

OCUPAÇÕES URBANAS: AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À TERRA NO BRASIL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO E DO EXECUTIVO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA¹

URBAN OCCUPATIONS: THE PUBLIC POLITICS OF ACCESS TO LAND IN BRAZIL AND THE ROLE OF THE JUDICIARY AND THE EXECUTIVE IN THE REALIZATION OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HOUSING.

VLADIMIR ANDREI FERREIRA LIMA²

RESUMO: O objetivo do presente estudo é analisar a legitimidade das ocupações urbanas em propriedades que não estariam cumprindo sua função social, bem como o papel do Judiciário e da Administração Pública neste contexto. Embora o direito à moradia e a função social da propriedade sejam objeto de constantes discussões, o que se verifica frequentemente, é a omissão da Administração Pública na efetivação desse direito social. Sendo assim, após uma breve síntese do desenvolvimento do direito fundamental à propriedade e do direito social à moradia, será discutido o problema do acesso à terra no Brasil, e também a forma como os Poderes Executivo e o Judiciário devem agir, de maneira a efetivar o direito à moradia, para que este deixe de ser uma mera pretensão e se torne realidade.

Palavras-chave: Direito à moradia. Função Social da Propriedade. Ocupações Urbanas. Políticas Públicas.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the legitimacy of urban occupations in properties that were not fulfilling their social function, as well as the paper of the judiciary and public administration in this context. Although the right to housing and social function of property are subject of constant discussion, which happens often, is the omission of Public Administration in the realization of this social right. Thus, after a short syntheses of the development of the fundamental right to property and social right to housing, will be discussed the problem of access to

1 Artigo recebido em 15/08/2012 e aprovado em 28/04/2014

2 Advogado. Bacharel em Direito pela UFMG. Pós-graduando em Direito do Trabalho pela PUC/MG e em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Contato: cnvla@yahoo.com.br

land in Brazil, and also how the Public Administration and Judiciary should act so as to effect the right to housing, so this must stop being a mere pretense and becomes a reality.

Keywords: The right to housing. Social Function of Property. Urban occupations. Public Politics.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa trabalhar o direito fundamental à propriedade e o direito social à moradia. Essas garantias serão analisadas no contexto internacional, latino-americano e, finalmente, brasileiro, para que depois se adentre no foco principal deste estudo: a legitimidade de ocupações de propriedades urbanas e o papel dos Poderes Judiciário e Executivo para garantir que a propriedade cumpra sua função social. Em que sentido devem ser decididas as lides quando entram em confronto o direito à propriedade e o direito à moradia? Esta indagação é de fundamental importância, pois, o direito à moradia, além de promover uma existência digna, resguarda uma série de outros direitos, como à segurança, ao lazer e à privacidade. Porém, apesar de protegido pela Carta Constitucional brasileira, esse direito não é efetivado a contento pelo Estado, uma vez que as políticas públicas de acesso à terra têm se mostrado ineficientes, restando assim às pessoas, como única alternativa, recorrer à ocupação de propriedades que não estariam cumprindo sua função social. Para desenvolver a temática será analisado, ainda que de forma sintética, o cenário que ensejou o surgimento dos cortiços e das ocupações urbanas, bem como a postura que a Administração Pública e o Poder Judiciário têm assumido diante do problema do acesso à terra. São muitos os embates diários entre aqueles que buscam através da ocupação do solo nada mais do que uma existência digna, contra os proprietários das terras ocupadas que defendem o seu direito à propriedade, também, constitucionalmente garantido. Sendo assim, um estudo referente a este tema, além de ser útil ao acrescentar à doutrina jurídica uma orientação para resolução dessa controvérsia analisando o liame que separaria o direito de moradia do de propriedade e indicando em que direção as decisões judiciais deveriam se pautar, poderia também ser proveitoso na transformação material da situação de milhares de pessoas inseridas neste contexto.

