

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO UM NOVO PARADIGMA PARA RESOLUÇÕES DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS.

Vladmir Fernandes dos Anjos Silvério¹

Resumo: O grande movimento demográfico para as cidade ocorrido nos dois últimos séculos, desacompanhado de políticas públicas que tivesse por objetivo acolher essas pessoas acabou por ser fatores determinantes na ocupação irregular do solo urbano.

Esse processo a um bom tempo é motivo de conflitos fundiários entre as pessoas que vivem nesses aglomerados subnormais e o proprietário formal daquela porção de terra. O direito de propriedade é aclamado como motivo suficiente para reaver a coisa, de acordo com os ditames legais. No entanto, a função social da propriedade é fator determinante para manutenção da condição de proprietário.

Diante desse conflito de interesses esta o Estado com os mais diversos mecanismos apontados por lei, seja por meio do Poder Judiciário ou do Executivo. As mais diversas modalidades de usucapião, a desapropriação judicial e os meios administrativos de aquisição de propriedade pelo possuidor de assentamentos irregulares, são fundamentos suficientes para afirmar que a função social da posse deve ser o novo paradigma para resolução de conflitos fundiários.

Palavras Chave: Posse; Propriedade; Função Social da Propriedade; Função Social da Posse; Conflitos Fundiários; Regularização Fundiária.

Abstract: The great demographic movement for cities that took place in the last two centuries, unaccompanied by public policies that aimed to welcome these people turned out to be determining factors in the irregular occupation of urban land.

This process has long been the cause of land conflicts between the people who live in these subnormal agglomerations and the formal owner of that portion of land. The property right is hailed as a sufficient reason to get it back, according to legal dictates.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador, orientado por Barbara Camardelli Loi, Professora de Direito Civil (UCSal)

However, the social function of the property is a determining factor for maintaining the status of owner.

Faced with this conflict of interests, the State has the most diverse mechanisms identified by law, whether through the Judiciary or the Executive. The most diverse types of adverse possession, judicial expropriation and administrative means of acquiring property by the owner of irregular settlements, are sufficient grounds to affirm that the social function of possession should be the new paradigm for resolving land conflicts.

1. INTRODUÇÃO

Como fenômeno abstrato, propriedade é a apropriação do sentimento de ser dono. Perceba que a propriedade não está na coisa e sim na condição humana de apropriar-se dela. Esse sentimento transcendental tornou-se objeto de direito, e como sendo, hoje reclama de atuação Estatal para satisfazer o interesse de quem o detenha.

No entanto, antes de adentrar nos parâmetros jurídicos da proteção da propriedade, é necessário que se remonte o porquê de ela ser protegida sem se quer mesmo ser atacada. A mera iminência do colapso social causado pela não delimitação do que pertença a cada sujeito talvez fosse suficiente para servir de base teórica para o surgimento da proteção estatal do direito à propriedade. Disso se retira que a oponibilidade contra todos é talvez a principal característica do sentimento de dono. Em algum momento histórico, ficou consignado que determinada porção de terra pertencia a determinada pessoa ou grupo de pessoas e que a ofensa aquilo geraria punição, normalmente com a própria vida.

Hoje o direito à propriedade é elevado a direito fundamental na maior parte das democracias ocidentais, como é o caso do Brasil. Isso se deu em decorrência de diversos fatores históricos, no entanto, o mais relevante foi surgimento do capitalismo. No entanto, o direito à propriedade exposto na Constituição Federal, apesar de ser fundamental, está diretamente relacionado ao bem estar coletivo. Não se admite que a propriedade fundiária seja meio de especulação: não é prudente não dar uso a propriedade, sob o risco de a perder

O Brasil sofreu no século XX um processo de migração territorial para as capitais. Em decorrência do não planejamento territorial urbano, esse processo formou diversos aglomerados subnormais (favelas, baixadas, entre outros) que, por vezes, ocuparam

propriedades imobiliárias privadas. Situação que gerou diversos embates jurídicos, tendo prevalência da doutrina majoritária que é direito do proprietário reaver o bem invadido, mesmo quando ele não estivesse dando função social àquele.

No entanto, a dignidade humana e o direito à moradia não podem ser vistos como inferiores ao direito de propriedade daquele que não a insere no contexto social, não dando destinação econômica.

Surge aí pergunta problema do presente trabalho, como a função social da posse pode ser utilizada para resolução de conflitos fundiários, tendo em vista o contexto urbanístico brasileiro? Para chegar à resposta da presente pergunta, foi utilizada como metodologia a revisão bibliográfica e legislativa e, como meio de abordagem, a qualitativa.

