



Recebido em 16 abr. 2015

Aceito em 18 abr. 2015

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO PARÂMETRO PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

*Henrique Botelho Frota**

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a produção legislativa no âmbito do Direito Urbanístico tem sido intensa. Nos últimos anos, o país aprovou marcos normativos referenciais sobre habitação de interesse social, regularização fundiária, mobilidade urbana e saneamento ambiental, o que, somado ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), aprofundou as bases da chamada “nova ordem jurídico-urbanística brasileira”.

Entretanto, essa ordem tem sido assimilada e aplicada de forma lenta e desigual, carecendo de maior efetividade especialmente no âmbito do Poder Judiciário. O tratamento constitucional da questão urbana sob a ótica do Direito Público, por vezes, entra em colisão com concepções privatistas, gerando dificuldades na aplicação da legislação urbanística.

No campo dos conflitos fundiários urbanos, experiências institucionais recentes têm revelado uma tímida abertura dos Tribunais. O Conselho Nacional de Justiça instituiu a temática na lista classificatória dos litígios judiciais, sendo acompanhado por órgãos judiciais de todo o país. Entretanto, não existem parâmetros adequados para a identificação desses litígios e, menos ainda, mecanismos processuais para lidar com eles. No caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2014, foi instituído grupo técnico intersetorial que, recentemente, finalizou seus trabalhos com a proposição da criação de varas especializadas e câmaras reservadas para os conflitos fundiários. Enquanto não ocorre a criação desses novos órgãos, a matéria é tratada de forma difusa nas diferentes varas e câmaras.

Em muitas decisões, o fundamento ainda está baseado em uma concepção patrimonialista de defesa da propriedade privada em prejuízo do direito à moradia, mesmo quando

* Advogado. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor universitário (graduação e pós-graduação). Membro fundador do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS. Secretário Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU (gestão 2014/2015).

demonstrado que a propriedade não atende às exigências de função social. Nesse cenário, o presente artigo tem por objetivo aprofundar o debate acerca da efetivação dos direitos à cidade e à moradia adequada nos casos de conflitos fundiários urbanos levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

2 EXCLUSÃO TERRITORIAL E URBANIZAÇÃO DE RISCO COMO BASES DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

Apenas recentemente a população mundial passou a ser majoritariamente urbana. De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), 54% (cinquenta e quatro por cento) das pessoas no planeta vivem em cidades atualmente. Em números absolutos, a população urbana passou de 746 milhões de pessoas em 1950 para 3,9 bilhões em 2014 (UNITED NATIONS, 2014).

Mas, essa é uma realidade já conhecida há décadas pelos países dos continentes europeu e americano, que passaram pela transição campo-cidade ao longo do século XX. As regiões mais urbanizadas do globo são a América do Norte, com um índice de 82% (oitenta e dois por cento) de população urbana; América Latina e Caribe, com 80% (oitenta por cento); e Europa, com 73% (setenta e três por cento).

O processo de urbanização tem sido historicamente associado com importantes transformações econômicas e sociais, de forma a proporcionar benefícios para a população. Fatores como a expectativa de vida, o acesso à serviços básicos de saúde e educação e redução da pobreza estão ligados ao crescimento das cidades. Assim, a vida urbana é frequentemente relacionada com níveis mais elevados de alfabetização e educação, melhor saúde, maior acesso aos serviços sociais e à cultura e melhores oportunidades de participação política.

No entanto, o rápido crescimento urbano não acompanhado por um adequado planejamento das cidades gerou sérios problemas sociais, econômicos e ambientais. Via de regra e particularmente na América Latina, a precariedade da infraestrutura; a ineficiência dos serviços de saneamento, mobilidade, saúde e educação; a concentração de terras entre os mais abastados e a ausência de políticas de democratização do solo urbanizado, têm determinado um processo de exclusão territorial de significativa parcela da população.

Atualmente, as áreas urbanas são mais desiguais do que as áreas rurais e centenas de milhões de pobres estão distribuídos nas cidades do mundo em condições indignas de vida. A expansão urbana não beneficiou todos os habitantes de maneira igualitária. Isso faz com que existam profundos contrastes entre condições extremamente diferentes, convivendo e entrando em choque no interior da mesma cidade.

Estima-se que um terço dos habitantes das cidades está em favelas e assentamentos informais. O número de pessoas morando nessas condições aumentou de 760 milhões, em 2000, para 863 milhões, em 2012 (UNITED NATIONS, 2014). Portanto, o processo de urbanização mundial tem como marcas profundas a precariedade e a informalidade da ocupação do solo.

No caso brasileiro, seguindo a tendência latino-americana, o processo de industrialização e urbanização ocorre há mais de meio século, tendo motivado um intenso fluxo migratório do campo para as cidades. Como consequência, o país experimenta uma concentração de 84% (oitenta e quatro por cento) de sua população em áreas urbanas (IBGE, 2010).