O DIREITO À PROPRIEDADE

Breve síntese dos aspectos históricos do direito à propriedade e à moradia

Kildare Gonçalves Carvalho aponta o Código de Hamurabi como a primeira codificação que congregou e consagrou um rol de direitos comuns a todos os homens, dentre eles a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família. Destaca ainda o autor que o Código de Hamurabi previu a supremacia das leis em relação aos governantes.³

Para Washington de Barros Monteiro, a propriedade, nos primórdios da civilização, era coletiva, transformando-se, todavia, paulatinamente, em propriedade individual⁴

No período clássico romano, a propriedade era derivada da própria constituição da cidade, bem como das terras conquistadas na expansão do Império, as quais eram reconhecidas e tuteladas. Os interesses das classes dominantes tiveram influência decisiva na delimitação do conceito protecionista da propriedade individual. Logo, a propriedade tornou-se um valor sagrado, merecedor de total e irrestrita proteção legislativa visando à manutenção do *status quo*.⁵

No alto do império romano existiam propriedades diferentes para cada classe de indivíduos daquela sociedade. Contudo, “qualquer que fosse o tipo de propriedade, o seu titular exercia sobre a sua coisa um direito absoluto.”⁶

Todavia, minado pelas invasões bárbaras, o último rei do império romano caiu no ano de 476. Inicia-se assim um processo de ruralização da sociedade que culminou no chamado “sistema feudalista”. O suserano de cada feudo doava ao vassalo um pedaço de terra e garantia a proteção deste, e, em troca, o vassalo jurava fidelidade e obediência a seu suserano.

Souza explica ainda que:

-
- 3 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 970/971
 - 4 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 3 vol. Direito das coisas. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 85.
 - 5 WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana. In: FILOMENO, José Geraldo Brito, WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa e GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 188
 - 6 SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das Coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 63/64

O senhor feudal, senhor exclusivo de suas terras, explorava-as o quanto quisesse e da forma como quisesse. As suas terras eram fonte de inúmeras riquezas para ele próprio e sua família. De nada importava a qualidade da vida daqueles que moravam em seus feudos. (...) a propriedade privada exercia um papel fundamental na estrutura social daquela época, sendo utilizada, mais uma vez, como critério de seleção para a escolha dos líderes políticos daquela época.⁷

Posteriormente, na Idade Moderna, a burguesia aos poucos consolidou seu poder político e econômico inserindo com cada vez com mais intensidade a noção individualista no seio da sociedade. Com o esfacelamento do sistema absolutista, que teve seu clímax com a Revolução Francesa, embora a propriedade tenha se tornado um direito inviolável e sagrado, assim resguardada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ela não era de todo absoluta, uma vez que sofreu uma pequena restrição no art. 17 da Declaração que dispôs que “como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado a não ser quando da necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização”.

Depois, com a Revolução Industrial, uma grande massa de operários se deslocou para os centros urbanos servindo de mão de obra barata para as fábricas, surgindo, assim, um ambiente de acentuada desigualdade social. Para Luiz Guilherme Wagner Junior⁸, a cultura individualista que norteou por muito tempo o conceito de propriedade, poderia ter se perpetuasse indefinidamente no tempo se não houvesse causado um grave e insubsistente cenário de desigualdade social. Em decorrência disso, o início do processo de mudança nessas concepções é marcado pela doutrina neoliberal e pelos acenos socialistas.⁹

O século XX foi marcado por uma forte preocupação com o conteúdo social da propriedade. Começaram a surgir tratados acerca do tema, visando resguardar o direito à propriedade já sob a ótica da função

7 Op. cit, p. 65

8 WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana. In: FILOMENO, José Geraldo Brito, WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa e GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 189.

9 Karl Marx e Frederick Engels no Manifesto Comunista, publicado pela primeira vez em 1848, mencionam que “a característica particular do comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa. Mas a propriedade privada atual, a propriedade burguesa, é a expressão final do sistema de produção e apropriação que é baseado em antagonismos de classes, na exploração de muitos por poucos.”

social e do direito à moradia. Dentre esses tratados temos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Depois do século XX, com o grande inchaço das cidades que já não conseguiam suportar a chegada de tantas pessoas, boa parte da população se viu obrigada a se deslocar para sua periferia, onde adquiriam residências a preços mais acessíveis, ou até mesmo, construíam por lá sua casa, fazendo com que surgissem assim os primeiros cortiços. Ou seja, eles se desenvolviam em torno dos grandes centros urbanos em decorrência da falta de condições financeiras da população para adquirir sua propriedade no interior desses centros. Com a expansão da cidade, que estava em processo de constante crescimento, os cortiços das áreas fronteiriças, foram frequentemente alvos de reformas urbanas, principalmente porque estavam situados em pontos de fácil valorização à medida que a cidade ia ultrapassando seus limites, deslocando os habitantes deste entorno para ainda mais longe das regiões centrais da cidade, quadro que persiste até os dias de hoje.