2. A NOÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE E O IRREGULAR PROCESSO DE URBANIZAÇÃO NO BRASIL FRENTE AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS.

O antropólogo Melville J. Herskovitz (1952), afirma que, em toda sociedade primitiva que conhecemos, houve alguma noção de posse. Não se sabe ao certo quando as primeiras noções sobre posse surgiram, contudo, é sabida a existência destas noções ao menos desde o período paleolítico, quando eram utilizadas ferramentas rudimentares feitas de ossos, madeira, pedra ou marfim para que se obter um sucesso maior na caça. Muito provavelmente esses objetos, assim como a caça, eram alvo de proteção dos seus portadores, visto ser fundamental para ter acesso ao alimento essencial a sobrevivência daquela comunidade.

Já a posse do bem imóvel, logicamente, só surge com o processo de sedentarização humana, o que aconteceu em decorrência do descobrimento e controle do fogo, bem como do desenvolvimento de atividade agrícola. Essa época, Friedrich Engels (1884) nomeia de fase média do estado selvagem. Nesse contexto, é possível concluir que a propriedade surge como uma necessidade de proteger uma coisa contra aquele que a queira tomar como dono, e a posse surge como consequência da propriedade.

Posse em seu sentido abstrato pressupõe a faculdade de exercer poderes de dono sobre determinado bem. Nesse sentido, posse em nada diferiria do que hoje conceituamos como direito de propriedade. O status de dono de determinado bem pressupõe de logo

uma característica dos direitos reais, a oponibilidade *erga omnes*. Perceba-se que este é o primeiro efeito do domínio, afinal não teríamos porque falar em proprietário se não existisse o seu antagonista, o não proprietário, e a defesa da propriedade é o aspecto mais primitivo do exercício desse poder.

Durante a história, diversos ordenamentos jurídicos trataram sobre posse e propriedade. Contudo, nenhum foi tão eficaz e minucioso quanto o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Lei Civil) publicado por ordem do imperador bizantino Justiniano I. As normas ali presentes passaram a ser base para todo o direito ocidental que conhecemos hoje. Em decorrência da complexa organização social romana, os conceitos de posse e propriedade já se eram bastante maduros naquela época, a primeira simbolizando o exercício do direito de usar um bem estando intrinsecamente ligada à condição de proprietário, que englobava o exercício posse com o poder de reaver e dispor quando lhe fosse conveniente.

A partir do sucesso das diversas revoluções liberais-burguesas ocorridas na Europa do século XVIII, a propriedade passa a ser configurada como um direito fundamental do cidadão, e, nesse contexto é conquistado o direito de propriedade desentrelaçado de um tirano que determinava, por vezes, até como se daria seu uso.

Como sempre influenciado pelas inovações jurídicas do ocidente desenvolvido, o Brasil seguiu a linha ideológica liberal em suas Constituições de 1824, 1891 e 1934, trazendo essa última uma inovação: o direito à propriedade agora deveria possuir status inferior ao interesse social, ou seja, no conflito entre a propriedade privada e o interesse coletivo, prevalecerá o último. Nasce no Brasil o embrião do que hoje chamamos de função social da propriedade. Nesse sentido:

“após vários estudos e a consolidação das leis civis, somente no ano de 1899 é que o jurista Clóvis Beviláqua apresenta projeto que, após dezesseis anos de debate, transformou-se no Código Civil brasileiro, promulgado em 1º de janeiro de 1916, e vigente a partir de 1º de janeiro de 1917.” Nesse código foi reservado um livro, o de número II, para o tratamento dos direitos das coisas. Tinha uma natureza protetiva, em razão do contexto histórico em que foi escrito, possuindo diversos princípios norteadores das relações civis, como o da boa-fé, da perpetuidade da propriedade, tipicidade entre outros.” (Patrícia Cielo).

O século XX foi marcado por diversas conquistas quanto a direitos humanos, influenciado sobretudo pelos efeitos irracionais da Segunda Guerra mundial. A partir

desse momento, os países mais poderosos decidiram adotar medidas que garantissem o mínimo de dignidade aos cidadãos, e, nesse contexto, nascem os direitos humanos de terceira geração, consolidando-se como direitos fundamentais o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito de propriedade sobre o patrimônio em comum da sociedade.

Nesse sentido assevera Ingo Wolfgang Sarlet, que os direitos humanos de terceira geração:

“[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.” (Ingo Wolfgang Sarlet, 1998, p.50-51)

Tais direitos, conjugados com os direitos sociais já garantidos em momento anterior, formam a base fundamental para a atual concepção dos direitos sobre as coisas.

