os ocupantes. Embora essa percepção seja o fator principal para que as pessoas invistam na consolidação de suas casas, a titulação é também muito importante, tanto do ponto de vista dos ocupantes (segurança jurídica, conflitos domésticos, separação conjugal, herança, problemas de vizinhança, acesso a endereço e formas de crédito etc.) quanto dos vários interesses da cidade, pois a titulação pode contribuir para estabilizar os mercados imobiliários e possibilitar formas de intervenção mais articuladas e mais racionais (FERNANDES, 2004, p. 357-361).

Muitas vezes, preocupados em garantir que os beneficiários da intervenção pública sejam efetivamente os ocupantes das áreas informais, os programas de regularização não têm encontrado o devido equilíbrio entre os direitos e liberdades individuais dos ocupantes e a função pública dos programas, adotando, frequentemente, soluções jurídicas que engessam o processo de mobilidade e compra/venda/aluguel dos imóveis, em um esforço inútil que gera apenas mais informalidade. Ademais, apesar de amplamente propagada, a participação popular nos processos de regularização tem sido pouco significativa em geral, processo agravado pela criação artificial de formas de participação apenas para atender às exigências de agências financiadoras dos programas. Por fim, há ausência de devida preocupação com o período pós-regularização, não mantendo o poder público presença nas áreas regularizadas, não se levando adiante a proposta de integração urbana, social e cultural das áreas, que continuam estigmatizadas perante o restante da cidade (FERNANDES, 2004, p. 357-360).

Para evitar essa situação, a política de regularização fundiária deve ter uma ampla dimensão, a fim de compreender todos os atributos do direito à moradia adequada. Uma ação integrada – que envolva as ações de urbanização, de valorização da memória e identidades dos moradores, que estimule e apoie atividades educacionais e econômicas de geração de renda e trabalho – e a preservação, por lei, das áreas, como de habitação de interesse social, são medidas que devem englobar a dimensão da política de regularização fundiária. Com relação à dimensão da regularização fundiária, o Estatuto da Cidade define como

componentes essenciais: a urbanização da área ocupada; a melhoria das condições de habitabilidade e a legalização da área, mediante a outorga de um título de reconhecimento legal, passível de ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, deve a regularização compreender tanto a dimensão urbanística quanto a jurídica. A dimensão jurídica abrange o título que reconhece o direito à moradia e confere segurança jurídica no Cartório de Registro de Imóveis. A dimensão urbanística compreende a regularização do parcelamento do uso e a ocupação do solo nos órgãos públicos, por meio de um plano de urbanização com normas específicas para tal fim, levando a realidade do assentamento em consideração (SAULE JUNIOR, 2004, p. 346-347).

O reconhecimento do direito à moradia das populações que vivem nos assentamentos informais urbanos é um legado pendente das formas segregadoras de ocupação do território brasileiro desde o regime formal da abolição da escravidão e do disciplinamento do regime de propriedade fundiária pela Lei de Terras de 1850. Esse mau legado precisa ser resolvido no século XXI e, para tanto, somente com uma política habitacional, com medidas efetivas de legalização e urbanização desses territórios, será possível iniciar um processo de justiça social no país (SAULE JUNIOR, 2004, p. 349).

A questão do respeito ao direito à moradia adequada passa, portanto, por um processo de resolução da questão fundiária nas grandes cidades brasileiras. Milhões de pessoas moram em áreas informais, dotadas de infraestrutura básica abaixo do razoável e sem acesso a equipamentos e serviços públicos urbanos. Há, também, um déficit de segurança jurídica, em razão da precariedade das ocupações, bem como uma desintegração dessas ocupações ao sistema formal fundiário que regem as demais relações da cidade. Uma mera manutenção desse alto contingente populacional em suas áreas, evitando remoções forçadas e reintegrações de posse, é uma medida que fica aquém do que é preciso fazer para garantir melhores condições de vida à população. A questão fundiária brasileira é um tema central, para a sociedade e diversos subsistemas sociais, como o Direito, a economia e a política. A política pública de regularização fundiária que vise a enfrentar eficazmente essa questão deve possuir um enfoque holístico, não achando que o livre desenvolvimento da solução vai trazer a evolução necessária ou que, com base em decisões judiciais pontuais, o problema será resolvido. A questão deve permear o mercado, o parlamento, os tribunais e a Administração Pública para que seja de fato encarada com a devida seriedade.

A política pública de regularização fundiária traz, então, a Administração pública à sua responsabilidade. O poder judiciário não possui a capilaridade, a dotação de pessoal técnico, os equipamentos, as tecnologias e a estrutura necessários para resolver a questão fundiária brasileira. Por mais que se avance no reconhecimento de direitos sociais e no dever de respeito aos princípios da função social da posse e da propriedade, o processo judicial (com a necessária inércia do juiz) não é o foro adequado para a realização de complexos atos de levantamentos topográficos, a elaboração de planos urbanísticos, a realização de orçamento de obras necessárias, o cadastramento da população afetada, a execução de atos cartorários complexos, a execução de obras de infraestrutura e muitas outras medidas necessárias para que seja realizada a regularização fundiária plena de apenas uma área. Quando tal dificuldade é estendida aos incontáveis núcleos urbanos informais espalhados pelo país, percebe-se como que o poder judiciário não pode ser o ator central desse processo. É preciso que a Administração assuma sua parcela de responsabilidade, podendo os tribunais, aí sim, contribuir para caracterizar a mora do poder executivo em avançar em uma política pública sustentável de garantia do direito à moradia adequada.

Para que tal problema seja resolvido, como exposto anteriormente, não é suficiente apenas que o sistema jurídico tome decisões, caso a caso, com base nos princípios da função social da posse e da propriedade. Para tanto, o sistema político inovou ao incorporar normas legais acerca de uma política de regularização fundiária, a qual deve ser considerada tanto pelos tribunais em seus julgados, quanto pela Administração, para a qual são manejados instrumentos e mandados legais a fim de que atue na resolução da questão fundiária brasileira. Para melhor compreender a questão, é preciso diferenciar os procedimentos decisórios da Administração e dos tribunais. Perante um tribunal, a situação está de tal forma estruturada que, em cada processo, paga-se uma desilusão de que perde um ou outro partido, de que ambos cedem e se põem de acordo. Nessas circunstâncias, vale a pena adaptar o processo à assimilação da desilusão e ao aprendizado. Por outro lado, os procedimentos de decisão condicionalmente programada da Administração decorrem sem desilusões: cada um propõe o seu rendimento e o observa, e não se pode, em regra, prever quais os processos que levam a uma desistência ou são frustrados. Nesse estado de coisas, não tem sentido deixar decorrer todos os processos com decisões programadas condicionalmente sob a ficção de uma fala de consenso: deve bastar, em geral, para o caso da frustração, pôr à disposição um processo

semelhante ao processo judicial, só acionando mecanismos de legitimação quando se agudiza o problema da frustração (LUHMANN, 1980, p. 170).

Dessa forma, é condensada a suposição de que, em um sistema político que diferencia e especifica os seus sistemas parciais de acordo com suas funções, não se devem pedir à Administração simultaneamente funções legitimadoras, que consistem em alcançar o consenso e em dominar a desilusão, pois isso sobrecarregaria os processos de decisão administrativa com funções secundárias, assim como dificultaria a sua racionalização (LUHMANN, 1980, p. 170). Sob o ponto de vista histórico, as administrações burocráticas, mesmo submetidas a um processo de diferenciação, originaram-se da jurisprudência. Sobretudo no âmbito americano, essa tradição permanece viva e confere uma colaboração mais vigorosa às reservas para uma burocracia pura na Administração e na justiça do que as dúvidas sobre as influências políticas não objetivas. O processo judicial serviu de modelo ao processo administrativo e, enquanto nos Estados Unidos da América ele depende da proteção contra a burocracia, em países, como a Alemanha, depende da proteção contra a política. Com a crescente complexidade e necessidade de racionalização da Administração, e também em razão da democratização da política, a situação inicial foi alterada. Agora, o aperto da organização reside na capacidade de realização da Administração. As decisões administrativas têm de ser racionalizadas para interceptar essa pressão do trabalho, no sentido de orientação específica de função, a qual exige, entretanto, um alívio de outras funções, principalmente em relação à obtenção de consenso e de legitimação de decisões. Apenas quando o sistema político-administrativo do Estado se desenvolve globalmente em uma dose suficiente de diferenciação funcional é que se possibilita alcançar a complexidade interna esperada de uma sociedade civilizada (LUHMANN, 1980, p. 174-175).

O sistema político, ao estabelecer a legislação que traz as premissas e guias de uma política de regularização fundiária, provoca os governos a reconhecerem o seu dever de dar a devida execução à referida política pública. A Administração deve, de ofício, tomar as medidas que somente ela tem a capacidade de executar. O poder judiciário, além do reconhecimento de direitos sociais e da ampla progressão dos efeitos dos princípios da função social da posse e da propriedade, deve, quando assim provocado, reconhecer a mora da Administração em avançar com os projetos de regularização necessários para cada assentamento informal, instando-a a progressivamente cumprir o seu dever, dentro das possibilidades orçamentárias (sem que isso se torne uma desculpa abstrata e genérica para o

inadimplemento dos deveres da Administração). O mercado, dentro da lógica do sistema econômico, poderá contribuir para tal processo, visando sempre aos ganhos econômicos que poderão ser auferidos. Assim, a propriedade, que pode ser a figura central ou não de uma política de regularização fundiária, é o que gera o acoplamento estrutural entre Direito e economia, bem como o acoplamento frouxo destes com a política. São esses elos intersistêmicos que mostram que a solução para a questão da moradia no Brasil passa por diversas abordagens (política, econômica e jurídica) e que desafiam as diversas esferas do poder público, da sociedade civil e do mercado a assumirem suas responsabilidades. São esses pormenores de uma política pública de regularização fundiária (com as diferentes abordagens e ideologias que podem permeá-la) que serão discutidos a seguir.

3.1 A transitoriedade permanente das ocupações informais

Diante das premissas traçadas nas seções anteriores, discutir-se-á a situação das pessoas que residem em ocupações informais, enfocando como se cria um ambiente legal de vulnerabilização por meio de uma transitoriedade permanente, para perpetuação de uma relação de exploração pela classe dominante. Para a vulnerabilização dessa população, Rolnik (2015, p. 172) chama a atenção para dois fatores primordiais: a transitoriedade permanente e o estigma territorial, um articulando-se ao outro. O ocupante irregular é considerado um transgressor, aderindo-se a ele este estigma. Porém, a lei não está completamente ausente em tais territórios, criando-se diversas camadas de legalidade permeadas por tensões de toda ordem.

Desse modo, são constituídos territórios de definições cambiantes entre legal e ilegal, formados a partir de pressões, mediações políticas e camadas de legalidade (ROLNIK, 2015, p. 173). O não reconhecimento da ocupação como algo legal e a recusa em proceder à sua formalização jogam os ocupantes diante da insegurança de quem está praticando um ilícito. Por outro lado, o reconhecimento pelo Estado de certa zona de legalidade e da existência de alguns direitos subjetivos dos ocupantes (realizando urbanizações, dando acesso a determinados serviços públicos, por exemplo) mantém acesa a esperança de que, no futuro, a ocupação restará por completo legalizada. Não só o Estado atua nesse sentido, mas também o

mercado, cuja parcela exclui as ocupações informais de seu raio de ação, taxando-as de caráter marginal. Porém, outra parcela atua nas ocupações informais, vendendo lotes e edificações, alugando imóveis e efetuando outras transações informais. Muitas vezes isso ocorre por meio de atores que não pertencem ao universo de moradores. Nas palavras de Rolnik (2015, p. 174), "trata-se, portanto, de um potente mercado de terra e moradia dentro, mas também às margens da cidade."

São criadas, assim, diversas zonas de indeterminação, que podem ser refletidas em seu caráter legal/ilegal, planejado/não planejado, formal/informal, dentro/fora do mercado, presença/ausência do Estado. Essas zonas criam uma situação de permanente transitoriedade e a existência de um vasto território de reserva, que pode ser capturado por interesses das classes dominantes no momento adequado (ROLNIK, 2015, p. 174). A combinação entre o processo de urbanização da pobreza (que anteriormente estava concentrada nas áreas rurais) e a precariedade da inserção dessas pessoas na cidade tornam bens e serviços públicos, de fundamental importância para a melhora da urbanidade dos bairros, uma reivindicação constante das camadas populares, gerando mobilizações para pleitear melhorias relacionadas à moradia, transporte, saneamento etc. (ROLNIK, 2015, p. 181). Atento a tais pleitos, o sistema político-eleitoral se aproxima de tais cidadãos, algumas vezes de fato se identificando com suas causas, mas em outras apenas atento à captura de importante parcela do eleitorado. Os territórios são permanentemente investidos pelo mundo da política, o qual espera ali receber o prêmio por parte daqueles que, por seu intermédio, foram seletivamente beneficiados com recursos públicos (ROLNIK, 2015, p. 182).

A indeterminação entre legalidade e ilegalidade cria um campo propício para a seletividade e discricionariedade. Há uma negociação política que foge aos fins que deveriam ser perseguidos pelo sistema político, que busca responder a pressões urbanas ao mesmo tempo que reafirma a transitoriedade e o estigma territorial. Tal ordem surge não para incorporar diferentes formas de ocupação do espaço urbano, mas apenas para tolerar, seletivamente, exceções à regra (ROLNIK, 2015, p. 183). Cria-se, desse modo, uma relação baseada na ideia de concessão, de doação. Os atores públicos e também privados, ao tolerarem a ilegalidade e atuarem seletivamente concedendo benefícios especiais a certa ocupação, simbolizam seus atos como uma liberalidade, a qual ganha especial significado com a aceitação pelos beneficiários (embora ela seja, na prática, irrecusável). Com esse recebimento, surge a necessidade de retribuição. O beneficiário se sente obrigado a retribuir o

suposto favor que lhe foi concedido e aí surge uma diferenciação fundamental para entender a relação de vulnerabilidade e dominação. Não se trata de um pagamento de uma dívida. Ao contrário desta, a retribuição a uma doação não tem data limite e nem valor previamente definido. Trata-se de um reconhecimento de uma obrigação que vai além da dimensão utilitária. Surge, assim, uma dívida sem valor e sem data definidos, que pode ser cobrada a qualquer momento e sob diversas formas (ROLNIK, 2015, p. 183).

Outro ponto importante de ressaltar é o papel da legislação urbanística na caracterização daquilo que é tido por irregular. Um alto nível de exigência nos padrões de regulação urbanística pressiona, naturalmente, um maior contingente de pessoas para a informalidade, diante de sua incapacidade de atender às regras. Ademais, padrões mais altos acabam se refletindo em um maior custo nos preços de moradias nas cidades, sendo uma barreira aos mais pobres para o acesso à moradia formal. Há, dessa maneira, uma possibilidade de captura do interesse público por interesses privados do mercado imobiliário, que podem se valer da legislação urbanística para reservar melhores áreas da cidade para uma exploração futura, afastando, por exemplo, a ocupação de pessoas mais pobres. Há a construção, potencializada pelo mercado informal de terras, de barreiras invisíveis para conter a penetração de territórios populares nas áreas de melhor localização (ROLNIK, 2015, p. 185-186).

Sob outro ponto de vista, a desobediência aos padrões urbanísticos é um meio de tornar os assentamentos informais, que são desenvolvidos em áreas desvalorizadas (algumas vezes invadidas pelo empreendedor informal), altamente rentáveis,. É utilizada uma taxa de densidade altíssima e não são implantados equipamentos urbanos mínimos, elevando muito o lucro de cada lote vendido informalmente. Ademais, alia-se a tais fatores uma expectativa de chegada de melhorias urbanas (ROLNIK, 2015, p. 186). Há, portanto, interesses em jogo tanto do mercado formal quanto do informal, que procuram influenciar o ordenamento urbanístico a fim de potencializar seus lucros, muitas vezes com a contrapartida de vulnerabilidade dos moradores de assentamentos informais. A implantação de uma legislação restritiva cria áreas que viram verdadeiros bolsões de reserva para futuros investimentos formais do mercado. A vulnerabilidade daqueles que não podem pagar por uma moradia adequada torna-se um potencial lucrativo para aqueles que exploram o mercado informal de terras.

Surge, assim, uma pressão para a criação de uma legislação urbanística excludente, que iniba a ocupação de certas áreas pelos mais pobres, reservando outras (mal localizadas) para eles, o que gera um ambiente de segregação social e espacial nas cidades. Ademais, reintegrações de posse, demolições e até a criminalização de certas condutas demarcam o limite do que é tolerável no âmbito do mercado informal de terras. Algumas áreas se mostram inacessíveis para os mais pobres. O Direito, aqui, por meio de sua complexa rede entrelaçada de comportamentos, cria os reforços e punições necessários para que os indivíduos não ultrapassem o limite tolerado. A vigilância hierárquica exercida pelo Estado sobre os moradores das ocupações informais e as sanções normalizadoras impostas aos comportamentos desviantes deixam claro a todos até onde os moradores dos assentamentos podem avançar, delimitando a barreira do aceitável dentro da cidade. Porém, antes mesmo disso, o Direito cria as variáveis necessárias para a formação do ambiente de exclusão e exploração nos assentamentos urbanos, ao criar normas que priorizam a especulação imobiliária e impedem que os mais pobres se aproximem do direito à moradia adequada.

Como exposto, além de sofrer a influência dos interesses do mercado, o sistema político também se vale de tal vulnerabilidade para criar relações de gratidão e retribuição, gerando favores políticos, eleitorais e de outras espécies. Dessa maneira, a zona indeterminada entre legalidade e ilegalidade vira o ambiente perfeito para que determinados comportamentos se tornem mais frequentes. A contemplação seletiva com serviços e equipamentos públicos e a tolerância com algumas irregularidades são capitalizadas como ativos importantes para a classe dominante, inserida no aparelho político, no governo e na Administração. Em resumo, a vulnerabilidade de tais pessoas é necessária para a manutenção das relações de exploração. A completa ilicitude das condutas dos ocupantes não seria satisfatória para tais interesses, pois marginalizaria por completo tal contingente populacional. A zona de indeterminação legal/ilegal favorece a manutenção da relação de exploração por meio dos vínculos gerados por suposta tolerância e benesses seletivamente concedidas.

Explica-se, assim, a razão de se falar em transitoriedade permanente. Não há interesse em tornar a ocupação completamente ilícita (a não ser nas áreas da cidade das quais os mais pobres são peremptoriamente excluídos), tampouco há motivos para a classe dominante legalizar por completo os assentamentos informais, sob pena de extinguir a condição de vulnerabilidade necessária à manutenção das relações de exploração. Diante dos motivos ambíguos existentes, cria-se uma zona cinzenta, um ilícito tolerado em eterna

transição para a legalidade, ambiente ideal para a reprodução das situações exploratórias acima narradas.

Há, no sentido já exposto acima acerca do pensamento de Neves (1995, 2016), uma corrupção do sistema jurídico, que atua de forma aloiética para satisfazer interesses dos sistemas político e econômico, tornando o Direito socialmente inadequado para a grande parcela da população. De igual maneira, há a corrupção do sistema político, que passa a incorporar em si códigos e critérios do sistema econômico. O poder econômico da classe sobrerrepresentada passa a influenciar políticas públicas, decisões do parlamento, legislações e decisões judiciais. A parcela pobre sub-representada fica em um estado de extrema vulnerabilidade, não encontrando nos sistemas político e jurídico a comunicação que deveria refletir os direitos sociais a ela pertencentes e nem a busca pelo bem-estar coletivo. Na autopoiese, que deve regrar o bom funcionamento dos sistemas sociais na sociedade supercomplexa e funcionalmente diferenciada, cada sistema deve responder apenas com base nos seus códigos, critérios e programas próprios, sob pena da ruína dos subsistemas. A aloiese, portanto, indica um estágio de mau funcionamento da sociedade, a qual não consegue permitir que seus sistemas diferenciados funcionem adequadamente e respondam com a autorreferência necessária (LUHMANN, 2007, p. 361-369).

Como discutido no capítulo anterior, a abertura cognitiva (LUHMANN, 2007, p. 59) do sistema jurídico para a realidade das favelas, que ocorre primordialmente por meio dos princípios da função social da posse e da propriedade, é um primeiro passo para se quebrar essa lógica perversa, o que deve ocorrer por meio de um sistema jurídico operativamente fechado e autopoiético, mas aberto cognitivamente ao seu ambiente, sem corromper-se (LUHMANN, 2007, p. 773-774). Porém, como alertado, apenas a aplicação dos princípios (com seu caráter abstrato) não possui força suficiente para romper com essa situação de transitoriedade permanente, sendo imperiosa a adoção de amplos programas de regularização fundiária para tanto, os quais podem oferecer uma segurança jurídica concreta a cada um dos moradores, legitimando, por meio de titulação, posses e propriedades exercidas pelos moradores de núcleos informais, bem como dotar tais locais como uma área habitada por titulares do direito à moradia adequada, os quais necessitam, portanto, de acesso à infraestrutura e serviços urbanos.

Nas próximas páginas, discutir-se-ão os modelos de regularização fundiária que de fato possuem o potencial de integrar as favelas ao restante da cidade. A discussão será iniciada pelo aspecto econômico da regularização fundiária.

3.2 Os impactos da regularização fundiária na sociedade e os aspectos da formalização de propriedades

Como ressaltado por Luhmann (2016), a propriedade é um dos acoplamentos estruturais entre o sistema do Direito e a economia. Os programas de regularização fundiária impactam, portanto, ambos os sistemas, pois interferem diretamente nas regras de propriedade vigentes no país, com potencial de incluir milhões de novas propriedades nos registros imobiliários espalhados pelo Brasil. Há, assim, que se discutir, além dos impactos jurídicos, as consequências econômicas da regularização fundiária. O tema perpassa, dessa maneira, pelos sistemas jurídico e econômico, além, claro, do sistema político, responsável pela modificação da legislação que regula o tema. Faz-se necessário, antes, entender, sob o ponto de vista sistêmico, a evolução teórica de como a propriedade era tratada ao longo da história e como era justificada.

A propriedade repartida, exclusiva, privada surge de uma propriedade comum previamente existente. Contudo, tal propriedade é uma instituição paradoxal. Falta a ela, propriedade comum, uma característica que é central à propriedade em si, qual seja, o poder de exclusão. É, nesse sentido, uma propriedade que ainda não é uma propriedade. Nos povos de tempos mais remotos, encontram-se indícios da existência de tal modalidade de propriedade, a qual, em parte, continua a existir. Porém, essa abrangência é em parte exagerada, pois quase nunca se trata de uma propriedade que não exclui ninguém, e sim de uma propriedade coletiva de um número restrito de proprietários, e falha parcialmente em reconhecer que tal situação jurídica não pode ser designada pelo mesmo conceito que designa a propriedade exclusiva. Portanto, a propriedade comum é hiperestilizada como paradoxo, uma propriedade sem características de propriedade. Torna-se, desse modo, uma questão secundária se ela seria uma propriedade positiva de todos ou uma propriedade negativa de ninguém. A mitologia jurídica da origem da propriedade narra a passagem que vai do

paradoxo à distinção, da unidade à diferença das relações de propriedade. Ela narra a "desparadoxização" do Direito junto ao caso de propriedade, ao mesmo tempo que invisibiliza o fato de a narrar (LUHMANN, 2019, p. 26-27).

Na teoria jurídica da propriedade, a propriedade é imaginada em bloco, ou seja, é algo que se tem ou não. Se alguém não a possui, outro possui. Embora existam análises de comércio exterior que apontam para outra direção, bem como haja uma literatura que discute as consequências econômicas e jurídicas das mudanças no valor do dinheiro para devedores e credores, não se conta com o fato de que o valor econômico da propriedade possa variar em função das relações econômicas, por mais que não se deixe de adquirir ou se desfazer da propriedade em momentos respectivamente favoráveis ou desfavoráveis. Graças a essa premissa de invariabilidade da soma, a teoria econômica e a teoria jurídica permanecem estreitamente vinculadas uma à outra, o que só seria mudado gradativamente na segunda metade do século XVIII. Poderia se cogitar em dizer que a questão da legitimidade da propriedade ainda era a questão central da teoria econômica (LUHMANN, 2019, p. 28).

Na literatura mais antiga, já se argumentava de modo bastante sofisticado contra a comunidade de bens e a favor da propriedade privada. É encontrada a fundamentação de que a propriedade privada possibilita um melhor uso dos bens. Entretanto, também já se encontra a ideia de que talvez não a propriedade privada, mas justamente a comunidade de bens seria uma fonte de disputas, como ocorre no caso de comunidade da herança entre irmãos (LUHMANN, 2019, p. 29). Assim, a propriedade comum só seria possível em sociedades muito primitivas, e a propriedade privada seria necessária à medida que a sociedade progride com a sua civilização (LUHMANN, 2019, p. 32). Já na evolução das discussões teóricas sobre a propriedade, John Locke perpassa para uma visão de justiça sem injustiça. Ele não se orienta primeiramente pelas concepções de propriedade do Direito vigente, argumentando com maior independência, mas, por outro lado, utiliza um conceito de natureza influenciado pela teologia. Para essa visão, na qual Deus teria legado a Terra aos homens como propriedade comum (o que incluiria todos e não excluiria ninguém), sob condições mais simples não haveria colisão de interesses, pois existiria o suficiente para todos. O que ocasionaria a colisão de interesses seria somente a invenção do dinheiro e a possibilidade de dar à posse uma forma durável e capaz de se expandir sem limites para além da necessidade imediata. A sua teoria, entretanto, não tem o intento de expor a sociedade capitalista como injusta, pois o dinheiro só pode circular com base no consenso e, para tal, são necessárias

regras jurídicas. A teoria de Locke apenas adapta a teoria da primeira aquisição de uma maneira que também consegue se sustentar sob as condições da economia monetária. Como quer que seja, o fundamento inocente da aquisição de propriedade e do direito à exclusão dos outros não é mais, em Locke, a *occupatio* (a tomada da posse como tal), mas sim o trabalho atrelado à extração e à preparação (LUHMANN, 2019, p. 35-36).

A referida teoria pressupõe que a Terra ofereça oportunidades suficientes para criar propriedade por meio do trabalho, sem violar os direitos alheios. Nota-se, todavia, que o fundamento jurídico não é mais a mera existência da abundância, e sim o trabalho necessário à aquisição. A teoria da propriedade e a teoria do valor econômico alinharam-se de um modo pleno de consequências. Nesse sentido, a aquisição é formadora de valor, com base no trabalho que estabelece uma distinção entre os bens apropriados e os comuns. A fundamentação da propriedade no trabalho altera a localização da ruptura histórica entre estado da natureza e sociedade civil. Ela não está mais situada na introdução da propriedade como direito individual exclusivo, mas na introdução do dinheiro, da ganância sem limites, com a qual tem início a escassez de recursos, a problematização da tomada livre de oportunidades de trabalho e uma necessidade de regulamentação inédita. Logo após o estabelecimento de tal novo referencial teórico sobre a propriedade, a discussão sobre crédito (e não mais sobre comércio) dominaria a cena e traria a atenção para uma nova problemática da propriedade. Consequentemente, o trabalho ainda permanece como o fundamento que justifica a propriedade, mas agora na condição de propriedade regulada por oportunidades de trabalho, e, assim, os homens precisam abdicar de sua propriedade adquirida por natureza para reavê-la como algo assegurado por convenção (LUHMANN, 2019, p. 37).

O fator trabalho ganha em significado na comparação com a terra. A economia monetária possibilita que a aquisição da propriedade pelo trabalho se transforme na aquisição de dinheiro pelo trabalho. Com isso, torna possível submetê-la às legalidades do mercado. Dessa forma, é possível proporcionar mais trabalho, mas, se ele deve ser praticamente o único caminho para a formação de propriedade, então espanta qualquer olhar para a distribuição de renda na economia capitalista (LUHMANN, 2019, p. 39). Agora, as radicalizações não estão mais ao abrigo do pecado original, mas sim da moral. A propriedade comum natural, da qual se deveria partir, é agora propriedade de ninguém. Isso significa que não está na natureza das coisas serem atribuídas a um indivíduo com a exclusão dos demais. É isso que justifica a emergência da propriedade, ou seja, a natureza não se opõe à formação da propriedade

exclusiva, para a qual há várias formas, especialmente a propriedade individual e a propriedade comum a vários (com exclusão de outros). Isso torna o consenso fundamentado na repartição da propriedade uma suposição supérflua. Portanto, a propriedade é uma instituição exclusivamente social, que deve ser justificada com base na natureza humana (LUHMANN, 2019, p. 40-41).

Ademais, passa-se a fundar a legitimidade da propriedade na utilidade, na distinção entre útil e prejudicial ou útil e inútil. A perspectiva futura se delineia no conceito de utilidade, a qual não pode ser restrita ao uso imediato, mas inclui o prospecto futuro e da garantia do uso futuro. O interesse no futuro começa a dominar a formulação do problema. A exclusão do presente dos outros em prol do interesse no próprio futuro só pode ser alcançada pela propriedade privada. No entanto, se a busca pela utilidade é agora um direito e até mesmo uma obrigação natural do homem, a ruptura com a propriedade comum se torna pressuposto necessário para o cumprimento desse dever. Os fundamentos da aquisição da propriedade obtêm, a partir de então, a sua legitimação do dever da atividade útil. Dessa maneira, começa-se a defender que o interesse jurídico só pode agora se aplicar aos limites internos do uso da propriedade, e não mais à sua fundamentação original. Foi possível, desse modo, formular a unidade da diferença como o poder de disposição sobre a coisa pelo proprietário, o que era compatível com a economia monetária em expansão. Há, entretanto, o dever de não abusar da coisa, pois isso seria a violação da obrigação natural de usar as coisas de maneira útil (LUHMANN, 2019, p. 41-42).

Ressalta-se que a teoria econômica da segunda metade do século XVIII deixou de lado o problema da "desparadoxização" do Direito, passando a se interessar pela gênese e pelas vantagens da divisão do trabalho. Ela já é, a essa altura, uma teoria reflexiva do sistema da sociedade e, assim, também uma teoria sistêmica. Ela tem de retratar como o bem-estar comum surge a partir do comportamento egoísta, cuja demonstração cabe à divisão do trabalho. A divisão do trabalho passa a ser um princípio de crescimento que transforma a sociedade em uma sociedade comercial, em que todos, na maioria dos aspectos, dependem do dinheiro para a satisfação de suas necessidades e, consequentemente, dependem do mercado. A primazia do bem-estar público frente ao privado é reduzida a uma máxima especificamente política, ao lado da qual vigoram outros sistemas funcionais, com outros códigos, distinções e critérios. A antiga unidade da racionalidade jurídica, econômica e política se desfaz. Com isso, o conceito de propriedade continua sendo indispensável também como conceito jurídico.

Contudo, o pacto original, o conceito subjacente à primeira aquisição, é substituído pelo pagamento, pois a quantia total dos bens não está disponível para a tomada livre de posse em meio à abundância, e sim para a tomada de posse mediante pagamento. Diante disso, puderam-se afrouxar os condicionantes jurídicos e substituí-los pela condição do pagamento do preço, lastreado na liberdade de contrato. A propriedade se torna, assim, função da produção, do comércio e do crédito. Dessa maneira, pode-se conceder a liberdade ao proprietário, pois ela se reporta apenas às condições do sistema econômico. O proprietário torna-se livre para escolher a forma de sua dependência da economia e para arcar com os respectivos riscos. Sua renda é o pagamento pela absorção da incerteza, e a sua racionalidade não é mais a de sua autoconservação, mas sim de seu cálculo econômico (LUHMANN, 2019, p. 43-44).

Com Rousseau, há a inversão da figura de tal justificação. Para ele, no início havia injustiça, violência e fraude. A justiça surge com base nisso e sob condições a serem especificadas, deixando para trás a injustiça inicial, marcada agora como censura, como diferença na história e entre os homens. Assim, toda ordem surge baseada na diferença e mediante a transformação da diferença, mas, ao final das contas, o que interessa é ainda a própria ordem. Consequentemente, a propriedade não surge por causa da expectativa de melhores condições, mas sim em razão da estupidez dos homens em aceitar a cobiça desmedida de um dos seus. Todo o restante é consequência desse erro, como os crimes, as guerras, os assassinatos e os atos de violência do estado de natureza. É essa modalidade de erro que movimenta a sociedade civil como uma sociedade de proprietários e nela se desenvolvem instituições políticas e jurídicas de correção. As possibilidades do trabalho, da agricultura, do crescimento, da prosperidade e da ordem civil vão sendo descobertas enquanto se desenvolvem. A injustiça pode tornar-se justiça sem que isso signifique uma espécie de felicidade incondicional para todos. Dessa maneira, é preciso arranjar-se, sobretudo, com a desigualdade que cresce cada vez mais em razão do trabalho e do uso da propriedade. No fim, caberia abençoar a mão invisível que, a partir da miséria inicial, trouxe, por meio de uma correção gradual das instituições humanas, condições mais aceitáveis (LUHMANN, 2019, p. 46-47).