Tendo em vista esse cenário em que se deu a divisão da terra no mundo ocidental, iniciaram-se os debates acerca da função social da propriedade, e a elaboração de tratados visando resguardar o direito à mesma, mas não mais pelo prisma individualista.

Na América Latina, um dos fatores responsáveis pelo aumento da marginalização dos segmentos mais vulneráveis da população foi, sem sombra de dúvidas, a desigualdade na distribuição das terras.¹⁰

Em seu contexto histórico, a desigualdade na distribuição de terras é resultante de um fenômeno político característico da América Latina, marcado pelo domínio das oligarquias por governantes corruptos, tradições paternalistas e clientelistas, além de administradores públicos ineficientes para atender as demandas da maioria da população.¹¹

Outrossim, a mecanização do campo e uma política-econômica que nitidamente privilegiou os grandes latifundiários, traço também comum nos países latino-americanos, acabaram por atrair a população rural

10 ALFONSIM, Betânia e FERNANDES, Edésio (organizadores). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade - diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Editora Fórum, 2004.

11 Realidade esta, que, com o surgimento das democracias sofreu significativa mudança, porém ainda são inúmeros os problemas não só em torno da desigualdade na distribuição da propriedade, como também no que diz respeito qualidade desta.

aos grandes centros urbanos, à procura de emprego e de melhores condições de vida.

E em virtude do crescimento cada vez mais descontrolado das cidades, motivado pelo êxodo rural¹² e um intenso processo de industrialização experimentada pelos centros urbanos, o Estado passou a investir num sistema viário, energético e de construção civil, que pudesse suportar este rápido desenvolvimento urbano.

E a industrialização, voltada para atender um crescente mercado consumidor, vinha aliada a práticas capitalistas direcionadas para redução de custos, de modo que a população latino-americana que chegava à cidade servia de mão de obra que viabilizava o engrandecimento destes centros, recebendo, contudo, salários irrisórios em razão da grande oferta de mão de obra vinda do campo. E, com o salário mínimo que recebiam, só conseguiam comprar ou fazer suas residências nas periferias desses centros em crescimento. Tais residências, ermas quase sempre, eram desprovidas de acesso a água potável, de rede de esgoto, ou, ainda, de infra-estrutura mínima para enfrentar as adversidades naturais. E, na tentativa de ordenar o uso e ocupação do solo, os governos latino-americanos acabaram por criar diferenciações nos preços daquelas propriedades mais bem localizadas, em relação às da periferia e em situação irregular, acabando por discriminar ainda mais estas. A falta de uma infraestrutura básica em regiões não urbanizadas determinou a proliferação de assentamentos precários e irregulares, em áreas inadequadas para a moradia.

Importante arrematar ainda que as reformas urbanas foram traço marcante da urbanização na América Latina, bem como os massivos investimentos em obras de infraestrutura que acabaram por expulsar os pobres ainda mais para as periferias, como solução para eliminar epidemias, higienizar e abrir espaços¹³.

Sobre o tema, Leticia Marques Osório destaca que as leis urbanas deste período eram utópicas, pois procuravam ordenar a ocupação do solo, com regras universais e genéricas, separando e hierarquizando usos,

12 A migração do campo para cidade atingiu seu auge a partir de 1950, motivada também pelas mudanças nas economias mundial e nacional, acelerando assim o processo de êxodo rural. Betânia Alfonsim e Edésio Fernandes, acrescentam ainda que a explosão demográfica foi outro elemento importante para o crescimento vertiginoso da população urbana latino-americana, mas que o êxodo rural que se iniciou e se manteve devido à ausência de políticas consistentes de reforma agrária foi fator determinante (*Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade - diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Editora Fórum, 2004).