Seguindo tal perspectiva a Constituição de 1946, atendendo às reivindicações populares, fez constar pela primeira vez a previsão de reforma agrária. Posteriormente, a Constituição de 1967 trouxe como princípio fundamental a função social da propriedade. Após a ditadura militar, período sombrio da história brasileira, em 1988 surge a Constituição Cidadã, que, pautada na proteção dos direitos humanos, prevê diversas garantias tanto no aspecto privado quanto no social.

As obrigações de proprietário de bem imóvel ultrapassou antigas tributárias. A partir desse momento, é necessário que se observe a finalidade de ser proprietário, respeitando o meio ambiente e o desenvolvimento regional, buscando-se o proveito econômico que aquela determinada porção de terra ou edificação agregaria na sociedade. Assim, surge a função social da propriedade.

Em 2002, com o advento de um novo Código Civil (Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/2002), a sociedade já em novo modelo histórico, de constitucionalização do Direito Civil, alcançou-se um regramento robusto e amparado em diversos direitos fundamentais. Esse modelo intervencionista do Estado nas relações privadas, tem como principal finalidade a diminuição de desigualdades, em razão disso busca-se priorizar o interesse social sobre o privado.

No que concerne especificamente com o objeto do presente trabalho, os bens imóveis, o Código Civil de 2002 apresenta regramento amplo, normatizando de maneira rígida a maior parte das relações jurídicas possíveis, contudo toda a sua interpretação deve ser balizada nos princípios constitucionais, como a função social da propriedade e a boa-fé.

Nesse contexto, em seu art. 1.227, determina que proprietário é aquele que possui o direito de usar, gozar, dispor e o poder de reaver o bem. Frise-se que a condição de proprietário exposta não depende exclusivamente do exercício de tais direitos, mas sim uma faculdade, um direito de agir, vez que o exercício de qualquer daqueles direitos são aspectos da posse direta, que pode não ser exercida pelo proprietário.

Existem diversos modos de aquisição da propriedade imóvel, seja em decorrência do óbito de seu proprietário ou em decorrência de negócio jurídico formal, boa parte deles expressos no entre os artigos 1.238 e 1.259 do Código Civil.

Tais avanços jurídicos não acompanharam o contexto social do Brasil. No século XX os países ocidentais presenciaram um movimento migratório de sua população para as cidades centrais, diminuindo assim o número de pessoas vivendo em comunidades rurais e aumentando a densidade demográfica das grandes cidades. Busca-se explicar o motivo de tal movimento demográfico em diversos motivos, como a mecanização da atividade agropecuária e a industrialização dos centros urbanos que gerou uma maior necessidade de mão de obra. No entanto, tal fluxo tem mais relação com as condições de vida que eram ofertadas naqueles centros, sendo o Estado mais atuante na oferta dos serviços básicos em favor daquela população.

No Brasil, tal processo não foi acompanhado de um planejamento do Estado para uma adequada urbanização, que ocorreu de maneira rápida e desordenada, o que vem gerando danos ambientais inestimáveis, bem como problemas sociais, como a falta de

saneamento básico e a dificuldade da entrega dos mais diversos serviços públicos básicos a comunidades instaladas em assentamentos irregulares.

As atuais favelas são fruto desse evento. Note-se que a maior parte delas estão instaladas em locais que não eram de interesse da população mais abastada, estando sempre em locais marginais aos grandes centros econômicos. Nesse sentido, em censo realizado em 2010 pelo IBGE ficou consignado que 84% da população brasileira vivem nos centros urbanos (IBGE, 2010). Segundo estimado pela Nações Unidas, cerca de um terço da população das cidades moram aglomerados irregulares (Nações Unidas, 2014). Portanto tendo por base tais dados, estima-se que cerca de 28% da população brasileira viva sob condições precárias de moradia.

Um traço fundante desses assentamentos é a informalidade do uso do solo, não possuindo a maior parte das vezes de registro individualizado daquele terreno, sendo a eles meros possuidores daquele bem imóvel. Perceba-se que esse traço jurídico é a realidade de boa parte dos imóveis urbanos brasileiros, que muitas vezes não possui matrícula devidamente individualizada.