Independentemente de como se construa a passagem das condições iniciais para o estado atual da civilização – seja por apropriação ou repartição da propriedade comum, seja pelo discernimento dos benefícios da pacificação ou da divisão do trabalho, seja, ainda, pela

civilização gradual da injustiça – a teoria precisa pressupor que já no estado de natureza havia razão suficiente para possibilitar o discernimento de que é melhor passar à civilização. Assim, a sociedade descrita no presente já é, em um raciocínio circular, viabilizada por seu início. Possibilita-se, desse modo, a "desparadoxização" do Direito graças ao início livre da injustiça. Para tanto, é necessária uma teoria especialmente radical caso se queira, por assim dizer, posicionar-se junto a esse problema desde o início, como o círculo na construção histórica. Desse modo, a propriedade nada mais é que o uso material efetivamente exclusivo, a qual existe, desde o início, em decorrência do desejo de autoconservação do homem (LUHMANN, 2019, p. 48).

Entretanto, por volta do fim do século XVIII, desiste-se, enfim, de toda tentativa de resolver o problema do paradoxo ou o problema da fundamentação circular apoiada em uma distinção entre estado inicial e estado da sociedade. Tornam-se raros os juristas que fundamentam a validade da justiça em uma origem livre de injustiça. A teoria econômica abandonara a premissa da invariabilidade da soma da escassez, marcante do mercantilismo. Aposta-se, a partir de então, no aumento do bem-estar para ambas as partes em uma relação comercial. A distribuição desigual da disponibilidade dos fatores de produção tornou-se um requisito operacional e, assim, uma condição inicial. Porém, não mais fez sentido, nessa perspectiva da melhora geral das condições de vida, perguntar retrospectivamente por distribuições naturais e originais. Fica, dessa forma, resolvido que a propriedade privada possibilitaria o melhor uso econômico dos recursos naturais e, portanto, que cumpriria também ao Estado protegê-la, promovê-la e favorecê-la em vez da propriedade comum. Tornou-se possível concluir pela necessidade, imposta pela história e pela prática legislativa, da desautologização: a propriedade é a limitação da propriedade, a limitação a alguém determinado, cuja consequência para outros é a não propriedade. A propriedade é o condicionamento da aquisição e do uso mediante a regulação do acesso à proteção jurídica. Dessarte, a tautologia da propriedade nada mais é senão a condição para a observação e a descrição da diferenciação do Direito e do seu autocondicionamento historicamente variável (LUHMANN, 2019, p. 51-52).

Na passagem para o século XIX, todo o esquema de observação e tratamento da propriedade privada é enfim tirado do enquadramento em que se achava. Recorreu-se como antes à propriedade privada, mas o conceito oposto foi trocado. Em vez de se opor à selvageria desordenada, ao imediato primitivo da gratificação e à autocracia violenta, a

propriedade privada passa a se opor à regulação social. Não se considera mais que a realização da primazia do próprio interesse está na primazia da autodisciplina racional diante das paixões desordenadas, mas sim no estado individual bruto das necessidades, o qual requer uma suprassunção na ordem social. O Direito positivo tornou-se autoevidente e não requer, a princípio, mais nenhuma justificação. No lugar disso, passa-se a lidar com as consequências muito visíveis da economia monetária. Para o século seguinte, a fundamentação do Direito se transfere à liberdade, o que combina com um viés predominantemente econômico do conceito da sociedade. A liberdade é garantida pela Constituição, embora apenas no sentido de que o exercício da liberdade de um não deve prejudicar o de outro. Ignora-se, contudo, que o aperfeiçoamento nos marcos do ótimo de Pareto[21] quase nunca ocorre na realidade. Tal estado de coisas é mascarado, no cálculo econômico, pela externalização dos custos e, na construção jurídica, pelo princípio do contrato, pois a desvantagem de quem concordou voluntariamente não precisaria ser levada em conta (LUHMANN, 2019, p. 54).

Passada essa digressão que ajuda a entender como que a propriedade é tratada teoricamente pela sociedade ao longo dos tempos, é importante mostrar como ela é fundamental para a compreensão da sociedade na teoria dos sistemas enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas econômico e jurídico. Por meio de tal acoplamento estrutural, Direito e economia conseguem irritar-se reciprocamente, mas mantendo suas respectivas autopoieses. No Direito, a propriedade será tratada como a possibilidade de distinção entre proprietários/não proprietários, permitindo-se a exclusão de direitos daqueles que não estão sob o domínio do bem, o que gera o parcelamento das possibilidades de intervenção. Assim, o sistema, na lógica capitalista vigente, regula uma sociedade de proprietários que efetuam transações por meio de contratos. Por outro lado, por meio de tal acoplamento estrutural, a função econômica da propriedade se esquiva da condução jurídica, embora possa ser, claro, objeto de jurisprudência. A evolução da sociedade para a sociedade supercomplexa possibilitou que, ao longo da história, o instituto da posse não fosse mais suficiente para regrar a complexidade das relações sociais, evoluindo-se para estabelecer o conceito de propriedade. Somente com tal disciplina os títulos de propriedade se tornaram independentes da força e do poder de combate do titular do direito (cuja importância era fundamental quando

[21] No conceito de Pareto, uma situação só seria eficiente caso pudesse haver uma melhora para alguém sem que importasse na piora da situação de nenhum envolvido, o que é raro na sociedade. Diante disso, surge o conceito de eficiência sob o critério Kaldor-Hicks, o qual afirma que algo é eficiente quando a melhora ocasionada pela transação é suficiente para compensar prejuízos eventualmente sofridos por alguém (KALDOR, 1939).

somente havia a previsão da posse). Isso possibilitou que a propriedade se fizesse ponto de referência para as mais diversas relações contratuais e, sobretudo, para o crédito (LUHMANN, 2016, p. 354-356).

Desse modo, a sociedade civil revolucionou radicalmente a função da propriedade ao autonomizar socialmente a economia de modo até então desconhecido, convertendo o dinheiro no símbolo universal da comunicação econômica. Desde então, já não se pode mais interpretar o dinheiro em conjunto com os demais bem econômicos a partir da propriedade; pelo contrário, diante de tal mudança de paradigma, só se pode interpretar a propriedade partindo do dinheiro (LUHMANN, 2018, p. 92). A propriedade possui, portanto, especial relevo para o sistema econômico, o qual possui como função assegurar, na perspectiva temporal, as necessidades humanas para além de um simples ato de consumo (LUHMANN, 2018, p. 96). Nesse sentido, a propriedade não serve para a reprodução de bens, mas para situações de comunicação com estruturas de motivação binariamente esquematizadas. Na medida em que se chega a uma comunicação dirigida à futura satisfação de necessidades, torna-se necessário que os participantes possam pressupor um acordo sobre a distribuição de bens preexistentes. Em toda transação patrimonial, a diferença ter/não ter deve ser aclarada por duas vezes, antes e depois da efetivação do negócio. Disso dependem inúmeras outras coisas, como: a utilização de possibilidades de trocas como fundamento do cálculo econômico e da racionalização interna do sistema; a formação de grandes cadeias de contratos em que se pressupõe a validade e a efetiva realização de outros contratos; o planejamento de investimentos; a tomada de crédito e a própria instituição do dinheiro (LUHMANN, 2018, p. 97-98).

No caso do esquema econômico propriedade/não propriedade, pode-se demonstrar classicamente como se procede à regulação dele. Na forma mais geral, isso acontece mediante a determinação da propriedade como direito subjetivo, por meio, em alguns países, de um conceito jurídico-constitucional de propriedade. A propriedade, considerada em seu aspecto jurídico, não é, como se poderia esperar do ponto de vista da teoria da sociedade, a disjunção do ter e do não ter, mas somente o do ter. A unidade ter/não ter é reconstruída tão somente como a faculdade de exclusão que possui o proprietário. A disjunção em si, assim, não está submetida a nenhum controle de justiça. E o problema (relevante do ponto de vista da sociedade) de que todo o aumento da propriedade multiplica simultaneamente de modo mais que proporcional a não propriedade de outros fica privado de toda a relevância jurídica. Por

essa razão, tendências político-sociais contrárias à propriedade aspiram ingenuamente à expropriação dos proprietários (LUHMANN, 2018, p. 99).

Prossegue Luhmann (2018, p. 99-100):

> Si se acepta esta reducción de la propiedad al derecho subjetivo, las cuestiones de justificación deben referirse precisamente a este derecho subjetivo. Adquieren entonces la forma de una exigencia de reciprocidad entre propietarios. De modo un poco simplista se podría argumentar así: dado que tú reconoces mi propiedad, yo reconozco la tuya, y a la inversa. La fundamentación solo se hace sostenible e independiente del hecho del reconocimiento si se inserta reflexibilidad social en la afirmación de la propiedad propia: en el mantenimiento de la pretensión de mi propiedad está implicado el reconocimiento de la propiedad de los otros, porque mi propiedad implica su reconocimiento. En este sentido Friedrich Darmstaedter, por ejemplo, define la propiedad como una reciprocidad negativa. En ello hay un notable desplazamiento del problema: el no-propietario de mi propiedad, que debe reconocer mi propiedad, viene presentado como propietario de otra propiedad que yo debo reconocer en cuanto no-propietario. Esto parece justo. Solo que falta procurar que el supuesto se dé realmente: que el no-propietario sea efectivamente propietario en medida tal que se pueda esperar de él el reconocimiento. El modelo generaliza relaciones de vecindad agrarias. Pero en una sociedad industrial baseada en la propiedad sería necesario precisamente que el no-propietario reconociese la propiedad precisamente como no-propietario. Si esto es necesario, la justificación tiene que referirse a la disyunción en cuanto disyunción. Tendría que referirse entonces a la función de la esquematización binaria y mantenerse abierta a la discusión de equivalentes funcionales.

Dessa maneira, a figura do direito subjetivo de propriedade presta um duplo serviço: traduz a unidade da disjunção propriedade/não propriedade em uma pluralidade de direitos subjetivos, fazendo possível, assim, abstrações específicas das posições, que não poderia organizar para a unidade da propriedade e não propriedade. Em primeiro lugar, deve-se observar que essa reconstrução do esquematismo tem de pagar o preço de uma muito escassa integração do sistema jurídico em si. Com toda a sua importância, a figura da propriedade só tem um efeito limitado de sistematização no sentido de ordenação de interdependências. Enquanto tal, a titularidade de um direito subjetivo não garante de modo algum a licitude da conduta. O modo de usar a propriedade privada pode ser contrário ao Direito. Portanto, com uma exigência limitada de integração interna ao sistema, evita-se uma identificação dos códigos do Direito e da economia, e se faz possível uma diferenciação dos sistemas jurídico e econômico (LUHMANN, 2018, p. 101-102).

Tal estrutura relacional serve de fundamento a abstrações, exigidas pela técnica jurídica, que se desenvolveram em diversas direções. Por exemplo, houve a mobilização da propriedade por meio de sua associação ao direito contratual. Por meio de tal abstração, a propriedade se desvincula de sua própria origem, pode fundamentar-se no contrato, e essa fundamentação se converte na regra de que todo começo de propriedade pode ser tratado

como causalidade. Realiza-se, ademais, uma outra abstração de fundamental importância para esta tese: a distinção entre propriedade e posse. Mediante essa diferenciação, a codificação binária fica liberada do vínculo a um contemporâneo exercício fático de poder/não poder sobre a coisa (LUHMANN, 2018, p. 103-104).

Caso a instituição da propriedade seja concebida como código binário de ter/não ter e a sua função como correspondente estruturação de comunicações economicamente relevantes, fica mais claro no que se distinguem a garantia da instituição e a garantia do direito. A garantia da instituição afeta as condições de manutenção da disjunção. Seu instrumento é a distinção de direitos subjetivos que deixam fora de si o ter/não ter. Dado que as relações jurídicas entre proprietários e não proprietários pressupõem uma recíproca antecipação de papéis no plano das expectativas do outro, na propriedade se reflete a não propriedade, e na não propriedade se reflete a propriedade (LUHMANN, 2018, p. 107).

Luhmann (2018, p. 107-108) caminha com seu raciocínio:

> El problema jurídico consiste em que esta simetría especular reposa em una asimetría, la presupone y solo puede mantenerse a través de ella. La asimetría debe, por tanto, estar co-juridificada em la simetría. Formalmente esto ocurre en la conexión a distintas posibilidades de especificación de propiedad y no-propiedad. Son especificados los derechos y obligaciones del propietario, ya que ofrecen la mejor posibilidad de intervención. Los no-propietarios son todos los otros, um Pueblo indeterminado con intereses difícilmente cualificados. Tambièm la no-propiedad está bajo tutela constitucional, pero la regulación jurídica se enfoca, en geeral, a la propiedad, y solo excepcionalmente, sobre todo en el caso de la expropiación, reside en una especificación y condicionalización del papel de un no-propietario. En su contenido, la asimetría tiene que garantizarse como diferente atractividad de las posiciones (lo que se expresa de modo no del todo suficiente en la fórmula utilidad privada. Un huir de la propiedad (por ejemplo por las cargas y trabajos a ella ligados) sería síntoma de que no se ha alcanzado el fin de la Constitución. De modo muy concreto se pude pensar aqui em la despoblación del campo, pero también en los problemas de la conservación de edificios históricos o artísticamente importantes. En todo caso, todo el programa de la política constitucional de la propiedad debe tener siempre presente la unidad de propiedad y no propiedad, porque no es posible crear la una sin la otra, ni mantenerla, condicionalizarla o utilizarla como estructura de motivos.

Repare-se, portanto, que, para as questões relativas à propriedade, a diferenciação da economia é uma variável decisiva. É somente com a diferenciação da economia que a diferença ter/não ter se converte em unidade. A crescente liberalização da economia das condições funcionais de outro tipo (como as religiosas, as morais, as políticas etc.) altera a dicotomia de ter e não-ter. O sistema econômico, lastreado em códigos e critérios próprios, entrega a propriedade ao proprietário para que ele a utilize no contexto econômico de modo formalmente caprichoso e realisticamente racional. Racionalidade e capricho convergem na

medida em que o uso racional é transformado em condição de manutenção da propriedade. A codificação ter/não ter fica evidenciada quando não diz nada a respeito de conexões funcionais extraeconômicas e, em concreto, não transporta as desigualdades da propriedade para outros sistemas parciais da sociedade (LUHMANN, 2018, p. 108).

De todo modo, na sociedade civil da era moderna, a diferenciação dos sistemas ocorreu em uma medida sem precedentes históricos. Só a partir de tal grau elevado de diferenciação sistêmica, a propriedade se tornou atacável enquanto propriedade, apontando problemas sociopolíticos e sociojurídicos. Nas palavras de Luhmann (2018, p. 109):

> El esquematismo de la propiedad solo pude mantenerse en una acentuada diferenciación y aislando-lo en un hecho puramente económico y, además, solo si lo arbitrario de la conducta se ve sometido a la racionalidad económica por el peligro de la pérdida- por ejemplo mediante el uso combinado de constricciones de mercado, impuestos, inflación, rápido perecimiento de los bienes y otros medios que distorsionan menos la racionalidad económica. Del aislamiento funcionalmente específico de la propiedad forman parte medidas de la política de educación y de salud- en algunos países también reformas del sistema jurídico. Entonces puede llegar a ser propietario quien verdaderamente está interesado en la economía (incluido el consumo), con una relativa atención y tolerancia por parte de los no propietarios. En todo esto sigue siendo incierto, desde el punto de vista sociológico y empírico, qué valores-límite se pueden pretender con éxito manteniendo la institución de la propiedad.

Como dito, a partir de um certo ponto histórico do desenvolvimento teórico da propriedade, emergiu o conflito entre a propriedade e a sua regulação social, questão que atualmente possui grande valor. Um ponto de partida para regular o bom uso da propriedade ocorre no reconhecimento de que o que se deve regular não é a relação de proprietários e não proprietários, porque a fórmula não proprietário sugere uma falsa concretude, já que não se trata da relação entre ricos e pobres, entre possuidores e despossuídos, mas sim de uma relação com uma não propriedade generalizada. Um não proprietário singular pode ser mais rico e poderoso que o proprietário de cujo bem está se discutindo (LUHMANN, 2018, p. 110). Ademais, tal concepção de propriedade aqui esboçada só pode ser compreendida caso se distinga conceitualmente a sociedade e seus sistemas parciais dos sistemas socialmente organizados com pertinência limitada e regulada. Todo mundo toma parte, em alguma medida, na sociedade e em seus sistemas parciais, mas somente alguns são membros de sindicatos ou pertencem a associações, por exemplo. Contudo, a prestação ordenadora da propriedade segue ocorrendo, apesar de toda a diferenciação da sociedade e da alta diferenciação de seu sistema econômico, no plano da sociedade em si. Em outras palavras, a

propriedade esquematiza as transações entre quaisquer pessoas, mas não organiza a conduta dos membros de uma organização em seu interior (LUHMANN, 2018, p. 112).

Na sociedade civil, a propriedade tem sido ao mesmo tempo palanque para a diferenciação do sistema social e do sistema de organização do campo econômico, tornando possível a formação de organizações. Desse modo, acreditou-se que era possível guiar a conduta interna da organização com base na diferença, posta de modo absoluto, entre propriedade e não propriedade. Essa crença é hoje rechaçada como ilusória em todas as organizações complexas. O proprietário tem sido reduzido cada vez mais à função de fator ambiental de crédito (LUHMANN, 2018, p. 112). A propriedade tem sua vinculação no potencial econômico, e sua competência se firma no potencial de poder. A propriedade vincula o dinheiro a investimentos; a competência vincula poder em forma de decisões que operam como premissas de decisões posteriores. Por meio dessa comparação, sugere-se uma equivalência que não existe, porque a propriedade está vinculada no nível da sociedade, enquanto a competência se realiza ao nível de organização (LUHMANN, 2018, p. 115).

Ora, todo esse processo de complexificação pelo qual passou a sociedade, resultante em subsistemas parciais altamente diferenciados e autopoiéticos, conduz a um quadro de transformação do conceito de propriedade, a qual se tornou um mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e economia. A simples proteção da posse é insuficiente, pois, para garantir a diferenciação entre Direito e economia. Tal relação precisa ser construída por meio de uma conexão recursiva das transações, o que ocorre com o auxílio da moeda. No foco do sistema econômico, valoriza-se cada vez mais a propriedade sob a ótica de uma possível transação econômica, o que ocorre mediante uma fixação momentânea sem liquidez como capital invertido. Com a liberdade contratual surgida na sociedade capitalista, Direito e economia puderam aprimorar seus processos de diferenciação, cuidando a economia das transações sem se preocupar com todas as problemáticas jurídicas, atentando para tais problemas apenas quando surgiam os problemas específicos. Já o Direito foca no papel de interpretar retrospectivamente a vontade dos contratantes, de ter implicações relativas ao que não foi explicitamente pensado no sentido do contrato, de incorporar elementos contratuais sobre a interpretação complementar ou de tratá-los como transgressão dos costumes estabelecidos (LUHMANN, 2016, p. 612-623).

Entretanto, nota-se que o Direito do contrato é incapaz de garantir a justiça do contrato (estando, inclusive, desincumbido de tal missão). Ele garante, todavia, sua

compatibilidade com um sistema econômico diferenciado, autocontrolado pela instabilidade dos preços. A decisão sobre a conclusão ou não de contratos pode ser tomada sem ponderação das consequências em planos mais elevados do sistema e, dessa maneira, pode dispor de uma maior quantidade de possíveis motivos adequados às situações. Assim, pode-se dispor vinculativamente sobre a mercadoria e o trabalho, associando o futuro, sem que com isso seja bloqueada juridicamente a necessária labilidade do sistema global. O Direito é, portanto, compatível com outras situações possíveis da economia. Os problemas estruturais da sociedade moderna são solucionados pela flutuação dessas situações, e não pela flutuação das normas jurídicas (LUHMANN, 1985, p; 148).

Os efeitos das alterações, no curso da história, nos institutos da propriedade e do contrato, ocasionaram grandes mudanças, inclusive tendo tal relação interferido em outro sistema, qual seja, o político, pois, diante de tais alterações, o Estado regulamentador, apoiado na democracia, vê-se obrigado a disciplinar a restrição dos usos da propriedade e da liberdade contratual. O sistema político é amplamente afetado por esse acoplamento estrutural entre Direito e economia, em razão de o condicionamento político de uma considerável circulação de moeda e da legislação ser o único instrumento político que efetivamente pode atuar sobre os detalhes imponderáveis. Assim, o acoplamento estrutural entre Direito e economia torna-se, para a política, um acoplamento frouxo de possibilidades às quais podem ser dadas formas politicamente aceitáveis por meio de decisões coletivamente vinculantes. Dessa maneira, a propriedade e a liberdade contratual são objetos cada vez mais fortes de restrições jurídicas, sendo que a política, por meio das normas por ela elaboradas, experimenta os limites possíveis dessa intervenção, que não pode pôr em risco a autopoiese do Direito e da economia (LUHMANN, 2016, p. 626-628).

Ora, esse acoplamento estrutural entre Direito e economia, por meio da propriedade (e dos contratos), proporcionou a evolução da sociedade (e a diferenciação dos seus subsistemas sociais) rumo à sociedade capitalista. A sociedade, com seu sistema econômico autorreferenciado, pôde multiplicar a circulação das riquezas e mobilizar cada vez mais o capital, como por exemplo, por meio de títulos de representação de propriedade que se desvinculam dos bens em si. O Direito, por seu turno, passa a cuidar da licitude ou ilicitude da propriedade e dos negócios jurídicos a ela vinculados, deixando o caminho aberto para que a economia possa tratar da mesma questão sob o enfoque exclusivo dos códigos ter/não ter. Já a política, acoplada frouxamente ao Direito e à economia pela propriedade, diante de seus

próprios critérios e programas voltados a fins, passa a ter que lidar com as tensões sociais originadas dos tratamentos jurídico-econômicos dados às questões dominiais e contratuais. Tais tensões reverberam em novas regulações sociais da propriedade e de seu uso, bem como em políticas públicas que visam a uma mais equânime distribuição de renda e de acesso aos bens. É essa tensão entre os três sistemas que faz com que a propriedade ganhe papel central na sociedade, sendo um ponto nevrálgico para se garantirem pacificação e desenvolvimento social hodiernamente.

Tal cenário de tensão entre os diferentes subsistemas sociais possibilita que uma nova gama de normas surja por intermédio da política, visando ao tratamento da propriedade. Tais normas trazem uma série de irritações ao Direito, que deve absorvê-las e aplicar a elas a sua comunicação própria. A economia, por sua vez, continua em seu mister de garantir a produção e a circulação de riquezas, deixando a questão de justiça e legalidade para fora de seu escopo. Surge, daí, todo o contexto que leva aos programas de regularização fundiária, os quais envolvem aspectos econômicos, jurídicos e políticos que reverberam em seus sistemas próprios e possuem, ao fim, um papel de forte apelo transformador das estruturas sociais.

É nesse cenário que, como discutido no capítulo anterior, as legislações deixam de tratar a propriedade como direito absoluto e passam a restringi-la, o que ganha especial relevo com a previsão de princípios constitucionais, como os das funções sociais da propriedade e da posse. Porém, apesar dessas possibilidades de restrições políticas e da autopoiese de cada sistema, a sociedade, por meio de seus diversos sistemas funcionais diferenciados, preocupa-se com os relevantes impactos da propriedade para o desenvolvimento social, sendo ela um dos pontos fundantes da sociedade capitalista. Um estudo acerca da regularização fundiária e de qual papel o Estado deve adotar perante o fenômeno da informalidade nos assentamentos urbanos precisa, necessariamente, preocupar-se com as consequências econômicas de tal política pública, e uma das maneiras de se realizar esse estudo é por meio da análise das consequências econômicas que leis, demais normas e decisões judiciais podem acarretar, o que tem sido objeto de estudo da análise econômica do Direito. Acerca dela, discorre Luhmann (2016, p. 29-30):

> O que se tem, pela primeira vez, é a chamada análise econômica do direito, parecendo romper essa discrepância entre teorias de problemas judicialmente úteis e descrições de unidade. Ela proporciona um cálculo de utilidade que é racional em um sentido muito específico e, ao mesmo tempo, de fácil aplicação. Sobretudo nos Estados Unidos, isso gerou uma surpreendente convergência entre teoria e jurisprudência - certamente à custa de simplificações que possibilitaram empregá-la a campos de aplicação dos mais variados tipos -, mas seus efeitos sobre a prática nos tribunais foram muito restritos. Após longa experiência com um utilitarismo

> entendido de maneira estritamente individualista, com os problemas de agregação de preferências individuais como preferências sociais e com a devida distinção entre utilidade de ação e de regras, foram incorporadas as ressalvas necessárias. A tese, que ultrapassa os conhecidos problemas de agregação, propõe que, com base em um ponto de partida individualista, seja possível calcular uma solução mais ou menos benéfica para o bem comum (obviamente, não vem a ser o próprio bem comum). No entanto, muitos problemas continuam sem resolução. O maior deles talvez seja não se poder contar com o futuro. Portanto, para a validação legal dos resultados de tais cálculos de utilidade, não será o caso de operar distinção alguma, independentemente de, no futuro, se comprovarem ou não. Como todas as tentativas, a unidade do direito, independentemente da forma com que seja introduzida no direito (e forma, aqui, significa diferenciação relevante), reside na dissolução (desdobramento, invisibilização, civilização, assimetrização) de um paradoxo. Aliás, a indiferença última quanto ao que é certo ou errado em relação à comprovação futura de expectativas é traço característico do ato de risco. Desse modo, a análise econômica do direito justifica as decisões legais como modo de assunção de riscos.

Elevando as suas críticas para uma dogmática jurídica voltada principalmente para as análises das consequências das decisões, afirma Luhmann (2018, p. 72):

> Como facit podemos hacer constar que no hemos encontrado ninguna posibilidad convincente de recomendar una dogmática jurídica que emplee las consecuencias como criterios de lo lícito y lo ilícito. En estas circunstancias existe el peligro de que un sistema jurídico al que se exija una orientación sociopolítica a las consecuencias abandone su auto-gobierno dogmático y a no se oriente a criterios que trasciendan el programa de decisión, sino solo directamente a las propias expectativas de las consecuencias. La emergencia de criterios aparentes de orientación a las consecuencias, de procedencia extrajurídica y de contenido dogmáticamente no especificable- por ejemplo, imputabilidad-, es otra gravísima señal de alarma. Se ha de tener en cuenta- y no en último lugar la base de investigaciones psicológicas- que los juristas, carentes de controles dogmáticos, no estarán en situación de diferenciar suficientemente, en el proceso de valoración de las consecuencias de sus decisiones, entre sus expectativas valorativas y su criterios; y entonces el control político del acceso a la decisión jurídica y la selección de personal que ha de decidir acerca de lo lícito y lo ilícito, se transformaría en un problema. Finalmente, perdería todo sentido diferenciar entre las disyunciones conforme a derecho/contrario a derecho y bueno/malo, diferencia ésta por la que murió Sócrates.

Diante de tal constatação do autor acerca da orientação por consequências no âmbito jurídico, prossegue Luhmann (2018, p. 73) na construção de seu raciocínio:

> Obligados a reconocer que de la orientación a las consecuencias no derivan criterios suficientes para la diferenciación de lo lícito y lo ilícito, se hace aún más necesario preguntarse de donde podrán derivar. La orientación a las consecuencias aparece dotada de sentido como correctivo de una constricción de abstracción altamente desarrollada em el sistema jurídico. Em la frontera del input del sistema la necesidad de tal abstracción surge de que el sistema jurídico ha de tener preparada una posibilidad de decisión para todo caso conflictivo jurídicamente relevante. El caso viene determinado por dos variables diferentes, 1) por la medida en que la sociedad articula problemas bajo punto de vista jurídicos, constituye relevancias jurídicas y conduce conflictos a la vía judicial; y 2) por la medida en que el propio sistema jurídico trata de armonizar entre sí posibilidades de decisión (nivel de pretensiones relativas a la justicia).

Ora, apesar dos limites e problemas da análise econômica do Direito apontados pelo autor, parece que os estudos dos impactos econômicos acerca da propriedade podem auxiliar na tentativa de vislumbrar os impactos de políticas públicas de regularização fundiária. Não se quer, aqui, defender que o Direito deve fundar-se em preocupações estritamente econômicas, o que levaria, obviamente, à sua corrupção sistêmica. Porém, do ponto de vista do planejamento de políticas públicas, tentar antecipar as suas consequências é algo de extremo relevo, ainda mais quando se objetiva, por exemplo, que determinada legislação leve a um maior crescimento econômico (como dito expressamente na exposição de motivos da medida provisória que alterou o marco legal da regularização fundiária, como será discutido a seguir no item 4.2.3). O acoplamento entre Direito e economia por meio da propriedade, que também faz incorrer o acoplamento frouxo com a política, torna de fundamental importância discutir os efeitos de leis e normais jurídicas em geral em uma política pública de regularização fundiária urbana.

Como exposto acima, a propriedade possui reflexos para diferentes sistemas, sendo um importante acoplamento estrutural entre Direito e economia. Buscar-se-á, portanto, entender os efeitos econômicos de uma política de formalização de propriedades e seus impactos sociais. Utilizar-se-ão vários conceitos da análise econômica do Direito , sem torná-la, contudo, uma teoria da justiça ou do Direito, mas sim um importante instrumental para se pesquisarem os efeitos de normas ou decisões. A análise econômica do Direito (AED) é uma disciplina relativamente nova no cenário jurídico brasileiro, embora já esteja consolidada no âmbito da *common law*. Para Posner (2013), por exemplo, haveria uma lógica econômica implícita no sistema do *common law*, em que a economia seria a base do Direito e a dogmática jurídica apenas a sua superfície, sendo que ambas formariam um sistema coerente de indução de comportamentos eficientes na cadeia de relações sociais. A AED busca, por meio de uma abordagem microeconômica, a resposta a uma questão positiva, relativa ao impacto das leis nos comportamentos dos indivíduos e seus reflexos para a prosperidade social, e a uma questão normativa, relacionada às vantagens das normas em termos de eficiência e aprimoramento da sociedade (GAROUPA; GINSBURG, 2012).

Como dito, a análise econômica do Direito utiliza como base doutrinária o ramo da ciência econômica chamado de microeconomia, o qual pressupõe a existência de um homem

racional, que realiza as suas escolhas pautadas em análises de custo-benefício[22] de seus atos, atuando de modo a maximizar os proveitos por ele obtidos (COOTER; ULEN, 2010). Dessa forma, a AED pode ser de grande valia para se realizar uma avaliação prévia dos efeitos de uma política pública a ser implementada, bem como para uma avaliação crítica daquelas que já estejam em andamento, preocupando-se sempre com os efeitos concretos das normas sobre o comportamento e, consequentemente, a vida das pessoas.

Partindo-se da teoria microeconômica, a chamada economia do bem-estar possui grande utilidade para a busca do critério adequado. Tal ramo estuda e busca delimitar como as decisões de muitos indivíduos e empresas influenciam o bem-estar dos indivíduos como um grupo, ou seja, como afetam a sociedade (COOTER; ULEN, 2010)[23]. A economia do bem-estar se debruça sobre como a atividade econômica pode ser conduzida para o maior benefício de toda a sociedade, trazendo-se elucubrações acerca de conceitos de eficiência, equidade, distribuição justa de rendas, intervenção e regulação estatal. Outra contribuição da microeconomia é o conceito de equilíbrio geral, que é atingido quando o benefício marginal e o custo marginal de uma determinada atividade se igualam. Nesse momento, atinge-se um equilíbrio perfeito, o que traria a solução considerada mais eficiente do ponto de vista microeconômico. Porém, o equilíbrio geral é muito raro de ser alcançado, tendo em vista a existência de falhas de mercado, como a existência de monopólios, de externalidades, de bens insuscetíveis de apropriação privada (bens de uso comum do povo ou bens públicos), tornando imperiosa a intervenção do Direito, o qual deve prever condições aptas a restabelecer as condições necessárias para que o equilíbrio geral seja atingido (COOTER; ULEN, 2010).

No caso da regularização fundiária, especial atenção deve ser dada em relação às externalidades, que podem ser conceituadas como os efeitos e as consequências de um determinado ato econômico que afetam terceiros estranhos à relação inicial (COOTER; ULEN, 2010). Não raramente, tais externalidades são negativas, como por exemplo, a poluição do ar de uma determinada fábrica que afeta uma determinada vizinhança, que não está ligada à cadeia de produção e consumo do produto fabricado, configurando-se em um

[22] A ideia por trás da análise de custo-benefício é muito simples: é uma técnica para mensurar se os benefícios de uma ação são maiores que os custos (HANLEY; BARBIER, 2009).