O aumento da população urbana, entretanto, não teve uma resposta satisfatória em relação à oferta de solo urbanizado, com adequadas condições de infraestrutura, transporte e moradia digna. Assim, a ocupação desordenada do território passou a ser regra e a precariedade das condições de moradia, uma realidade bastante presente na vida dos habitantes de baixa renda. “Excluída do mercado e das políticas públicas, a maior parte da população brasileira ‘se vira’ ocupando terras que, em geral, são inadequadas para ocupação, construindo ali suas próprias casas, num processo lento, com poucos recursos” (MARICATO, 2009, p. 273-4).

O déficit habitacional no país, em 2012, era de 5,79 milhões de unidades, sendo 700 mil só na região metropolitana de São Paulo (IBGE, 2012). Mesmo com o Programa Minha Casa, Minha Vida, esses números não estão sofrendo uma redução significativa, o que revela que a problemática da moradia no país não é uma simples questão de falta de casas. Existem componentes urbanísticos e fundiários definidores do déficit habitacional que não são afetados pelos programas governamentais de construção de moradias.

De acordo com os dados do Censo 2010, o Instituto de Geografia e Estatística (IBGE) identificou 6.329 (seis mil, trezentos e vinte e nove) aglomerados subnormais em todo o país, nos quais estão localizados mais de três milhões de domicílios¹. Uma maior parcela desses aglomerados está localizada na Região Sudeste do país – 49,8% (quarenta e nove vírgula oito por cento) dos domicílios nessa condição –, cujas cidades apresentam mais de 33% (trinta e três por cento) de seu território ocupado por tais setores. Mas, nesse ponto, também as Regiões Norte e Nordeste merecem destaque, com altos percentuais de áreas de ocupação informal, 27,5% (vinte e sete e meio por cento) e 26,7% (vinte e seis vírgula sete por cento), respectivamente (IBGE, 2010). Para ROLNIK, (2000, p.2):

O espraiamento em periferias precárias tem levado a uma necessidade absurda de viagens que atravessam a cidade, para conectar cotidianamente espaços de não-cidade às centralidades concentradoras de emprego, oportunidades econômicas, culturais, etc. Os efeitos urbanísticos decorrentes da persistência desta dinâmica são devastadores e ocorrem nas dois termos desta equação. Nas periferias (ou favelas, ocupações, invasões), o urbanismo é eternamente incompleto, e no mais das vezes, de risco.

¹ Conforme a metodologia utilizada pelo IBGE, aglomerado subnormal “é um conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais (barracos, casas, etc.) carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e/ou densa. A identificação dos aglomerados subnormais é feita com base nos seguintes critérios: a) Ocupação ilegal da terra, ou seja, construção em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular) no momento atual ou em período recente (obtenção do título de propriedade do terreno há dez anos ou menos); e b) Possuir pelo menos uma das seguintes características: urbanização fora dos padrões vigentes - refletido por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais e construções não regularizadas por órgãos públicos; ou precariedade de serviços públicos essenciais, tais quais energia elétrica, coleta de lixo e redes de água e esgoto” (IBGE, 2013, p. 18).

O urbanismo de risco, citado por Raquel Rolnik no trecho acima, é aquele que impõe uma condição de precariedade aos moradores de determinadas áreas, mas também à toda a cidade. Aos primeiros, em relação às condições inadequadas de ocupação do território, à insegurança da posse, ao desconforto da casa, à ausência de espaços públicos para a prática de atividades de lazer, aos longos e demorados deslocamentos. E, em relação à cidade, esse tipo de urbanismo produz os elevados índices de violência, congestionamento, valorização excessiva da terra e desigualdades (ROLNIK, 2000).

Do ponto de vista fundiário, pode-se concluir que a maior parcela da população brasileira construiu sua moradia em imóveis que não estão registrados como sendo de sua propriedade. Em outras palavras, a posse tem sido um fator muito mais determinante do que a propriedade privada no estabelecimento da habitação.

Contudo, do ponto de vista jurídico, a propriedade privada ainda é o grande balizador das relações, orientando a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário. Assim, percebe-se um descompasso entre a realidade urbana brasileira e os institutos jurídicos manejados para solução dos conflitos.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Polis em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU) e o Centro de Direitos Econômicos e Sociais (CDES) no âmbito do projeto “Diálogos sobre a Justiça”, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, foram analisados casos de conflitos fundiários em São Paulo, Porto Alegre e Fortaleza. Os pesquisadores identificaram que todos os municípios possuíam em comum uma latente e constante atmosfera de conflito causada pela segregação espacial ou ambiental. Conforme o entendimento de Nelson Saule Junior e Daniela Libório Di Sarno (2013, p. 25) sobre o tema:

“Esta situação de constante exclusão sócio-territorial para boa parte da população que vive nas cidades pode ser configurada como situação de conflito sobre o uso e **ocupação de seus territórios, que é formadora da tipologia do conflito fundiário amplo, que** pode ser considerada como uma situação tipificada pela violação da ordem urbanística incorporada no ordenamento jurídico pátrio (grifos no original)”.