A insegurança jurídica causada pela condição de possuidor irregular é motivadora dos mais diversos conflitos fundiários urbanos, sejam entre os próprios negociantes do imóvel, seja em decorrência de interesses de outros segmentos da sociedade. Contudo, essa situação decorre principalmente da omissão do proprietário em dar destinação econômica para o bem imóvel, concorrendo com a inércia da Administração Pública em realizar um projeto efetivo de regularização fundiária, que realmente vise a ocupação do solo urbano de maneira adequada.

Nesse sentido, a falta de previsão normativa sobre o que é conflito fundiário urbano e de como deve ser a atuação do Poder Público nesses conflitos, por anos gerou uma atuação desordenada. Somente com a 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, conceituou-se conflito fundiário urbano em seu art. 3º como:

“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 resolução supracitada visa indicar a atuação da Administração Pública quando estiver em frente a conflitos de tal ordem. Delimitando a intervenção apenas quando o conflito versar sobre interesse coletivo de comunidades vulneráveis, sendo qual for o antagonista. Portanto, nota-se que estão excluídas as controversas privadas de qualquer intervenção da Administração Pública, sendo a via judicial o meio mais utilizado para resolução desses conflitos.

Apesar da previsão da atuação da Administração Pública em conflitos de natureza coletivo, por vezes essa atuação é insuficiente, sendo levadas ao Poder Judiciário. Nesse sentido, Henrique Botelho Frota que:

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. (Henrique Botelho Frota, 2017)

Portanto, não é prudente que, em um estado democrático de direito, a atuação dos poderes públicos não esteja integrada. Não podemos admitir que propriedades imobiliárias privada sejam invadidas e causem prejuízos a pessoa, seja ela jurídica ou natural. No entanto, também não é correto que pessoas socialmente vulneráveis sejam expostas a situação de rua ou, levadas pelo abandono do Estado a constituírem novos assentamentos irregulares.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE FRENTE AO INTERESSE COLETIVO E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Um estado democrático de direito deve ser pautado na legalidade, com isso digo que tudo que precisa ser cumprido deve estar normatizado e lastreado em princípios que devem servir tanto como limites e parâmetros na elaboração legislativa, quanto base

hermenêutica para aquele ordenamento. O ideal democrático pressupõe, para além de participação popular, o estabelecimento de patamares mínimos de direitos humanos.

Nas lições de Canotilho (2002), os princípios constitucionais são a expressão das valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Isso significa dizer que é a expressão mínima de direitos de uma concepção política vencedora.

As constituições ocidentais do final do século XX têm como semelhança a busca por um ideal abstrato, o bem estar social. O princípio da dignidade humana é o patamar mínimo a ser observado, quando se busca tal objetivo. A Constituição do Brasil consagra esse princípio em seu art. 1º, inciso III.

É sabido que não existe prevalência entre princípios, no entanto o da dignidade humana tem um caráter peculiar, ele é a materialização do ideal democrático, desta forma influenciando todos os outros e tendo sobre eles hegemonia. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510 DF, o Ministro Roberto Barroso explana brilhantemente:

“No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.”

Deve-se frisar, no entanto, o amplo sentido que pode possuir a dignidade da pessoa humana, podendo ser visto tanto pelo prisma do indivíduo quanto no aspecto de dignidade coletiva. A função social da propriedade pode ser considerada como a materialização da dignidade coletiva em decorrência do uso de um bem.

Nesse sentido, o art. 5º, inciso XXI da Constituição de 1988 consagra como fundamental o direito à propriedade, devendo todo cidadão ter protegido pelo Estado o seu direito de ser proprietário. Percebe-se que a primeira intenção do constituinte é a garantia dos direitos de propriedade daquele que a possui, e isso é um aspecto de proteção

da dignidade humana. Nesse sentido a garantia de moradia, do bem-estar familiar e de propriedade integram o aspecto individual da dignidade da pessoa humana, cumprindo, portanto, a função individual da propriedade.

Do outro lado, surge a função social da propriedade que visa regular e mitigar os efeitos negativos que possam advir do mal uso do direito de propriedade. Cumprir função social é sobretudo dar destinação econômica a propriedade, por isso a propriedade não pode ser objeto de mera acumulação, sem ser integrada a realidade social. Para Léon Duguit (1920), a propriedade não é exclusivamente direito subjetivo do proprietário, mas sim a função social do detentor da riqueza. Portanto, não é um absurdo afirmar que a Constituição só garante o direito à propriedade caso seja cumprido a sua função social (JUNIOR, Dirley da Cunha. 2016).