13 Op. cit. p. 22.

tipologias e padrões¹⁴. Destaca ainda que apesar de quase todos os países da América Latina terem o direito à moradia como uma garantia prescrita na Constituição e de reconhecê-lo formalmente, o problema habitacional latino-americano é grave, o que revela a existência de uma enorme distância entre as normas e as práticas¹⁵.

No Brasil, a atual situação fundiária é reflexo de práticas que se arrastam desde a colonização do país. Um dos marcos na regularização fundiária do país, a lei de Terras, promulgada em 1850, determinou que a terra passaria a ser um bem de domínio público (até então era patrimônio do rei), mas não deixou de resguardar interesses e privilégios de uma minoria. Um dos principais pontos de tal medida dizia respeito à proibição do acesso à terra simplesmente pela ocupação. A terra agora só poderia ser obtida mediante venda (obviamente só os grandes proprietários conseguiam comprá-las, excluindo do acesso legal à terra, os menos desfavorecidos).¹⁶

A partir de 1930, as elites agrárias começam a se enfraquecer e se alastraram nos campos movimentos relacionados à questão agrária (com destaque para as “ligas camponesas”). Em 1964, com as chamadas “reformas de base”, João Goulard demonstrou uma sensível preocupação com a questão agrária, mas todos os avanços conquistados em seu governo, no que diz respeito a uma facilitação do acesso à terra e a melhoria de condições para os trabalhadores rurais, foram travadas e retrocederam com o golpe militar de 1964.

Aufere-se desta abordagem histórica, que o problema do acesso a terra, tanto no Brasil, como na América Latina e no restante do mundo ocidental, tem suas raízes na forma como foram guiadas as políticas fundiária, que sempre tiveram cunho individualistas e excludente, marginalizando do acesso à terra os menos abastados.

14 Op. cit. p. 28.

15 Op. cit. p. 34

16 “LAURA BECK VARELA realizou pesquisa de fôlego acerca da evolução da propriedade em nossa nação, começando pela fundação do domínio eminente da coroa portuguesa, com gradual apropriação deste patrimônio pelos particulares por três vias: usucapião, carta de sesmarias e posses sobre terras devolutas, com evidente monopolização de terras pelos senhores de escravos, formando aquilo que até hoje conhecemos como ‘latifúndio’”. (ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 167).

2.2 O direito à moradia enquanto finalidade do direito à propriedade

O artigo 22 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 cita como fim da propriedade a capacidade das pessoas alcançarem suas necessidades essenciais de **moradia adequada** e a manutenção de sua dignidade individual.

A Constituição Federal destaca no *caput* do seu art. 6º, o direito à moradia, enquanto garantia integrante dos direitos sociais.

Da leitura destes dispositivos, auferese que a moradia é uma das finalidades do direito à propriedade, uma vez que ambos caminham juntos. Não há como se discutir o direito à moradia, sem pensar também, no direito à propriedade, e vice-versa,

Destaca-se ainda, que é notável a importância do direito à moradia para a consolidação de todos os outros Direitos Humanos, principalmente, devido à natureza interdependente desses direitos. O direito à moradia é uma garantia essencial ao desenvolvimento social dos indivíduos, pois possibilita melhorias na sua condição de vida e, ainda, uma maior liberdade para se autodeterminar.

José Afonso da Silva, com brilhantismo, assevera que:

O direito à moradia ‘significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. No ‘morar’ encontramos a idéia básica de habitualidade, o permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação como o residir e o habitar, com a mesma conotação de ocupar um lugar permanente. O direito à moradia não é necessariamente o direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abriguem com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo ‘morar’, do latim *morari*, que significava ‘demorar’, ‘ficar’. Mas a casa própria constituiu o meio mais efetivo de efetivação do direito à moradia, cujo conteúdo envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação, mas também a habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preservem a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se vê na Constituição Portuguesa (art. 65). Lazer e recreação são funções urbanísticas. (...) Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folguedos e alegrias.¹⁷