Esse olhar ampliado sobre os conflitos fundiários põe a cidade em perspectiva no seu todo, como em uma escala cartográfica menor. Por isso, não se refere a um caso específico, mas sim a um contexto geral de tensão social que reflete a disputa pela cidade.

O modelo de desenvolvimento urbano brasileiro é produtor de dualidades e contrastes, tendo de um lado áreas valorizadas e dotadas de infraestrutura, serviços, grande oferta de empregos e concentração de renda, e, de outro, regiões com urbanização incompleta, carência de serviços e insegurança da posse. Esse cenário provoca inúmeras disputas entre segmentos sociais – população de baixa renda, classe média, comerciantes, mercado imobiliário, grupos econômicos etc. –, que reivindicam espaços para os usos de seu interesse. Essas disputas apresentam um forte componente fundiário, pois é a capacidade de acesso à terra que assegura as melhores oportunidades na cidade.

Assim, a base das desigualdades sócio-territoriais urbanas está na questão fundiária. É ela que determina, por exemplo, a oferta de moradia para os diversos segmentos. O preço da terra funciona, dessa maneira, como um condicionante muito concreto na definição do lugar dos pobres e dos ricos. E, como a valorização imobiliária tem relação direta com a oferta de serviços e infraestruturas, restam para a população mais carente os espaços que não são apropriados pelos demais grupos, em geral, áreas com restrições ambientais e urbanização precária.

É esse o contexto amplo que impulsiona e motiva os casos de disputa pela terra. Certamente, ele não explica todas as especificidades de cada situação, o que é compreensível dada a escala em que as leituras são realizadas. Mas, esse olhar tem relevância na medida em que permite uma visualização do conjunto, trazendo elementos e atores que não aparecem quando o foco é o conflito concreto.

3 CARACTERIZAÇÃO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

Ainda que existam milhares de casos envolvendo conflitos fundiários urbanos nos tribunais brasileiros, não há uma disposição legal capaz de caracterizá-los. A matéria é tratada apenas pela Resolução nº 87/2009 do Conselho Nacional das Cidades, que recomenda ao Ministério das Cidades a instituição de uma Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos.

Segundo seu art. 3º, essa Resolução define conflito fundiário urbano como sendo

“a disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade.”

A esse conceito corresponde aquilo que a pesquisa sobre Soluções Alternativas para Conflitos Fundiários Urbanos nominou de conflito fundiário em sentido estrito (SAULE JUNIOR; DI SARNO, 2013). Tratam-se de situações concretas em que os sujeitos podem ser individualizados e identificados. Existe um bem em disputa por partes nomináveis em um determinado período. Em outras palavras, os elementos constitutivos do conflito não são abstratos nem hipotéticos, mas sim pessoas ou grupos reais que litigam por um espaço determinado.

Para a configuração de um conflito como fundiário urbano é preciso, pois, que exista uma disputa pela posse ou propriedade de um imóvel urbano. Essa relação se estabelece entre partes nomináveis, indivíduos ou grupos, devendo ser uma questão coletiva. Portanto, uma controvérsia envolvendo apenas um indivíduo em cada polo da relação caracteriza uma demanda em torno de direitos na esfera privada, o que não permite inferir que se trata de um conflito fundiário.

Ainda, a Resolução nº 87/2009 propõe um nítido recorte em relação aos sujeitos envolvidos no conflito, estabelecendo que, em um dos polos, estejam famílias de baixa renda ou gru-

pos sociais vulneráveis. Nesse último caso, fiam contemplados os segmentos discriminados por questão de gênero, raça, etnia, origem, orientação sexual ou outros fatores de vulnerabilidade.

Por seu turno, a outra parte, aquela que disputa a terra em oposição às famílias de baixa renda ou grupos vulneráveis, tanto pode ser constituída por pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas jurídicas de direito público. Dessa forma, os conflitos tanto podem emergir de uma intervenção do Poder Público que resulte na necessidade de deslocamento compulsório de famílias, quanto de relações privadas. Mas, em todos os casos, existe um contexto urbanístico mais amplo que coloca a questão sob o ângulo da coletividade.