Percebe-se que sempre foi dada a natureza de direito subjetivo a propriedade, contudo, as perspectivas modernas não poderiam acatar que um bem improdutivo ou com uso irracional pudesse ser protegido pelo ordenamento jurídico. Assim, não é mais faculdade do proprietário dar uso adequado ao bem, mais sim seu dever para que tal direito permaneça como seu. (DUGUIT, Léon.1920)

Anote-se, no entanto, que a função social da propriedade não é instrumento de invasão do Estado na propriedade privada, mas sim a intervenção, sobretudo, coercitiva, na propriedade imobiliária improdutivo. Além do mais, cumpre salientar que a propriedade não se perde em razão do não atendimento da função social, vez que, mesmo quando desapropriado o proprietário deve ser ressarcido. Assim, a função social, como elemento da dignidade humana, deve ser entendida, portanto, como o sopesamento entre o interesse coletivo e o privado, tendo prevalência sempre do primeiro sobre o segundo.

Como já dito, o rápido processo migratório para as cidades provocou uma ocupação desordenado do solo. Essas propriedades fundiárias ocupadas, em regra não cumpriam sua função social. Grande parte delas eram propriedades públicas, e foi dado aos ocupantes o direito real de uso, permanecendo a propriedade em nome do Estado. Contudo, muitas outras áreas ocupadas eram propriedades privadas, que não cumpriam sua função social até serem invadidas e ali se ter estabelecido toda uma comunidade complexa, com moradia e comércio.

No Brasil, há algum tempo, começam a surgir os embates jurídicos tendo que tem por objeto bens imóveis, que, apesar de delimitado espacialmente, não possuem matrícula

individualizada, bem como o ocupante não é proprietário, nos termos jurídicos da palavra, mas sim mero possuidor.

A falta de formalidade em momento posterior à ocupação, como a tentativa de busca da aquisição do título de proprietário por meio de usucapião, bem como a falta de formalidade dos negócios jurídicos que tenha o bem imóvel como objeto, trazem insegurança jurídica no tratamento judicial de diversas matérias.

A função social da propriedade visa garantir o devido uso da bem fundiário, mas por si só não resolve o problema da ideal utilização do solo urbano. Em razão disso, se lança uma nova perspectiva, a função social da posse, que nos traz a ideia que a posse útil deve-se sobrepor propriedade inútil.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO NOVO PARADIGMA PARA SATISFAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Em seu art. 182, a Constituição Brasileira exprime seu ideal de desenvolvimento das funções sociais da cidade, que tem por objetivo garantir o bem-estar de seus habitantes. A política urbana não pode ser considerada de maneira restrita, mas sim deve ser utilizada concomitantemente com os princípios fundamentais, vez que não é crível entender que a realização de uma vida urbana digna não esteja entrelaçada ao atendimento dos objetivos e princípios fundamentais da Constituição (FROTA, Henrique Botelho, 2017)

Em 2001, surgiu o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) como norma que visa encerrar a lacuna normativa no tocante a política urbana. Ele surge em atenção ao próprio art. 182, que, em seu *caput*, prevê que as diretrizes da política urbana seriam fixadas em lei. Tem como principal objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (art 2º). Leciona Nelson Saule Júnior (2007, p.50) que:

“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.”

Para Arlete Moysés Rodrigues (2004, p.5), as principais inovações do Estatuto da cidade são aquelas que concernem ao que chama de ‘cidade real’. Com isso, a autora tem o objetivo informar que as mais diversas camadas sociais devem ser atingidas pelo

Estatuto, que não foi omissivo quanto a reconhecer a falta de estrutura fundiária das grandes metrópoles do nosso país. Nesse sentido, o Estatuto também demonstra a necessidade de legalização das áreas ocupadas por moradias, estabelece novos critérios para parcelamento do solo, inclui a obrigatoriedade de participação da sociedade civil na elaboração do Plano Diretor Municipal. No entanto, tão importante quanto o texto do Estatuto é a possibilidade jurídica de cobrar judicialmente a administração pública a satisfação daqueles direitos.

A moradia é um desses direitos tutelados pelo Estatuto da Cidade, bem como elevado a direito fundamental da pessoa humana pela Constituição brasileira. Mais uma vez remonto ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana presente na Constituição brasileira. A moradia é um mais um aspecto da dignidade humana. Ingo Wolfgang Sarlet (1998) compreende que o principal ponto de conexão entre a pobreza, a exclusão social e os direitos fundamentais, é respeito pela proteção da dignidade humana. Sendo assim, conclui-se que não existe dignidade humana sem o atendimento das necessidades básicas para manutenção de uma vida digna.