Logo, é de suma importância destacar que, em virtude de sua natureza, o Estado deve ter papel de destaque na efetivação do direito a

17 CARVALHO, *Direito Constitucional*. p.930/931.

moradia, que enquanto direito social, deve ser implementado pelo Estado por medidas positivas:

Os direitos sociais visam a uma melhoria das condições de existência, através de **prestações positivas do Estado**, que **deverá** assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habitação, dentre outros, para a sua realização. Enquanto que os direitos individuais empõem uma abstenção por parte do Estado, preservando a autonomia dos indivíduos, **os direitos sociais, como se mostrou, reclama ‘atividades positivas do Estado**, do próximo e da própria sociedade, para subministrar ao homem certos bens e condições. Em contraste com os chamados direitos individuais, cujo conteúdo é um ‘não fazer’, uma ‘não violar’, uma ‘não prejudicar’, por parte das demais pessoas e sobretudo das autoridades públicas, resulta que, pelo contrário, **o conteúdo dos direitos sociais consiste em ‘uma fazer’**, ‘um contribuir’, ‘um ‘ajudar’, por parte dos órgão estatais. (destacamos).¹⁸

Sendo assim, pode-se auferir que o direito à moradia, enquanto uma das finalidades do direito à propriedade, é de vital importância tendo em vista as características inerentes à sua natureza e reclama ações positivas do Estado para sua concretização.

2.3. Regulamentação do direito à propriedade no Brasil

O Brasil sempre enxergou a questão relativa à propriedade pelo prisma individualista do direito privado. A Administração Pública esteve à margem do Direito Civil na solução dos conflitos relativos à propriedade. Enquanto isso, naturalmente se desenrolou o processo de marginalização da sociedade, já que a valorização dos imóveis nos centros e seu entorno (providos de infra-estrutura) empurravam cada vez mais a população mais carente para as periferias. O Estado por eximir-se de seu dever de edificar uma boa infra-estrutura também nestas regiões, foi coadjuvante do processo de consolidação de assentos informais, clandestinos e precários nas cidades. A propriedade, enquanto direito real por excelência, foi por muito tempo interpretada somente à luz do art. 1228 do Código Civil brasileiro.

Porém, como não poderia deixar de ser, a noção de propriedade foi evoluindo, deixando de lado a perspectiva individualista, e, somente na sua recente história, passou a receber uma conotação diferente, com ênfase na coletividade e no seu fim social.

18 Op. cit. p. 931.

A finalidade social dinamita o caráter de intangibilidade que sempre perpassou tal direito. O que surge é uma condicionante para o exercício do direito à propriedade, ou seja, o cumprimento de sua função social, que subordina o interesse individual ao coletivo. Surge em 2001 a Lei 10.257 que além de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece as diretrizes gerais da política urbana, com destaque à consagração do uso da propriedade urbana para o atendimento do interesse coletivo.

3 OCUPAÇÕES – O CONFLITO ENTRE OCUPANTES LEGITIMADOS PELA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE X A INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 A função social da propriedade

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior leciona que a primeira vez que se pôde extrair a ideia de função social da propriedade, foi da Constituição Brasileira de 1934, que garantia o direito de propriedade. Todavia este não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. E em remissão aos ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Melo, informa que embora não se tenha submetido a propriedade ao cumprimento de um interesse social, foi-lhe imposta uma barreira: a vedação que o direito à propriedade seja usado contra o interesse coletivo.¹⁹

A atual Constituição Federal regulamenta o direito à propriedade e sua função social nos art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, II e III.

O direito de propriedade inscrito no art. 5º da Constituição Federal quando classificado pela sua destinação econômica, pode ser denominado de “bem de consumo” que, para José Afonso da Silva posso ser conceituado como aquele destinado a satisfazer uma necessidade da pessoa, de maneira que, por ser essencial à sua própria existência digna, não poderia se constituir de modo algum em instrumento de opressão, uma vez que se direciona diretamente a satisfazer necessidades humanas²⁰. Deste modo, para alguns autores, pelo fato de sua utilidade se esgotar no próprio uso e gozo, a propriedade não estaria submetida à necessidade de

19 WAGNER JUNIOR, O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito, p. 195.

20 Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 791.

observar uma função social²¹. *Data venia*, este posicionamento não merece prosperar porque, quando o proprietário e sua família usam e fruem do bem, estão dando uma função social ao mesmo. Porém, se abandonarem o bem, utilizando-o para fins de especulação imobiliária, não restam dúvidas de que o mesmo não está cumprindo sua função social.