São diversas as vias processuais utilizadas para que o conflito fundiário urbano chegue ao Poder Judiciário. Por vezes, a controvérsia se coloca no âmbito de ações possessórias ou petitorias, mas não é incomum que estejam revestidas sob a forma de ações civis públicas, desapropriações judiciais, ações demarcatórias, usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia. Em razão dessa variação de meios processuais, não há uniformidade de regras de competências entre os órgãos judiciais, de forma que a matéria é processada e julgada por diferentes varas e câmaras – direito privado, fazenda pública, meio ambiente.

Considerando a multiplicação de remoções forçadas, que não solucionam, mas acirram a violência urbana, urge a implementação de medidas pelo Poder Judiciário para melhor analisar, bem como prevenir e mediar tais conflitos.

4 O DIREITO À CIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO MARCOS JURÍDICOS PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

Nas situações de conflito fundiário, a segurança da posse, que é um dos elementos do direito à moradia adequada, é ameaçada, gerando impactos adversos não apenas para as famílias em situação de vulnerabilidade, mas para o conjunto da sociedade e a ordenação da cidade. É neste sentido que os conflitos fundiários urbanos ameaçam e ordem urbanística.

A análise desses casos sob a ótica estreita do direito privado não permite que sejam percebidas as estruturas urbanas e fundiárias na base dos conflitos. Da mesma forma, essa visão é incapaz de chegar a soluções adequadas para a cidade, pois seu foco é tão somente o tratamento individual do litígio, ignorando que existe uma dimensão coletiva fundamental.

Portanto, é preciso constituir novas abordagens, a partir de uma concepção publicista proposta pelo Direito Urbanístico. Não se trata de inviabilizar a aplicação da legislação vigente, mas de compatibilizar a interpretação jurídica com os marcos constitucionais, incluindo elementos que estão sendo sistematicamente ignorados pelos tomadores de decisão, tais como o direito à moradia adequada e as exigências de função social da propriedade.

4.1 O direito à cidade

No plano internacional, as declarações e tratados de direitos humanos estabelecem elementos relevantes para a conformação do direito à cidade, como é o caso da Declaração Uni-

versal dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, dentre outros. Entretanto, o direito à cidade só emerge explicitamente em um documento internacional na Carta Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos na Cidade (Saint-Denis, 2000), que concebe o espaço urbano como “um espaço coletivo que pertence a todos os seus habitantes que têm direito a encontrar as condições pra sua realização política, social e ecológica, assumindo deveres de solidariedade”.

Já pela via dos movimentos populares, organizações não governamentais, associações de profissionais, fóruns e redes da sociedade civil, merece destaque a Carta Mundial pelo Direito à Cidade, cuja redação foi consolidada no V Fórum Social Mundial em 2005.

Nas suas disposições gerais, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade traz o delineamento mais preciso do que se entende por esse direito, definindo-o como sendo “o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social”. Trata-se de um direito coletivo que viabiliza o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. Assim, seus princípios norteadores são: o exercício pleno da cidadania e a gestão democrática da cidade; as funções sociais da cidade e da propriedade; o direito à igualdade e à não discriminação; a proteção especial de grupos e pessoas vulneráveis; o compromisso social do setor privado; e o impulso à economia solidária e a políticas impositivas e progressivas.

Ao tratar do conteúdo desse direito, Letícia Osório (2006, p. 195) afirma que:

[...] Esse direito busca reverter a predominância dos valores econômicos sobre as funções sociais da cidade. O direito à cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Inclui também o direito à liberdade de reunião e organização; o direito ao exercício da cidadania e da participação no planejamento, produção e gestão da cidade; a produção social do habitat; o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural. O direito à cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais e à participação no planejamento e gestão urbanos.

No âmbito interno, a Constituição de 1988 estabeleceu que a política de desenvolvimento urbano deve ter como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182). A compreensão do que venham a ser as funções sociais da cidade não poderá prescindir da observância dos princípios fundamentais da república, em especial a soberania popular; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; e o pluralismo político (art. 1º).

Da mesma forma, a política urbana deverá orientar-se no sentido de alcançar uma sociedade mais livre, justa e solidária, na qual a pobreza e as desigualdades sejam minimizadas

em prol do bem coletivo e sem qualquer forma de discriminação (art. 3º). Assim, é impossível conceber a realização de uma vida urbana digna sem a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, como as liberdades individuais, a moradia adequada, a saúde, o lazer, o acesso à renda e ao trabalho e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como reflexo das normas constitucionais, o direito à cidade encontra previsão específica na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), cujo artigo 2º estabelece como diretriz da política urbana a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. Com isso, o Brasil confere juridicidade e exigibilidade a esse direito, obrigando a sua efetivação como diretriz primeira da política urbana. Na concepção de Nelson Saule Júnior (2007, p.50):

“Com o Estatuto da Cidade, ocorre um profundo impacto no direito à cidade, que deixa de ser um direito reconhecido somente no campo da política e passa a ser um direito reconhecido no campo jurídico. Com o Estatuto da Cidade, o direito à cidade se transforma num novo direito fundamental no direito brasileiro, integrando a categoria dos direitos coletivos e difusos.”