[23] Segundo Cooter e Ullen (2010, p. 60): "Uma das grandes realizações da microeconomia moderna é a especificação das condições sob as quais as decisões independentes dos consumidores maximizadores da utilidade e empresas maximizadoras de lucro levarão ao estabelecimento inevitável e espontâneo do equilíbrio em todos os mercados ao mesmo tempo. Essa condição é conhecida como equilíbrio geral".

custo externo à atividade. Tratando-se de um custo externo, este não é suportado nem pelo produtor e nem pelo consumidor e, dessa forma, caso não haja uma fonte de indução para a internalização dos custos, eles serão naturalmente ignorados, o que faria com que o equilíbrio geral não fosse atingido, pois custos externos relevantes para a sociedade seriam omitidos pelo equilíbrio natural do mercado. Tal situação é um exemplo de como o Direito deve alterar as condições existentes, forçando que os custos externos sejam considerados pelo mercado, permitindo-se o equilíbrio geral e a adoção da solução mais eficiente para a sociedade. Um exemplo de norma que busca essa internalização de custos, por exemplo, é a responsabilização civil do agente poluidor pela degradação ambiental por ele causada.

Todavia, não se pode ignorar a existência de benefícios extrínsecos à atividade regulada, focando-se exclusivamente nos custos inesperados, pois isso acarretaria o desequilíbrio da análise de custo-benefício da política pública. Uma distorção como essa seria um claro viés antirregulatório, que deve ser corrigido, devendo-se também vislumbrar a possibilidade da ocorrência de benefícios que são inesperados, mas que muitas vezes superam até mesmo o valor dos benefícios contabilizados inicialmente. No tocante à regularização fundiária, tal fato poderá ser verificado a seguir, ao se tratar do possível efeito multiplicador do capital ao se formalizarem propriedades extralegais (SOTO, 2001).[24]

3.2.1 A teoria de Hernando de Soto

Como já exposto, além de custos, as medidas implementadas em uma política pública podem trazer benefícios que não foram antevistos. Assim, deve-se tentar, para uma análise *ex ante* de determinada política, diagnosticar possíveis reflexos positivos, os quais, algumas vezes, podem até mesmo superar os benefícios objetivados ao se delinear uma determinada estratégia de atuação. Em relação à regularização fundiária urbana, o legislador objetivou garantir maior segurança jurídica à grande parcela da população dos centros urbanos, bem como gerar melhorias nas condições urbanísticas e ambientais das áreas atualmente degradadas, propiciando uma maior pacificação social e buscando a melhoria da qualidade de vida nos assentamentos informais, o que fica mais claro nas ocupações de baixa

[24]Exemplificando hipóteses de benefícios inesperados em algumas políticas públicas, alguns casos que ilustram bem os assuntos podem ser consultados em Revesz e Livermore (2008, e-book, posições 1077 e 1093).

renda. Porém, uma política de formalização pode trazer em seu seio um benefício nem sempre imaginado em seu planejamento, mas que pode gerar grande impacto para a sociedade, qual seja, um incremento significativo no potencial de crescimento econômico do país.

Hernando de Soto (SOTO, 2001), em sua obra *O Mistério do Capital*, debruça-se sobre qual foi a real causa do enriquecimento de países desenvolvidos e no porquê de os países em desenvolvimento não conseguirem lograr semelhante grau de êxito, buscando reconstituir, em sua análise, o processo de enriquecimento dos países hoje mais desenvolvidos. Soto (2001) e sua equipe de economistas, após descartarem quaisquer fundamentos ligados à etnia, cultura e clima dos diferentes países (pois há grande variedade desses fatores nas diversas nações desenvolvidas), dirigiram-se à periferia de centenas de países pobres, a fim de constatar de que maneira o processo produtivo se desencadeava nessas comunidades. Ao contrário de um cenário de pouca atividade econômica que uma região pobre pode despertar no imaginário das pessoas, os pesquisadores se depararam com um mercado informal extremamente vigoroso, impulsionado pelo caráter empreendedor de pessoas pobres, as quais, mesmo diante de inúmeras adversidades, obtêm o seu sustento mediante seu labor e sua criatividade. A falta de empreendedorismo da parcela desfavorecida da população não pode ser, dessa forma, a causa do subdesenvolvimento econômico da grande maioria dos países nos tempos atuais. O levantamento demonstra que os pobres são responsáveis por uma parcela significativa das riquezas dos países em desenvolvimento (SOTO, 2001).

Além do empreendedorismo, outra marca das periferias é a informalidade das atividades econômicas nelas desenvolvidas. A população labora, produz e consome em um sistema extralegal, submetendo-se às próprias regras (normas sociais), completamente distante da regulação estatal, sendo este mercado ignorado por parcela da sociedade e pelo poder público, apesar da sua influência na vida também das camadas sociais mais abastadas. Para se ter uma ideia do tamanho da informalidade existente, o estudo realizado estimou que 85% das pessoas das áreas urbanas e entre 40 e 53% das que vivem nas zonas rurais dos países subdesenvolvidos sobrevivem por meio de sistemas extralegais, o que, de antemão, mostra não só o tamanho do desafio da formalização de tais atividades, mas também os enormes benefícios que podem advir dela. A informalidade é extremamente prejudicial ao desenvolvimento econômico dos países, pois, ao viverem à margem da lei, os trabalhadores e empreendedores informais ficam limitados a seus próprios sistemas extraestatais, minando a

possibilidade de expansão e crescimento de tais negócios por intermédio de contatos com outras comunidades e com o próprio setor formal. A fim de dar maior objetividade à pesquisa realizada, o estudo se limitou à análise de apenas uma parcela do mercado informal: a de imóveis extralegais. Valoraram-se em 9,3 trilhões de dólares (em valores hoje desatualizados) os imóveis extralegais localizados nos países em desenvolvimento. Essa quantia (referente a uma parcela das atividades informais) demonstra a importância da economia informal para os países pobres e, consequentemente, para todo o mundo. A fim de ilustrar o potencial das atividades extralegais, em alguns países, como no Haiti, o total da economia informal supera em muito todo o histórico de ajuda e investimentos estrangeiros recebidos (SOTO, 2001).

As medidas recomendadas pelos países ricos aos pobres (principalmente quando há interesse na solvência destes para pagamento de suas dívidas externas) para estruturarem suas economias, inclusive por meio do Fundo Monetário Internacional (FMI), claramente não têm provocado o efeito esperado no desenvolvimento dos países. Segundo Hernando De Soto, não se trata de ardil dos países ricos ou ausência de desejo de compartilhar o caminho da prosperidade. Ao contrário, Soto (2001) pressupõe que os países desenvolvidos, diante do antigo e longo processo que percorreram para atingir o desenvolvimento, simplesmente não tomaram consciência (ou se esqueceram do caminho traçado) da real razão para o capitalismo ter sido um fator decisivo de desenvolvimento para eles. O capital não se confunde com o dinheiro ou bens materiais, o que já é sabido desde a estruturação da ciência econômica. Ele surge quando os bens passam a ter aplicação em determinado processo produtivo, fomentando um processo de multiplicação de riquezas. Diante desse conceito, a mera propriedade não é sinônimo de capital. Um imóvel residencial, por exemplo, tem a sua existência física limitada, servindo somente para o abrigo e o convívio de uma ou mais pessoas. Assim, o máximo que poderá ser feito é a alteração de sua destinação, transformando-o, por exemplo, em um ponto de comércio. Contudo, o imóvel continuará adstrito às suas limitações físicas e ao uso a ele dado, não se desprendendo da sua existência concreta (SOTO, 2001).

O desprendimento do bem físico em si (e a mobilização, portanto, do capital) é fundamental para o crescimento econômico da sociedade capitalista. Para compreender bem isso, é preciso entender a diferença, do ponto de vista sistêmico, entre dinheiro e propriedade (LUHMANN, 2007, p. 272-273):

> Mientras que la propiedad puede ser insustancial- ¿qué hago con un jardín de veinte manzanos?-, a través del médium dinero se universalizan tanto la escasez como el interés. Siempre se pude- y esto lo sabía ya Aristóteles- necesitar más dinero. Únicamente la monetización de la propiedad, que atribuye a cada forma de posesión

> un valor en dinero incluyendo a la misma fuerza de trabajo, extiende el médium de escasez propiedad/dinero hasta la forma en que ahora lo conocemos. El dinero se desempeña como médium de observación de la escasez y los pagos son formas que operacionalizan el médium. En este sentido en nuestra sociedad de la "abundancia" hay mucha más escasez que antes y el dinero ha tomado la forma de una construcción del mundo, es un God-term, como dice Kenneth Burke.
> De manera distinta a la caracterizada por la ciencia económica usual, nosotros no vemos la función social de la propiedad en el aprovechamiento inmediato de los bienes materiales o de las prestaciones de servicios, y no vemos tampoco la función del dinero en servir de mediador de las transacciones. Como hecho y como motivo histórico-genético eso es indiscutible. Pero la función del correspondiente médium simbólicamente generalizado va más allá; reside- aquí como siempre- en la superación de un umbral de improbabilidad.
> […]
> Mientras la propiedad como médium está todavía ligada a la natural divisibilidad de las cosas y por eso no puede fraccionarse más allá de un determinado límite, el sustrato medial del dinero es la unidad monetaria respectivamente más pequeña y puede determinarse arbitrariamente, según la necesidad. Esto posibilita procesos de estandarización abstraídos de las preferencias individuales. Así, en desempeño del médium queda presupuesta una diferencia de valoración social y psíquica: precisamente porque la valoración social del dinero se encuentra estandarizada cuantitativamente y fluctúa según sus propias condiciones, desde lo individual se pude valorar el dinero de distinta manera, vale decir: puede relacionarse con situaciones de necesidad diversamente sentidas. En consecuencia, el médium puede acoplarse a formas respectivamente determinadas, conforme a los precios que han de pagarse en las transacciones. Aquí debe considerarse que las transacciones se calculan monetariamente por ambas partes aun si se trata de intercambio de bienes por dinero. Esto prueba la universalidad del médium y a la vez su evidente especificación. Por último, es de notar que la forma fijada en una transacción desaparece inmediatamente, porque en las manos del destinatario el dinero queda de nuevo libre para cualquier combinación. Ningún otro médium alcanza esta amplitud y velocidad de disolución y recombinación del acoplamiento flojo y del acoplamiento firme. Bajo este aspecto se comprende que con frecuencia (en particular en Parsons) el dinero se considere como modelo de un médium simbólicamente generalizado realmente efectivo.

Ainda valendo-se da teria dos sistemas para demonstrar a importância da mobilização da propriedade para o crescimento econômico na sociedade capitalista, é importante trazer o importante efeito que o contrato causa ao ser associado à propriedade (LUHMANN, 2018, p. 103):

> La movilización de la propiedad mediante su asociación al derecho contractual. La propiedad se desvincula así de su propio origen, puede fundarse en el contrato y esta fundamentación se convierte en la regla a partir de la cual todo inicio de la propiedad puede ser tratado como causalidad.
> Una sociedad móvil, económicamente desarrollada, difícilmente podría soportar que se hubiese de probar la bondad de un título jurídico mediante su inicio (o, como precario sustituto, mediante su antigüedad). El derecho de propiedad queda abstraído de su origen.

Voltando ao raciocínio de De Soto, o que é passível de transformar casas, salas comerciais e demais imóveis em capital são os títulos de representatividade de propriedade,

inseridos em um sistema formal de proteção. O título representativo se desprende da existência física do bem, ganhando autonomia no processo produtivo e gerando um potencial de multiplicação de riquezas. Uma propriedade inserida em um sistema formal e coeso de representação, munido de um sistema legal de proteção, possui, basicamente, seis efeitos principais: a fixação do potencial econômico dos ativos; a integração das informações dispersas em um único sistema; a responsabilização das pessoas; a transformação dos ativos em bens fungíveis; a integração das pessoas e a proteção das transações (SOTO, 2001).

É importante ressaltar que a teoria de Hernando de Soto parte da premissa de que a economia informal, em grande escala, é fruto da ineficiência das instituições, que devem, portanto, ser aperfeiçoadas para que tais atividades possam contar com os mecanismos legais de proteção da propriedade, de *enforcement* de contratos e de responsabilização civil (COUTINHO, 2010). Como se poderá melhor compreender adiante, trata-se de uma tradicional corrente do pensamento econômico, denominada institucionalista.

3.2.2 A formalização e a diminuição dos custos de transação

As constatações acima realizadas são perfeitamente compatíveis com o chamado Teorema de Coase[25], o qual explicita que, em um ambiente onde os custos de transação são nulos, os particulares envolvidos em uma transação chegarão sempre à solução mais eficiente para a alocação de recursos, não importando se uma determinada norma legal concederá o direito abstrato para uma ou para a outra parte conflitante (COASE, 1960). Nas palavras de Romero (2006, p. 16): "Custos de transação são aqueles que os agentes econômicos enfrentam quando recorrem ao mercado, ou seja, são custos incorridos ao se negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato."

A doutrina de organização industrial traz como uma primeira categoria de custos de transação os chamados custos de coordenação, que consistem no custo da descoberta de quais

[25]Observa-se que, existindo, conforme preconizado pela AED Comportamental, um *status quo bias* ou de efeito dotação, o Teorema de Coase se mostraria falso, pois, mesmo em um ambiente de custo zero, as transações poderiam ser emperradas por esse viés (SUNSTEIN, 1999). Contudo, o Teorema Normativo de Coase continua válido, pois, ainda que não haja perfeição nas negociações em um ambiente hipotético de custo de transação zero, quanto menor for o custo de transação, maior será a possibilidade de que soluções mais eficientes aconteçam nas negociações.

seriam os preços relevantes de equilíbrio em cada transação, prazos, publicidade, em suma, os custos para o estabelecimento do negócio e suas condições. Já os custos de motivação são aqueles associados à assimetria e à falta de completude da informação, bem como a necessidade de uma parte se precaver em relação à hipótese de ser prejudicada pelo comportamento da outra, trazendo a necessidade de se prever em contrato uma multiplicidade de temas para assegurar a cooperação dos fatores de produção dentro de uma firma. Há, ainda, os custos inerentes à utilização de um sistema de preços, afetando-se relacionamentos específicos, bem como os custos idiossincráticos, relacionados especificamente aos ativos de relacionamento, os quais podem criar relações de dependência e aumentos unilaterais de preços. Dentro de uma organização industrial, portanto, a instituição de uma firma implica a adoção de decisões de alocação pautadas na discricionariedade do empreendedor (e não por um sistema de preços), o que teria objetivo de diminuir os custos de transação da cadeia de produção. Dentro do contexto da organização industrial, mas também nas relações negociais em geral, os custos de transação consomem uma parcela muito grande dos recursos econômicos. Prega-se, assim, que leis bem elaboradas, simples e objetivas ajudam a sociedade a reduzir a burocracia e a economizar nos custos de transação, tornando-se mais eficiente (ROMERO, 2006, p. 17-18).

Como bem ressaltado por Cooter e Ulen (2010, p. 102-103), as negociações ocorrem mediante a comunicação entre as partes e esta é uma atividade com diversos custos, sendo que uma negociação bem-sucedida leva a uma alocação eficiente dos recursos. Uma negociação será necessariamente bem-sucedida quando os custos de transação são iguais a zero. Desse modo, quando os custos de transação são nulos, o uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica de direitos de propriedade. A *contrario senso*, quando os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos. Contudo, situações de custos de transação zero são, na prática, extremamente improváveis (VELENTZAS; SAVVIDOU; BRONI, 2009). Os custos de transação englobam os custos da busca para a realização do negócio; custos da negociação e custos do cumprimento do que foi negociado, os quais, quase sempre, fazem-se presentes. Pode-se concluir, porém, que quanto menores os custos de transação, maior será a chance de que os envolvidos em um conflito ou em uma negociação cheguem à solução mais eficiente para o caso, independentemente do regramento jurídico por trás da matéria.

Os custos de transação podem ocorrer de três formas: custos da busca para a realização do negócio; custos da negociação e custo do cumprimento do que foi negociado. Os custos de busca são mais altos para serviços singulares e mais baixos para serviços padronizados. Já as negociações em si tendem a ser mais simples quando as informações inerentes ao negócio são públicas ou de acesso facilitado, sendo dificultadas diante da existência de assimetria informacional entre os negociantes. Desse modo, é mais provável que os negociadores cooperem quando seus direitos são claros. Por outro lado, negociações que envolvem muitas pessoas também possuem custos de transação mais altos. Há, também, o custo de se redigir um acordo que preveja inúmeras situações que possam afetar o valor do negócio, não ignorando, ainda, que eventual hostilidade entre as partes pode ser um elemento dificultador do acordo. Já os custos para efetivar a transação são especialmente relevantes quando um acordo estende o seu cumprimento ao longo do tempo. Assim, surge a necessidade de monitorar se a outra parte está cumprindo as suas obrigações, adotando medidas para punir violações. Os custos serão mais baixos quando as violações ao pacto forem facilmente observadas e a aplicação da punição for barata (COOTER; ULEN, 2010, p. 105-107).

Há, assim, um nível limiar divisório dos custos de transação que separa as negociações que funcionarão e as que serão inefetivas. É importante que o Estado identifique os casos em que os custos são suficientemente altos para impedir uma alocação eficiente de recursos por meio de uma negociação, a fim de estabelecer mecanismos que conduzam a decisões mais racionais. Uma das possibilidades de atuação estatal, em vez de tentar definir a quem deve ser alocado determinado direito para que a solução mais eficiente seja implementada (o que dependeria da análise caso a caso), é a estipulação de regras claras que sirvam como uma espécie de lubrificante para a realização de transações, por meio da diminuição dos custos de transação, permitindo-se a negociação direta das partes e, consequentemente, a obtenção da alocação eficiente de recursos. Tal raciocínio é conhecido como o Teorema Normativo de Coase. Uma alternativa, partindo da premissa traçada por Thomas Hobbes de que as pessoas raramente seriam racionais para chegar ao acordo sobre a divisão do excedente cooperativo, mesmo quando não há impedimentos para a negociação, seria a minimização do prejuízo causado pelo insucesso de acordos privados por meio de regras legais, as quais deverão alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza. Ests é o Teorema Normativo de Hobbes, o qual, pela supressão da necessidade de negociação, reduziria o custo de transação (COOTER; ULEN, 2010, p. 109-110).

Como a definição de quem valoriza determinado direito é muito difícil e pode implicar arbitrariedades, a adoção do Teorema Normativo de Coase parece conduzir a uma regulação mais linear e eficaz, permitindo um campo fértil para negociações privadas, as quais, diante de custos de transação mais baixos, terão muito mais facilidade para definir uma alocação eficiente dos recursos. Como bem explicitado por Romero (2006, p. 11), a teoria econômica do Direito elucida que o enxugamento da teia contratual diminuiria os custos no mercado. Uma estrutura jurídica que possibilite a atenuação dos custos transacionais é desejável, pois aumentaria o desempenho econômico próprio e do mercado, promovendo o desenvolvimento econômico e social.

É importante entender que o tratamento dado aos custos de transação é parte de uma corrente do pensamento econômico maior, que se pode denominar como institucionalista. Nesse sentido, vide a seguinte passagem escrita por Lai e Tang (2016, p. 483), no contexto da discussão acerca da propriedade urbana:

> Transaction cost scholars define an economy as a group of organizations engaging in internal and external transactions that are governed by institutional arrangements (Maitland et al., 2009). The transaction cost framework treats transaction as its basic unit of analysis. In the study context, a transaction refers to an exchange of property rights that allows the owner to exclude others from using, appropriating rent, and transferring an asset (Maitiland et al., 2009). n organization incurs transaction cost when performing economic exchanges or transactions (Cheung, 1987). Barzel (1997) associated transactions costs with the transfer, capture, and protection of rights. Although transaction costs have been defined differently to serve various purposes, they generally refer to costs other than physical production costs (Wallis and North, 1986; Cheung, 1987; Lai, 1994).
> […]
> Institutions are 'the rule of the game in society or, more formally, are the humanly devised constraints that define and limit the set of choice of individuals and thus serve as the framework for human interaction' (North, 1990). Institutional structure determines the transaction cost by constraining and shaping the interactions and economic choices of individuals who are involved in the exchange of property rights (Wallis and North, 1986).

Uma leitura atenta da obra de Hernando de Soto demonstra que ela está pautada justamente nessa corrente econômica institucionalista, entendendo que as regras formais de propriedade possuem papel fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica. Analisando de que forma a regularização reduziria os custos de transação, importante assinalar que, em relação ao possível efeito de fixação do potencial econômico dos ativos, por exemplo, ao se realizar a escritura de compra e venda de um imóvel, o valor de seu potencial econômico é devidamente fixado, transmutando o valor do bem negociado do mundo material para o mundo conceitual que o capital habita, desvinculando seu valor de sua mera existência física. Outrossim, a compilação de informações de milhões de imóveis em um sistema único

gera um padrão definido acerca das informações dos bens, passando a ser acessível a qualquer pessoa, possibilitando a consulta das características dos ativos por qualquer interessado em realizar uma transação.

Por outro lado, ao se ter um sistema de fácil acesso à possibilidade de consulta aos bens pertencentes a uma determinada pessoa e, até mesmo, à informação de onde ela poderá ser encontrada, um ambiente propício à responsabilização das pessoas por meio de seu patrimônio é fomentado, criando-se uma maior segurança jurídica para a realização dos mais variados negócios, os quais, antes, ficavam restritos apenas às relações interpessoais de confiança. Ainda, a representação dos bens os torna ativos fungíveis (diante da desvinculação de sua existência material), passíveis de utilização em praticamente qualquer transação. Exemplificando-se o conceito, a representação de propriedade de um bem imóvel poderá ser utilizada como garantia para determinado negócio jurídico (hipoteca), assim como a propriedade de uma empresa pode ser fracionada em ações (gerando um potencial aumento da capacidade de atração de investimento da empresa), entre outros inúmeros negócios que o empreendedorismo e a criatividade puderem imaginar e realizar. Continuando a análise dos efeitos da formalização, uma rede integrada de ativos, ao acarretar os já mencionados efeitos de fungibilidade e facilitação de responsabilização pessoal, induz ao processo de integração dos cidadãos, criando uma rede propícia à realização de novos negócios. Todos os efeitos acima elencados desencadeiam um efeito congregador, qual seja, a proteção das transações econômicas, desenvolvendo-se um ambiente apropriado à realização delas. Dessa forma, é repassada uma maior confiança ao mercado, aumentando-se a quantidade de novos negócios, que alavancarão o potencial de crescimento econômico.

Há, portanto, nos países subdesenvolvidos, uma enorme quantidade de bens subcapitalizados, por possuírem a sua existência limitada ao mundo físico, integrando um sistema informal de propriedades que limita o potencial dos ativos que nele transitam. Ligando-os a um sistema formal e coeso de propriedade, esses bens se transformarão em capital, trazendo a possibilidade para que sejam superadas as dificuldades que a extralegalidade impõe (SOTO, 2001). Um imóvel inserido apenas em um sistema extralegal possui alcance limitado ao meio em que está inserido, pois as normas informais que regem as transações, as relações de confiança desenvolvidas com o tempo, bem como outras peculiaridades dos negócios desenvolvidos são de conhecimento apenas daqueles que vivem sob a égide do sistema informal local. Dessa forma, uma pessoa que não pertença àquele

sistema não entenderá quais são os mecanismos que aquela comunidade utiliza para reconhecer os direitos informais de propriedade, possuindo receio em participar de transações com o referido mercado.

Por exemplo, a concessão de um crédito, sem que se tenha um sistema capaz de identificar o endereço de uma pessoa ou a extensão de seu patrimônio, fica limitada às relações interpessoais de confiança. A vizinhança de um determinado comércio informal possuirá a confiança e a segurança necessárias para transacionar com ele, mas, ao se sair do meio em que ele se encontra, um ambiente de negócios se torna cada vez mais improvável. Da mesma forma, nas favelas e assentamentos informais, até mesmo concessionárias de serviço público não se sentem seguras para ofertar os serviços. Sendo difícil a identificação do proprietário ou possuidor de um imóvel que serve como um ramal de serviços públicos ofertados (serviços de água, luz, televisão e gás, por exemplo), a responsabilização do consumidor se torna remota, o que desincentiva o investimento das empresas nessas áreas, acentuando ainda mais a pobreza local. Muitas vezes as casas não possuem nem um código postal, ficando quase impossível enviar contas, encaminhar notificações, cobranças e intimações.

Por todas as razões acima expostas, a formalização de propriedades hoje extralegais, segundo Soto (2001), trará benefícios enormes para o sistema econômico do país, impulsionando, de forma robusta, a quantidade de negócios realizados e, consequentemente, o desenvolvimento econômico. Conforme preconizado por Cooter e Ulen (2010, p. 106), em um contexto em que os direitos de propriedade não são suficientemente claros, há um obstáculo significativo para a cooperação, implicando desperdício de recursos. Dessa forma, pessoas que ocupam terras pertencentes a terceiros em países que não dão a devida segurança jurídica à posse exercida tenderiam a evitar melhorar suas residências, pois não lhes é garantida a propriedade de tais benfeitorias. E, como já exposto, inúmeras dificuldades do sistema extralegal impõem diversos custos de transação às pessoas mais pobres em suas atividades, seja pela dificuldade em se localizarem as oportunidades de negócio, seja pela existência de assimetria informacional ou, ainda, pela inefetividade na cobrança das dívidas, entre outras. Em um cenário como esse, a alocação eficiente dos recursos por meio de transações se torna mais rara, dificultando o crescimento econômico local.

Ademais, ainda que se admita que as normas sociais podem criar um ambiente de redução de custos de transação em relação à regra jurídica formal, sendo este um meio

encontrado pelas populações de assentamentos informais para baratear os custos de habitação e outras atividades informalmente desenvolvidas, o que parece ser absolutamente verdadeiro, tal fato implica a restrição do âmbito de atuação dessas pessoas, que somente conseguirão transacionar dentro do ambiente em que tais normas sociais são propagadas, conforme preconizado por Ellickson (1991). Desse modo, a formalização de comunidades, garantindo-se a segurança jurídica da posse e concedendo títulos de propriedade, seria um caminho efetivo para eliminar os diversos custos de transação elencados no começo deste subcapítulo, fomentando o desenvolvimento econômico de tais comunidades. Portanto, ao se formalizarem propriedades que estavam à margem da lei, regras mais claras de propriedade e responsabilização serão implementadas, diminuindo-se os custos de transação existentes e permitindo-se o desenvolvimento das comunidades e, consequentemente, do país.

Parece, em uma primeira leitura, que esta é a lógica utilizada pelo legislador pátrio ao mudar o marco regulatório da regularização fundiária, editando a Lei n° 13.465/2017, como se explicitará a seguir.

3.2.3 A lei n° 13.465/2017 e a mudança de lógica do marco regulatório da regularização fundiária

Como amplamente debatido no subcapítulo 2.3, a solução para a questão fundiária brasileira perpassa necessariamente pelo sistema político, o qual, com seus princípios voltados a fins (LUHMANN, 2007), deve buscar dar o tratamento adequado aos cidadãos que vivem em assentamentos urbanos informais, dotando-os da necessária infraestrutura urbana e segurança jurídica. Nesse sentido, o caminho encontrado pelo parlamento foi a instituição de uma legislação que visa a promover um amplo programa de regularização fundiária urbana. A legislação, portanto, é a maneira encontrada para que política e Direito possam se relacionar sem a corrupção de seus sistemas autorreferenciados. No tema aqui tratado, é a forma como os sistemas jurídico e político encontraram para, conjuntamente e cada qual em sua esfera, enfrentarem a questão encontrada em seus ambientes no tocante ao grande número de pessoas vivendo na informalidade. Nesse sentido, vide Luhmann (2007, p. 620):

> El acoplamiento entre derecho y política se regula por la Constitución. Por un lado, la Constitución (¡si es que funciona!) vincula al sistema político con el derecho, con

> la consecuencia de que acciones contrarias a la ley comportan el fracaso político; y- por otro- la Constitución hace posible que el sistema jurídico se llene de innovaciones mediante una legislación políticamente inducida- lo cual a su vez se atribuye como éxito o fracaso a la política. De este modo, la transformación del derecho en derecho-positivo (Positivierung des Rechts) y la democratización de la política están estrechamente relacionados. Esto lleva a que la política se maneje administrativamente conforme lo posible legal y económicamente. Lo uno condiciona a lo otro. El derecho abre el espacio para que se modele aquello que después políticamente hace posible la formación de la voluntad democrática; aunque las operaciones (entrelazadas recursivamente en cada uno de los sistemas) se mantienen separadas. La importancia política de una ley (credibilidad, problematicidad) es algo enteramente distinto a validez jurídica.
> El acoplamiento estructural de política y derecho no sólo influye a la política en la forma de "juridización estatal", sino también deforma al derecho constitucional mismo cuando éste se utiliza para controlar jurídicamente las tendencias hacia el Estado de bienestar de la política. El actuar orientado a fines del Estado debe someterse entonces a reglas jurídicamente idóneas. Los derechos fundamentales se generalizan como programas de valor de la actividad estatal- lo cual se observa especialmente en el derecho constitucional alemán; y visto al revés, a la administración pública no le queda otra que aceptar como normas en la praxis de la administración las decisiones casuísticas de la justicia.

A Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017), revogando grande parte da Lei n° 11.977/2009, mudou a lógica na condução da política pública de regularização fundiária urbana. O referido diploma legal visou à desburocratização dos projetos de regularização fundiária e deu um enfoque especial à concessão de títulos de propriedade. A referida lei foi resultado da conversão da Medida Provisória n° 759/2016 (BRASIL, 2016), a qual foi substancialmente aprovada, embora com diversas alterações e inclusão de novos temas que não eram abordados na redação original. Na exposição de motivos da citada medida provisória, no tocante à regularização fundiária urbana (Reurb), consta que o objetivo da Reurb é garantir aos cidadãos o direito fundamental à moradia, o qual deve possuir segurança e propiciar condições mínimas para a vida com dignidade. A exposição de motivos sinaliza, ainda, que não pretende apenas conceder titulação que traga segurança para os habitantes, mas também implementar medidas que aumentem a qualidade nos aspectos urbanísticos, ambientais e sociais, regularizando os núcleos urbanos informais existentes, em um esforço de reurbanização do país e da promoção da função social da cidade. Sinaliza, ainda, que, ao revogar as disposições do diploma anteriormente vigente, o intuito foi de, além de preencher lacunas, dinamizar e simplificar, inclusive sob a perspectiva registral, o processo de regularização fundiária urbana - Reurb, buscando o reconhecimento formal das ocupações clandestinas pelo poder público (BRASIL, 2016).

Destacou-se expressamente, nos itens 87 e seguintes da exposição de motivos, os impactos positivos que podem ser gerados pela Reurb. Afirmou-se que a concessão de direitos

reais aos ocupantes informais permite que esses imóveis sirvam de base de investimento do capital produtivo brasileiro, servindo de garantias para operações financeiras, reduzindo os custos de crédito, por exemplo. A Reurb aumentaria o patrimônio imobiliário brasileiro e a inserção de capital na economia, agregando valor aos imóveis regularizados, os quais se tornariam alvo de tributação e de cobrança de preços públicos, melhorando a situação fiscal. A terra, ainda conforme a exposição de motivos, seria a base para o desenvolvimento econômico de um país, na qual se desenvolve a moradia, a indústria e o comércio. Quando a terra (urbana ou rural) não está registrada em cartório, além de situá-la fora da economia, direitos de cidadania de seus ocupantes são mitigados. Apesar da ausência de dados oficiais que quantifiquem a irregularidade fundiária no Brasil, o Ministério das Cidades informou que recebeu pedidos de recursos para regularização fundiária, somente nos quatro anos anteriores à apresentação da MP 759/2016, que beneficiariam quatro milhões de unidades imobiliárias (BRASIL, 2016).

A Reurb serviria, além disso, como fator indutor para o alcance das metas estabelecidas para a aplicação de recursos, provenientes de diversos programas federais, destinados ao desenvolvimento de ações de infraestrutura urbana, como habitação popular, saneamento e mobilidade urbana. Afirmou-se, ainda, que a situação da informalidade não atinge apenas as favelas, mas também é verificada em bairros de baixo, médio e alto padrão social, alcançando loteamentos, edifícios e conjuntos habitacionais, não decorrendo o problema fundiário, desse modo, apenas da questão da pobreza. Pontua como inovações da legislação os seguintes aspectos: um novo conceito de informalidade, para fins de caracterização do objeto da Reurb, denominado núcleo urbano informal; uma nova forma de aquisição do direito real de propriedade, consistente na legitimação fundiária; a criação do direito real de laje e a criação de um procedimento menos burocratizado, inclusive em âmbito de aprovação e registro cartorial da Reurb, o qual se opera, em âmbito extrajudicial, perante os municípios, inclusive para fins de composição extrajudicial de conflitos (BRASIL, 2016).