Já o direito à propriedade privada trazido no título constitucional referente à ordem econômica e financeira (art. 170, II e III, CF/88), é tratado como “bem de produção”, que é utilizado para produção de outros bens e renda, ou empregado no processo produtivo. Ou seja, em virtude da opção da ordem econômica notadamente pelo capitalismo, fica resguardada a propriedade privada dos bens de produção, mas seu uso está condicionado à função social e a finalidade de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (art. 170, *caput*, CF/88). Para a parte da doutrina, conforme mencionado, é sobre este tipo de bem que incide o dever de se cumprir a função social, mas pelas razões expostas anteriormente, defende-se que seria inadmissível condicionar somente os “bens de produção” ao cumprimento de uma função social.

Feitas essas considerações impende tratar do conceito de função social da propriedade.

A importância deste conceito é vital para se entender a regulamentação da questão da propriedade na atualidade, pois é ele que imprime a noção de coletividade ao direito à propriedade, sendo também, uma condicionante para seu lícito exercício. Obviamente, por não ter uma definição expressa na Carta Máxima brasileira, a função social da propriedade dá margem a diversas interpretações, o que não quer dizer que inexistam um núcleo central do qual se possa extrair um conceito fundamental.

Conforme mencionado alhures, a função social da propriedade é uma submissão do interesse pessoal ao coletivo, é uma garantia de que aquele que detém a propriedade lhe dará uma destinação que tem por base o bem estar geral em detrimento de interesses pessoais, sendo importante acrescentar que mesmo quando a propriedade é utilizada como “bem de consumo” para fruição pessoal ou de sua família, está lhe sendo dada uma função social, pois é do interesse coletivo que ela seja usada para moradia própria e da família²².

21 Advogam em defesa desta tese Eros Roberto Grau e Fábio Konder Comparato.

22 “A função social corresponde, portanto, a um poder-dever do proprietário, que deverá adequar o exercício de seu direito aos interesses coletivos”. (MAURO, 2008, p. 37).

Logo, a utilização da propriedade tem de estar em consonância com os demais preceitos constitucionais, obedecendo suas finalidades sociais e econômicas e possibilitando a efetivação dos princípios mais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

Roberta Mauro, com brilhantismo, preleciona que “afirmar que a propriedade deve atender à sua função social, significa conferir tutela jurídica a este direito na medida em que o proprietário o exercer de modo a atender os objetivos e anseios do legislador constituinte”. Acrescenta a autora que, “neste sentido, as regras sobre propriedade passam a revelar uma decisão coletiva a respeito de ‘quem deve ser o titular do direito’”.²³

José Carlos de Freitas considera anormal o uso da propriedade quando “está aquém do que pode o imóvel proporcionar, segundo sua função social”. Explica:

Vale dizer, o não-uso ou a subutilização da propriedade é uso anormal, desde que possa gerar conflitos de vizinhança, prejuízos de ordem coletiva ao bairro ou à cidade, ou mesmo quando contrarie o plano diretor, que estabelece sua função social (art. 182, §2º, CF)²⁴.