O direito à cidade passou a ser a pedra fundamental do Direito Urbanístico brasileiro. O Poder Público, particularmente na esfera local, deverá orientar sua atuação para a efetivação desses elementos, com a finalidade de estabelecer melhores índices de justiça social e equidade nas cidades, pois “quanto maior for o estágio de igualdade, de justiça social, de paz, de democracia, de harmonia com o meio ambiente, de solidariedade entre os habitantes das cidades, maior será o grau de proteção e implementação do direito à cidade” (SAULE JUNIOR, 2007, p. 64).

No que concerne a sua justiciabilidade, como direito fundamental, o direito à cidade deve ser objeto de proteção por parte das instituições democráticas e, em último grau, pelo Poder Judiciário. Tanto é assim que a Lei 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, prevê expressamente a proteção à ordem urbanística em seu art. 1º, VI. Nesse sentido, o tratamento dos conflitos fundiários urbanos pelo Judiciário não poderá prescindir de uma análise sobre os impactos da decisão sobre o grau de satisfação do direito à cidade.

4.2 A prevalência da posse funcionalizada sobre a propriedade desfuncionalizada

A ideia de função social da propriedade foi introduzida no discurso jurídico no início do século XX pelo francês Léon Duguit sob influência do pensamento de Saint-Simon e de Augusto Comte. Para esses pensadores, por ser fonte de produção e riquezas a propriedade deveria ser disciplinada pelo Estado a fim de assegurar as necessidades sociais, especialmente das classes proletárias (SALLES, 2014, p. 74).

Duguit entendia que, após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o Código Civil Francês de 1804, o sistema jurídico repousava em uma concepção metafísica de

direito subjetivo e que o Direito Privado moderno se desenvolveu sob uma ótica puramente individualista. Compreendia o direito subjetivo como “o poder que corresponde a uma vontade de se impor como tal a uma ou várias vontades, quando quiser uma coisa que não está proibida pela lei” (DUGUIT, 1920, p. 26). No caso da propriedade privada, essa noção confere ao indivíduo poderes para se opor aos demais e ao Estado, permitindo que utilize seu patrimônio em benefício próprio da forma que lhe aprouver. Nesse sentido, o Código Civil Napoleônico definia a propriedade em seu art. 544 como “o direito de gozar de uma coisa da maneira mais absoluta”.

A leitura feita por Duguit é corroborada por Paolo Grossi (2006), que aponta como uma das características marcantes da propriedade moderna a sua abstração. Para o autor, toda a lógica do pensamento liberal dos séculos XVIII e XIX para justificar a livre iniciativa estava assentada na possibilidade de qualquer cidadão tornar-se proprietário, de forma que, aos poucos, já não havia grande diferença entre o “meu” e o “mim”. O conteúdo passou a ser um acidente, importando menos do que a relação em si. Estando desvinculada dos bens, a propriedade passou a um plano de valor fundamental, direito inviolável e sagrado conforme estabelecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 42) destaca outro aspecto distintivo da propriedade moderna, qual seja a exclusividade ou, como prefere chamar, o monopólio do uso da terra.

De relação de produção, a propriedade fundiária foi-se gradualmente transformando num vínculo jurídico, num direito de propriedade que estabelece o monopólio legal do uso da terra e, nessa base, legítima a obtenção de um rendimento pela cedência do uso. Esta transformação é um dos vetores estruturantes da transição (ou das transições) do feudalismo para o capitalismo.

A propriedade é vista pela tradição moderna como o “puro direito subjetivo, ou seja, um interesse juridicamente protegido, que confere uma gama de poderes ao seu titular e correlatos deveres, a serem prestados ou observados por terceiros não-proprietários” (LOUREIRO, 2003, p. 41). Nesse sentido, é um direito oponível a toda a sociedade - oponibilidade *erga omnes* – pois impede que os demais indivíduos interfiram nos direitos do proprietário. Ao exercício do direito de propriedade, portanto, não caberiam limites ou, quando houvesse, seriam muito excepcionais.

Tal concepção de propriedade, como um direito individual que confere amplos e plenos poderes a seus titulares, estabelece limites para o Estado no exercício da função de planejamento do território. Como lembra Peter Marcuse (2008, P. 13), “[a] proteção dos valores da propriedade historicamente tem sido uma das forças propulsoras do planejamento urbano: estava na raiz da legislação de zoneamento (*zoning*) nos EUA, e é sempre uma questão primordial nas audiências que tratam dos planos de uso do solo”.