Ora, claramente a nova legislação se baseia nas ideias delineadas nos subcapítulos anteriores, como se depreende da exposição de motivos e do próprio arcabouço normativo definitivamente aprovado pelo Congresso Nacional. Cabe destacar a ênfase no processo de desburocratização da regularização e na necessidade de titulação formal dos imóveis, inclusive por meio de títulos de propriedade. Deve-se chamar atenção, ainda, para o importante papel que o instrumento legal da legitimação fundiária possui na novel legislação.

Prevista nos arts. 23 e 24 da Lei n° 13.465/2017 (BRASIL, 2017), a legitimação fundiária consiste na aquisição originária de direito real de propriedade, conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado até 22 de dezembro de 2016. Para tanto, nos termos do art. 23, §5º, da Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017), fica dispensada a apresentação de títulos individualizados, bastando que o poder público encaminhe para registro imediato da aquisição de propriedade a Certidão de Regularização Fundiária (CRF). Ademais, o §6º da mesma norma permite a complementação do cadastro para ocupantes que não tenham constado na listagem inicial.

O legislador buscou a concessão facilitada de títulos de propriedade aos ocupantes, inclusive em terras públicas, de núcleos urbanos informais, o que se coaduna com a lógica traçada nos subcapítulos anteriores, acreditando-se que os títulos de representatividade de propriedade servem não apenas para dar maior segurança jurídica aos ocupantes, mas também para fomentar o potencial de crescimento econômico do país. A legislação anterior possuía um caminho muito mais longo para a obtenção de títulos de propriedade, passando-se, necessariamente, por um processo de legitimação da posse e, somente após o transcurso de cinco anos, seria possível a sua conversão de títulos de propriedade, excluídas as terras públicas, tendo em vista o incremento das condições de usucapião previstas no art. 183 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), nos termos do art. 60 da Lei n° 11.977/2009, nos casos de imóveis de até 250 m² (BRASIL, 2009). Ademais, percebe-se a priorização da concessão de títulos de propriedade quando a Lei nº 13.465/2017 permite a legitimação fundiária em terras públicas, ao mesmo tempo que nega o direito à legitimação de posse em terras públicas, ainda que se tratem de ocupações consolidadas até 22 de dezembro de 2016, conforme se extrai de seu art. 25, §2° (BRASIL, 2017), ou seja, encaminha a questão de tais ocupações para o mecanismo da legitimação fundiária. De todo modo, para ocupações posteriores ao referido marco temporal e situadas em áreas privadas, a legitimação de posse será uma etapa para a posterior conversão em títulos de propriedade, conforme art. 26 da Lei n° 13.465/2017, sendo a conversão automática após o período de cinco anos, quando atendidos os demais requisitos do art. 183 da CRFB/88 (BRASIL, 2017). Nas demais possibilidades de usucapião, atendidos os requisitos, a conversão dependerá de requerimento do ocupante. Cabe ressaltar, por fim,

que a conversão em propriedade também constituirá modalidade de aquisição originária do referido direito real, nos termos do art. 26, §2°, da Lei n° 13.465/2017.

O foco na titulação também se torna evidente quando o projeto de regularização fundiária não é vinculado necessariamente à implementação de infraestrutura urbana essencial, equipamentos públicos e de melhoria habitacional, bastando a confecção de um cronograma (sem previsão de sanção na lei para seu descumprimento)[26], possibilitando que este seja executado após o término da Reurb, nos termos do art. 36, §3°, da Lei n° 13.465/2017 (BRASIL, 2017). Ou seja, em um caso como esse, a titulação terá sido a única alteração na realidade dos ocupantes. Desse modo, demonstra-se a mudança de lógica implementada pelo novo marco regulatório da regularização fundiária urbana, centrada na valorização de títulos de propriedade como um fator de potencial crescimento econômico, o que, de fato, pode ser um aspecto positivo, embora seja importante observar o disposto no próximo subcapítulo e se atentar para as muitas críticas que ali serão explicitadas.

Além dessa mudança de lógica acima delineada, é importante destacar alguns outros aspectos trazidos na nova legislação. A Lei nº 13.465/2017 disciplinou integralmente a regularização fundiária de núcleos de ocupação informal em áreas urbanas, tendo revogado expressamente a disciplina da matéria constante na Lei nº 11.977/2009. Não houve apenas uma mudança de disciplina legislativa, mas, de fato, uma total mudança de paradigma teórico no tocante à regularização fundiária urbana (Reurb), conforme acima exposto. Ademais, buscou-se, essencialmente, ampliar a autonomia dos municípios nesse processo e desburocratizar a Reurb.

Antes de se adentrar em uma análise mais aprofundada da legislação, é importante apontar alguns conceitos básicos para a compreensão do tema. Deve-se dar especial atenção aos seguintes institutos (cuja norma legal que o conceitua será indicada, não sendo transcrita no presente trabalho para evitar desnecessário alongamento): a) núcleo urbano, núcleo urbano informal e núcleo urbano informal consolidado (art. 11, I, II, III, da Lei n° 13.465/2017; e b) demarcação urbanística (art. 11, IV, da Lei n° 13.465/2017).

Além disso, uma pequena diferenciação deve ser feita. Haverá duas hipóteses distintas de regularização fundiária urbana: a regularização por interesse social (Reurb-S), focada na população predominantemente de baixa renda; e a regularização de interesse

[26] O Decreto nº 9.310/2018, ao regulamentar a Lei nº 13.465/2017, dispôs que o termo de compromisso deverá ser assinado por duas testemunhas, de modo a ser constituído como título executivo extrajudicial, o que atenua a crítica acima realizada, pois facilitaria a execução em caso de inadimplência ou mora.

específico (Reurb-E), para as demais hipóteses (art. 13, I e II, da Lei n° 13.465/2017). Repare-se que a definição de população de baixa renda ficou a cargo de ato normativo do Poder Executivo municipal. Há a vantagem de cada município poder refletir melhor a sua realidade socioeconômica, mas há de se ter cuidado para evitar o desvirtuamento do instituto para aplicar a Reurb-S a uma população que não seja, de fato, de baixa renda. As diferenças entre as duas modalidades, naquilo que seja de maior importância, serão destacadas ao longo do texto.

Iniciando a análise, percebe-se que um ponto positivo da nova legislação foi a simplificação dos procedimentos da Reurb. Um desses pontos, no tocante à Reurb-S (interesse social), foi a isenção de emolumentos e custas de diversos atos registrais, nos termos do art. 13, §1º, da Lei nº 13.465/2017. Outrossim, tais atos registrais independem da comprovação de pagamento de tributos e penalidades, conforme art. 13, §2º, do mesmo diploma legal. Já o art. 13, §4°, admite que a Reurb contemple o uso misto de atividades no núcleo urbano, a fim de permitir a integração social e a geração de emprego. Aliás, é importante que o processo de Reurb reflita a realidade existente nos núcleos, como se debaterá abaixo.

Inovação também benéfica foi a inserção de um amplo rol de legitimados no art. 14 da Lei nº 13.465/2017 para requerer o procedimento de Reurb, destacando-se a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública. Há de se ressaltar a existência de legitimidade dos proprietários dos terrenos, loteadores e incorporadores, o que pode gerar situações de mascaramento de ilegalidades. Porém, o legislador ressalvou a responsabilidade administrativa, civil e criminal deles no art. 14, §3º, desta lei, devendo o poder público zelar pela sua efetiva responsabilização. Entre outras medidas de simplificação, aponta-se o disposto no art. 17 da Lei nº 13.465/2017, que permite, na Reurb-S em terras públicas, um único ato para registrar o projeto de Reurb e conceder direito real aos beneficiários.

Outro destaque que merece ser feito é que, após intensas críticas na tramitação da Medida Provisória, o legislador decidiu preservar a figura das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), prevendo-as no art. 18. As ZEIS são um importante instrumento de planejamento urbanístico, no qual se identifica uma região cuja população enfrenta especial vulnerabilidade e busca-se dar a ela o tratamento urbanístico e social adequado. Nos termos da atual lei, porém, trata-se de instrumento facultativo para fins de Reurb, conforme disposto no art. 18, §2º, da Lei nº 13.465/2017, o que se pode entender não só como uma medida de desburocratização, mas também como uma fragilização do planejamento urbano.

A Lei nº 13.465/2017 trouxe um amplo rol de instrumentos passíveis de utilização na Reurb em seu art. 15. Alguns deles são figuras jurídicas inéditas no ordenamento brasileiro, com acentuado destaque para a legitimação fundiária. Nos arts. 19 a 22 dessa lei, é disciplinado o procedimento de demarcação urbanística, no qual é realizado um levantamento e a caracterização da área a ser regularizada. Trata-se, contudo, de ato não obrigatório para a Reurb (art. 19, §3°). Segundo o art. 11, IV, da Lei nº 13.465/2017, compreende-se a demarcação urbanística como o procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação, na matrícula desses imóveis, da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do município.

O tratamento dado à demarcação urbanística buscou a facilitação do procedimento, inclusive com a possibilidade de delegação de alguns atos aos registros de imóveis (art. 20, §5°). Ademais, a demarcação trará uma fiel caracterização da área, com identificação das construções, equipamentos, proprietários e possuidores existentes, bem como a notificação dos interessados para eventuais impugnações. Ao fim, há o registro de documento, averbado ao RGI, com rico detalhamento da situação encontrada. No caso de inexistência de imóvel matriculado na área objeto da demarcação, proceder-se-á à abertura de nova matrícula, dispensadas a retificação do memorial descritivo e a apuração de área remanescente, conforme art. 22, §2°, da Lei nº 13.465/2017. Por fim, cabe ressaltar que, de acordo com o art. 22, §6º, da referida lei, não se exigirá, para a averbação da demarcação urbanística, a retificação da área não abrangida pelo auto de demarcação urbanística, ficando a apuração de remanescente sob a responsabilidade do proprietário do imóvel atingido.

Nos arts. 23 e 24 da Lei nº 13.465/2017, é disciplinada a legitimação fundiária, uma das principais inovações da lei. Ela constitui, nos termos do art. 23, forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. Aqui cabe um aprofundamento. Como exposto anteriormente, houve uma mudança de paradigma da lógica da Reurb. Uma das principais mudanças é a valorização da titulação de propriedades, o que, além de garantir a segurança jurídica, poderia ter impactos positivos para a economia e o mercado imobiliário.

Nesse contexto, a legitimação fundiária é de suma importância, pois institui uma forma extrajudicial e desburocratizada de aquisição originária da propriedade, instrumento de uso exclusivo na Reurb. Ela incidirá tanto em áreas públicas quanto particulares, e somente em núcleo urbano informal consolidado até 22 de dezembro de 2016. Destaca-se, aqui, uma característica anti-isonômica da Lei nº 13.465/2017. Parece haver um tratamento mais gravoso para áreas de interesse social do que para as de interesse específico (Reurb-E). O art. 23, §1°, da referida lei traz requisitos exclusivos para a Reurb-S para possibilitar a legitimação fundiária. Devem-se estender hermeneuticamente tais requisitos também para a Reurb-E, a fim de evitar a inconstitucionalidade do tratamento mais gravoso àqueles que mais precisam da atenção estatal.

A legitimação de posse continua sendo um instrumento importante para a Reurb, sendo prevista nos arts. 25 a 27 da Lei nº 13.465/2017. Por meio dela é reconhecida a posse exercida sobre um imóvel, sendo conversível em título de propriedade. Uma medida (dentro da lógica de titulação de propriedade) adotada foi a conversão automática da legitimação da posse em direito de propriedade após cinco anos, observados os demais requisitos, desde que o caso esteja compreendido na hipótese prevista no art. 183 da CRFB/88 (art. 26 da Lei nº 13.465/2017). Nos casos não compreendidos no art. 183 da CRFB/88, a conversão da legitimação de posse em propriedade dependerá de requerimento do beneficiário perante o registro de imóveis, observados os requisitos da usucapião (art. 26, §1°, da Lei nº 13.465/2017). A conversão também é uma forma originária de aquisição de propriedade (art. 26, §2º, da Lei nº 13.465/2017). Cabe ressalvar, todavia, que os imóveis de domínio público não são passíveis de legitimação de posse (art. 25, §2º, da Lei nº 13.465/2017). Assim, os núcleos consolidados até 22/12/2016 poderão ter a emissão de títulos de propriedade para os ocupantes somente por meio de legitimação fundiária. Já os posteriores deverão ser objeto de outros instrumentos da regularização, com a concessão de direito real de uso, por exemplo.

O procedimento administrativo da Reurb está amplamente disciplinado dos arts. 28 ao 40 da lei sob análise. Cabe destacar, entre as normas, o art. 30, que define a competência municipal para: classificar, caso a caso, as modalidades da Reurb; processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária; e emitir a CRF. Contudo, o art. 30, §1º, dispõe que, em se tratando de Reurb requerida pelos Estados ou pela União, a classificação da modalidade será atribuição do respectivo ente, o que é importante, pois a caracterização como Reurb-S ou Reurb-E afeta substancialmente o tratamento que será dado à propriedade de

domínio do ente público. Uma norma, pois, que traz riscos ao respeito à essência da lei e ao erário é a disposta no art. 30, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.465/2017. Ela prevê que, caso não seja analisada a classificação da modalidade de Reurb no prazo de 180 dias, esta prosseguirá com a classificação conferida pelo requerente, possibilitando a revisão futura mediante estudo técnico devidamente justificado. Trata-se de mais uma norma que objetiva facilitar o processo de Reurb, mas que pode ser uma perigosa válvula para tratamento privilegiado de pessoas que não fazem jus ao tratamento dispensado à camada mais pobre da população.

Quanto à garantia de segurança jurídica da posse legítima dos ocupantes, ressalta-se a previsão contida no art. 31, §8°, da Lei nº 13.465/2017, pela qual o requerimento de instauração da Reurb ou, na forma de regulamento, a manifestação de interesse nesse sentido por parte de qualquer dos legitimados garante, perante o poder público, aos ocupantes dos núcleos urbanos informais situados em áreas públicas a permanência em suas respectivas unidades imobiliárias, preservando-se as situações de fato já existentes até o eventual arquivamento definitivo do procedimento. Os procedimentos burocráticos previstos no art. 31 são dispensados, caso tenha sido realizada a demarcação urbanística (art. 31, §9°, da Lei nº 13.465/2017).

Importante norma está prevista no art. 33 do referido diploma legal, na qual ocorre a fixação de responsabilidades pela elaboração e custeio do projeto e pela implantação da infraestrutura, cabendo transcrevê-la integralmente:

> Art. 33. Instaurada a Reurb, compete ao Município aprovar o projeto de regularização fundiária, do qual deverão constar as responsabilidades das partes envolvidas.
> Parágrafo único. A elaboração e o custeio do projeto de regularização fundiária e da implantação da infraestrutura essencial obedecerão aos seguintes procedimentos:
> I - na Reurb-S:
> a) operada sobre área de titularidade de ente público, caberão ao referido ente público ou ao Município promotor ou ao Distrito Federal a responsabilidade de elaborar o projeto de regularização fundiária nos termos do ajuste que venha a ser celebrado e a implantação da infraestrutura essencial, quando necessária; e
> b) operada sobre área titularizada por particular, caberão ao Município ou ao Distrito Federal a responsabilidade de elaborar e custear o projeto de regularização fundiária e a implantação da infraestrutura essencial, quando necessária;
> II - na Reurb-E, a regularização fundiária será contratada e custeada por seus potenciais beneficiários ou requerentes privados;
> III - na Reurb-E sobre áreas públicas, se houver interesse público, o Município poderá proceder à elaboração e ao custeio do projeto de regularização fundiária e da implantação da infraestrutura essencial, com posterior cobrança aos seus beneficiários.

Chama-se a atenção para o risco de desvirtuamento da lógica de que as pessoas mais ricas devem arcar com a própria regularização fundiária e a implantação de infraestrutura. Isso porque os ocupantes de terras públicas que procedam à Reurb-E poderão ser custeados pelo erário, por meio de uma simples declaração de existência de interesse público pelo ente competente. Em igual sentido, vide as disposições trazidas nos arts. 37 e 38, as quais também possibilitam que os entes públicos assumam a responsabilidade financeira pela implantação de equipamentos e infraestrutura na Reurb-E. Houve evidente retrocesso na disciplina de tal tema em relação à Lei nº 11.977/2009, que trazia parâmetros mais concretos sob a assunção de responsabilidades do poder público para implantação de equipamentos públicos e infraestrutura na regularização de interesse específico. O art. 62, §1°, I e II, da revogada lei, possibilitava o compartilhamento de responsabilidades, observados ao menos dois aspectos: os investimentos em equipamentos comunitários e em infraestrutura pública já realizados pelos moradores e o poder aquisitivo da população a ser beneficiada. A atual lei tornou a possibilidade de assunção de custos pelo erário algo muito mais subjetivo e desparametrizado, ficando a cargo de cada ente a ampla disciplina de tal tema, o que pode gerar desvirtuamentos.

Uma medida muito interessante trazida pela lei foi a priorização da resolução extrajudicial dos conflitos, sendo este um objetivo legal, conforme art. 10, V, da Lei nº 13.465/2017. Tal norma possui reflexos em diversas etapas da Reurb, merecendo destaque o art. 34 do citado diploma legal, que possibilita aos municípios criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

O projeto de regularização fundiária está disciplinado nos arts. 35 a 39, da Lei nº 13.465/2017, sendo seus requisitos previstos no art. 35. Destaca-se a obrigatoriedade de cronograma físico de serviços e de implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico definido. Esses dois requisitos merecem uma especial discussão. O direito à moradia adequada só é atingido mediante uma regularização fundiária plena, a qual não se limita à titulação dos ocupantes, abrangendo também dotação de infraestrutura essencial e acesso aos serviços básicos, fomentando uma real integração à cidade formal. O projeto, portanto, deve obrigatoriamente conter a previsão das melhorias a serem implantadas, com o seu respectivo cronograma.

O risco trazido pela nova lei, porém, está na norma contida no art. 36, §§ 2º e 3°. A permissão de realização da Reurb em etapas pode ser medida salutar, tendo em vista a complexidade de cada caso, a disponibilidade orçamentária para execução do projeto e a dificuldade de se realizarem todas as etapas a um só tempo. O risco maior, porém, está na autorização de se implantarem as obras de infraestrutura após a conclusão da Reurb. Tal previsão pode transformar, na prática, a Reurb em um instrumento de mera titulação dos ocupantes, não se procedendo a uma regularização fundiária plena. Concedidos os títulos, o poder político pode perder o interesse em prosseguir com a implantação da infraestrutura prevista no projeto.

O problema poderia ser resolvido em razão da assinatura do termo de compromisso previsto no art. 35, X, do referido diploma legal. Entretanto, a lei não dotou tal termo de compromisso de caráter de título executivo extrajudicial, o que fragiliza muito a tutela dos interesses da coletividade, objeto da Reurb, principalmente diante de uma Reurb-S, o que alongaria em muito a efetivação de uma tutela judicial. O problema foi mitigado, porém, com a edição do Decreto n° 9.310/2018, o qual, em seu art. 21, §1°, dispõe que o termo de compromisso será assinado, também, por duas testemunhas, de modo a formar título executivo extrajudicial na forma estabelecida no inciso III do caput do art. 784 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. Assim, deverá o poder público, quando atuar no tema, zelar pelo cumprimento da norma referida no parágrafo anterior, bem como fiscalizar a execução do cronograma de implantação da infraestrutura básica, adotando meios para executar o título executivo extrajudicial em caso de sua injustificada inobservância.

Uma medida salutar, prevista no art. 39 da Lei nº 13.465/2017, foi a exigência de tratamento especial às áreas de risco, as quais somente poderão ser objeto de regularização caso estudos técnicos demonstrem a possibilidade de eliminação, correção ou administração dos riscos identificados. O art. 39, §1°, da referida lei torna a implantação das medidas apontadas pelos estudos condição indispensável à aprovação da Reurb. Em se tratando de Reurb-S, não sendo os riscos passíveis de tratamento adequado, o poder público deverá realocar a população afetada, nos moldes do art. 39, §2°, do citado diploma legal.

Um último ponto a se destacar no procedimento da Reurb é a Certidão de Regularização Fundiária (CRF). Ela é o ato administrativo de aprovação da regularização que deverá acompanhar o projeto aprovado, estando seus requisitos mínimos previstos no art. 41.

A CRF e o projeto deverão ter seus registros diretamente requeridos ao oficial do cartório de registro de imóveis da situação do imóvel e será efetivado independentemente de determinação judicial ou do Ministério Público (art. 42 da Lei nº 13.465/2017). Nos termos do art. 43, §1º, da Lei nº 13.465/2017, o registro do projeto Reurb aprovado importa: abertura de nova matrícula, quando for o caso; abertura de matrículas individualizadas para os lotes e áreas públicas resultantes do projeto de regularização aprovado e registro dos direitos reais indicados na CRF junto às matrículas dos respectivos lotes, dispensada a apresentação de título individualizado. Mais uma vez, denota-se a louvável intenção de desburocratização. O registro do projeto implicará o registro dos direitos reais indicados na CRF, não sendo necessária a apresentação de títulos individualizados. Outrossim, o registro da CRF dispensa a comprovação do pagamento de tributos ou penalidades tributárias de responsabilidade dos legitimados (art. 44, §3°, da Lei nº 13.465/2017). O registro da CRF aprovado independe de averbação prévia do cancelamento do cadastro de imóvel rural no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), nos termos do art. 44, §4, da Lei nº 13.465/2017.

Esse último ponto merece melhor atenção, sendo uma medida que retira um grande entrave burocrático na regularização de áreas urbanas antes tidas como rurais, que era a exigência de prévio cancelamento de matrícula do imóvel no Incra. O art. 11, §6º, da Lei nº 13.465/2017, prevê a aplicação da Reurb mesmo em áreas rurais, desde que a unidade imobiliária tenha área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972. Tal previsão busca tratar de uma realidade presente em todo o Brasil: o parcelamento de áreas formalmente rurais, mas que, com o processo de ocupação informal, ganharam características de áreas urbanas. Desse modo, realizada a Reurb em área rural e registrada a CRF, o oficial do cartório de registro de imóveis notificará o Incra, o Ministério do Meio Ambiente e a Secretaria da Receita Federal do Brasil para que esses órgãos cancelem, parcial ou totalmente, os respectivos registros existentes no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e nos demais cadastros relacionados ao imóvel rural, relativamente às unidades imobiliárias regularizadas (art. 44, §7°, da Lei nº 13.465/2017). Ou seja, o procedimento da Reurb implicará a transmutação da área em urbana, sem que seja necessário o prévio e dificultoso procedimento burocrático para cancelamento de matrícula rural. Por outro lado, tal medida pode fragilizar o planejamento dos municípios acerca de uma ordenada expansão de novas áreas urbanas.

Finalizando a análise da Reurb, cabe frisar a manutenção da possibilidade de Reurb-S e Reurb-E em áreas de preservação permanente, diante do disposto no art. 11, §2°, da Lei nº 13.465/2017. Por tratar de sensível questão ambiental, a Reurb, incidente em tais áreas, deve ser objeto de especial análise, mas que foge ao escopo deste trabalho.[27]

Cabe uma breve menção, embora não se trate especificamente de tema relativo à Reurb, sobre a criação de um novo direito real pelo art. 55 da Lei n° 13.465/2017, qual seja, o direito real de laje. Este é um direito real novo, com muitas incertezas jurídicas sobre o tema, e vem sendo debatido intensamente na doutrina, com críticas à disciplina que lhe foi dada. Contudo, há de se reconhecer que, apesar de eventuais falhas técnicas, é uma figura jurídica que visa a reconhecer uma prática amplamente disseminada na sociedade brasileira, especialmente em ocupações de menor renda. Por meio do direito real de laje, o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão usá-la, gozar e dispor dela. O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes (art. 1510-A do Código Civil).

O direito real de laje sucessivo gera algumas críticas quanto à segurança das edificações, mas esse é um tema que pode ser perfeitamente regulado pelo direito urbanístico, limitando-se o gabarito dos prédios erguidos. O mais importante é que, durante uma Reurb, há, agora, uma figura jurídica que contempla melhor a situação fática já experimentada por milhares de pessoas, principalmente em favelas que sofreram processo de verticalização, concedendo-lhes a possibilidade de gozar de um direito real bastante assemelhado à propriedade. Caberá o cuidado, na Reurb, de não regularizar edificações que contenham risco de desabamento, a fim de zelar pela vida e saúde dos beneficiários.

Encerrando a análise da lei, cabe acrescer a consideração de que a Reurb deve observar da maneira mais fiel possível os usos, costumes e disciplinas das relações sociais que ocorriam até então informalmente. Um processo de regularização pleno deve contemplar o reconhecimento dessa realidade, e não tentar transmutá-la arbitrariamente, sob pena de perda de adesão ao programa ou de seu abandono na etapa pós-regularização. Quando se tratar, por

[27] Sobre o tema, vide Ferreira Filho (2017).

exemplo, de povos tradicionais, a titulação individual da propriedade poderia simplesmente arruinar o modo de vida de uma população que sempre se baseou na posse coletiva de determinada área.

Uma outra preocupação e que traz fortes críticas à Lei nº 13.465/2017 e à sua lógica de titulação de propriedades é o risco de gentrificação dos núcleos regularizados. Ao serem inseridos no mercado formal, eles podem, principalmente os bem localizados, ser objeto de interesse de mercado imobiliário especulativo, afastando a população originária, que cederia lugar paulatinamente a uma população de perfil econômico diverso. Há maneiras de tentar lidar melhor com esses riscos, como a criação de ZEIS, proibindo-se o remembramento de terrenos, concedendo isenção de impostos e taxas para a população mais pobre (agora possuidora de propriedade) e acesso a serviços públicos com preços acessíveis. Esse é um cuidado não presente na legislação, mas que se deve fazer presente na política de planejamento das cidades, evitando-se um processo de gentrificação ou mesmo um retorno à informalidade, diante dos altos custos se manterem regularizados.

Como se pode perceber, o sistema político trouxe uma gama de novos institutos jurídicos e de repaginação de antigos instrumentos legais para dotar tanto a Administração Pública quanto o poder judiciário de material apto a cumprir o mister politicamente definido de se incorporar à formalidade milhões de situações possessórias espalhadas pelo país, concentradas principalmente nos grandes centros urbanos. Trata-se de uma comunhão entre a dogmática jurídica e o sistema político, absorvendo irritações do ambiente no interior dos sistemas e agindo, sob seus próprios códigos, critérios e programas para lidar com a necessária abertura cognitiva aos desafios provocados pelo ambiente nessa difícil dinâmica entre autorreferência e heterorreferência (LUHMANN, 2016). Em razão de a mera aplicação dos princípios da função social da posse e da propriedade ser insuficiente para lidar com esse complexo problema, a nova legislação traz as premissas para a ampla aplicação de um programa de regularização fundiária urbana por todo o Brasil. Ademais, inovou ao trazer novos institutos jurídicos (como a legitimação fundiária e o direito de laje) que servem tanto para facilitar a atividade de regularização, quanto para refletir melhor as práticas sociais adotadas nos núcleos urbanos informais. Trata-se, aqui, de uma hipótese daquilo que Luhmann classificou como chamada da dogmática jurídica ao legislador (LUHMANN, 2018, p. 80-82), que cumpriu o seu papel a inovar com a criação de novos institutos jurídicos.

Realizada a análise da Lei nº 13.465/2017, demonstrando a mudança de paradigma teórico nela concretizado, bem como apontando as principais inovações legislativas no âmbito da Reurb, passa-se, agora, a discutir um importante aspecto da política de regularização fundiária urbana: a identificação, o respeito e a observância no processo de regularização fundiária às normas existentes que disciplinam a vida social nos assentamentos urbanos informais.

3.3 A regularização e o reconhecimento dos sistemas extralegais de propriedade

Apesar dos apontamentos acima realizados, deve-se observar que transmutar um sistema informal em formal não é uma atividade meramente burocrática, sendo necessária a adoção de atos extremamente complexos. Assim, a simples edição de normas que formalizem propriedades nem sempre surte os efeitos desejados. Essas medidas de formalização vindas de cima para baixo, frequentemente, não desencadeiam efeitos benéficos, repercutindo negativamente na sociedade. Um exemplo de situação como a descrita foi observado na República Democrática do Congo, onde, ao se tentar formalizar o mercado interno de mineração, por intermédio de um simples decreto de banimento temporário de mineiros artesanais, houve o empobrecimento da população, o aumento da repressão estatal e da corrupção e a extorsão de trabalhadores informais por agentes públicos (GEENEN, 2012). Por outro lado, caso a formalização ocorra de forma adequada, investigando os anseios da população atingida e o seu sistema extralegal de negócios, os efeitos podem ser extremamente positivos. Mantendo-se na questão da mineração informal no continente africano, Siegel e Veiga (2008) argumentam que uma formalização adequada da atividade minerária extralegal poderá trazer enormes potenciais econômicos para os empobrecidos países africanos, cujas riquezas minerais se esvaem pelas vias ilegais da mineração clandestina.

O ponto fundamental, segundo Soto (2001), é que o Estado compreenda o sistema extralegal existente e as suas razões de existir. Regras jurídicas demasiadamente complexas, burocracia excessiva e falta de incentivos para a formalização induzem uma grande quantidade de pessoas para a informalidade. Normas advindas de autoridades que sequer buscaram conhecer a realidade existente nas comunidades não surtirão o efeito desejado,

muitas vezes nem gerando confiança na população supostamente beneficiada em buscar o programa de regularização. Ou seja, a política pública de regularização deve internalizar os acordos extralegais majoritários vigentes, reconhecendo a legalidade das situações outrora situadas à margem da lei como meio legítimo de aquisição de posse e propriedade, trazendo para o ordenamento jurídico-formal as normas sociais que regem o dia a dia das periferias no mundo real (SOTO, 2001).

Tal constatação é perfeitamente compatível com as ponderações realizadas por Ellickson (1991), o qual estabeleceu a hipótese de que os membros de uma comunidade integrada desenvolvem e mantêm normas sociais que têm a serventia de maximizar a riqueza agregada que seus membros podem aferir em suas relações cotidianas (ELLICKSON, 1991, pos. 1738*).* Ou seja, os membros de uma comunidade coesa vão se esforçar para que os demais adotem um comportamento cooperativo, independentemente do que o ordenamento jurídico-formal estabelecer. Contudo, alerta-se para o fato de que a possibilidade de obter o comportamento cooperativo mediante normas sociais independentes da lei possui algumas limitações. Primeiramente, tais normas somente teriam força em uma comunidade coesa, o que, por exemplo, torna-se mais difícil para ordenar o comportamento de todos os habitantes de uma grande cidade. Por outro lado, normas sociais que maximizam benefícios para um determinado grupo podem implicar o empobrecimento de outro grupo, como as normas discriminatórias. Por fim, a maximização de lucros possui limites inerentes ao bem-estar social, pois não podem ser desconsideradas outras finalidades sociais, como equidade, justiça distributiva e direitos fundamentais do indivíduo. Concluiu-se, assim, que, adimplidas as condições necessárias previstas em sua hipótese, é possível que uma comunidade (necessariamente coesa) obtenha seu ordenamento desejado por meio de normas sociais que possuem uma relação independente da lei formal, sendo que os membros do grupo somente recorreriam à lei caso os custos de transação adicionais impostos pelo controle governamental se justificassem pela gravidade do caso ou pela inviabilidade de se socorrer do controle exercido pelas normas sociais (ELLICKSON, 1991).[28]

Ellickson (1991) colheu diversos depoimentos em *Shasta County* de moradores relatando que as decisões das autoridades judiciais não resolveram de fato os seus problemas

[28]Sobre a relação das normas sociais e a lei, interessante também observar a teoria da sinalização, na qual as pessoas, a fim de sinalizar que pretendem cooperar com determinado grupo, adotam comportamentos custosos (não apenas economicamente), a fim de que terceiros percebam que elas pretendem manter relações cooperativas de longo prazo, o que possibilitaria a percepção de benefícios que superassem o ato social custoso inicialmente adotado (E. POSNER, 2002).

ou, então, que demandaram tempo excessivo ou grande dispêndio de recursos econômicos para a resolução das pequenas questões. Tais fatos serviram, por meio da transmissão de tais informações entre seus membros, de reforço negativo ao comportamento de fuga, que se pode denominar como "não se socorrer de advogados" para a resolução dos conflitos. Ou seja, foi o meio por eles encontrado para diminuírem seus custos de transação. Porém, em conflitos de maior monta ou com terceiros não integrantes da comunidade, as normas sociais se mostraram ineficazes para a solução do problema. Por tal razão e por valores maiores estarem em jogo, a comunidade se socorria, em tais casos, dos modelos legais formais para a solução de conflitos. Em outras palavras, experiências anteriores de tentativa de resolução dos conflitos de grande danosidade ou envolvendo estranhos foram punidas pela ineficácia da tentativa realizada, criando-se um estímulo aversivo maior do que os custos e a demora de um processo judicial para a solução dos problemas, o que reforçou o comportamento de procurar um advogado ou uma seguradora (ELLICKSON, 1991).