Logo:

Para atender sua função social, a propriedade deverá andar junto com os interesses coletivos, não podendo sobrepor-se a eles. Se, por uma lado, as limitações à propriedade interferem no exercício do direito de propriedade, a função social é um princípio que condiciona e afeta a propriedade em sua estrutura. Ela é condicionante do próprio direito de propriedade, e não apenas do seu exercício.²⁵

Deste modo, seja um “bem de consumo” ou um “bem de produção”, a propriedade deve atender à sua função social, possibilitando,

23 MAURO, Roberta, A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens, *In* TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores). **Diálogos sobre o direito civil - volume II**. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 36. Acrescenta a autora: “Ao enfrentar a questão, Eroulths Cortiano Junior entende que, por estar a relação jurídica de propriedade submetida a uma função social, o não-proprietário torna-se mais importante que o proprietário, sobretudo no que tange ao estatuto de acesso aos bens. Isso ocorre porque a relação entre o bem e o seu titular não é mais impermeável aos interesses de terceiros, sendo por estes contaminada quando os mesmos se mostram capazes de refletir os valores e objetivos previstos na Constituição”

24 FREITAS, José Carlos. Dos direitos de vizinhança e o direito urbanístico. *In* FILOMENO, JÚNIO e GONÇALVES. **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168.

25 MATTOS, Liana Portilho. Limitações urbanísticas à propriedade. *In* FERNANDES, Edésio (org.) **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63

sobretudo, o atendimento aos preceitos constitucionais e princípios fundamentais, especialmente, a dignidade da pessoa humana.

3.2 Ocupações – Considerações Iniciais.

Como já foi apontado, no desenvolvimento das cidades restaram muitos excluídos do espaço urbano, procurando meios de se integrar socialmente a ele. Dos que se encontram nesta situação de injustiça social, alguns optam por esperar décadas em filas de espera por uma casa em programas de habitação, enquanto outros se organizam em movimentos sociais à procura de um local abandonado que seja adequado para se instalarem.

Em dezembro de 2011, o IBGE noticiou que em 2010, 6% da população do país (11.425.644 habitantes) residiam nos chamados aglomerados subnormais, que incluem as favelas e ocupações. O instituto ainda afirma que estes aglomerados são um conjunto de no mínimo 51 unidades habitacionais, frutos da ocupação ilegal da terra.²⁶

Destarte, a violação do direito fundamental à moradia é uma realidade que não pode ser ignorada, e que abarca uma boa parte da população brasileira. Arremata-se ainda que esta pesquisa do IBGE ilustra o quadro tão somente daqueles que já se encontram em favelas ou ocupações, sendo que ainda há uma boa parte de pessoas que vivem nas ruas, ou em condições mais precárias ainda. As ocupações urbanas foram então a alternativa encontrada por grupos sociais organizados para viverem com um mínimo de dignidade.

Do grande déficit habitacional que existe em São José dos Campos (SP), surgiu a ocupação Pinheirinho, que contaria com mais de 9 mil integrantes. A ocupação surgiu em 2004 e é qualificada com a maior da América Latina.

Em Belo Horizonte (MG), não são poucas as ocupações existentes que podem ser citadas, a exemplo da Camilo Torres, Irmã Dorothy (ambas no bairro Barreiro), Dandara (bairro Céu Azul) e Torres Gêmeas. E recentemente, em uma área da capital mineira denominada de Granja Werneck, encontra-se concentradas três ocupações (Vitória, Esperança e Rosa Leão), que contaria com mais de 8 mil famílias.²⁷

26 Mais informações em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/brasil-tem-114-milhoes-morando-em-favelas-e-ocupacoes-diz-ibge.html> acessado em 10/02/2012.

27 Mais informações em <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/08/tjmg-recebe-pedido-de-suspencao->

3.3 Da efetivação do direito à moradia através das ocupações urbanas.

3.3.1. Do usucapião coletivo.

Roberta Mauro, em *Diálogos sobre o direito civil – volume II*²⁷, ensina que o instituto da posse, antes visto apenas como exteriorização do domínio, é hoje interpretado à luz de valores constitucionais, sendo o principal meio de acesso a bens (como a propriedade), vez que permite concretamente que o direito à moradia e a remoção das desigualdades sociais deixem de ser aspirações, esperanças inalcançáveis, ideias distantes do legislador constituinte.

Visando ainda resguardar o direito à moradia e possibilitar sua efetivação através da posse, em seu art. 10, o Estatuto da Cidade introduziu a modalidade de usucapião coletivo, um facilitador ao acesso a terra a ocupantes de baixa renda.