Para Duguit (1920), contudo, essa noção de direito subjetivo individual não condizia com a realidade social, devendo ser superada. Defendia que o direito de usar determinado bem, na verdade, não decorre do poder, mas sim do dever de fazê-lo. Consequentemente, o abandono

ou o uso contrário ao interesse geral não poderiam ser admitidos, devendo o Estado punir o proprietário omissivo e obrigá-lo a dar uma destinação adequada ao bem. Trata-se não apenas de estabelecer imposições negativas ao exercício do direito, evitando os abusos e excessos prejudiciais a terceiros, mas de verdadeiras imposições positivas, que inibem a não utilização e a especulação imobiliária. Para Duguit (1920, p. 184), com efeito:

Os que compram grandes quantidades de terrenos a preços relativamente baixos e que se mantêm durante vários anos sem explorá-los, esperando que o aumento natural do valor do terreno lhes proporcione um grande benefício, não seguem uma prática que deveria estar proibida? Se a lei intervém, a legitimidade de sua intervenção não seria discutível nem discutida. Isto nos leva para muito longe da concepção de direito de propriedade intangível, que implica para o proprietário o direito a permanecer inativo ou não, segundo lhe agrade.

Esse pensamento coincide com o desgaste pelo qual passou o liberalismo no início do século XX e com a ascensão do Estado Social de Direito, cujas Constituições consagram direitos sociais e coletivos. A propriedade privada, diante desse contexto, não ficou ileso às transformações da época. A Constituição Alemã de 1919, por exemplo, estabeleceu que “a propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social” (art. 153, §2º).

No Direito brasileiro, os ideais do liberalismo levaram à edição da Lei nº 601, de 1850, conhecida como Lei de Terras. A norma acabou com o sistema de sesmarias, legitimando os casos de ocupação existentes com títulos de propriedade. Aquelas terras não ocupadas ou cuja ocupação não fora legitimamente comprovada passaram ao domínio do Estado, sendo consideradas devolutas. Essa propriedade era inviolável, comportando apenas uma possibilidade de perda, nos casos de desapropriação, quando garantida a indenização.

Apenas com a Constituição de 1934 é que a propriedade passa a se submeter ao interesse social e coletivo (art. 113). Da mesma forma, a Constituição de 1946 estabeleceu que o uso da propriedade deveria ser condicionado ao bem-estar social (art. 147). E a expressão “função social da propriedade” foi utilizada pela primeira vez na Constituição de 1967 (art. 157, §1º). Em todos os casos, porém, o contexto social e os regimes políticos não permitiram a ruptura do paradigma da propriedade como direito individual pleno e absoluto.

Foi apenas com a Constituição de 1988 que o princípio da função social da propriedade ganhou o relevo que apresenta atualmente. Uma primeira inovação foi o fato de a função social da propriedade ter sido tratada no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXIII), enquanto as constituições anteriores a previam apenas no capítulo referente à ordem econômica. Atualmente, ela é também um dos princípios orientadores da ordem econômica (art. 170, III), da política urbana (art. 182) e da política agrícola e fundiária (arts. 184 e 186).

Embora tenha mantido a concepção de propriedade como um direito individual, a Constituição de 1988 não a considera mais como sendo absoluto. Nesse sentido, ainda que não tenha substituído totalmente o paradigma do direito subjetivo individual pelo da função social,

como propunha Duguit, a Constituição inaugurou novos paradigmas conformadores da propriedade, impondo uma conciliação entre o interesse individual e o interesse da coletividade.

No tocante à propriedade urbana, a Constituição, ao contrário do que fez ao disciplinar a propriedade rural, não estabelece parâmetros explícitos que caracterizem o cumprimento de sua função social. Delegou aos municípios, por meio de seus planos diretores o papel de estabelecer as condições que determinam a função social em cada caso.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

É certo que, como princípio jurídico, a função social da propriedade apresenta uma tessitura aberta com grau de abstração e generalidade maior do que as regras, inexistindo uma fórmula rígida sobre seu conteúdo. Isso não significa que seja um conceito absolutamente vago e impreciso, sujeito a qualquer tipo de interpretação.

Por isso, não se pode afirmar, que as leis municipais gozam de liberdade absoluta no que diz respeito ao estabelecimento do conteúdo jurídico da função social da propriedade. É necessário considerar as diretrizes da política urbana, em especial o adequado aproveitamento do solo, o atendimento às demandas sociais por moradia digna, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o combate à especulação imobiliária e a correção das distorções do crescimento urbano.

Como salienta Nelson Saule Junior (2007, p. 42), “como meio de atender a função social da propriedade na formulação e implementação das políticas urbanas, deve prevalecer o interesse social e cultural coletivo sobre o direito individual de propriedade, e sobre os interesses especulativos”. Esse é o fundamento orientador da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade -, que regulamenta o Capítulo da Política Urbana da Constituição de 1988, estabelecendo “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, § único).