É justamente pela necessária condição de haver uma comunidade coesa para que as normas sociais possam cumprir seu papel independentemente do ordenamento jurídico-formal que as comunidades extralegais não conseguem estender suas relações com o mundo formal. As regras informais aplicáveis às propriedades, os negócios realizados na comunidade, as formas como são executados e as responsabilidades cobradas são de conhecimento apenas daquela comunidade, o que acaba restringindo o ambiente empreendedor apenas a cada comunidade periférica isoladamente. Compreender e refletir as normas extralegais no ordenamento formal, portanto, é um passo fundamental para a inclusão das comunidades periféricas e possibilita o seu desenvolvimento social e econômico (ELLICKSON, 1991).[29][30] Nesse sentido, Coutinho (2010, p. 316), explicitando o pensamento de Hernando de Soto, assevera que, sem contar com o Estado para fazer valer o contratado, os informais preferem realizar negócios apenas com aqueles com quem mantêm relações diretas, reduzindo drasticamente as suas possibilidades de contratação.

[29] Enfim, chama a atenção o autor para a importância de a lei refletir a realidade das normas sociais vigentes (ELLICKSON, 1991, pos. 2944): "This last point can be generalized: lawmakers who are unappreciative of the social conditions that foster informal cooperation are likely to create a world in which there is both more law and less order".

[30] Interessante notar que a existência de um *fairness bias*, um viés existente nas pessoas, conforme defendido na AED Comportamental, ajudaria a explicar por que, em comunidades coesas, pode não ser necessária a intervenção legal para disciplinar as relações e também por que o ordenamento formal pode não surtir efeito nas relações nelas mantidas (SUNSTEIN, 1999).

Ora, essas regras existentes nas comunidades informais, como discutido no capítulo 1 (com a visão sistêmica especificamente discutida no subcapítulo 1.4) estão situadas em diversos subsistemas sociais, como o moral, o religioso, o político, o econômico e o jurídico, a depender do tipo de comunicação realizada em cada ato. No sistema jurídico, entretanto, tais comunicações estarão situadas na periferia do sistema (cujo centro está situado nos tribunais), área sistêmica de uma grande porosidade e que proporciona uma troca de irritações muito maior com o ambiente do Direito. Essa área periférica fará um primeiro filtro das irritações, as quais chegarão a menores números nos tribunais, nos quais um caráter reflexivo acerca do próprio sistema jurídico será aplicado (LUHMANN, 2016, p. 429-431).

As normais sociais dos assentamentos informais, portanto, como espécie de comunicação social, fazem parte do sistema sociedade, integrando os seus respectivos subsistemas parciais funcionalmente diferenciados. Guiam e conduzem a vida dos moradores dentro de cada um desses subsistemas sociais, nos quais a comunicação especializada seguirá os códigos, critérios e programas respectivos, em uma lógica autorreferenciada e autopoiética, porém aberta cognitivamente ao ambiente. Como dito, na periferia dos sistemas, a interação de sistema e ambiente ocorre com maior frequência, havendo, assim, uma função de proporcionar uma maior adaptabilidade do sistema (e de seu núcleo) ao seu ambiente (LUHMANN, 2016, p. 432-434). No caso do Direito, as normas informais que regem comportamentos jurídicos dos moradores dos assentamentos informais trazem a devida provocação ao Direito para que este caminhe na direção da necessária adequação social.

Nessa realidade das favelas, a comunicação jurídica periférica e a comunicação que ocorre no ambiente do sistema jurídico farão com que a realidade vivida e enfrentada pelos moradores chegue, após uma primeira filtragem, aos tribunais e, consequentemente, ao Estado. No âmbito da política, essa realidade também trará as irritações que farão com que o sistema político, por meio de seus códigos e programas voltados a fins, busque sua maior adequação ao seu ambiente, traduzindo em projetos políticos e, até mesmo, em legislação algumas das aspirações encontradas na realidade informal das favelas. As normas sociais, portanto, além do reflexo no dia a dia dos moradores, têm o potencial de influenciar a maneira como o Estado percebe e trata aquele agrupamento populacional.

Os programas de regularização fundiária urbana surgem, desse modo, como uma resposta articulada do Estado à realidade das favelas que se impõe na sociedade. As irritações aos núcleos sistêmicos são tantas que o Estado já não pode mais ignorar o fato de que milhões

de pessoas viveram na informalidade nas grandes cidades brasileiras. O Estado, por meio da comunicação exercida nos diversos subsistemas sociais, entende que aquela realidade deve ser trazida para a formalidade, passando a integrá-la às soluções estatais que regem o restante da cidade. Isso, como dito, pode ser realizado ignorando a realidade existente, em um movimento de cima para baixo, ou contemplando, nos programas de regularização, a realidade existente em cada grupamento urbano informal. Somente no segundo modelo, as chances de sucesso serão boas, pois facilitará o engajamento da população ao programa, valorizando o modo de vida com que aquela população se auto-organizou até então, ao mesmo tempo que buscará trazer melhorias de habitabilidade e urbanísticas à população, reconhecendo, ainda, a necessária segurança jurídica à realidade dominial existente na área.

Sobre a dinâmica das irritações nos sistemas (na qual os diversos subsistemas sociais diferenciados são ambiente dos demais e, portanto, fontes de irritações de uns para os outros), vide a seguinte passagem de Luhmann (2007, p. 627):

> Para mantenerse abiertas a las irritaciones las-estructuras-de-sentido están elaboradas de tal manera que forman horizontes de expectativas donde se dispone de redundancias; es decir, repetición de lo mismo en otras situaciones. Entonces, las irritaciones se registran em la forma de expectativas frustradas. Pude tratarse de sorpresas positivas o negativas, agradables o desagradables. En ambos casos tenemos- por un lado- inconsistencias momentáneas que puedan olvidarse: no se ven las consecuencias o se las hace a un lado, se reprimen; por otro, la irritación pude señalar su propia repetibilidad y- en este plano- contradecir las estructuras de expectativas del sistema. Con la diferenciación sistémica se producen horizontes de expectativas bastante heterogéneos y también distintos lapsos de tiempo dentro de los cuales el futuro merece la atención del presente y- por último- ritmos y frecuencias de repetibilidad posible muy dispares. Ésta es también la razón por la cual la diferenciación por funciones produce una inmensa expansión de la irritabilidad de la comunicación societal; aunque, al mismo tiempo, en el caso normal restringe las exigencias de aprendizaje a sólo uno de los sistemas funcionales y, con ello, deja abierto si este sistema irritará a otros mediante los cambios de sus estructuras y operaciones.
>
> De todo esto resulta que las irritaciones nunca pueden atribuirse (como unidad) al "entorno", sino que exigen la identificación de las fuentes específicas de la interferencia; de otro modo no se percibirían. El concepto entonces no se refiere a la relación general de sistema/entorno sino a las relaciones sistema-a-sistema; y ésta es la razón por la cual las irritaciones perceptibles en una sociedad varían con las formas de diferenciación de los sistemas.

É preciso, porém, que a realidade encontrada nos assentamentos urbanos informais seja compatível com os valores constitucionalmente consagrados pela sociedade por meio de seus sistemas político e jurídico, acoplados estruturalmente pela Constituição. Os princípios da função social da posse e da propriedade deverão ser os guias que nortearão a abertura cognitiva dos sistemas para o ambiente que buscam regular e impactar. E, frise-se, os princípios jurídicos fazem parte dos programas condicionais do sistema jurídico. Rememora-

se que, apesar de o sistema ser invariante e sempre adaptado estruturalmente a seu código, no nível dos programas, o sistema admite a possibilidade de mudanças sem a perda de sua identidade. Para a programação, o caráter unívoco do código deve se abrir, pois os valores do código devem ser interpretados como possibilidades. Assim, o sistema, em virtude da capacidade que efetua por meio da variação dos programas, encontra-se sempre adaptado. (LUHMANN, 2016, p. 252-258).

Nessa toada, os programas condicionais do sistema jurídico guiam a aplicação do código lícito e ilícito. Os princípios jurídicos, portanto, nortearão as realidades fáticas que deverão ser reconhecidas ou rechaçadas pelo Direito. A programação complementa a codificação, tornando-a plena de conteúdo (LUHMANN, 2016, p. 271). O programa condicional é a forma característica com a qual o Direito combina fechamento normativo e abertura cognitiva. Dessa forma, o sistema jurídico pode levar em consideração fatos a ele externos, mas somente como informação produzida internamente. Assim, o sistema jurídico não pode atribuir normas ao ambiente, mas deve atribuir-lhe conhecimento, ressaltando-se, entretanto, que mesmo essa abertura cognitiva é uma operação puramente interna, não havendo um processo de transferência de informações. É com base nesse fechamento normativo que o Direito se abre a inúmeros acontecimentos do ambiente (LUHMANN, 2016, p. 112-115).

Em consequência desse condicionamento da aplicação do código binário do sistema jurídico pelos seus programas condicionais (aí incluídos os princípios constitucionais), não é possível que o Estado traga para o seu seio e reconheça como legítimas regras informais que contrariam a função social da cidade, da posse e da propriedade, bem como se paute em valores incompatíveis com o Estado de Direito, como a violência e a arbitrariedade. Isso é de suma importância se ter em mente em um procedimento de regularização fundiária, pois nem toda a realidade encontrada deverá ser chancelada pelo ordenamento formal.

Como se sabe e já foi dito acima, a visão ingênua de que a periferia se auto-organiza apenas com base na solidariedade entre os pobres e com vistas a satisfazer as suas necessidades básicas não condiz com a realidade da expansão imobiliária informal das grandes cidades brasileiras. Embora um grande número de assentamentos informais tenha se baseado em tais valores, o fato é que a especulação imobiliária está altamente presente nas favelas e em outros núcleos urbanos informais. Detentores, possuidores e proprietários de grandes áreas de terra procedem ao parcelamento irregular de terrenos, destinando-os à

população mais pobre, proporcionando a ela preços menores e, a eles, lucros maiores, não dotando a área de infraestrutura urbana adequada e jogando os moradores à sua própria sorte no tocante à segurança jurídica. Tal fato é ainda mais agravado quando, em algumas cidades brasileiras, organizações criminosas dominam territorialmente as áreas periféricas das cidades, fazendo das edificações irregulares e do parcelamento de terras (públicas e privadas) uma das suas principais fontes de renda.

Tal cenário de abuso do poder econômico e de imposição pela violência da vontade de um grupo territorialmente dominante é, por óbvio, incompatível com os princípios estabelecidos pela Constituição. Os programas de regularização fundiária urbana não podem chancelar tal tipo de dinâmica social e urbana perversa, que contraria os interesses da coletividade. Não podem, ademais, transformar-se no incentivo para que tais grupos procedam a novas invasões e constituição de novos núcleos urbanos de forma irregular. É preciso que o foco do programa seja o beneficiamento da população que reside em tais áreas já consolidadas, sem que se deixe de perseguir a devida punição àqueles que se valeram da pobreza para aferir lucros ilícitos. Ademais, devem ser combatidos rotineiramente novos empreendimentos especulativos nas periferias urbanas, tentando dar azo à difícil missão de se promover a formalização de propriedades e posses nas favelas e demais núcleos urbanos informais, ao mesmo tempo que se busca combater o crescimento desordenado e, por muitas vezes, abusivo (e criminoso) nas grandes cidades.[31]

Como dito, a abertura dos sistemas político e jurídico para as normas sociais vigentes nos núcleos urbanos informais deve ser pautada pelos valores constitucionais. O respeito à liberdade, a perseguição do respeito à função social da posse e da propriedade, o combate ao abuso do poder econômico e da violência devem guiar a atuação estatal no seu mister de garantir o direito à cidade e à moradia adequada a todos os citadinos. O parlamento, os tribunais e a Administração pública deverão observar esses valores fundantes da sociedade democrática para que o processo de reconhecimento e formalização da realidade periférica urbana seja compatível com o Estado de Direito e com os princípios e objetivos da República Federativa do Brasil.

Não se pode esquecer de que a abertura cognitiva do sistema não deve romper a autorreferência e a autopoiese dos sistemas. O Direito, portanto, não pode transmudar seus

---

[31] Sobre os efeitos que a regularização fundiária pode surtir como incentivo para novas ocupações informais, bem como de que maneira o Estado pode tentar evitar essa dinâmica, vide Tabak e Ferreira Filho (2016).

códigos, critérios e programas diante das irritações ambientais. Os princípios constitucionais, dessa maneira, não podem ser ignorados pelo Direito e pela política ao se depararem com a realidade social a que buscam se adequar. Sobre a necessidade das irritações serem processadas na autopoiese dos sistemas, vide esse trecho da obra de Luhmann (2007, p. 626):

> El concepto moderno de irritación (o "perturbación") comprende un estado de cosas funcionalmente equivalente, pero reacciona a otra forma de diferenciación societal. Su lugar teórico lo encuentra en la tesis del nexo entre clausura operativa (autopoiesis) y acoplamiento estructural entre sistema y entorno. Los efectos del entorno sobre el sistema, que por supuesto sobrevienen en cada momento en cantidades enormes, no pueden determinar al sistema, dado que cada determinación del sistema sólo puede producirse en el enrejado recursivo de sus propias operaciones (aquí entonces: comunicación); la determinación en este contexto sigue atada a las estructuras propias del sistema, las cuales posibilitan las recursiones y las secuencias operativas correspondientes (determinación estructural). La irritación es, según esto, um estado-del-sistema que estimula la continuidad de las operaciones autopoiéticas del sistema, aunque como mera irritación deja abierto por lo pronto si deben (o no) modificarse las estructuras; es decir, si deben introducirse procesos de aprendizaje mediante otras irritaciones o si el sistema confía en que la irritación con el tiempo por sí sola desaparecerá por tratarse de un acontecimiento único.

Enfim, realizadas as análises acima, conclui-se que tentar impor as regras formais a tais agrupamentos será de todo ineficaz. O caminho contrário precisa ser percorrido. O Estado deve, primeiramente, entender como as regras de propriedade são definidas no sistema extralegal vigente. Compreender como que, em cada grupamento, aquela comunidade considera alguém, apesar de estar à margem da lei, como legítimo proprietário (e aqui não se está adstrito ao conceito de proprietário da lei estatal, mas sim à percepção das pessoas inseridas naquele contexto de informalidade) ou possuidor de determinado bem é pressuposto para qualquer processo de formalização, sob pena de a política pública incorrer no erro de apenas editar uma nova regra que não será observada pelas periferias.

Porém, apesar das dificuldades de um processo de regularização fundiária realmente efetivo, os enormes benefícios potenciais de crescimento econômico advindos dela são uma importante variável na análise de custo-benefício, não podendo ser olvidados ao se analisar a política pública. Como defendido por Hernando De Soto e explicitado acima, programas de regularização fundiária poderiam destravar um grande valor de capital e ajudar no enriquecimento dos países. Há, contudo, de se esclarecer que a proposta de Hernando de Soto sofre muitas críticas acadêmicas, as quais precisam ser devidamente expostas e compreendidas. É assim que, incorporadas as premissas acima explicitadas, passar-se-á a discutir os diferentes modelos possíveis para os programas de regularização fundiária urbana.

3.4 Críticas à política pública focada apenas na formalização e pesquisas empíricas sobre o tema

Ao mesmo tempo que a teoria de Hernando de Soto se propagou, ganhando adeptos e influenciando diversos programas de regularização fundiária ao longo do planeta, ela também passou a sofrer contundentes e diversas críticas, as quais serão sintetizadas a seguir. Uma primeira crítica, bem resumida por Coutinho (2010, p. 317), é de que De Soto apenas prega a formalização como meio de gerar o crescimento econômico, sem tecer maiores considerações acerca da necessidade de tal crescimento estar aliado com a efetiva melhoria do bem-estar da população afetada. Ademais, De Soto não distinguiria um excesso de burocracia nas normas estatais, o que ajudaria a empurrar as pessoas para a informalidade, com restrições legais de fato necessárias, como normas de proteção ambiental, de preservação da saúde pública, entre outras (COUTINHO, 2010, p. 317).

Outra crítica realizada é o fato de a adoção de um sistema de titulação individual da propriedade poder enfraquecer os laços comunitários de determinado assentamento tradicional, podendo, na verdade, fragilizar a comunidade perante o restante da sociedade, ao se romper com a lógica anteriormente vigente em suas relações. Assim, universalizar um modelo europeu de leis sobre propriedade pode gerar distorções no modo de vida de diversos países culturalmente distintos, sendo este um impacto que não seria bem avaliado pelos defensores da política de formalização como fomentadora de crescimento econômico dos países em desenvolvimento (UNRUH, 2002). Nesse sentido, Meizen-Dick e Mwangi (2008) apontam que um programa de formalização de propriedades individuais pode fragilizar toda uma rede de interesses que se desenvolve em torno de propriedades informais ou coletivas, inserindo uma lógica individualizante e excludente da propriedade, rompendo-se com a permissão de uso que não proprietários tradicionalmente detinham. Assim, ao invés de garantir maior segurança, a titulação das propriedades pode gerar uma insegurança adicional a determinados usos do solo, afetando especialmente minorias e comunidades tradicionais.

Criticando a lógica da capitalização por meio da formalização, Loehr (2012), focando em exemplos ocorridos na Alemanha e no Camboja, afirma que, ao contrário do que é defendido pelos institucionalistas, a titulação não proveria segurança na posse, particularmente em países em desenvolvimento, podendo gerar atividades especulativas e

ganhos para grupos de interesse mais poderosos e articulados, e perdas para os mais pobres. Ou seja, a formalização geraria custos externos que atingiriam mais fortemente os grupos socialmente vulneráveis. O autor defende como alternativa, por exemplo, a execução de programas que reflitam melhor os modos de vida específicos, inclusive com a possibilidade de titulação coletiva da propriedade, fugindo-se de uma suposta imperiosa lógica de mercado.

Em linha semelhante, mas analisando especificamente as comunidades descendentes de escravos na Colômbia, Peña, Vélez e outros (2017) afirmam que, em comunidades com laços coletivos fortes, a titulação individual da propriedade pode aumentar a insegurança na posse das terras, criando uma lógica individualizada. Desse modo, defende, como alternativa, o tratamento coletivo da propriedade, gerida pelas comunidades. A titulação coletiva teria impactos significativos na redução da pobreza, o que pode ser resultado de um fortalecimento coletivo dos beneficiários, que passam a ter conhecimento de seus direitos e de uma estrutura mais robusta para transacionar com os membros externos à comunidade. Choplin e Dessie (2017), debruçando-se em programas de titulação na Mauritânia, afirmam que programas que concedem títulos individuais de propriedade, em vez de aumentar a segurança da posse, podem gerar novas formas de vulnerabilidade, expondo principalmente aqueles que não possuem condições de lidar com os custos de uma propriedade formalizada ou com as pressões imobiliárias do mercado. Ademais, a pesquisa sugere que, além da titulação, seria necessária a implantação de infraestrutura e de serviços básicos a fim de se ter de fato um impacto positivo na vida dos ocupantes.

Trazendo um panorama sobre diferentes programas no mundo não desenvolvido, Steel, Noorloos e Klaufus (2017) chamam a atenção para que uma política de formalização pautada em uma lógica de mercado possa fazer incorrer um processo de gentrificação, ou seja, uma mudança na população dos ocupantes do solo causada pelo aumento de custos e pressões especulativas na região formalizada. Embora a gentrificação possa ter outros fatores, aponta-se que, principalmente na América Latina, ela geralmente é resultado de uma mudança de uso do solo imposta por interesses do mercado, como a mudança do uso residencial para o preponderantemente comercial, gerando também um aumento do valor de mercado dos imóveis e um consequente aumento de custo de vida. Tal fato gera uma saída não desejada da população mais pobre, aumentando a segregação social nos grandes centros urbanos (STEEL; NOORLOOS; KLAUFUS, 2017, p. 4-5).

Analisando se os efeitos da política de titulação de terras em assentamentos informais (*kampongs*) na cidade de Bandung, na Indonésia, por meio de pesquisa empírica, eram de fatos compatíveis com a teoria de Hernando de Soto, Reerink e Gelder (2010) constataram que a formalização de fato aumentou a percepção de segurança da posse entre os beneficiários, sendo maior do que a de outros ocupantes ainda informais. Contudo, o impacto do aumento de proteção foi diferenciado em relação a grupos com distintos graus de proteção da posse. Essa foi uma crítica realizada a Hernando de Soto e testada pelos autores em sua pesquisa, assumindo a premissa de que não se pode adotar um sistema binário legal /extralegal, mas deve-se reconhecer a existência de diversas situações com diferentes graus de proteção da posse. Para fins do estudo, foram divididas as áreas em formais, semiformais e informais, constatando-se que o aumento da percepção de segurança foi maior nas situações mais precárias, objeto de formalização (REERINK; GELDER, 2010).

Tal fato corrobora não só a necessidade de se utilizar uma graduação progressiva da informalidade, mas também é compatível com a hipótese de que a percepção de segurança da posse está intrinsecamente ligada a um regime que diminua a precariedade das ocupações de fato, ainda que sem o correspondente título de propriedade (REERINK; GELDER, 2010), ou seja, em termos jurídicos brasileiros, onde se garanta a proteção da função social da posse. Ademais, os referidos pesquisadores encontraram evidências de que os ocupantes de casas com posse formalizada possuíam casas em melhores condições do que aqueles em situação precária, o que poderia referendar um dos benefícios pregados pelos defensores da política de titulação. Contudo, ressaltaram que tais diferenças não foram estatisticamente significativas. Diante dos resultados empíricos de sua pesquisa, Reerink e Gelder (2010, p. 84) recomendam que as políticas de titulação devem se concentrar nas áreas onde há menor proteção da posse dos ocupantes de fato, o que foi justamente o contrário da política adotada na Indonésia, que beneficiou primordialmente aqueles enquadrados pelos autores como ocupantes semiformais, quais sejam, aqueles que possuíam algum tipo de documentação acerca da posse de suas terras, justamente o grupo no qual a titulação trouxe menor efeito, pois já contavam com alguma proteção da posse por eles exercida.

Focando no impacto que a titulação de ocupações antes informais teve sobre o valor dos imóveis no México, Monkkonen (2016) aponta que a valorização de uma escritura e de registros formais de propriedade traz uma percepção de valor adicional ao imóvel de maneira distinta para as diversas classes sociais. Em média, os imóveis com escrituras formais

apresentaram um valor declarado 6% maior do que aqueles ainda na informalidade. Todavia, as classes com maior acesso à educação e situadas em bairros com maior infraestrutura valoraram de forma mais intensa a existência de escritura, fazendo repensar se é uma boa política pública estimular programas de titulação em comunidades que não valorizam tanto assim tal formalidade. Assim, o fator mais determinante para a valorização de um título é a existência de uma cultura de formalidade, que é muito mais propagada nas classes mais altas da sociedade, o que sugere que as parcelas mais pobres da população avaliariam seus imóveis de maneira mais elevada caso fossem realizadas políticas de melhoria de infraestrutura e serviços urbanos. Ademais, o custo de se obter uma escritura é maior que o benefício esperado pela população, especialmente a mais pobre, como já comentado, levando 10% da população mexicana a não realizar os registros formais das escrituras de compra e venda de imóvel, o que aponta para a necessidade do barateamento do sistema de registro, em especial para os mais pobres, caso se deseje combater a informalidade (MONKKONEN, 2016, p.75).

Com enfoque em comunidades informais na China, Webster, Wu e outros (2016) buscaram testar diversas teorias acerca dos direitos de propriedade e informalidade, utilizando premissas baseadas nas teorias de Armen Alchian, Amartya Sen, Hernando de Soto, Ronald Coase e Eleanor Olstrom. Amartya Sen alerta para a possibilidade de determinado desenho de direitos aumentar a vulnerabilidade e a pobreza de determinados grupos; Olstrom afirma que registros formais de propriedades individuais não são necessários para que se obtenha a ordem social em um ambiente de escassez de recursos, podendo a propriedade comunitária ser uma alternativa; Alchian afirma que os direitos possuem diversos graus de proteção (WEBSTER *et al*., 2016, p. 461-462). As teorias de De Soto e Coase já foram expostas anteriormente neste trabalho. Primeiramente, os autores alertam que as comunidades informais da China possuem uma estrutura jurídica diferente da dos demais países em desenvolvimento. No país asiático, elas não são assentamentos de posseiros, mas são tratadas como um estilo único de provisão de aluguel privado. Ademais, trata-se de comunidades baseadas na posse comum da terra e em um conjunto de instituições coletivas de domínio. São, em regra, vilas coletivas administradas por órgãos coletivos. Desse modo, a informalidade na China ocorre diante do tratamento fático individualizado da terra, por meio de contratos, enquanto o tratamento jurídico-formal considera a propriedade coletiva dos espaços. Apesar disso, os atores consideram que tais espaços têm muito em comum com as típicas favelas do Rio de Janeiro, por exemplo (WEBSTER et al., 2016, p. 462).

Baseando-se em dados coletados nas cidades de Beijing, Shanghai e Guangzhou, objetivaram entender a relação e as conexões entre direitos de propriedade, informalidade e pobreza. Os resultados demonstraram que a ausência de direitos de propriedade bem definidos nas comunidades analisadas proporciona efeitos positivos e negativos na vida dos cidadãos. Primeiramente, ela pode reduzir a riqueza do grupo, diante da insegurança jurídica por eles enfrentados. Por outro lado, a informalidade aponta para o barateamento de custo de vida dos ocupantes, permitindo uma redução da pobreza da população local. Em um ambiente de informalidade, o menor impacto das coerções estatais, operacionalizadas por meio de regras e regulamentos geralmente observados no contexto de formalidade, explica a vibrante vida econômica e social encontradas nos assentamentos informais. São espaços de baixo custo de transação, portanto, mas que tem a eles associada a questão da insegurança e incerteza, estando expostos ao risco de demolições e remoções pelo governo chinês (WEBSTER *et al*., 2016, p. 475). Desse modo, os autores sugerem que as ações de regularização não precisam se ater somente à concessão de direitos individuais de propriedade, devendo-se analisar caso a caso que tipo de política pública terá maior benefício na redução da pobreza, inclusive considerando a possibilidade de regular certas ocupações com um estilo coletivo de gerenciamento da propriedade (WEBSTER *et al*, 2016, p. 476).

Também no contexto chinês, Lai *et al*.(2016) analisaram os efeitos da organização informal de comunidades, inclusive com setores informais comunitários de registro de transações privadas e propriedades, detendo-se especificamente ao caso do assentamento denominado Kowloon Walled City. Os autores explicam que, diante da disputa sobre a titularidade de tal território entre a China e Hong Kong, à época controlada pelo Reino Unido, acabou surgindo o contexto que permitiu o desenvolvimento de um bairro com regras informais próprias, as quais acabaram se relacionando com as regras formais de ambos os governos. Os referidos pesquisadores explicitam que o surgimento de um sistema paralelo e informal de regulação da propriedade permitiu a diminuição de custos de transação dos ocupantes, acarretando condições de vida mais baratas. Foi constituída uma associação que funcionava como testemunha das transações informais e que, após, passou a registrar os negócios jurídicos na comunidade, passando a ter um poder de quase governo perante os cidadãos, que reforçavam as atribuições da associação e confiavam nela para a solução de seus problemas jurídicos. A premissa teórica do estudo é que as pessoas buscariam diminuir seus custos de transação, valorizando um sistema no qual há um reforço reputacional para a

validação das transações objeto de testemunho (LAI *et al,*2016, p. 229). Trata-se de um processo denominado *formalização informal*, no qual surge um órgão comunitário que desempenha o papel de testemunha e registro de dados de transações, implicando um sistema de respeito às transações informais, reduzindo os custos de transação que haveria em um sistema de completa insegurança jurídica. Tal conjectura ganhou, na localidade examinada, uma credibilidade institucional, contribuindo para o aumento da riqueza da comunidade. Os custos de transação serão mais baixos se as pessoas confiam no sistema, independentemente deste ser ou não um sistema legal oficial (LAI *et al*, 2016, p. 233-235).

Continuando com as pesquisas em território chinês, Lai e Tang (2016) adotaram a perspectiva teórica dos custos de transação para compreender as barreiras existentes para a regularização fundiária e a readequação urbanística de vilas urbanas chinesas. Na China, há classificação em áreas formais urbanas (com propriedade estatal) e em vilas urbanas (de propriedade coletiva), refletindo uma peculiar dualidade dos regimes urbano e rural de propriedade. Os habitantes das vilas urbanas, que anteriormente eram propriedades rurais, possuem direitos de propriedade limitados, e a urbanização de tais locais resultou em baixo nível de infraestrutura, parcelamento desordenado e um ambiente saturado de construções. Com a proliferação das vilas urbanas, posteriormente o governo, os empreendedores e osproprietários de terra passaram a buscar a recuperação urbana delas, especialmente as que detinham boas localizações na cidade (LAI; TANG, 2016, p. 482-483).

Segundo os autores, o nível de custos de transação no desenvolvimento de territórios, urbanos ou rurais é afetado principalmente por quatro fatores: o modo como os direitos sobre a terra são delineados e a informação que se tem sobre eles; o número de partes envolvidas na transação; o grau de conflitos de interesse envolvendo as partes quando um acordo for necessário; e outros fatores que podem afetar a duração do desenvolvimento de negociações envolvendo as terras (LAI; TANG, 2016, p. 483). Desse modo, o crescimento fragmentado e irregular das localidades que concentram as vilas urbanas chinesas, que acarretou a construção desordenada de lotes urbanos, criou barreiras ao replanejamento desejado pelo governo, havendo dificuldade de se especificarem planos práticos de uso do solo em razão de não se conseguirem definir com precisão os donos das terras, quem está no uso delas e qual o *status* jurídico de tal uso. Desse modo, um planejamento vindo de cima para baixo, oriundo do governo, envolve altos custos de transação para ele. Outrossim, tal planejamento *top-down* ignora as necessidades e preferências daqueles que estão na posse das terras, bem como os

anseios dos potenciais investidores do mercado (LAI; TANG, 2016, p. 486). Dessa forma, os autores, pesquisando as dificuldades concretas enfrentadas em processos de readequação urbana levados a cabo nas grandes cidades chinesas, sugerem que, para que haja a redução de custos em tais projetos, é preciso que arranjos institucionais alternativos para a propriedade do solo substituam o tratamento tradicional dado pelo Estado na aquisição de propriedades, o qual, na China, ocorre por meio de um processo liderado pela propriedade estatal. Assim, o planejamento estatal deve incorporar os valores e interesses dos ocupantes e desenvolvedores imobiliários, a fim de que possua de fato eficácia. Para tanto, é condição necessária a participação direta e efetiva da comunidade afetada (LAI; TANG, 2016, p. 489). Tal sugestão está de pleno acordo com o que foi exposto no subcapítulo anterior.

Quanto à China e seus regimes de propriedade, é importante compreender a diferença entre as regras para áreas urbanas e rurais. Em tal país, há uma separação entre a propriedade e o direito de uso do imóvel, sendo que, nas áreas urbanas, a propriedade pertence ao Estado, mas o ocupante possui direitos de uso estáveis e bastante próximos àqueles exercidos pelo detentor da propriedade privada no ocidente, inclusive com direitos de submeter o imóvel à hipoteca, utilizá-lo como garantia real, além de serem alienados. Já nas áreas rurais, em regra, a propriedade pertence a uma coletividade (as vilas), sendo que os direitos de uso são menos estáveis, existindo inclusive o instituto da realocação de ocupantes, decisão tomada pelas coletividades. Houve, por exemplo, com a abertura da China para uma economia cada vez mais de mercado, uma flexibilização que permitiu a transferência dos direitos de uso em áreas rurais, mas elas se submetem à aprovação do coletivo e, necessariamente, o vendedor e o comprador devem ser membros do mesmo coletivo, sendo que o comprador não pode já ser o titular da ocupação de uma área no coletivo. Tal fato acabou gerando um forte mercado informal de terras nas áreas rurais da China, o que implicou, mais recentemente, um programa de regularização fundiária (SONG; WU; CHEN, 2020, p. 1). A insegurança jurídica e as restrições existentes na questão fundiária rural aumentam os custos de transação e mantêm um valor baixo para tal mercado de terras rurais. O programa de regularização chinês busca diminuir os custos de transação e permitir maiores investimentos nas áreas rurais, as quais possuem baixa produtividade (SONG; WU; CHEN, 2020, p. 2).