O direito à moradia é expresso no art. 6º da Constituição Federal de 1988, em razão da Emenda Constitucional nº 26, e integra o capítulo destinado a expor os direitos sociais do cidadão. É dever de todos os entes federativos a sua tutela e a promoção de programas que tenham esse direito como objeto. O direito à moradia é a premissa jurídica que garante que todos os indivíduos devem possuir um local digno como residência.

Num contexto de assentamentos urbanos irregulares, o direito à moradia já é precário, vez que não são acompanhados de política pública urbanística, que vise proporcionar as pessoas que vivem naqueles lugares acesso a direitos básicos, principalmente saneamento básico e saúde. Esses últimos, sobretudo, são aspectos básicos do direito à vida, do direito a manter-se vivo.

Apesar de não serem alvo da devida atenção estatal, os cidadãos que vivem em aglomerados subnormais, em decorrência de sua própria atividade possuem moradia, portanto sua dignidade encontra refúgio no seu lar. No entanto, em decorrência da ocupação irregular do solo urbano, a maioria daqueles imóveis não possui matrícula no registro público competente, isso impede a realização de negócio jurídico que tenha por objeto transferência de propriedade, vez que sempre faltará a requisito da formalidade

expresso no art. 1.245 do Código Civil Brasileiro, bem como quem mora não possui a condição legal de proprietário.

Por vezes, o direito à moradia é subvertido em razão da atuação do proprietário daquele terreno, que não cumpria sua função social, mas tem direito a reaver aquele bem. Esse contrassenso se dá em razão de uma dinâmica capitalista da nossa interpretação jurídica, que promove o direito à propriedade acima do direito fundamental de morar. No entanto, é preciso que se compreenda que, para manutenção da propriedade deve ser cumprido a sua função social.

A função social da propriedade se materializa na posse, seja ela direta ou indireta. Se determinado bem cumpre sua função social é porque ele está inserido no contexto econômico e, se está inserido nesse contexto, é porque é exercida posse sobre ele. A função social da posse, portanto, é em si o motivo da existência da função social: se existe posse, tem-se o primeiro indicador de cumprimento da função social, anda que necessário também avaliar se a destinação dada à propriedade é lícita e não ofenda outros direitos. Portanto, a função social da posse deve ser o ponto de partida para resolução de conflitos jurídicos envolvendo bens imóveis.

A ocupação irregular do terreno urbano tem por finalidade o uso de seu solo para fins de moradia. Esse fenômeno se torna posse no momento de seu assentamento no local. No entanto é necessário observar que para além da posse direta sobre o bem, esses possuidores tem *animus domini* sobre aquele bem, sente-se dono, edifica ou faz melhorias por sentir-se como tal. Em sendo assim fenômeno da ocupação quando exercido de boa-fé, provoca a inserção econômica da propriedade imobiliária no contexto social de determinada localidade, portando se configurando como é o exercício da função social da posse. Sendo sua principal razão de existir a necessidade de moradia e de trabalho. Nesse contexto, se encontra a concepção da posse pro labore

A propriedade, portanto, apesar de ser uma garantia constitucional, não pode prevalecer quando posto de encontro ao interesse público. Como prova disso própria Constituição Federal em seu art.5, XXIV aponta para a possibilidade da desapropriação para cumprimento de interesse público. O Código Civil em seu art. 1.228, § 4º, prevê possibilidade do proprietário ser privado do bem imóvel, caso este possua área extensa e esteja na posse ininterrupta e de boa-fé de um considerável numero de pessoas por mais de cinco anos, e essas pessoas tenham realizado obras e serviços de interesse social e

econômico. Este é o instituto chamado de desapropriação judicial decorrente da posse pro labore, que tem como pressupostos para sua efetivação a existência de processo judicial, e justa indenização ao proprietário expropriado (§5º).

“a norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação “do mais alto alcance, inspirada no sentido social de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo posse trabalho.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. 2005, p. 635.)

Tem-se aí uma possível solução para os conflitos fundiários. No entanto, existem aspectos subjacentes que devem ser verificados. Não pode o Estado financiar assentamentos irregulares sem que se crie um planejamento urbanístico para aquele local. Portanto, não basta a desapropriação para fins de interesse social é necessário políticas públicas que visem tornar aquele local habitável. Ainda, deve-se pensar como se dará a individualização do terreno após a desapropriação, sendo este um pacto entre os ocupantes e não uma decisão unilateral do juiz.