Contudo, ainda que haja uma consolidada construção teórica sobre a função social da propriedade, ela ainda não tem sido um fator determinante nas decisões judiciais relativas aos conflitos fundiários urbanos.

Como bem assevera Marcos Alcino de Azevedo Torres (2010, p. 345), “não haverá choque entre propriedade e posse, se a primeira estiver cumprindo sua função social, uma vez que é pela posse que se cumpre tal função. Tal hipótese seria de posse-conteúdo do direito de propriedade regularmente exercido”. Mas, quando o titular da propriedade se mantém inerte, mantendo o imóvel apenas como um investimento, e terceiros, sem o seu consentimento, buscam efetivar a função social por meio da posse do imóvel, surgem os confrontos.

A posse enquanto fenômeno social merece proteção estatal, pois é ela que “permite a proteção do ‘ser’ nas exigências mínimas da vida em sociedade, [sendo] instrumento essencial de satisfação de necessidades humanas, seja ela exercida em razão da titularidade ou não” (TORRES, 2010, p. 376). E, no conflito entre os direitos de posse e de propriedade, deve prevalecer aquele que estiver cumprindo a sua função social, pois esta é a garantia de um sistema equânime na sociedade com visão para a efetivação do direito social de moradia (ALFONSIN, 2004).

Portanto, a propriedade sem função social perde a proteção do sistema jurídico, e a posse se destaca enquanto instrumento de erradicação de pobreza e das desigualdades sociais. Desse modo, para justificar a prevalência da posse funcionalizada sobre a propriedade desfuncionalizada é necessário interpretar o direito civil à luz da Constituição (ROMEIRO; FROTA, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARÂMETROS PARA VERIFICAÇÃO DO TRATAMENTO ADEQUADO NOS CASOS DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

Um primeiro aspecto relevante em relação aos conflitos fundiários urbanos diz respeito à excepcionalidade de qualquer medida que determine o deslocamento forçado das famílias envolvidas. A Lei 11.977/2009 reforçou a concepção já presente no Estatuto da Cidade de que a regularização fundiária é um direito da população. E, como princípio orientador, referida lei estabeleceu a “ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental” (art. 48, I).

O “princípio da permanência” deverá sempre ser considerado pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário nos casos de conflitos fundiários urbanos. Os deslocamentos involuntários jamais poderão ser a regra. E, quando necessários, deverão observar os preceitos da Política Urbana e assegurar a proteção dos direitos da população envolvida. Em hipótese alguma, o ordenamento jurídico brasileiro tolera a prática das remoções forçadas e violentas. Os deslocamentos e reassentamentos devem ser negociados democraticamente com a população envolvida e oferecer respostas adequadas do ponto de vista urbanístico.

Contudo, se imprescindível o deslocamento das famílias de baixa renda envolvidas no conflito fundiário, é fundamental que essa medida não acarrete violações de direitos humanos. Portanto, devem ser instituídos parâmetros para monitoramento e avaliação das medidas judiciais e/ou ações públicas que determinem o deslocamento dessa população.

Em primeiro lugar, há uma série de impactos sociais que deverão ser sopesados pelo magistrado na análise de cada situação, devendo verificar a repercussão de uma eventual decisão de reintegração de posse ou similar. Nesse sentido, é importante considerar a extensão do impacto em relação à quantidade de famílias afetadas. Certamente, conflitos envolvendo grandes coletividades possuem uma complexidade maior e demandam uma série de medidas para

evitar que a remoção repercuta em novas ocupações precárias. Isso não significa que conflitos fundiários com um pequeno número de famílias seja facilmente solucionado, mas apenas que as repercussões da decisão terão outra magnitude, afetando a dinâmica da cidade de forma não tão profunda.

Ainda em relação à população envolvida nos conflitos fundiários, é preciso assegurar tratamento prioritário para crianças, adolescentes e idosos, conforme preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, respectivamente. Em muitas situações, o deslocamento de famílias resulta em graves problemas em relação ao atendimento nos equipamentos de saúde e de educação pública, provocando descontinuidade na prestação desses serviços. Isso faz com que surjam violações reflexas na vida de crianças, adolescentes e idosos.

Outro aspecto quase nunca considerado nas decisões judiciais diz respeito ao acompanhamento das famílias após a reintegração ou remoção. Em regra, os magistrados preocupam-se em decidir o litígio imediato, deixando de lado os conflitos criados pela própria decisão judicial. Ao determinar a desocupação de um imóvel, não se posicionam sobre o destino das famílias.

No caso de conflitos fundiários gerados por obras públicas, é preciso verificar se há previsão de reassentamento e se as unidades habitacionais contemplam a diversidade das formações familiares e as necessidades de grupos vulneráveis, como pessoas com deficiência.