O estudo empírico realizado pelos referidos autores acerca do impacto do programa de regularização chinês trouxe constatações interessantes. Uma delas, frise-se, demonstrou a compatibilidade com o que foi asseverado nos subcapítulos 1.1 e 3.3 deste trabalho. Nas

comunidades rurais, a cultura do clã responsável pelo coletivo influenciou diretamente os impactos do programa, sendo que a opinião dos anciãos influenciou mais a atitude dos ocupantes das terras que as regras traçadas no programa estatal, sendo que muitas disputas e conflitos acerca de transferências de terras eram resolvidos por esses ancestrais, encarregados de solucionar de acordo com os costumes locais. Dessa maneira, os costumes e expectativas locais pautados em normais sociais deveriam ser considerados no programa de regularização, a fim de que se pudessem alcançar melhores resultados (SONG; WU; CHEN, 2020, p. 11). Ademais, o estudo demonstrou que o programa de regularização impactou significativamente a venda de direitos de uso de terras urbanas para empresas, as quais não tinham a segurança jurídica necessária para adentrar no mercado de terras informal, sendo este um efeito da diminuição dos custos de transação oriundos da titulação promovida pelo governo chinês. Essa constatação reforçou a visão apresentada nos subcapítulos 3.2.1 e 3.2.2 (SONG; WU; CHEN, 2020, p. 12). Em suma, o estudo apontou que o programa de titulação de terras promoveu um significativo aumento de transferências nos subúrbios, enquanto o impacto foi muito menor em áreas rurais. Nos subúrbios, a titulação encorajou os ocupantes a realizarem transações via financiamento e atraiu empresas para o mercado imobiliário local, tendo a renda dos ocupantes de tais áreas aumentado. A diferença de efeitos entre as áreas urbanas e rurais demonstrou como as consequências do programa de regularização dependem da forma com que os beneficiários interpretam a mudança institucional provocada, interpretação esta que é influenciada pelo contexto econômico, social e cultural dos moradores (SONG; WU; CHEN, 2020, p. 12).

Também testando os impactos do programa de regularização de áreas rurais na China, Hong, Luo e Hu (2020), o estudo empírico buscou verificar se a formalização de propriedade rurais, antes irregulares, aumentou o nível de investimento nas terras. Foi constatado que o impacto na intenção de investimento variou de acordo com as experiências passadas dos beneficiários. Aqueles que foram prejudicados por processos de realocação de terras (comandados pelos coletivos titulares do domínio das áreas rurais), mesmo tendo, em tese, direitos de uso que os protegiam, por certo período, contra realocações, tiveram um impacto menor do que aqueles que não passaram por tal experiência. Ou seja, os que tinham maior confiança nas regras institucionais sofreram um impacto mais relevantes no desejo de investir em suas terras, oferecendo uma credibilidade maior à titulação concedida pelo Estado (HONG; LUO; HU, 2020, p. 7). Isso demonstra a importância de inserirem-se as percepções

da comunidade beneficiária e de envolvê-las no programa de regularização fundiária, conforme discutido nos subcapítulos 3.3 e 3.5.

Retomando a importância de sistemas comunitários de registro de propriedades, dessa vez utilizando o auxílio de novas tecnologias que permitem o lançamento de informações pelos usuários, Siriba e Dalyot (2017), tendo como base pesquisa realizada em uma comunidade no Quênia, afirmam que um sistema comunitário de registros, ao contrário dos programas estatais naquele país, possui a vantagem de refletir as regras costumeiras e informais acerca da posse e da propriedade nos assentamentos. Comentam, ainda, que tal sistema interativo gerou um maior índice de participação comunitária, que se engajou na tarefa de atualizar os registros acerca da posse em seu território.

Trazendo a questão dos direitos de propriedade para o contexto rural do leste europeu, mais especificamente na Ucrânia, Nizalov *et al*.(2016) pesquisaram os efeitos da definição de regras claras de propriedade na produção rural ucraniana. Com a transição do comunismo para o capitalismo, criou-se uma insegurança no novo tratamento privado da propriedade, a relação entre proprietários individuais de antigas terras coletivas até hoje se encontra pendente de tratamento legislativo específico . Os autores demonstram que o vácuo legislativo gera incerteza para os produtores rurais, os quais buscam um modo de produzir que traga a necessidade de menores investimentos de longo prazo, pois há o receio de que um maior investimento seja perdido diante da mudança do tratamento jurídico da propriedade. Assim, concluem, com base nos dados colhidos, que há uma subutilização do potencial produtivo rural da Ucrânia, que tem perdido espaço como uma grande exportadora europeia de produtos agrícolas. Os dados corroboram a premissa teórica de que a definição clara de regras de propriedade contribui para uma alocação eficiente de recursos, o que pode ser estendido não só para fora do contexto ucraniano, mas também para a questão urbana (NIZALOV *et al*, 2016, p. 87).

Também buscando analisar os impactos da formalização em determinada comunidade, mas pesquisando especificamente a formalização da exploração de minérios em terras indígenas canadenses, Aragón (2015) demonstrou o incremento da qualidade de vida e da renda não só das populações indígenas que realizaram os contratos formais com mineradores, mas também que houve impacto positivo na vida da população não indígena que vivia nas cercanias das terras indígenas. Tal achado é um ponto que corrobora a tese de que direitos de propriedade bem definidos melhoram o ambiente de negócios (tendo em vista a

redução de custos de transação) e podem impulsionar o crescimento econômico, sendo uma evidência empírica do Teorema de Coase. Porém, o autor esclarece que, apesar da definição clara de direitos de propriedade contribuir para a redução dos custos de transação e propiciar uma alocação mais eficiente dos recursos no mercado, esta não é uma condição suficiente para o crescimento econômico, sendo necessários também outros elementos importantes para o desenvolvimento (ARAGÓN, 2015, p. 55).

Já Celhay e Gil (2020), ao analisarem as razões que fazem parte da população chilena (mesmo com um amplo programa de concessão de moradias formais que engloba pessoas pobres) permanecerem em assentamentos informais, apontam para as limitações que a formalização pode ter sobre a qualidade de vida das pessoas. Eles constataram que, apesar de os assentamentos informais pesquisados oferecerem um risco maior na posse exercida pelos moradores e uma qualidade de construção de moradias mais baixa, os habitantes de tais áreas enxergam vantagens que superam esses malefícios, como a melhor localização dos assentamentos informais (mais perto de regiões de oferta de trabalho), a maior presença de equipamentos urbanos na vizinhança dos assentamentos, entre outras vantagens (CELHAY; GIL, 2020, p. 4-6). Dessa forma, pode-se concluir que um programa de regularização fundiária não deve superestimar o valor da titulação para os moradores, devendo também se preocupar com a localização e a implantação de equipamentos e serviços públicos. Esse ponto será aprofundando no capítulo 3.5.

Como se pode observar dos diversos estudos mencionados, a titulação de comunidades informais pode sim trazer diversos efeitos positivos, inclusive gerando maior potencial de crescimento econômico. Todavia, uma política mal planejada e desassociada de investimentos em infraestrutura urbana e serviços públicos pode ter não só efeitos limitados na melhoria da qualidade de vida da população beneficiária, mas também expor os cidadãos a uma maior vulnerabilidade em relação à posse por eles exercida e, consequentemente, ao direito fundamental à moradia. Diante de todo o exposto, percebe-se que programas de regularização fundiária que busquem a titulação individual da propriedade podem, sim, ter impactos positivos para a população afetada e para a economia, havendo algumas demonstrações empíricas em diversas regiões do planeta.

Do ponto de vista sistêmico, a passagem de uma sociedade baseada na posse para uma que se funda na propriedade privada foi fruto da evolução da sociedade e de seus sistemas parciais, como o Direito e a economia. Seria ultrapassado, do ponto de vista da

sociedade capitalista hodierna, basear um amplo programa de regularização fundiária apenas em titulações possessórias, sem buscar, ao menos, uma possibilidade de conversão dessas posses em títulos dominiais. No passado, foi suficiente conceber a propriedade como posse, como domínio sobre seus próprios bens, e protegê-la de intervenções de terceiros. Com o passar do tempo, porém, houve a diferenciação entre posse e propriedade, uma construção puramente jurídica do que se encontra por trás das relações de posse visíveis e merecedoras de proteção. Tal diferenciação permitiu que a propriedade se fizesse ponto de referência para as mais diversas relações contratuais e, sobretudo, para o crédito (LUHMANN, 2016, p. 354-356). Portanto, a simples garantia da posse não satisfaz a necessária diferenciação entre Direito e economia, pois ela apenas pode surgir mediante a conexão recursiva das transações, ou seja, com o auxílio da moeda, sendo a propriedade e o contrato os mecanismos de acoplamento estrutural que garantem a autopoiese dos sistemas jurídicos e econômicos sem impedir a heterorreferência de um para o outro (LUHMANN, 2016, p. 612-623).

É nesse sentido que aqui se conclui que o objetivo de realizar a titulação de propriedades (hoje ocupações informais e protegidas apenas em tutelas possessórias) é um objetivo compatível com a sociedade capitalista, sendo legítimo que um dos objetivos políticos do programa de regularização fundiária seja o fomento do crescimento econômico pela inserção de um grande número de propriedades no sistema formal. Contudo, a titulação é um passo ineficaz quando os projetos são executados ignorando as normais sociais, os usos e os costumes da comunidade beneficiada, o que pode fazer ruir o modo de vida tradicional delas ou até mesmo gerar o desinteresse das pessoas em aderir ao programa. Por outro lado, a mera titulação é insuficiente para garantir a melhoria de qualidade de vida das pessoas, sendo necessária a implantação de infraestrutura urbana e a oferta de serviços públicos essenciais, a fim de que de fato haja uma diminuição da pobreza e que se possa integrar as comunidades mais vulneráveis à sociedade formal, sem expô-las a maiores riscos diante de uma inserção descuidada na lógica das relações estatalmente reguladas.

Devem ser tomadas medidas, ademais, para se evitar um processo de retomada da informalidade, analisando quais seriam os motivos que afastam o interesse das pessoas em registrar as novas transações em suas propriedades, buscando-se difundir os efeitos benéficos de se manter um registro atualizado, bem como diminuir os custos para que a população os realize. Sistemas comunitários de registro, por exemplo, têm sido boas medidas e poderiam ser incentivados no bojo de políticas de regularização, traçando de que maneira poderia haver

um diálogo entre eels e o sistema formal estatal. Ou seja, o debate está longe de se encerrar, mas é preciso encarar a regularização fundiária como um passo fundamental para a diminuição da pobreza, das desigualdades sociais e incremento na qualidade de vida das pessoas nas grandes cidades, devendo sempre pôr em primeiro lugar o bem-estar das comunidades beneficiárias. Diante da mudança de lógica trazida pela Lei n° 13.465/2017, os intérpretes do Direito e as autoridades municipais devem redobrar a atenção para esses fatores, a fim de impedir uma valoração exacerbada de uma política de titulação em massa, sem tomar as providências necessárias para o efetivo aumento da qualidade de vida da população, principalmente da parcela mais pobre.

É preciso caminhar, portanto, no sentido de um direito à regularização fundiária plena, que englobe aspectos jurídicos, urbanísticos e sociais, atentando-se para os usos e costumes de cada local submetido ao processo de formalização. Nesse sentido, discutir-se-á, a seguir, no que consiste esse direito à regularização fundiária plena e o que ele implica.

3.5 Direito à regularização fundiária plena

A Declaração das Nações Unidas sobre assentamentos humanos de 1996 (Habitat II) afirma que os países devem assegurar moradia digna para os habitantes dos centros urbanos, garantindo a função social da propriedade e o desenvolvimento sustentável das cidades (ROSA, 2005, p. 17).[32] Tal conferência reconheceu o direito à moradia como um direito humano, obrigando os Estados signatários a realizá-lo progressivamente por meio de planos e programas habitacionais, bem como proteger de modo eficaz o direito à moradia (SOBRANE, 2005, p. 209). Desse modo, o direito à moradia, incluído expressamente como direito fundamental no art. 6° da CRFB/88 (BRASIL, 1988), possui papel central nas políticas públicas urbanas e também na promoção dos direitos humanos, sendo ele diretamente ligado a diversos outros direitos sociais, pois a ausência de moradia digna retira da pessoa uma condição concreta de exercer sua cidadania e de viver com dignidade.

[32]A referida declaração congregou dois temas básicos: a adequada habitação para todos e os assentamentos humanos sustentáveis em um mundo em urbanização (SOBRANE, 2005, p. 209).

O direito à moradia é mais amplo que uma reivindicação para que todos tenham um lugar onde viver. Ele também é uma condição necessária para alcançar um padrão de vida adequado, que deve ser buscado por meio de ações de promoção do direito à moradia e pela não interferência na realização de tal direito. A moradia traz proteção física, abriga contra o clima, proporciona espaço pessoal e privacidade. Atende, também, às necessidades sociais, sendo um espaço para a família. Igualmente, serve às necessidades econômicas, podendo ser um espaço de pequenos negócios e de produção comercial (OSORIO, 2014, p. 40).

Para a satisfação do direito à moradia adequada, Brambila e Pierobon (2015, p. 30), citando o Comentário-Geral nº 4, § 8°, do Comitê da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirmam que devem ser atendidos os seguintes elementos básicos: a segurança jurídica na posse, independentemente de sua natureza e origem; a disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito; as despesas de manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade; o acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência; a localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços essenciais; a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e a diversidade cultural da população.

Há de se ressaltar, desse modo, a indivisibilidade dos direitos humanos, o que traz a necessária interligação do direito à moradia adequada com, por exemplo, os direitos à alimentação, água, saúde, trabalho, terra, vida, propriedade e segurança da pessoa, bem como proteção contra o tratamento desumano e degradante e o direito a não discriminação (OSORIO, 2014, p. 42). O direito à moradia, portanto, compreende dois conjuntos de necessidades: o mínimo necessário para um indivíduo ou uma família sobreviverem e as necessidades não materiais relevantes para uma vida com dignidade, como proteção e segurança, senso de pertencimento a uma família, comunidade ou nação, ou liberdade que permita o pleno desenvolvimento das capacidades de um indivíduo (OSORIO, 2014, p. 53-54). O direito à moradia está intimamente conectado, também, ao direito à cidade. A moradia digna e adequada depende da garantia de acesso ao espaço público, da participação nas melhorias geradas pelo desenvolvimento urbano e da correta ordenação do território urbano, por exemplo. Ou seja, o direito à cidade é um conceito que acolhe e serve de plataforma conectora para outros direitos humanos, inclusive à moradia (ACOSTA, 2014, p. 74).

Contudo, em um cenário como o brasileiro, de expansão rápida e desordenada dos centros urbanos, inúmeros casos de ocupações irregulares surgiram pelas cidades brasileiras, principalmente nas grandes metrópoles. Em tais ocupações, na maioria dos casos, os requisitos citados acima não são atendidos. Tal situação se reflete na maior parte do mundo subdesenvolvido. Na América Latina, onde 75% da população vivem em áreas urbanas, aproximadamente 40% dos moradores das cidades vivem em ocupações de baixa qualidade. Tais pessoas estão sujeitas à insegurança jurídica da posse e estão vulneráveis aos riscos de desastres ambientais. As ocupações estão geralmente situadas em locais sem planejamento nas periferias das cidades (KLAUFUS; LINDERT, 2012, p. 70). Os moradores de favelas e outros assentamentos irregulares de baixa renda não possuem acesso adequado aos serviços públicos, como saúde e educação; não usufruem de uma infraestrutura urbana de qualidade, não havendo saneamento básico, mobilidade urbana, coleta de lixo adequada, acesso às áreas verdes, entre outros fatores fundamentais à qualidade de vida na cidade, e também não possuem a devida segurança jurídica para a ocupação e a permanência em suas moradias.

Analisando a situação brasileira, o Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais constatou que pelo menos 42% das famílias vivem em condições inadequadas de moradia e que 50% da população das principais áreas urbanas vivem em assentamentos ilegais (OSORIO, 2014, p. 66). Demonstrou-se, assim, a falta de uma política pública que efetivamente gere as condições para a universalização do direito à moradia adequada. Conforme exposto por Correia (2017, p. 27), a definição operacional de favela estabelece que ela é uma área que combina as características de acesso inadequado à água potável, à infraestrutura de saneamento básico e outras instalações, de baixa qualidade das unidades residenciais, de alta densidade e de insegurança jurídica da posse ou propriedade. Encarada por muitas décadas como um mal a ser combatido, as favelas se apresentaram, na verdade, como a resposta das camadas mais pobres da população à ausência de uma consistente política habitacional para as pessoas de baixa renda. Não tendo condições de acesso ao mercado imobiliário formal, a ocupação irregular de áreas públicas e privadas foi a alternativa encontrada para que os mais pobres pudessem morar nos centros urbanos, ainda que sem a devida dignidade.

Após muita luta e resistência dos moradores das favelas contra políticas de remoção, passou-se a reconhecer que o problema deveria sim ser enfrentado pelas autoridades públicas, mas com enfoque diverso. Era preciso trazer segurança jurídica às ocupações e implantar a

infraestrutura e os serviços públicos básicos para que os beneficiados pudessem ter uma vida digna (MAGALHÃES, 2013a, p. 33-67). Nesse sentido, o Comentário Geral nº 7 do Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, expedido em 1997, asseverou que os despejos forçados constituem grave violação aos direitos humanos. Os despejos só se justificam em circunstâncias excepcionais e quando realizados em conformidade com os princípios relevantes dos direitos humanos. Tais exceções devem estar devidamente previstas na legislação nacional, distinguindo os casos de despejo de quem reside pacificamente em determinado lugar daqueles que afetam residentes que renegam suas obrigações legais ou contratuais em relação a determinado imóvel, sem justificativa adequada (OSORIO, 2014, p. 55). O referido comentário geral condena tanto os despejos conduzidos com violência e coação quanto aqueles que ocorrem em nome do desenvolvimento, considerados inevitáveis ou necessários. Assim, o Estado deve, segundo o comitê, adotar medidas para que as pressões do mercado imobiliário não resultem em um processo de expulsão silenciosa de moradores de determinada localidade, em razão de políticas de renovação urbana, aumento dos valores de aluguéis decorrentes de grandes empreendimentos imobiliários e de infraestrutura, entre outros. A falta de política contra a gentrificação tem o condão de impulsionar as pessoas que tiveram que deixar suas residências para que acabem por formar novos assentamentos informais precários (OSORIO, 2014, p. 58).

Inúmeros programas de regularização fundiária surgiram por diversos municípios. Alguns são focados na titulação dos ocupantes; outros, como o Favela Bairro, da Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro, na urbanização das favelas (MAGALHÃES, 2013a, p. 81). Porém, foi com o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) que se traçaram aspectos nacionais de uma política de regularização fundiária urbana. A Lei nº 11.977/2009 (BRASIL, 2009) deu concretude à referida política pública, tendo sido recentemente revogada pela Lei nº 13.465/2017 (BRASIL/2017), que passou a disciplinar a matéria. Há o reconhecimento atual, portanto, que, no tocante ao direito à moradia, é também dever imediato do Estado a adoção de medidas que se destinem a conferir segurança jurídica da posse às pessoas e famílias atualmente desprotegidas, mediante processos de consulta genuína aos grupos afetados (OSORIO, 2014, p. 54). A abordagem da segurança da posse como um direito humano contribui para a expansão da proteção aos direitos a ela relacionados, como moradia, terra e acesso a recursos naturais (OSORIO, 2014, p. 60). O que se passa a analisar agora, desse modo, é como uma política pública de regularização fundiária deve ser traçada para que de

fato o direito à moradia seja garantido aos moradores das favelas e de outras ocupações irregulares de baixa renda.

É preciso, portanto, que a política de regularização enfrente os diversos pontos que impedem que os moradores de favelas exerçam o direito fundamental à moradia: há de se resolver a questão na segurança da posse, a melhoria da infraestrutura básica, a garantia de acesso a serviços públicos e a melhoria das condições de habitabilidade, entre outras questões. Correia (2017, p. 30), a fim de se contrapor a uma política pública que foque exclusivamente em um desses problemas, mais notadamente as que desejam apenas a titulação formal das propriedades, estabelece o conceito de regularização fundiária plena. Por regularização plena, a autora se refere ao processo por meio do qual, após a devida urbanização da área mediante obras de infraestrutura urbana, se alcança os seguintes resultados: enquadramento dos imóveis em padrões urbanísticos que garantam a regularidade urbanística da área; titulação do proprietário da terra ou garantia de sua posse; articulação da oferta de melhorias habitacionais e socioambientais; promoção de contínuo diálogo urbano com a comunidade beneficiada, fomentando a participação e a valorização dos moradores de sua nova situação jurídica, estimulando a cidadania e integração dos moradores ao restante da cidade.

Um programa de regularização plena, dessa maneira, é capaz de trazer uma melhora nas condições de habitabilidade, de saúde, de segurança e de cidadania sem a necessidade de remoções em massa. Ademais, a titulação das propriedades pode se mostrar algo positivo para a economia do local objeto do programa, bem como, no geral, para a economia do país (MENSHAWY; ALY; SALMAN, 2011, p. 170). De fato, um programa que não vise a alcançar tais resultados apenas resolverá parte dos problemas que caracterizam a moradia precária. Somente a urbanização não solucionará o problema, diante da precariedade jurídica que remanescerá na ocupação, trazendo insegurança aos moradores. A titulação de propriedades desacompanhada dos demais resultados também não trará a necessária melhoria de condições urbanísticas e de habitabilidade aos ocupantes, tampouco o acesso a serviços públicos disponibilizados para o restante da cidade.

É importante, no primeiro momento, centrar a atenção na política de regularização que mais se contrapõe ao defendido pelo conceito de regularização plena: a que prega a rápida e ampla titulação de propriedades dos moradores de áreas informais.

3.5.1 Titulação de propriedades: apenas um dos aspectos relevantes

Como explicitado anteriormente, as políticas de regularização fundiária mundo afora foram influenciadas significativamente pelas ideias esboçadas pelo economista peruano Hernando de Soto (2001). Para ele, as propriedades informais constituem um patrimônio trilionário de capital morto, impedindo que os bens e atividades informais, ao estarem segregados do mercado capitalista, desenvolvam seu pleno potencial. Assim, prega que o principal passo para o desenvolvimento das nações seria um amplo processo de formalização de tais atividades e bens, inserindo-os na economia formal, diminuindo os custos de transação e incrementando de maneira relevante o potencial de crescimento econômico e desenvolvimento de um país. Em suma, a transformação de bens e atividades em capital.

Diante dessa ideia, o Banco Mundial passou a incentivar programas, nos países em desenvolvimento, para garantir a titulação de propriedade aos ocupantes de áreas informais, entendendo que tais medidas gerariam crescimento econômico e melhoria das condições de vida da população beneficiada (DAVIS, 2006, p. 71-75). Apesar da ampla repercussão e da implementação prática da teoria de Hernando de Soto, surgiram diversas e fortes críticas ao seu pensamento e aos programas de titulação de propriedades. Davis (2006, p. 179-185), em acentuada crítica, chamou tal política de populismo neoliberal, pregando que a realidade das favelas, que é influenciada por diversos interesses econômicos dos mercados formal e informal, levaria ao fracasso das previsões de Hernando de Soto.

Foi justamente no Peru onde um dos maiores programas de titulação massiva foi executado. Houve uma separação das políticas de regularização jurídica e urbanística. Foram entregues títulos de propriedade desacompanhados de uma política de implantação de serviços básicos e de infraestrutura física e social. Atacou-se, de maneira fragmentada, apenas um dos problemas relacionados à moradia adequada (COCKBURN, 2013, p. 7). A hipótese do programa é a de que a segurança jurídica da propriedade traria maior investimento nas habitações, o que acarretaria maior provisão de serviços e valor das propriedades; a inscrição das propriedades no registro formal de imóveis desenvolveria o mercado imobiliário, e o fortalecimento da consciência dos direitos de propriedade mudaria aspectos sociais na família e na comunidade (COCKBURN, 2013, p. 17). Contudo, a análise dos dados após a consolidação do programa não demonstrou o incremento na atividade econômica, como a

utilização de imóveis para hipoteca e a descontinuidade da regularidade após a formalização, com alienações supervenientes não registradas. Não houve, também, significativa melhora na qualidade de vida dos ocupantes e nem o desenvolvimento exponencial da atividade econômica em tais locais (COCKBURN, 2013, p. 22-25).[33] Cockburn (2013, p. 28-29) afirma, desse modo, que é preciso se afastar de concepções ideológicas que depositam uma confiança excessiva nos mecanismos de mercado. Defende o autor que os programas devem conciliar titulação e melhoramento urbanístico, assim como a implantação de uma política de habitação social consistente, a fim de evitar que a lógica da ocupação informal e desordenada seja a única que proveja habitações para os pobres.

No mesmo sentido, Macedo (2008, p. 264) afirma que a crença de que títulos formais de propriedade são condições suficientes para que haja investimentos na melhoria dos imóveis pelos residentes é equivocada. Tal condição até poderia ser encarada como necessária, mas não suficiente. Ademais, corrobora o pensamento de que, para tal finalidade, a percepção de segurança da posse é mais significativa que a expedição de um título formal em si.

Como se pode observar acerca dos diversos estudos mencionados, a titulação de assentamentos informais pode sim trazer diversos efeitos positivos, inclusive gerando maior potencial de crescimento econômico. Todavia, uma política mal planejada e desassociada de investimentos em infraestrutura urbana e serviços públicos pode ter não só efeitos limitados na melhoria da qualidade de vida da população beneficiária, mas também expor os cidadãos a uma maior vulnerabilidade em relação à posse por eles exercida e, consequentemente, ao direito fundamental à moradia. A mera titulação é insuficiente para garantir a melhoria de qualidade de vida das pessoas, sendo necessária a implantação de infraestrutura urbana e a oferta de serviços públicos essenciais, a fim de que de fato haja uma diminuição da pobreza e que se possa integrar as comunidades mais vulneráveis à sociedade formal, sem expô-las a maiores riscos diante de uma inserção descuidada na lógica das relações estatalmente reguladas. Porém, isso não retira a importância da titulação, que deve ser realizada, também, nos projetos de formalização.

Devem ser adotadas medidas para se evitar um processo de retomada da informalidade, analisando quais seriam os motivos que afastam o interesse das pessoas em

[33] Quanto à hipoteca, Magigi e Majani (2006, p. 1079) afirmam que, apesar dos beneficiários em programas de titulação de propriedades de fato enxergarem os títulos como ferramentas para acesso a crédito mais barato, o crédito por eles buscado é pequeno demais para atrair as instituições financeiras. Ademais, títulos temporários de ocupação também dificultam a atratividade do uso dos imóveis como hipoteca para as financiadoras.

registrar as novas transações em suas propriedades, buscando-se difundir os efeitos benéficos de se manter um registro atualizado, bem como diminuir os custos para que a população os realize. Sistemas comunitários de registro, por exemplo, tem sido boas medidas e poderiam ser incentivados no bojo de políticas de regularização, traçando de que maneira poderia haver um diálogo entre eles e o sistema formal estatal. Tal enfoque no período pós-regularização será discutido a seguir.

3.5.2 A necessária atenção ao período pós-regularização

Para uma regularização fundiária plena, deve-se planejar bem a política pública a ser implementada, ser cuidadoso durante a execução desta e, também, preocupar-se com os efeitos após o término do procedimento. Isso porque a regularização plena não busca impactar apenas pontual ou temporariamente a vida das pessoas beneficiadas, mas, de fato, transformá-las para melhor, concedendo-as acesso ao direito à moradia, à cidadania e ao direito à cidade propriamente dito. Um processo que não planeje bem o período pós-regularização pode simplesmente comprometer todos os objetivos que foram traçados no planejamento e na execução do projeto de regularização fundiária. Há que se preocupar, primordialmente, com o modo com que as famílias beneficiadas se comportarão diante da nova realidade jurídica e fática que enfrentarão.

Uma legislação mais flexível para garantir proteção às diversas formas de posse usualmente encontradas nos países em desenvolvimento é primordial na questão da implementação do direito à moradia. Devem ser adotadas medidas para dar segurança jurídica aos ocupantes, a fim de que não temam a remoção forçada e nem a sua evicção em razão das forças de mercado (MACEDO, 2008, p. 268). A segurança da posse, contudo, deve vir acompanhada de outras medidas. Se a renda da população beneficiada continuar baixa, o incremento na segurança pode ser insuficiente para que os beneficiários se valham de seu direito de propriedade, como o uso do imóvel para conseguir financiamentos, por exemplo. Assim, pensar em incentivos adicionais, como políticas de acesso ao crédito, de assistência técnica e de organização comunitária para ajuda mútua são importantes (MACEDO, 2008, p. 268).

Outra questão é a diminuição do custo de acesso às propriedades formais. Provavelmente tal fator poderia ser o incentivo mais eficiente para que novas ocupações informais deixassem de surgir e para que pessoas hoje na informalidade passassem a se interessar em migrar para o sistema formal (BOCKSTAEL, 2014). Isso em razão das ocupações informais estarem normalmente associadas a maneiras mais baratas de se obter acesso a alguns serviços básicos espontaneamente, ainda que de maneira clandestina ou precária (KLAUFUS; LINDERT, 2012, p. 70). Dessa maneira, uma política habitacional para as camadas de baixa renda é primordial para que a ocupação informal deixe de ser a lógica da urbanização nos países em desenvolvimento. É preciso não só apresentar soluções para o problema atual, mas combater as causas para que a realidade que se busca transformar seja estabilizada. A falta de uma política de fomento a habitações a preços acessíveis e de planejamento urbano seriam as principais causas da informalidade, segundo Adam (2014, p. 90). Ampliando a análise, Smit, Musango, Kovacic e Brent (2017, p. 108) apontam que as principais causas para a proliferação de ocupações informais são a desigualdade de renda, a falta de oportunidades econômicas, a imigração, a pobreza, a falta de casas a preços acessíveis e a governança fraca.

É preciso, portanto, atacar as causas da informalidade para que o direito à moradia seja de fato implementado progressivamente. A preocupação com os projetos de regularização deve extrapolar os limites deles e se interconectar com as políticas habitacionais e de planejamento urbano, bem como de incremento da renda da população mais pobre. Uma política de regularização dissociada dessas outras políticas públicas pode gerar inclusive efeitos negativos para o planejamento urbano, como um incentivo ao incremento de novas ocupações informais, o que geraria um círculo vicioso. Há estudos empíricos que apontam a existência de casos em que a legalização das ocupações sem lidar com as causas da informalidade encorajaram novos assentamentos informais nos anos seguintes (POTSIOU, 2014, p. 34). É preciso enfatizar, desse modo, a necessidade de uma abordagem holística e consistente. A regularização deve vir acompanhada pelo sistemático reconhecimento de direitos de propriedade privada e titulação dos imóveis nas áreas urbanas e periféricas. Melhorias na urbanização, provisão de infraestrutura, reassentamento em caso de necessárias demolições, provisão de habitações acessíveis financeiramente e revisão das normas regulatórias do mercado imobiliário para melhor refletir os mercados correntes são medidas igualmente necessárias (POTSIOU, 2014, p. 34).

Porém, como já dito, as medidas a serem adotadas não param por aí. É preciso que as pessoas tenham incentivos suficientes para que continuem na formalidade. Uma pós-regularização mal planejada pode acarretar que, com o passar do tempo, os beneficiários voltem às antigas práticas do mercado informal, tornando inócuos os esforços para a formalização das propriedades e posses exercidas no território afetado. Custos altos demais podem impedir que pessoas já beneficiadas permaneçam na formalidade. Conforme já apontado anteriormente, o aumento dos custos para se morar em uma área regularizada pode tanto afastar o interesse das pessoas na regularização quanto causar o abandono das pessoas de suas casas em razão de não mais conseguirem arcar com o preço de ali residir, ou mesmo acarretar um processo de desformalização.

Analisando o caso da transferência de uma favela na África do Sul para um assentamento formal (Joe Slovo Park), Barry (2006, p. 638-639) apontou que poucas pessoas beneficiadas registraram formalmente suas novas propriedades. Possíveis explicações seriam que eles ou não poderiam pagar ou escolheram não o fazer para não arcar com taxas e impostos sobre a propriedade e os serviços públicos. Moradores, durante o processo, inclusive demonstraram a preocupação com a necessidade de assunção desses custos. Ademais, houve o relato de diversas vendas de imóveis no novo assentamento sem que tais contratos tenham sido devidamente registrados, tendo a mudança de propriedade sido estimada entre 10% e 30% dos beneficiários originais. Uma das principais razões para a venda dos imóveis foi a morte de algum membro da família e a necessidade de se pagar o funeral. Outra causa comum foi o endividamento com agiotas atuantes no local. Já outras pessoas simplesmente venderam para obter lucros para si (BARRY, 2006, p. 639).