Ainda, prevê a nossa Carta Magna uma modalidade de usucapião que só surge com a sua promulgação, a usucapião especial urbana ou constitucional urbana. Essa modalidade prevê a possibilidade de a família usucapir área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, desde que este imóvel esteja ocupado por cinco anos ininterruptos e seja utilizado para moradia de pessoas que não possuam outra propriedade imobiliária. O Código Civil fez constar em seu art. 1.240 a possibilidade dessa modalidade de usucapião.

No entanto, a usucapião constitucional urbana não resolve o problema fundiário de maneira efetiva, visto seu caráter pessoal não atinge toda uma comunidade, sendo necessário diversas ações autônomas. Com o fim de solucionar esse problema, surge a usucapião coletivo, previsto no art. 10 do Estatuto da Cidade. Com critérios semelhantes a usucapião constitucional, no sentido de que as propriedades imóveis devem possuir tamanho inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, a posse deve ser exercida por pelo menos cinco anos e sem oposição, e os possuidores não podem possuir outro bem imóvel. Se difere da usucapião constitucional por prioriza a posse de grupos que vivam em núcleos urbanos informais. Tal modalidade tem por finalidade a aquisição da propriedade, e deve ser requerida pelos possuidores. No que concerne a divisão das frações após a sentença no processo de usucapião coletivo, caberá ao juiz promover a divisão em frações iguais para todos os possuidores, entenda possuidor como

família, no entanto, é possível os possuidores por meio de um acordo escrito estabelecer as frações conforme os seus interesses (§ 3º)

A Lei 13.265 de 2017, Lei de Regularização Fundiária, prevê diversos meios administrativos de regularização fundiária urbana. A concessão do direito real de uso conferido aos assentados em terreno público, a concessão de uso especial para fins de moradia, a usucapião urbana administrativa, a desapropriação do art. 1.228 do código civil já citada, entre diversas outras medidas que possam ser aplicadas. Todas essas medidas tem como principal finalidade a proteção da posse, seja por meio da concessão da condição de proprietário, seja na efetivação de direitos reais que impeçam que a posse seja posta em perigo.

Percebe-se que, apesar de toda proteção dado ao direito de propriedade, o nosso ordenamento jurídico demonstra que a posse funcional deve ter prevalência sobre a propriedade que não atenda sua função social. Aglomerados subnormais não se materializam em propriedades que estejam inseridas no contexto socioeconômico, eles são retratos da marginalização dos menos favorecidos. A usucapião é um efeito da posse (FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. 2017), portanto, as modalidades de usucapião acima descritas visam tem como principal objetivo a aquisição da propriedade por aqueles que realmente possuem sobre ela o *animus domini*. Nesse sentido, quando da ocorrência de conflitos entre posse e propriedade, deve-se sempre fazer um levantamento de qual delas está cumprindo a função social, devendo essa sempre prevalecer.

O princípio da justiça social é o que fundamenta o direito de permanência dos ocupantes, vez que a permanência na terra daquele que a tornar produtiva com seu trabalho deve ser priorizada sobre a qualquer expectativa do proprietário de rever o seu bem que não era bem utilizado. Nos conflitos fundiários, justiça social deve ser entendida como no aspecto distributivo de justiça, fornecendo e priorizando o que é necessário para uma vida digna, no caso, a moradia, afim de materializar a dignidade da pessoa humana.

"dignidade da pessoa humana é o termo que expressa o princípio subjacente à justiça social: a pessoa humana é digna, merecedora de todos os bens necessários para realizar-se como ser concreto, individual, racional e social". (BARZOTTO, Luis Fernando. 2003. Pág. 9)

Diante desse cenário, os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo precisam atuar de modo a proteger a figura do possuidor, reconhecendo a importância da função social da posse sobre o bem imóvel. Buscando com isso que a justiça social pretendida pela CRFB/88 saia do plano da retórica e alcance a efetividade não seio da sociedade brasileira. (DUARTE, Polyana Vidal. 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A ocupação desordenada do terreno urbano gera diversos conflitos fundiários rotineiramente nas cidades brasileiras. Esses conflitos pressupõem a existência de famílias no polo passivo. As pessoas que habitam em conglomerados subnormais são invisíveis aos olhos do Estado, não sendo atingidos de maneira adequada por políticas públicas básicas.