Deve-se considerar também o grau de inserção urbana do novo local de moradia. Nesse ponto, a localização do empreendimento que receberá as famílias é um aspecto importante. Grandes distâncias geram novos problemas em relação à mobilidade, acesso a serviços públicos e disponibilidade de emprego, o que é também uma violação do direito à moradia adequada.

Outra questão relativa ao reassentamento diz respeito ao cronograma das obras, de forma que haja uma coordenação entre o deslocamento das famílias e a solução definitiva. Isso evita medidas paliativas e provisórias, como o aluguel social, que impõe uma situação de insegurança e instabilidade para as famílias.

Do ponto de vista da adequação jurídica, é importante garantir que as famílias tenham amplo acesso à justiça, o que implica em assessoria técnica gratuita e oportunidade de defesa em todas as etapas das ações judiciais. Nesse aspecto, o deferimento de liminares sem a audição das famílias ou grupos implicados não é a melhor alternativa, gerando mais problemas do que soluções. Ademais, sob a ótica estritamente processual, uma medida liminar de reintegração de posse ou remoção não atende à exigência de reversibilidade imposta pelo art. 273, §2º, do Código de Processo Civil².

Como fator de verificação da adequação da medida, é crucial que sejam analisados todos os argumentos em favor da permanência das famílias no imóvel. A remoção é, assim, uma medida extrema e que deve ser excepcional. Como regra, é preciso ponderar se os proprietários cumpriam as exigências da função social. Caso os imóveis não atendam a essa determinação, cabe concluir que a propriedade não teria força normativa suficiente para desconstituir a posse

2 O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, mantém a exigência em seu art. 300, §3º.

exercida pelos ocupantes. Nesse caso, a regularização fundiária apresenta-se como solução mais correta e adequada na sistemática da ordem jurídico-urbanística respaldada pela Constituição de 1988. Essa é também a orientação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, por meio do Comentário Geral nº 7, que trata da proteção da moradia nos processos de remoções forçadas.

Por fim, uma medida importante é a constituição de instâncias e fóruns para negociação coletiva. Nesse sentido, ainda que o Município não componha o litígio formalmente, deverá participar da sua solução, pois, como discutido acima, trata-se de uma tensão surgida pelo contexto de exclusão sócio-territorial.

As vias de negociação – mediação e conciliação – permitem um diálogo mais ajustado à natureza dos conflitos fundiários, permitindo que se discutam todos os aspectos e repercussões das medidas. Isso assegura que as soluções contemplem diferentes interesses que não seriam sequer avaliados pelo magistrado em uma decisão monocrática.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jaques Távora. A Função Social da Cidade e a Propriedade Privada Urbana como Propriedades Funções. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARTA EUROPEIA DE SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS NA CIDADE. Saint-Denis, 2000. Disponível em: <<http://213.58.212.214/media/pdf/PDF20120723150310287.pdf>>.

CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE. Disponível em: <<http://www.forumreformaurbana.org.br/index.php/documentos-do-fnru/41-cartas-e-manifestos/133-carta-mundial-pelo-direito-a-cidade.html>>.

DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléon**. 2. ed. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran, 1920.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2010**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>> Acesso em: 02.abr. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)**, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**: aglomerados subnormais: informações territoriais. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARCUSE, Peter. O caso contra os direitos de propriedade. In: VALENÇA, Marcio Moraes (org.). **Cidade (i)legal**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008.

MARICATO, Ermínia. Informalidade Urbana do Brasil: a lógica da cidade fraturada. In: WANDERLEY, Luiz Eduardo; RAICHELIS, Raquel (orgs.). **A cidade de São Paulo**: relações internacionais e gestão pública. São Paulo: EDUC, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Mais de 70% da população mundial viverá em cidades até 2050**, 15 de abr. 2010 Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-mais-de-70-da-populacao-mundial-vivera-em-cidades-ate-2050/>>. Acesso em: 02.abr. 2015.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à cidade como direito humano coletivo. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROLNIK, Raquel. **Exclusão Territorial e Violência**: O caso do Estado de São Paulo. Cadernos de Textos, Belo Horizonte, v. 2, 2000.

ROMEIRO, Paulo Somlanyi; FROTA, Henrique Botelho. **Megaprojetos de Impacto Urbano e Ambiental**: violação de direitos, resistência e possibilidade de defesa das comunidades impactadas. São Paulo: IBDU, 2015.

SALLES, Venício. Função Social da Propriedade. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). **Regularização Fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Invasões Urbanas**: conflito de direito de propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico**: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SAULE JUNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Libório (coords.). **Soluções Alternativas para Conflitos Fundiários Urbanos**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2010.

UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2014). **World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights**. New York (USA): United Nations, 2014. Disponível em: <<http://esa.un.org/unpd/wup/Highlights/WUP2014-Highlights.pdf>>