Testando os efeitos de um programa de titulação em massa em áreas urbanas e rurais realizado no Caribe, mais especificamente em Santa Lúcia, Barnes e Griffith-Charles (2007, p. 495) buscaram constatar se a formalização de fato incrementou o crescimento econômico e a melhoria social na ilha caribenha. Foi constatado que, de fato, a titulação e o registro das terras tiveram um impacto positivo no mercado imobiliário formal imediatamente após a execução de tais medidas, mas tal crescimento não se sustentou por mais do que uma década. Houve um incremento de 68% nas parcelas registradas formalmente entre 1987 e 2002, sendo que, na região da periferia da maior cidade do país (Babonneau), o aumento foi de 123% (BARNES; GRIFFITH-CHARLES, 2007, p. 497). A localização, portanto, foi um fator fundamental para a valorização do mercado imobiliário formal, apontando que, se o objetivo

do programa for um incremento desse mercado, devem-se priorizar as áreas urbanas (BARNES; GRIFFITH-CHARLES, 2007, p. 500).

Aprofundando a pesquisa e focando, agora, nas propriedades familiares, revelou-se que são raras as vendas formais de propriedade as envolvendo, o que revelaria que elas não são tratadas como uma *commodity*. Como as propriedades familiares são muito mais comuns nas áreas rurais, na região periférica de Babonneau houve o registro de muito mais vendas de propriedades, onde também há uma muito maior densidade populacional. A pesquisa apontou, também, que somente 26% das pessoas que receberam a titulação converteram seus títulos em títulos absolutos de propriedade após 17 anos, pois os beneficiários não deram prosseguimento ao processo de conversão, revelando que, aparentemente, não valorizaram a obtenção do título ampliado (BARNES; GRIFFITH-CHARLES, 2007, p. 498).

Constatou-se a existência de transações não registradas após a execução do programa (28%), sendo a maioria delas provenientes de heranças não formalizadas. Tentando elucidar se um processo de "desformalização" poderia estar em curso, observaram-se alguns fatores que poderiam colaborar para tanto, como os custos de transação para realizar os registros de novos negócios, a precisão das informações registrais e as vantagens e desvantagens do sistema registral. Uma primeira e relevante constatação foi a de que a percepção dos custos de registro pela população é muito maior do que eles realmente são. Sete dos 12 entrevistados estimaram um custo superior ao real em patamares que variaram de U$ 100,00 a U$ 3000,00 ao realmente existente, sendo que um dos entrevistados estimou, de forma exagerada, em mais de U$ 8.000,00. Por outro lado, 82% dos entrevistados indicaram confiar na exatidão das informações registrais, ou seja, a desconfiança no sistema não é um empecilho relevante para que as pessoas busquem registrar as transações. Quando indagados para indicar as vantagens e desvantagens de se realizar o registro, eles listaram segurança, prova da propriedade e prevenção de problemas e conflitos como as principais vantagens, sendo que 15% indicaram que não haveria vantagem alguma. Como desvantagens, foram indicados o custo, a perda da terra pelas pessoas e o envolvimento de advogados. Uma pequena parcela não identificou desvantagens. As percepções dos entrevistados não estavam ligadas a experiências prévias efetivas, pois 75% nunca haviam visitado um cartório de registro, demonstrando haver uma lacuna de conhecimento que poderia aumentar um processo de desformalização. Desse modo, se os programas esperam fomentar o crescimento econômico, não se pode superestimar o poder da titulação, dando-se atenção insuficiente para outros relevantes fatores, como os

custos de formalização posteriores ao programa e a necessidade de gerar conhecimento sobre os reais custos e as vantagens de se ter uma transmissão de propriedade devidamente registrada (BARNES; GRIFFITH-CHARLES, 2007, p. 499-500).

Há de se refletir, portanto, sobre como criar mecanismos que tornem a permanência na formalidade não só algo possível, mas desejado pelos moradores. O grande e primeiro desafio é, portanto, diminuir os custos dos registros de transação dos imóveis. Nas localidades de interesse social, deveria ser criada uma legislação que tornasse o registro de transações envolvendo os imóveis legalizados em algo economicamente viável aos moradores. Uma política diferenciada de preços e taxas deveria ser implementada de maneira proporcional à condição de baixa renda dos moradores. A disposição do art. 13, §1º, da Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017), que isenta de custo e emolumentos o primeiro registro das propriedades submetidas ao processo de Reurb-S (para baixa renda), é um importante primeiro passo, mas deixa sem guarida as transações posteriores.

Outra medida importante é prestar orientação aos moradores acerca da importância de se manter a regularidade registral e urbanística dos imóveis. Para tanto, um papel preventivo de convencimento e educação é essencial. Tal tarefa é facilitada caso o projeto de regularização tenha observado e respeitado os usos e costumes que guiavam as questões das propriedades e posses informais. Nesse sentido, vale ressaltar a experiência positiva dos POUSOS (Postos de Orientação Urbanística e Social) na cidade do Rio de Janeiro, os quais foram criados com o objetivo de orientar a execução e as novas construções ou ampliações das existentes, bem como o uso dos equipamentos públicos implantados e de exercer fiscalização urbanística e edilícia nas favelas que passaram por processos de regularização ou urbanização (MAGALHÃES, 2013a, p. 83). Embora, é importante ressalvar, haja críticas de que os POUSOS desrespeitaram, na prática, os usos e costumes que eram inerentes aos moradores da favela (MAGALHÃES, 2013a, p. 90-91).

Uma preocupação que também deve subsistir é com a chamada gentrificação. Como já apontado, um processo de regularização mal planejado pode expor os beneficiários às pressões do mercado imobiliário, acarretando a saída em massa dos habitantes originalmente contemplados. Uma solução para tal problema não é simples, pois é preciso compatibilizar a liberdade dos beneficiários em tomar as decisões acerca de suas vidas com a proteção para que as dificuldades econômicas por eles enfrentadas não os forcem a deixar suas casas, como demonstrado no exemplo trazido da África do Sul. Nesse sentido, percebe-se que negar o

acesso ao direito de propriedade aos moradores impactados pela regularização pode gerar inclusive insatisfação perante eles. Pesquisa realizada por Luciano Oliveira aponta que, em processo de regularização fundiária de favela situada na cidade do Recife, os moradores ficaram insatisfeitos por não terem obtido títulos de propriedade, mas apenas a concessão do direito real de uso, a qual não lhes dá a propriedade do imóvel. O instrumento utilizado pela prefeitura visava a impedir a expulsão forçada dos moradores pela especulação imobiliária, traçando-se uma visão de que, diante da fragilidade econômica deles, dificilmente teriam meios para resistir à tentação de vender o imóvel quando a ocasião se apresentasse ou necessidades assim o ditassem (MAGALHÃES, 2013b, p. 162-163).

Handzic (2010), estudando os efeitos do Programa Favela Bairro nas favelas do Rio de Janeiro, apontou justamente para a questão do encarecimento da vida dos assentamentos regularizados. A legalização e a regularização das ocupações informais fariam incidir maiores custos de transação, tendo em vista que alguns serviços consumidos clandestinamente (como luz e água) passam a ser ofertados pelos meios oficiais, havendo um aumento de custo para os moradores. Ademais, há, também, a incidência de tributação e taxas antes inexistentes no período de informalidade. O efeito disso é que alguns dos beneficiários se veem obrigados a se mudarem para outros assentamentos informais, onde o custo de vida é mais baixo (HANDZIC, 2010, p. 12). Acaba que esse processo de gentrificação é mitigado, infelizmente, por um motivo ruim: a violência nas favelas cariocas. Muitas pessoas acabam decidindo morar longe dos centros de oferta de empregos, sujeitando-se a longas jornadas em um transporte público precário, para morar em bairros formais de baixa renda mais seguros, embora muito mais distantes que algumas favelas bem localizadas, o que ajuda a diminuir a demanda por moradias nelas. Ou seja, por um lado, o transporte público deficiente infla o crescimento das favelas, por outro, a violência diminui a pressão de procura por moradias em tais assentamentos informais (HANDZIC, 2010, p. 13).

É preciso, pois, compatibilizar uma saída que não diminua o morador da favela em suas liberdades e nem lhe exponha sem a devida proteção às pressões do mercado imobiliário. Há, primeiramente, um problema de renda nos assentamentos de interesse social. A criação de programas de microcrédito, de profissionalização e de incentivos à educação e inserção no mercado de trabalho seria importantíssima para que a renda de tal população fosse melhorada, permitindo que as pessoas tivessem mais liberdade econômica para as suas decisões.

Porém, essa é uma medida de longo prazo. No curto e médio prazo, a adoção de tarifas diferenciadas para serviços básicos é algo importante. Na informalidade, muitas vezes os moradores não tinham que arcar com custos, como água e luz. Ao passarem pela regularização, a pequena renda deles podia ser ainda mais afetada diante dos novos serviços pelos quais teriam que pagar. Uma política que proporcione preços mais baixos para áreas mais pobres e recém-regularizadas pode evitar que as pessoas voltem à clandestinidade ou se vejam forçadas a abandonar ou vender suas casas, a fim de migrarem para novas ocupações onde não tenham que pagar por esses serviços. Em suma, sem tais medidas, a regularização fundiária de áreas pobres pode criar um ambiente em que os moradores não tenham condições de se manterem em suas moradias, o que tornaria a formalização de propriedades uma ferramenta não de diminuição de custos de transação, mas de aumento de custo de vida para os moradores, ensejando ou um processo de desformalização ou um processo de gentrificação (HANDZIC, 2010, p. 15).

Por fim, há de se criar certa proteção em face de possível especulação do mercado imobiliário, principalmente nas áreas regularizadas que possuem boas localizações nas cidades. O interesse do mercado pode fazer com que preços dos imóveis e dos aluguéis aumentem muito, impedindo que beneficiários originais permaneçam em suas casas. A proibição da venda não parece uma boa solução. Além de ser uma intromissão brusca do Estado na liberdade do indivíduo, trata-se de medida de difícil fiscalização. Caso as condições econômicas encaminhem para tal desfecho, a proibição de alienação do imóvel certamente empurraria os interessados de volta ao mercado informal, adotando novamente práticas extralegais de venda e transferência dos imóveis. Porém algumas medidas podem ser implementadas. O estabelecimento de regras urbanísticas que fixem tamanho máximo de lotes e gabarito de maneira compatível com a realidade existente no assentamento é uma maneira mais eficaz de, por exemplo, afastar o interesse de grandes atores do mercado imobiliário. A proibição de remembramento de lotes pode ser uma outra medida pertinente, a depender da realidade do local impactado.

O que importa, na verdade, é a busca por soluções caso a caso, refletindo ao máximo a realidade dos moradores beneficiados. Caso eles desejem alienar seus imóveis, angariando para si um lucro que será empregado em outras prioridades de sua vida privada, isso deve ficar a cargo das decisões de cada indivíduo. É impossível isolar uma certa localidade da lógica do mercado. O pujante mercado informal é uma robusta prova disso. Porém, a busca

por soluções para a questão da renda da população afetada, dos custos de formalização e do aumento dos preços dos imóveis e do custo de vida é algo que deve estar na mente do gestor da política pública, a fim de que os moradores contemplados no processo de regularização possam de fato obter os benefícios que foram antevistos ao se planejar e implementar o projeto de formalização e melhoria urbanística. Quanto melhores tais condições, maior autonomia os indivíduos terão para conduzir suas decisões na nova realidade fática e jurídica na qual passaram a viver.

Em suma, a expansão desordenada das cidades e a falta de uma política habitacional constante e consistente para os mais pobres resultaram na proliferação de assentamentos informais. A regularização fundiária se tornou, portanto, um instrumento importante para a concretização progressiva do direito à moradia adequada. Para tanto, é necessário que a política pública adote um conceito de regularização fundiária plena: a busca por conhecer a realidade de cada assentamento e por respeitá-la no projeto; a concessão da titulação das propriedades ou das posses dos beneficiados, o que for melhor para cada realidade; a implantação de infraestrutura e de serviços públicos essenciais e, finalmente, a preocupação com o desenvolvimento da vida dos beneficiários após a regularização.

Desse modo, a regularização não termina após a conclusão do projeto. É preciso buscar medidas que ajudem na melhoria da renda da comunidade beneficiada; que mitiguem novos custos aos quais os moradores não estavam submetidos no período de clandestinidade; que facilitem a criação de uma cultura de formalidade, com respeito à regularidade urbanística e registral; que diminuam os custos registrais, entre outras.

Ademais, é preciso que uma política habitacional efetiva seja implementada, impedindo que a lógica do desenvolvimento urbano continue a ser a da expansão de assentamentos informais. As causas da informalidade devem ser analisadas e combatidas, a fim de que novos projetos de regularização não se tornem parte de um círculo vicioso de subdesenvolvimento. Uma política habitacional eficaz e uma política pública de regularização que se preocupe com os períodos pré, durante e pós-formalização são passos primordiais para que o direito à moradia adequada e o próprio direito à cidade possam ser progressivamente implementados.

3.5.3 A necessidade de integração com uma política habitacional ampla

Como abordado anteriormente, a política de regularização fundiária urbana é essencial para levar o direito à moradia adequada a milhões de pessoas que vivem em condições subnormais em favelas e outros tipos de ocupações informais, garantindo-lhes segurança jurídica, infraestrutura urbana e acesso a serviços públicos, integrando-as à cidade formal. Contudo, trata-se de uma política pública que tem o efeito apenas curativo, não atacando as causas que geraram a necessidade de as pessoas mais pobres buscarem moradia na informalidade. Uma política de regularização fundiária isoladamente não solucionará tal problema, podendo até servir de estímulo para que novas ocupações sejam realizadas, na esperança de futura regularização (TABAK; FERREIRA FILHO, 2016). É preciso, portanto, que um direito à regularização fundiária plena englobe um tratamento conjunto da questão da política habitacional de interesse social, encarada de maneira ampla. É nesse sentido que tal tema será abordado a partir de agora.

A Declaração das Nações Unidas sobre assentamentos humanos de 1996 (Habitat II) consagra o direito à moradia digna para os habitantes dos centros urbanos, garantindo a função social da propriedade e o desenvolvimento sustentável das cidades (ROSA, 2005, p. 17).[34] O direito à moradia foi reconhecido como um direito humano, obrigando os Estados signatários a realizá-lo progressivamente por meio de planos e programas habitacionais, bem como a proteger de modo eficaz o direito à moradia (SOBRANE, 2005, p. 209). Desse modo, o direito à moradia, previsto como direito fundamental no art. 6° da CRFB/88 (BRASIL, 1988) possui papel central nas políticas públicas urbanas e também na promoção dos direitos humanos.

Em tal contexto, é preciso encarar o papel central das políticas habitacionais, especialmente as de interesse social, no desenvolvimento sustentável das cidades. E, como ressaltado acima, para se atingir uma cidade sustentável, é preciso haver tanto um planejamento geral coerente e coordenado das políticas públicas, quanto uma necessária

[34] A referida declaração congregou dois temas básicos: a adequada habitação para todos e os assentamentos humanos sustentáveis em um mundo em urbanização (SOBRANE, 2005, p. 209).

interconexão entre várias delas. A questão da moradia social, diretamente relacionada com a sustentabilidade, é um ponto crucial para a reversão do quadro de exclusão social e deterioração ambiental ora enfrentado nas metrópoles brasileiras (CANEPA, 2005, p. 161). O direito à moradia é um direito complexo, que vai além do direito a uma habitação física, envolvendo diretamente a qualidade de vida do cidadão (RANGEL; SILVA, 2009, p. 65). A moradia deve reunir as condições de infraestrutura urbana, sendo dotada de saneamento básico, transporte público de qualidade, serviços de saúde, educação, cultura e lazer (RANGEL; SILVA, 2009, p. 72). O Estado possui, dessa forma, o dever de proporcionar mecanismos que facilitem o acesso das pessoas à concretização do direito à moradia, utilizando-se de políticas públicas adequadas para tanto (RANGEL; SILVA, 2009, p. 67).

Como se pode perceber da análise realizada até aqui, a simples construção e a entrega à população de baixa renda de novas unidades habitacionais não garante a implementação do direito à moradia adequada, muito menos o desenvolvimento sustentável da cidade. Deve-se garantir aos cidadãos o devido acesso à infraestrutura urbana de forma democrática e eficiente, evitando-se a criação de guetos, nos quais se concentra uma população marginalizada e sem acesso a serviços públicos básicos. Todavia, tradicionalmente no Brasil, as políticas habitacionais de diversos governos ao longo do tempo focaram especificamente em subsídios ao financiamento da construção de novas moradias. O exemplo mais recente e, talvez, o de maior importância, principalmente por atingir a parcela mais pobre da sociedade, é o Programa Minha Casa Minha Vida, o qual possui suas bases legais traçadas na Lei n° 11.977/2009 (BRASIL, 2009).

O art. 5º-A, da Lei n° 11.977/2009, estabelece que o Programa Nacional de Habitação Urbana deverá observar a localização do terreno na malha urbana ou em área de expansão, a adequação ambiental do projeto, a infraestrutura básica que inclua vias de acesso, iluminação pública, solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais e que permita ligações domiciliares de luz e abastecimento de água potável, bem como a existência ou o compromisso do poder público local de instalação de equipamentos e serviços relacionados à educação, saúde, lazer e transporte público (BRASIL, 2009). Regulamentando tal dispositivo legal, o art. 6º do Decreto 7.499, de 16 de junho de 2011 (BRASIL, 2011) e, depois, pelo item 3 do Anexo IV da Portaria n° 164/2013 do Ministério das Cidades, impôs aos entes federados que aderiram ao Programa Minha Casa Minha Vida o dever de apresentar incondicionalmente instrumento de compromisso, comprometendo-se pela execução das

ações necessárias ao atendimento das demandas geradas pelo empreendimento, notadamente no que se refere aos equipamentos públicos de educação, saúde e outros complementares à habitação; a necessidade de elaboração e apresentação, em empreendimentos compostos de 500 unidades habitacionais ou mais, de relatório de diagnóstico de demanda (RDD) por equipamentos e serviços públicos e urbanos, bem como a apresentação de cronograma de implementação de uma matriz de responsabilidade [35]. Ressalte-se, ademais, que, nos empreendimentos contratados pelo Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), a adesão do município ao programa é obrigatória. Em caso de descumprimento dos compromissos assumidos, as instituições financeiras oficiais federais ficavam impedidas de recepcionar e contratar operações com tais municípios, nos termos do item 10.1 da Portaria n° 168/2013 do Ministério das Cidades (BRASIL, 2013). A referida Portaria também dispunha que, na contratação de empreendimentos pelo FAR, poderiam ser destinados pelo fundo no máximo 6% do valor da edificação e da infraestrutura para a implantação dos equipamentos de educação, saúde e outros serviços complementares à habitação, sendo que o ente público que aderisse ao programa deveria providenciar a dotação orçamentária específica e em valor suficiente para equipar, operar e manter os referidos equipamentos e serviços. Revogando a antiga portaria, a Portaria nº 158/2016 do Ministério das Cidades (BRASIL, 2016) trouxe semelhante previsão nos seus itens 4.1 e 11.1.

Apesar da previsão normativa, analisando o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) na prática, mais especificamente o Residencial Vista Bela, conjunto habitacional localizado na cidade de Londrina e financiado pelo referido programa habitacional e que beneficiou cerca de 12 mil pessoas, Brambila e Pierobon (2015, p. 34-35) afirmam que, após a conclusão das obras e a entrega aos moradores, não se registrava na localidade escola, creche, posto de saúde e que, no tocante ao comércio, havia apenas atividades informais, o que não impediu as famílias beneficiárias de manifestarem que as suas condições de vida melhoraram após a inserção no programa. A unidade básica de saúde mais próxima se encontrava a cerca de 2 km, atendendo a outros onze conjuntos habitacionais, não possuindo porte para absorver os novos 12 mil moradores. As crianças de 0 a 3 anos que viviam no residencial não possuíam acesso à educação infantil. Ademais, devido à falta de escolas, a prefeitura de Londrina passou a despender a quantia de até R$ 1.000.000,00 (um milhão reais) mensais para fornecer

[35] O Decreto nº 9.547/2018 incluiu um parágrafo único no art. 6º do Decreto nº 7.499/2011, estabelecendo que caberá ao poder público arcar com os custos de implantação dos equipamentos públicos e infraestrutura quando não previstos nos valores de investimentos dos empreendimentos.

transporte escolar para as crianças que viviam na região até 23 escolas espalhadas pela cidade, não tendo sido construída nenhuma escola até junho de 2014 (o empreendimento foi finalizado em 2012), fatos que descumprem os requisitos para assegurar a moradia adequada (BRAMBILA; PIEROBON, 2015, p. 38).

Como se pode perceber, apesar das exigências legais para que as novas unidades habitacionais fossem guarnecidas de infraestrutura urbana e serviços públicos básicos, tornou-se corriqueiro encontrar conjuntos residenciais financiados pelo PMCMV e que não garantem o acesso dos beneficiários a tais equipamentos públicos. O PMCMV teria formalizado o entendimento corrente desde a década de 1990 de incentivo à provisão privada de habitação, por meio de medidas regulatórias e do aumento de recursos destinados ao financiamento habitacional. O programa teve como mérito ampliar as políticas habitacionais anteriormente existentes para atender às classes mais baixas da sociedade, inclusive aqueles na faixa extrema de pobreza. Entretanto, a má localização dos conjuntos habitacionais como resultado da busca do empresariado por terras baratas ou sujeitas à valorização imobiliária diminuíram a sua eficácia, fazendo com que permanecesse a questão fundiária como um problema estruturante das políticas urbanas (MENEZES, 2015, p. 146).

Houve uma forte tendência de concentração dos empreendimentos destinados à faixa de renda de 0 a 3 salários-mínimos financiados pelo PMCMV nas zonas da cidade com menor infraestrutura, pois a iniciativa privada busca compatibilizar o teto máximo do valor da unidade habitacional com terras mais baratas para a construção. Houve, também, dotando-se da mesma lógica, a utilização de uma taxa de ocupação máxima para a construção de moradias, em detrimento de espaços livres, de lazer e de circulação (MENEZES, 2015, p. 147). Outra maneira de atuação do setor empresarial nos empreendimentos de faixas de renda mais baixas foi a busca por terras que poderiam sofrer valorização nas suas imediações após a implantação dos residenciais. Assim, ainda que a terra não fosse tão barata, os empreendedores poderiam lucrar com imóveis a eles pertencentes em um futuro próximo (MENEZES, 2015, p. 148). Na verdade, o PMCMV possuiu um direcionamento de ampliação do mercado para o atendimento da demanda habitacional de baixa renda, visando, mais que à prestação do direito à moradia adequada, ao combate à grave crise econômica internacional iniciada em 2008 (MENEZES, 2015, p. 148). Desse modo, privilegiou-se uma modalidade de política habitacional de expansão urbana horizontal, com objetivo de novos grandes empreendimentos, com geração de emprego e aquecimento da economia interna,

concentrando-se no setor de construção civil, pois este reflete rapidamente o aumento da demanda na criação de empregos.

Em uma visão crítica acerca do PMCMV, Baravelli (2015, p. 200) aponta a utilização do grande déficit habitacional existente no país como legitimador político para a construção de um programa de subsídios públicos para alavancar os interesses das grandes construtoras e incorporadoras imobiliárias, acarretando um processo de urbanização baseado na expansão horizontal e na ampliação permanente das fronteiras da cidade, na subutilização da infraestrutura e da urbanidade já instalada, bem como na mobilidade centrada na lógica do automóvel particular. O PMCV teria sido uma solução para transferir recursos públicos para empresas privadas e mobilizar o capital da construção civil brasileira em tempos de crise financeira mundial (BARAVELLI, 2015, p. 213). Porém, como ressaltado, o foco no aquecimento da economia e na geração de empregos não necessariamente leva ao atendimento do direito à moradia adequada dentro de um contexto de uma cidade sustentável.

O PMCMV foi impulsionando por uma meta ambiciosa e única de construção de 2 milhões de moradias populares (BARAVELLI, 2015, p. 201-202). E, para tanto, a periferização dos empreendimentos em grandes áreas livres para a construção se tornou a receita perfeita para aquecer o mercado da construção civil. Os 176 bilhões de reais de subsídios dados no triênio de 2011-2013 (fora as isenções fiscais e de custos registrais concedidas) forneceram uma capacidade consumidora a uma população que, de outra forma, continuaria a ter uma demanda por habitação impossível de ser levada em consideração pelo mercado (BARAVELLI, 2015, p. 204). Após a análise do impacto do PMCMV no déficit habitacional brasileiro, Baravelli (2015, p. 208-210) concluiu que este aumentou ligeiramente na faixa de renda de 0 a 3 salários mínimos, enquanto teve efeito de redução nas faixas de renda entre 3 e 10 salários, mostrando que o programa teve um caráter perverso ao concentrar ainda mais o déficit na camada mais pobre da população. Isso ocorreu em razão do grande aumento do custo do aluguel nas áreas de periferia das cidades, fazendo com que famílias tivessem que gastar mais de 30% de sua renda com o aluguel, reflexo de um aumento por terra urbana que pode ter sido, em alguma medida, influenciado pelo PMCMV (BARAVELLI, 2015, p. 211).

Analisando pesquisa (com mais de sete mil pessoas) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA para refletir a percepção dos beneficiários sobre a eficácia do PMCMV, Menezes (2015, p. 152-155) aponta um elevado grau de satisfação deles com as

novas moradias, especialmente pela condição de precariedade em que viviam anteriormente. Contudo, há elevados índices de descontentamento com segurança, lazer e trabalho social nas localidades dos empreendimentos. Há problemas com a demora no traslado à escola ou ao trabalho e com o acesso a serviços de saúde e educação.[36] O desenho do PMCMV acabaria por reproduzir as desigualdades sociais e a segregação urbana tão marcantes nas grandes cidades brasileiras (MENEZES, 2015, p. 149). O PMCMV, ao refletir o padrão de centro-periferia existente nas cidades e que denota uma alta segregação urbana, acaba acentuando o acesso desigual dos cidadãos ao direito à cidade (MENEZES, 2015, p. 160). Desse modo, a falta de serviços urbanos de qualidade aos beneficiários não deve ser entendida como um efeito secundário do PMCMV, mas decorrente da baixa capacidade estatal em prover moradias em áreas centrais dotadas de infraestrutura (MENEZES, 2015, p. 161).

O PMCMV, além de ter concentrado o déficit habitacional na camada mais pobre da sociedade, também teria alimentado a referida dinâmica de segregação urbana, destinando as periferias às camadas mais pobres da sociedade, localidades em que não há acesso aos serviços urbanos existentes nas áreas centrais. Tal segregação possui efeitos ainda mais deletérios, influenciando, inclusive, na participação e representação democrática da parte mais desfavorecida da sociedade na gestão da cidade, super-representando os objetivos de grupos de interesse mais privilegiados nas discussões realizadas em torno dos destinos da cidade. A localização no espaço urbano pode ser, desse modo, diretamente relacionada com o empoderamento ou desempoderamento dos grupos e classes sociais (RIBEIRO, 2003).

Ademais, apesar de os programas habitacionais brasileiros, em regra, visarem à concessão de propriedade aos beneficiários, fomentando o sonho nacional da casa própria, este não é o único modo de acesso ao direito à moradia, o qual pode ser baseado, por exemplo, em uma política que conceda aluguéis mais baixos para as classes mais desfavorecidas. Tal fomento concentrado na aquisição da propriedade de sua própria unidade habitacional estaria mais ligado aos interesses de desenvolvimento do mercado imobiliário e da construção civil, o que, aliado ao uso econômico dado culturalmente pela população brasileira ao imóvel (reserva de valor perante crises financeiras e monetárias constantes), acabou por instituir forte especulação imobiliária e expansão horizontal das grandes cidades (BARBOSA, 2017).

[36]Um dos reflexos do PMCMV sobre a percepção dos beneficiários foi a noção expandida de direitos deles, os quais, após passarem a ter uma moradia em melhores condições, também passaram, munidos de um maior sentido de cidadania, a exigir os demais direitos sociais que lhes são devidos (MENEZES, 2015, p. 158).

É preciso, portanto, caso se deseje conciliar uma política habitacional com o desenvolvimento sustentável das cidades, repensar os programas habitacionais que tradicionalmente têm sido implementados no Brasil, atentando-se para outras formas de conceder acesso à moradia de interesse social, priorizando-se o assentamento das unidades em áreas com infraestrutura urbana já instalada.

3.5.3.1 Mecanismos para uma política habitacional sustentável

Como exposto, é preciso conciliar as políticas habitacionais com o desenvolvimento sustentável das cidades. Uma das formas para tanto é a priorização de unidades destinadas à habitação de interesse social em áreas mais centrais da cidade, o que economizaria recursos públicos escassos com a implantação de nova infraestrutura urbana e combateria uma segregação urbana na qual regiões geográficas da cidade refletem uma separação de classes sociais. Também possibilitaria uma melhor participação das diversas classes na gestão das políticas públicas urbanas. Porém, a escassez de recursos é um dos maiores empecilhos para a efetivação dos direitos sociais, inclusive à moradia digna. Desse modo, é preciso pensar em alternativas que possibilitem reformular as políticas públicas para que recursos dos setores privados sejam empenhados em prol do interesse público, desenhando um conjunto de incentivos que leve o mercado a atender tanto aos seus próprios interesses de obter lucro, quanto ao interesse público no bom desenvolvimento das cidades.

Muitas vezes, pensa-se apenas que a previsão de um direito social no ordenamento jurídico positivo pode transformar a realidade. Porém, o sistema econômico também pode trazer as suas contribuições para a melhoria das condições de vida da população, ainda que a busca pelo bem comum não seja a sua função. Dessa maneira, a produção de bens de consumo em massa orientada para o mercado pode contribuir também para a questão da solução do déficit habitacional, desde que o Estado traga a regulação e os incentivos necessários para tanto. Nas palavras de Luhmann, ao comentar a influência do Estado do bem-estar social no Direito (2016, p. 757):

> O que se teve, muito mais, foram discrepâncias maiores entre pretensões e realizações e, ao mesmo tempo, decepções no que diz respeito a esperanças politicamente exacerbadas. Com sua produção de bens de consumo de massa

> orientada para o mercado, é provável que a economia tenha feito mais para compensar desigualdades do que um direito politicamente pressionado nessa direção.

Dessa forma, uma política habitacional economicamente viável (visto que a escassez de recursos é um limitador econômico aos fins perseguidos politicamente) deve ser desenhada de modo a trazer incentivos para que o mercado possa, em seu intuito de obter lucro, participar da produção de moradias de interesse social inserida em um plano urbanístico voltado ao atendimento ao direito à moradia adequada e ao direito à cidade em si (FERREIRA FILHO; MENDONÇA; AIETA, 2018). É nessa perspectiva que a política habitacional será aqui discutida.

Caminhando nesse sentido, é importante observar que David (2015, p. 1408), ao analisar a questão das políticas habitacionais, afirma que são duas as questões centrais: a propriedade do imóvel destinado à moradia de interesse social, que deve ser pública, repassada ao usuário ou administrada em parceria público-privada; e a capacidade de investimento dos diferentes níveis da Administração Pública, devendo haver a redefinição do papel do Estado, que deve centrar-se em criar incentivos aos investimentos e minimizar intervenções diretas. David (2015, p. 1411-1412) afirma que exigir o cumprimento da função social da propriedade por meios exclusivamente punitivos, como a implantação de um IPTU progressivo, seguido de parcelamento compulsório e desapropriação-sanção, não tem surtido os efeitos esperados no aumento da oferta de moradia de interesse social. Dessa maneira, mostrar-se-ão alguns mecanismos existentes no Estatuto da Cidade que permitem atender e conciliar os interesses públicos e privados, por meio do engajamento do setor público no fornecimento de habitações de interesse social, sobretudo em áreas dotadas de equipamentos e serviços públicos.

Inicialmente, é preciso entender que o plano diretor é o instrumento normativo básico de implementação de uma política de desenvolvimento e expansão urbana, devendo ser instituído por meio de lei municipal, sendo condição básica para impor obrigações ao proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, viabilizando a concreta aplicação dos demais instrumentos urbanísticos. O plano diretor fixa a função social da propriedade e deve ser aprovado após a observância de mecanismos que garantam a participação popular na discussão, como promoção de audiências públicas, debates com a participação da população e de associações representativas de segmentos da sociedade (SOBRANE, 2005, p. 228-229).