Ordenamento jurídico brasileiro prevê diversos meios de efetivação da posse como meio aquisitivo de propriedade ou como meio de manutenção do direito à moradia. A própria Constituição prevê a usucapião urbano, o Código Civil tem disposição tanto de desapropriação para fins de moradia, quanto também regula o usucapião urbano. No entanto só apenas o Estatuto da Cidade e a Lei de Regularização Fundiária possuem instrumentos destinados a resoluções coletivas de efetivação da política de regularização fundiária urbana de assentamentos irregulares. O Estatuto da Cidade prevê a usucapião coletiva e a recente Lei de Regularização Fundiária expõe diversos modos administrativos que devem ser utilizado pelos entes federativos para buscar a proteção possessória a regularização fundiária. Todo esse regramento expõe o ideal de justiça social expresso na Constituição, o direito à moradia e a importância do cumprimento da função social da propriedade.

Cumprir função social da propriedade imobiliária é inseri-la no contexto socioeconômico, ou seja, seu uso deve ser valorado como objeto de satisfação de interesse privado, sem, contudo, ser objeto de mera acumulação, sem ser integrada a realidade social. Por sua vez, o direito à moradia, como direito social, tem por objetivo garantir aos cidadãos um local digno como residência. Em assentamentos urbanos irregulares esse direito não é satisfeito em sua integridade. Esses locais, apesar de precários satisfazem aquilo que o Estado não conseguiu entregar aqueles cidadãos.

Por outro lado, em processos que tenham por objeto a retirada de pessoas da propriedade privada, a atuação do Poder Judiciário deve ser pautado no princípio da

justiça social, evitando a adoção de medidas liminares para deslocamento dessas pessoas. As intervenções violentas não podem ser legitimadas por decisões judiciais que de forma indiscriminada sobreponham o interesse privado sobre o coletivo. A remoção deve ser a última medida adotada, devendo sempre ser verificado se o proprietário que reclama ter seu direito atingido fez cumprir a função social da propriedade, e em caso de não cumprimento desse dever não seria justo que tivessem o direito de reaver a propriedade, que agora utilizada.

As decisões nas ações de reintegração de posse ou quaisquer outras que tem por finalidade reaver o bem imóvel, quando forem a técnica jurídica adequada devem ocorrer de forma coordenada, respeitando os direitos básicos daqueles cidadãos que não só vivem na margem da sociedade, mas também são invisíveis aos olhos do Estado, e não são atingidos de maneira adequada por políticas públicas básicas.

Deve o magistrado realizar uma análise humanística dos casos concretos, tendo consciência os alcances de suas deliberações. Ademais não é incomum que remoções de comunidades de determinado local não saneie o problema das invasões, vez que esses grupos tendem a ocupar novas porções de terras.

Resta claro que a função social da posse deve ser tido como um paradigma na resolução de conflitos fundiários, devendo a atuação dos poderes publicas ser pautada na proteção do possuidor, o reconhecendo o aspecto social do princípio constitucional da dignidade humana e tendo por finalidade a efetivação princípio da justiça social, também presente na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 3.510 DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento em 28/05/2010. Disponível em: << <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>>
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. São Paulo, 2003
- CANOTILHO, J.J Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Amedina, 2002. p. 1148.

- CIELO, Patrícia, DOTTO, Adriano Cielo. Proteção internacional dos direitos humanos os planos global e regional interamericano. Goias, 2008.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPUBLICA BRASILEIRA DE 1988
- DUARTE, Polyana Vidal. A Dimensão Princioplógica da Proteção Possessória e a Funcionalização do Direito de Propriedade nos Termos da Constituição Cidadã. Rio de Janeiro, 2016.
- DUGUIT, Léon. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléon. 2. ed. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran, 1920.
- ENGELS, Friedrich. Der Ursprung der Familie, der Privateigentaums und des Staats. 9ª ed. Trad. Leandro Konder, Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1984.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil, Editora Juspodivm, Salvador, 2017.
- FROTA, Henrique Botelho, A função social da posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos. Natal, 2017.
- HERSKOVITZ, Melville J. Economic Life of Primitive People, Knopf, Columbia, 1952.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Demográfico 2010: aglomerados subnormais: informações territoriais. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.
- JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, Editora Juspodivm. Salvador, 2016.
- LEI 10.257/2001, Estatuto da Cidade
- LEI 10.406/2002, Código Civil Brasileiro
- LEI 13.265 de 2017, Lei de Regularização Fundiária
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 635.
- RESOLUÇÃO Nº 87/2009 do Conselho Nacional das Cidades
- RODRIGUES, Arlete Moysés. Estatuto da Cidade: função social da cidade e da propriedade. Alguns aspectos sobre população urbana e espaço. São Paulo, 2004

- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.
- SAULE JUNIOR, Nelson. Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2014). World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights. New York (USA): United Nations, 2014.