Uma das alternativas de atuação estatal é parar de se pautar na concessão ou facilitação da aquisição da propriedade de uma unidade habitacional como a única maneira de concretizar o direito à moradia. Um programa de aluguéis voltado para a população mais pobre também é uma maneira eficaz de enfrentamento do déficit habitacional. E o direito de preempção é um mecanismo interessante para integrar uma ação nesse sentido. O direito de preempção, previsto no art. 25 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), é um direito de preferência legal e ocorre em favor do poder público municipal quando há aquisição onerosa de certo bem imóvel urbano, situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor, na qual se torna obrigatória a observância de tal regime de preferência (SOBRANE, 2005, p. 224). O prazo de preferência deverá ser fixado por lei municipal, não superior a cinco anos, não exigindo qualquer procedimento licitatório (SOBRANE, p. 225)[37]

O município deverá decidir após a devida comunicação pelo particular que alienará onerosamente o imóvel, baseado em seu senso de conveniência e oportunidade (SOBRANE, 2005, p. 224), o qual restará limitado, obrigatoriamente, pelos objetivos preconizados pelo plano diretor para o atingimento da função social da propriedade e da cidade, focando-se especialmente nas seguintes questões: regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de áreas de interesse ambiental, proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Perfeitamente possível, portanto, que o município mapeie áreas da cidade que sejam capazes de abrigar unidades de habitação de interesse social, realizando o seu direito de preferência, passando a ter domínio de imóveis em tais regiões. Posteriormente, estes podem ser destinados, com preço de locação subsidiado, às classes sociais de menor renda, reduzindo-se o déficit habitacional ao mesmo tempo que pode se buscar combater a segregação urbana (permitindo que pessoas de renda baixa morem em áreas mais centrais) e economizando gastos com infraestrutura. Ademais, o exercício de tal direito pode combater a sonegação de impostos que incidem sobre a transmissão onerosa de imóveis, tendo em vista que, se for declarado um valor abaixo do realmente realizado, o poder público poderá adquirir o bem por tal preço.

[37]Vide arts. 25 a 27 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

Todavia, o baixo orçamento estatal e a dificuldade da administração dos imóveis são entraves para que o direito de preempção possa ser o principal mecanismo de combate ao déficit habitacional, tendo em vista a necessidade de aquisição dos bens transacionados. Porém, não pode ser descartado como um importante mecanismo complementar, principalmente em uma política de combate de vazios urbanos (buscando-se um maior uso residencial em regiões predominantemente comerciais ou empresariais) e de segregação social. Pode ser traçada, para contornar essas barreiras, uma parceria público-privada para que a Administração se livre do ônus de ter que realizar a manutenção dos imóveis, permitindo a exploração deles pela iniciativa privada, desde que esta observe a política de preços e o perfil da população beneficiada.

Outro importante instrumento é se valer do solo criado. O solo criado ou a outorga onerosa do direito de construir consiste em toda área edificável além do coeficiente único legal de aproveitamento do lote. Ou seja, trata-se de um acréscimo ao direito de construir normalmente existente, possuindo natureza de bem público passível de alienação mediante outorga onerosa, devendo estar previsto e em quais situações poderá ser aplicado no plano diretor (SOBRANE, 2005, p. 225), o qual deverá definir o coeficiente de aproveitamento básico do lote, podendo diferenciá-lo para áreas específicas. Deverá ser aprovada, também, lei municipal que estabeleça as condições para a outorga do direito de construir ou de ter alterado o uso do solo urbano, prevendo modalidade licitatória específica. Poderá a outorga estar condicionada a um pagamento em dinheiro, à doação de áreas em outra região ou ao compromisso de efetivar investimentos em infraestrutura urbana na mesma zona ou em outras áreas da cidade. Os recursos percebidos com a outorga devem ser utilizados para consecução de um dos fins previstos no art. 26 do Estatuto da Cidade (SOBRANE, 2005, p. 226).[38]

Portanto, atentando-se para uma maior demanda do mercado por áreas passíveis de construção em determinada região, poderá o poder público conceder tal incentivo, permitindo a construção acima do coeficiente ordinário, desde que o empreendedor realize obras para garantir a implantação de infraestrutura urbana em áreas menos desfavorecidas da cidade. Outrossim, pode-se dar esse mesmo incentivo para que parte das unidades do empreendimento seja destinada à população de menor renda, ou, ainda, a disponibilização de tais unidades em região próxima ao local da construção. Dessa forma, garante-se não só o

[38]Vide arts. 28 a 31 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

assentamento de pessoas mais pobres em áreas dotadas de bons serviços públicos e urbanos, como também uma mitigação da segregação social existente.

Há, também, o mecanismo da transferência do direito de construir, que é a alienação ou o exercício de tal direito em outro lugar, quando, em razão do interesse público, o proprietário não puder utilizá-lo na plenitude dos índices urbanísticos. Serve, assim, para compensar o proprietário de imóvel afetado ao cumprimento de uma função de interesse público ou social, dele desincorporando o direito de construir, segundo coeficiente de aproveitamento trazido no plano diretor, para que possa ser exercido em outro local ou alienado a terceiros (SOBRANE, 2005, p. 226-227).[39] A doação ou afetação de dado imóvel deverá atender à implantação de equipamentos urbanos e comunitários, à preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural ou deverá servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. A vinculação do imóvel a tais fins necessariamente deverá ter impedido de maneira impactante a sua utilidade funcional para gerar tal direito. Carecerá, ainda, de autorização expressa em lei municipal e previsão no plano diretor (SOBRANE, 2005, p. 227). Dessa forma, pode o poder público conceder tal compensação ao empreendedor que for obrigado, por exemplo, a destinar parte de seu empreendimento para a construção de moradias de interesse social, que deverão ser destinadas, por venda ou locação, à população de perfil preestabelecido pelo município.

De igual modo, as operações consorciadas podem ser um importante meio de política habitacional. Elas são o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo poder público municipal, com a participação de proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o intuito de obter transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental para determinada área (SOBRANE, 2005, p. 227).[40] Não há restrição de participação apenas aos proprietários de imóveis situados na área de operação e nem aos moradores da região, incluindo usuários permanentes e investidores privados, sem excluir os demais habitantes da cidade, a fim de valorizar a gestão democrática dela. Deve ser instituída por lei municipal específica lastreada no plano diretor, delimitando a área impactada e aprovando o plano específico da operação. Em tal contexto, poderá ser prevista a emissão pelo município de certificados de potencial adicional de construção (Cepac), que passa a ser moeda corrente para financiar projetos municipais, que serão

[39]Vide art. 35 do Estatuto da Cidade. (BRASIL, 2001).
[40]Vide arts. 32 a 34-A do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

utilizados no pagamento de área de construção que supere os padrões legais de uso e ocupação do solo, observando o limite fixado em tal diploma legal (SOBRANE, 2005, p. 227-228). Desse modo, as transformações urbanísticas desejadas podem ser aliadas à inclusão, na região remodelada, de habitações de interesse social, conciliando-se o desejo de lucros dos empresários tendo em vista a valorização do espaço renovado com o interesse público na diminuição do déficit habitacional, no acesso das pessoas mais pobres à infraestrutura urbana e no combate à segregação espacial nas cidades.

omo demonstrado ao longo deste trabalho, não se pode esquecer os programas de regularização fundiária urbana, os quais levam segurança jurídica aos atuais possuidores, que cumprem as funções sociais da posse e da propriedade, implantando na região os equipamentos públicos urbanos para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos, sem que seja necessária a remoção deles para outras áreas, protegendo os seus vínculos com o território e com a comunidade. É possível, portanto, utilizar os mecanismos acima apontados e outros para atrair investimentos privados para a execução de programas de regularização fundiária em área de interesse social. A matéria foi completamente reformulada pela Lei n° 13.465/2017 (BRASIL, 2017).

Como se pôde perceber, a implantação das políticas previstas no Estatuto da Cidade interessa tanto ao administrador público quanto ao investidor, pois será criado um novo mercado imobiliário a partir de sua implantação (CANEPA, 2005, p. 155). Para o melhor enfrentamento da questão da moradia social, devem ser elaborados planos de ação com participação de atores-chave (governos, sindicatos, associações de moradores, ONGs, movimentos sociais, empresários, profissionais, técnicos), fazendo com que setores governamentais e não governamentais (incluindo o mercado, que objetiva o lucro) possam direcionar os investimentos após o diagnóstico dos principais problemas enfrentados na cidade (CANEPA, 2005, p. 161). No mesmo sentido, Zainaghi (2005, p. 374) menciona a superação, a partir das décadas de 1980 e 90 do século XX, da quebra da dicotomia público e privado na gestão da cidade. Desse modo, há a cooperação entre governo, iniciativa privada e demais setores da sociedade na urbanização, devendo o governo visar sempre ao interesse social na condução das políticas. Destaca a autora a iniciativa de algumas construtoras na cidade de São Paulo as quais, entendendo que a vizinhança influencia na valorização do empreendimento, optaram por investir na revitalização do entorno dele, principalmente em

áreas valorizadas da cidade, nos quais bons terrenos para construção são raros (ZAINAGHI, 2005, p. 3740).

Conforme asseverado por David (2015, p. 1425), os instrumentos legais disponíveis para incentivar a oferta de moradia e orientar a organização das cidades não têm conseguido dialogar adequadamente com os potenciais investidores e proprietários imobiliários, no sentido de estimular a função social da propriedade. A contradição entre a dinâmica do mercado imobiliário e os interesses defendidos nas políticas públicas urbanas precisa ser superada, criando-se um mecanismo de incentivo que consiga aliar os respectivos objetivos em prol de uma maior eficácia das políticas urbanas. É necessária, portanto, uma radical mudança de postura do Estado em sua política habitacional. Faz-se imperioso deixar de formular políticas habitacionais que visam a atender muito mais os interesses meramente privados do mercado e que geram transtornos ao desenvolvimento da cidade. Todavia, não é preciso encarar o empresariado como inimigo, sendo possível, com o correto desenho das políticas urbanas, aliar seus interesses ao desenvolvimento sustentável da cidade, sendo a participação popular um importante meio para impedir a captura do interesse público pelos grupos de interesses meramente privados.

Somente com uma política habitacional ampla, que consiga dotar a população mais pobre de acesso à moradia digna, será possível criar um bem-sucedido programa de regularização fundiária urbana, evitando que este se torne um permanente instrumento curativo e paliativo, inserido em uma lógica de expansão urbana desordenada e pautada pela informalidade.

CONCLUSÃO

Como demonstrado ao longo desta tese, a dinâmica do desenvolvimento e da expansão das cidades brasileiras levou ao cenário milhões de pessoas residindo em núcleos urbanos informais. Tais núcleos, após décadas de existência, encontram-se situados em uma zona cinzenta entre a legalidade e a ilegalidade, deixando-os em uma posição desigual e desprivilegiada em relação ao restante da cidade. Para suprir essa insegurança jurídica e a atenção insuficiente do Estado e da sociedade em geral, os moradores de tais locais passaram a se organizar e a tutelar suas relações e conflitos com base em regras informais autodesenvolvidas, inclusive criando importantes mecanismos de solução de conflitos, como as associações de moradores. Porém, apesar de dar um suporte às relações internas de cada comunidade informal, tal sistema de regras extraestatais é insuficiente para que haja uma relação integrada e adequada com o restante da cidade, a fim de inserir os espaços hoje informais em uma plenitude de relações com a totalidade da sociedade urbana.

Para tanto, após reflexão teórica acerca do fenômeno das regras extraestatais, concluiu-se que as normas que regem informalmente as favelas e os demais assentamentos informais estão situadas ora na periferia dos sistemas jurídicos (em cujo centro estão os tribunais), ora em seu ambiente. O sistema do Direito, portanto, permeado pelas irritações provenientes de seu ambiente (com o qual a periferia sistêmica possui uma relação mais porosa e permeável, servindo de verdadeiro filtro para o centro do sistema jurídico), precisa se abrir para a realidade das favelas, a fim de evitar que ele se torne um sistema solipsista e, consequentemente, inadequado socialmente. E, em um Direito positivo, tal etapa passa necessariamente pelas decisões dos tribunais, os quais encontram um importante lastro no ordenamento jurídico objetivo. O Direito deve possuir uma necessária abertura cognitiva (que não deve corroer a sua autorreferência e autopoiese), a qual se amparará necessariamente nos princípios jurídicos. No caso específico do objeto desta tese, a abertura cognitiva para a realidade das favelas ocorre por meio dos princípios da função social da posse e da propriedade.

Os referidos princípios, consagrados na Constituição Federal, fazem com que o Direito se torne mais maleável à realidade das favelas, passando a ver os moradores delas como pessoas titulares de direitos fundamentais, entre eles o da moradia adequada. Assim, em uma

realidade em que se verifique que a ocupação informal de terras visava a propiciar o devido uso e destinação de terras urbanas, cuja principal função é de servir à moradia dos citadinos, o Direito deverá tutelar tal situação, e não combater ou taxá-la de ilegal. Reconhecer os moradores como aqueles que estão cumprindo a função social da posse e da propriedade e privilegiá-los em detrimento de proprietários que negligenciam a função social de seus domínios (entre eles o Estado, quando também figura como proprietário) é fundamental para pavimentar um caminho de retirada desse grande contingente populacional de uma zona de transição permanente entre o legal e o ilegal, passando a dotá-los dos direitos sociais básicos.

Embora fundamental, como exposto, a mera aplicação dos princípios da função social da posse e da propriedade é insuficiente para alcançar o objetivo de uma plena integração da cidade informal ao restante da sociedade urbana. Reconhecer como legítimas as regras que regem a vida nos núcleos urbanos informais, apesar de garantir a permanência das relações neles mantidas, continua a confinar parcela relevante da vida de tais moradores aos limites de suas próprias comunidades. Ao se relacionarem com os moradores de fora de seus núcleos, tais regras não encontram suporte para reger relações isonômicas com o restante da cidade, implicando limites que continuarão a tratar desprivilegiadamente os moradores das favelas. É preciso mudar a perspectiva de mera consagração de legalidade das regras informais (cuja aplicação fica limitada a comunidades necessariamente coesas) para um enfoque de inserir uma gama de relações hoje informais na formalidade consagrada pelo Direito estatal.

Tal mister é impulsionado pelo sistema político, o qual, fundando em seus princípios voltados a fins, edita uma legislação cujo objetivo é dotar os núcleos urbanos informais de uma desejada formalidade. Assim, o parlamento cria leis que contêm premissas legais e mecanismos jurídicos para políticas públicas de regularização fundiária urbana. Tais leis entram necessariamente na esfera de influência da decisão dos tribunais, que passam a interpretá-las e a reconhecer a plena formalidade de um núcleo urbano que passou por um processo de regularização fundiária, criando o contexto para que os direitos de tais moradores sejam efetivamente preservados em igualdade de condições com o restante da cidade.

Para que isso seja realizado de forma adequada (sem implicar a criação de variáveis que exponham a comunidade a uma situação de ainda maior vulnerabilidade, inclusive econômica), é preciso que se implantem programas de regularização fundiária de maneira plena. A titulação de propriedades é apenas uma das alternativas existentes e, quando adotada, deve ser integrada a outras medidas complementares. Isso não afasta, porém, a importância

para o desenvolvimento econômico que a formalização de propriedades pode agregar, na linha traçada por Hernando de Soto. Contudo, a faceta econômica dos programas de regularização fundiária é apenas uma das variáveis a ser considerada e, ainda assim, o sucesso dos efeitos do programa para a economia depende de mais medidas do que a simples emissão de títulos, como amplamente discutido acima.

Portanto, para que a regularização fundiária seja plena, deverá necessariamente, durante o seu planejamento e execução: pesquisar, conhecer e reconhecer as regras extraestatais que regem cada núcleo a ser regularizado, contemplando a realidade local no projeto, desde que, claro, tais regras não sejam violadoras de preceitos fundamentais consagrados na Constituição; dar a devida segurança jurídica às posses e propriedades existentes, valendo-se da titulação adequada para cada caso, como a legitimação de posse individual ou coletiva ou a titulação de propriedades individuais e coletivas; flexibilizar as regras urbanísticas para a contemplação da realidade social dos locais beneficiados; implantar melhorias urbanísticas e de habitabilidade, dotando os núcleos urbanos de infraestrutura urbana e de serviços públicos essenciais e, por fim, atentar-se para o período pós-regularização, garantindo condições jurídicas e econômicas para que os moradores beneficiados não sejam obrigados a retornar à informalidade em razão da insuficiência de renda para se manterem no local agora formalizado. Entretanto, isso não deve implicar, em regra, o engessamento das relações sociais e econômicas locais, como, por exemplo, por intermédio de uma ineficaz proibição de venda ou cessão de títulos de posse e propriedade.

Ademais, uma política pública de regularização fundiária urbana (que tem caráter evidentemente remediador) deve ser necessariamente compatibilizada com uma política pública habitacional (que deve englobar, por meio dos mecanismos de incentivo e regulação já existentes no ordenamento, a participação do mercado privado) que provenha novas áreas de moradia adequada aos cidadãos, a fim de evitar que a regularização fundiária se torne um incentivo para a criação de um círculo vicioso de novas invasões e novas regularizações, o que tornaria o desenvolvimento urbano desorganizado a matriz para o desenvolvimento das cidades. A fiscalização para evitar novas ocupações e a punição daqueles que se valeram da necessidade de moradia alheia para lucrar indevidamente com loteamentos irregulares e grilagem de terra, inclusive em áreas objeto de regularização, também são medidas que devem ser combinadas. Apenas assim é possível obter a remediação da situação hoje existente ao mesmo tempo que são evitadas novas ocupações desordenadas.

O Estado e o Direito devem, portanto, tutelar aqueles que, ainda que informalmente, dão a destinação devida às terras urbanas. Para tanto, os sistemas jurídico e político devem se adequar ao ambiente social, absorvendo as irritações ambientais por meio de uma abertura cognitiva adequada, sem, contudo, comprometer a autopoiese sistêmica. Isso implica a consagração dos princípios constitucionais da função social da posse e da propriedade, bem como a formulação e a implementação de uma legislação fundante de uma política de regularização fundiária plena, a qual, contemplando a realidade social de cada núcleo urbano, dote-os da devida segurança jurídica e das melhorias urbanísticas e de habitabilidade para, de fato, consagrar o direito à moradia adequada dos citadinos. O reconhecimento do modo de vida e da organização dos assentamentos urbanos informais pelo Estado e sua compatibilização com o Direito oficial (não como uma força colonizadora externa, mas como uma legitimação dos costumes daquela comunidade que sejam compatíveis com os princípios constitucionais) são a melhor forma para o tratamento da questão urbana brasileira, constituindo um passo primordial para a garantia do direito à moradia adequada (mediante amplos programas de regularização fundiária plena, combinados com uma política habitacional ampla e adequada) e para a devida integração das favelas ao restante da cidade.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Claudia. Vivienda digna en Colombia: texto, conteto y debates ante la corte constitucional. *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. 69-84.

ADAM, Achamyeleh Gashu. Informal settlements in the peri-urban areas of Bahir Dar, Ethiopia: an institutional analysis. **Habitat International**, n. 43, p. 90-97, 2014.

AGUIAR, Júlio César DE. Passos para uma abordagem evolucionária do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 9-38, 2015.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do Direito no pluralismo. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 195-222.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da regularização fundiária: Porto Alegre e o urbanizador social. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 281-307.

ALFONSIN, Jacques Távora. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 41-79.

ARAGÓN, Fernando M. Do better property rights improve local income? Evidence from First Nations' treaties. **Journal of Development Economics**, v. 116, p. 43-56, 2015.

ARAUJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 34-74.

ARAÚJO, Sara. Pluralismo jurídico em Moçambique: uma realidade em movimento. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.). **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 357-378.

BARAVELLI, José Eduardo. Subsídio e deficit habitacional no Programa MCMV. **Revista de Ciência Humanas**, Florianópolis, v. 49, n.1, p. 199-215, jan./jun., 2015.

BARBOSA, Álvaro Carlos Ramos. Direito à moradia: uma visão panorâmica. *In*: MOURA, Emerson; VAL, Eduardo; MOTA; Maurício; BAPTISTA, Patrícia (org.). **Direito Público**: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 335-375.

BARDHAN, Pranab. Law and economics in the tropics. **International Review of Law and Economics**, n. 25, p. 65-74, 2005.

BARNES, Grenville; GRIFFITH-CHARLES, Charisse. Assessing the formal land market and deformalization of property in St. Lucia. **Land Use Policy**, v. 24, p. 494-501, 2007.

BARRY, Michael. Formalising informal land rights: the case of Marconi Beam to Joe Slovo Park. **Habitat International**, n. 30, p. 628-644, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOCKSTAEL, Steven Van. The persistence of informality: perspectives on the future of artisanal mining in Liberia. **Futures**, v. 62, p. 10-20, oct., 2014.

BRAMBILA, Renato César; PIEROBON, Flávio. O direito social à moradia e sua necessária liação a outros direitos sociais: análise do residencial Vista Bela em Londrina - Paraná. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Umuarama, v. 18, n. 1, p. 25-43, jan./jun., 2015.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 set. 2017.
BRASIL. Medida Provisória n° 759, de 22 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm. Acesso em: 18 jan. 2017.
BRASIL. Decreto n° 7.499, de 16 de junho de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7499.htm. Acesso em: 1 ago. 2017.
BRASIL. Decreto n° 9.310, de 15 de março de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.
BRASIL. Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.ov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.
BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.
BRASIL. Lei n° 11.977, de 07 de julho de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.ov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 1 ago. 2017.
BRASIL. Lei n° 13.465, de 11 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm. Acesso em: 1 ago. 2017.
BRASIL. Portaria n° 158 do Ministério das Cidades, de 6 de maio de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22798723/do1-2016-05-09-portaria-n-158-de-6-de-maio-de-2016-22798373. Acesso em: 23 jul. 2020.
BRASIL. Portaria n° 168 do Ministério das Cidades, de 12 de abril de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=15/04/2013&jornal=1&pagina=101&totalArquivos=148. Acesso em: 23 jul. 2020.
BECKER, Gary S. Crime and Punishment. *In:* BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. Nova York: National Bureau of Economic Research, 1974, p. 1-54.
CANEPA, Carla. Cidades sustentáveis. *In*: GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 131-164.
CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.13-36.

CELHAY, Pablo A.; GIL, Diego. The function and credibility of urban slums: evidence on informal settlements and affordable housing in Chile. **Cities**, v. 99, article 102605, p. 1-10, 2020.
CHOPLIN, Armelle; DESSIE, Elizabeth. Titling the desert: land formalization and tenure (in)security in Nouakchott (Mauritania). **Habitat International**, v. 64, p. 49-58, 2017.
COASE, R. H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.
COCKBURN, Julio Abel Calderón. **Los pobres urbanos y la propriedad**: políticas y resultados. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2013.
COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
CORREIA, Arícia Fernandes. **Direito da regularização fundiária plena**. Juiz de Fora: Editar, 2017.
COUTINHO, Laura. Hernando de Soto e sua tentativa de solucionar o mistério do desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 313-320, jan./jun. 2010.
DALANEZE, Sérgio. Contribuição do pluralismo no debate das ideias jurídicas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67-80.
DAVID, Maria Beatriz de Albuquerque. A eficiência contestável dos instrumentos legais e das políticas públicas para aumentar a oferta de habitações nas grandes metrópoles. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1407-1427, 2015.
DAVIS, Mike. **Planet of Slums**. New York: Verso, 2006.
ELLICKSON, Robert C. **Order without law:** how neighbors settle disputes. Londres: Havard University Press, 1991. E-book.
FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 309-363.
FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio; MENDONÇA, Rafael da Mota; AIETA, Vânia Siciliano. **Política habitacional no século XXI**: moradia nas cidades inteligentes. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. **Ministério Público e a regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente: análises econômica e comportamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
GARCIA, Maria. A cidade e o Estado: políticas públicas e o espaço urbano. *In*: GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 27-54.
GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e Direito comparado. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 139-157.
GEENEN, Sara. A dangerous bet: the challenges of formalizing artisinal mining in the Democratic Republic of Congo. **Resources Policy**, n. 37, p. 322-330, 2012.
GONÇALVES, Guilherme Leite; BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

HANDZIC, Kenan. Is legalized land tenure necessary in slum upgrading? Learning from Rio's land tenure policies in the Favela Bairro Program. **Habitat International**, n. 34, p. 11-17, 2010.
HANLEY, Nick; BARBIER, Edward B. **Pricing Nature**: cost-benefit analysis and environmental policy. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009.
HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, pluralismo e neorepublicanismo: perplexidades dos nossos dias. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139-172.
HONG, Weijie; LUO, Biliang; HU, Xinyan. Land titling, land reallocation experience, and investments incentives: evidence from rural China. **Land Use Policy**, n. 90, article 104271, p. 1-8, 2020.
KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, p. 548-552, sept. 1939.
KLAUFUS, C.; LINDERT, P. Van. Informal housing: Latin America. *In*: S. Smith, M. Elsinga, L. Fox O'Mahony, O. Seow Eng, S. Wachter, R. Ronald (eds). **International Encyclopedia of Housing and Home**, v. 4. Oxford: Elsevier, 2012, p. 70–77.
LAI, Lawrence W. C.; LORNE, Frank T.; CHAU, K. W.; CHING, Ken S. T. Informal land registration under unclear property rights: witnessing contracts, redevelopment, and conferring property rights. **Land Use Policy**, v. 50, p. 229-238, 2016.
LAI, Yani; TANG, Bosin. Institutional barriers to redevelopment of urban villages in China: a transaction cost perspective. **Land Use Policy**, v. 58, p. 482-490, 2016.
LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade.** Tradução: Cristina C. Oliveira. Itapevi: Nebli, 2016.
LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico: insurgência e ressignificação hermenêutica. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 125-138.
LOEHR, Dirk. Capitalization by formalization?- Challenging the current paradigm of land reforms. **Land Use Policy**, v. 29, p. 837-845, 2012.
LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la socieda.** Tradução: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.
LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**; tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução: Luis E. Marcano Salazar. Buenos Aires: Olejnik, 2018.
LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II.** Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: vol. II, diferenciação funcional e modernidade. Tradução: Érica Gonçalves de Castro e Patrícia S. Santos. Petrópolis: Vozes, 2019.
MACEDO, Joseli. Urban land policy and new land tenure paradigms: legitimacy vs. legality in Brazilian cities. **Land Use Policy**, v. 25, p. 259-270, 2008.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. **O Direito das favelas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013a.
MAGALHÃES, Alex Ferreira. **Sociologia do Direito:** o pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013b.
MAGIGI, Wakuru; MAJANI, B. B. K. Community involvement in land regularization for informal settlements in Tanzania: a strategy for enhancing security of tenure in residential neighborhoods. **Habitat International**, n. 30, p. 1066-1081, 2006.
MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e Direito moderno:** notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
MENEZES, Vitor Matheus Oliveira de. Percepções de beneficiários sobre a efetividade do Programa Minha Casa Minha Vida. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 49, n.1, p. 145-164, jan./jun., 2015.
MENSHAWY, Adel El; ALY, Sherine Shafik; SALMAN, Ahmed Moussa. Sustainable upgrading of informal settlements in the developing world, case study: Ezzbet Abd El Meniem Riyadh, Alexandria, Egypt. **Procedia Engineering**, n. 21, p. 168-177, 2011.
MEIZEN-DICK, Ruth; MWANGI, Esther. Cutting the web of interests: pitfalls of formalizing property rights. **Land Use Policy**, v. 26, p. 36-43, 2008.
MONKKONEN, Paavo. Where do property rights matter more? Explaining the variation in demand for property titles across cities in Mexico. **World Development**, v. 88, p. 67-78, 2016.
MORCHÓN, Gregorio Robles. **Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas**: ensayo de teoría comunicacional del derecho. Navarra: Thomson Civitas, 2007.
MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 92, 2009, p. 1-37.
MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no Código Civil. *In*: MOTA, Maurício (org.). **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 1-72.
NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; ALCÂNTARA, Leonardo Alejandro Gomide; CASTRO, Frederico Carlo Boscaro. Inovação em assentamentos populares. **Confluências**: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, v. 15, n. 1, p. 96-104, 2013.
NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Revista Direito em Debate**, v. 4, n. 5, p. 7-36, 1995.
NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
NIZALOV, Denys; THORNSBURRY, Suzanne; LOVERIDGE, Scott; WOODS, Mollie. Security of property rights and transition in land use. **Journal of Comparative Economics**, v. 44, p. 76-91, 2016.
ONU. **Declaração de Istambul sobre assentamentos**, de 14 de junho de 1996. Istambul. Disponível em: humanoshttp://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos. Acesso em: 1 ago. 2017.
ONU. **Declaração do Rio de meio ambiente e desenvolvimento**, de 14 de junho de 1992. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf. Acesso em: 1 ago. 2017.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17-40.
OSÓRIO, Letícia Marques. O Direito à moradia como Direito Humano. *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. 39-68.
PEÑA, Ximena; VÉLEZ, María Alejandra; CÁRDENAS, Juan Camilo; PERDOMO, Natalia; MATAJIRA, Camilo. Collective Property Leads to Household Investments: lessons from land titling in Afro-Colombian communities. **World Development**, 2017.
PEREIRA, Daniel Queiroz. O usucapião especial urbano e a efetivação da função social da propriedade. *In*: MOTA, Maurício (org.).**Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 269-296.
PEREIRA, Marlene de Paula. Releituras da Teoria Possessória: da posse como projeção do direito de propriedade a um instituto autônomo e transformador da realidade social. *In*: MOTA, Maurício (org.).**Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 139-160.
PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil**: introdução ao Direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
POSNER, Eric A. **Agency models in law and economics**. Chicago: The University of Chicago, 2000.
POSNER, Eric A. **Law and social norms.** 2. ed. Havard University Press.
POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.
POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho.** Tradução: Eduardo L. Suárez. 2. ed. 1. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.
POTSIOU, Chryssy. Policies for formalization of informal development: recent experience from southeastern Europe. **Land Use Policy**, n. 36, p. 33-46, 2014.
RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78, jul./dez., 2009.
RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. A justiça comunitária como expressão do pluralismo jurídico no México. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 337-356.
REERINK, Gustaaf; GELDER, Jean-Louis van. Land titling, perceived tenure secutity, and housing consolidation in the kampongs of Bandung, Indonesia. **Habitat International**, v. 34, p. 78-85, 2010.
REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. New York: Oxford University Press, 2008.
RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Democracia e segregação urbana: reflexões sobre a relação entre cidade e cidadania na sociedade brasileira. **Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos Regionales**, v. 29, n. 88, dez., 2003.
ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do Direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11-36, jan./jun. 2006.
ROSA, Elianne M. Meira. A cidade antiga e a nova cidade. *In*: GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 1-26.

RUBIO, David Sánchez. Pluralismo jurídico e emancipação social. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51-66.
SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
SANTOS, Boaventura de Souza. **Sociologia crítica do Direito 1**: o Direito dos oprimidos. São Paulo: Cortez, 2014.
SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
SIRIBA, David N.; DAYLOT, Sagi. Adoption of volunteered geographic information into the formal land administration system in Kenya. **Land Use Policy**, v. 63, p. 279-287, 2017.
SMIT, Suzanne; MUSANGO, Josephine Kaviti; KOVACIC, Zora; BRENT, Alan C. Conceptualising slum in an urban African context. **Cities**, n. 62, p. 107-119, 2017.
SOBRANE, Márcia Alvarenga de Oliveira. A cidade e sua normatização constitucional urbanística. *In*: GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 1-26.
SONG, Mingjie; WU, Yuling; CHEN, Lu. Does the land titling program promote rural housing land transfer in China? Evidence from household surveys in Hubei Province. **Land Use Policy**, n. 97, article 104701, p. 1-14, 2020.
SOTO, Hernando de. **O mistério do capital.** Tradução: Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.
STEEL, Griet; NOORLOOS, Femke van; KLAUFUS, Christien. The urban land debate in the global South: new avenues for research. **Geoforum**, 2017. No prelo.
STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano; ECHEBARRÍA, Koldo; LORA, Eduardo; PAYNE, Mark. **A política das políticas públicas**: progresso econômico e social na América Latina. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
SUNSTEIN, Cass R. Behavioral law and economics: a progress report. **American Law and Economics Review**, n. 12, p. 115-157, 1999.
TABAK, Benjamin Miranda; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. Um limite temporal para regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente: as análises econômica e comportamental do direito e a proteção ao meio ambiente. **Veredas do Direito**: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 13, n. 27, p. 315-340, 2016.
TORRES, Marcos Alcino de Azevedo**. A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
UNRUH, Jon D. Poverty and property rights in the developing world: not as simple as we would like. **Land Use Policy**, v. 19, p. 275-276, 2002.
VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna**.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
VELENTZAS, John E.; SAVVIDOU, Kyriaki K.; BRONI, Georgia K. Economic analysis of environmental law. **Journal of International Trade Law and Policy**, v. 8, n. 3, p. 252-271, 2009.
VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.
WEBSTER, Chris; WU, Fulong; ZHANG, Fangzhu; SARKAR, Chinmoy. Informality, property rights, and poverty in China's “favelas”. **World Development**, v. 78, p. 461-476, 2016.
WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 7-10.
WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (coord.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37-50.
ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. Cidade e habitação: cortiços e favelas na cidade de São Paulo. *In*: GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 353-377.
ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843-861.