Todavia, cumpre salientar que grande parte das ocupações não se encaixam nessa hipótese de usucapião, já que para que seja reconhecido o usucapião coletivo é estritamente necessária a observância de todos os requisitos e pressupostos do dispositivo, como o tamanho da área superior a 250 m², o prazo mínimo de 5 anos de posse ininterrupta e sem oposição²⁸, a não propriedade de outro imóvel urbano ou rural e a baixa renda dos ocupantes²⁹ (critério este, aferido pelo juiz).

3.3.2. Da legitimidade das ocupações em vista a função social da propriedade e ineficiência das políticas públicas.

3.3.2.1. O dever do Estado.

Como já arrematamos, o direito à moradia, em se tratando de um direito social, exige prestações positivas do Estado para sua efetivação. Em

de-liminar-contra-ocupacoes-em-bh.html, acessado no dia 11/08/2014.

28 Salienta-se que a não oposição do proprietário, nos casos das grandes ocupações, é quase impossível de não existir.

29 “Não seria mesmo nenhuma heresia afirmar que as circunstâncias relativas ao local e às condições de moradia por si mesmas já dariam margem ao reconhecimento da situação de baixa renda. Cuida-se, no caso, de presunção *juris tantum*, que só perdura até comprovação do contrário.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009, p. 133).

vista do modelo urbanístico que sempre preponderou no Brasil, modelo este que excluiu um contingente muito grande de pessoas do acesso à terra, o legislador de 88 instituiu regras para disciplinar a atividade urbanística, para que esta se desenvolvesse a contento, superando assim, o *status quo* conservador e arcaico da distribuição e acesso à terra no Brasil³⁰. Destarte, o capítulo II, do Título VII, da Carta Magna, disciplinou diretrizes da Política Urbana, determinando assim, um norte para as ações do Estado direcionadas a resguardar e efetivar o direito à moradia. A Lei 10.257 também foi um importante marco regulatório do tema. O Estatuto da Cidade é a lei que fixa diretrizes gerais para que o Município obedeça na execução da política de desenvolvimento urbano, conforme prescreve o *caput* do art. 182, da Constituição Federal.

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior em comentário ao art. 182 do Diploma Constitucional, arremata que “(...) a política de desenvolvimento urbano teria por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem estar de seus habitantes, servindo-se o plano diretor como instrumento básico”. O autor ainda conclui seu raciocínio destacando que “a regulamentação da utilização da propriedade urbana mostra-se um elemento fundamental para a implementação de uma política urbana satisfatória”³¹

Edésio Fernandes afirma que:

o que a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade propõem é uma mudança de “olhar”, substituindo o princípio individualista do Código Civil pelo princípio das funções sociais da propriedade e da cidade. Com isso estabelecem-se as bases de um novo paradigma jurídico-político que controle o uso do solo e o desenvolvimento urbano pelo poder público e pela sociedade organizada. Isso foi feito especialmente pelo fortalecimento do dispositivo constitucional que **reconheceu o poder e a obrigação do poder público**, especialmente dos municípios, de controlar o processo de desenvolvimento urbano com a formulação de políticas territoriais e de uso do solo, nas quais os interesses individuais de proprietários de terras e propriedades têm necessariamente de coexistir com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos socioeconômicos e da cidade como um todo. Para tanto, foi dado ao poder público o poder de, por meio de leis e diversos instrumentos jurídicos, urbanísticos e financeiros, determinar a medida desse equilíbrio possível entre interesses individuais

30 WAGNER JUNIOR, O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito.

31 Op. cit. p. 203

e coletivos quanto à utilização desse bem não renovável essencial ao desenvolvimento sustentável da vida nas cidades, qual seja, o solo urbano.³²(destacamos).

Logo, auferese que uma vez que a Constituição e o Estatuto da Cidade conferiram ao Poder Público a responsabilidade de instituir uma política urbana que garanta o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, e que ainda apontou diretrizes gerais a serem seguidas pela Administração Pública, como o planejamento do desenvolvimento das cidades de forma a resguardar todas as garantias descritas no Estatuto, dentre elas a moradia, esta responsabilidade atribuída ao Estado se torna um **poder-dever**. Não é facultado ao Poder Público propiciar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade e da cidade, mas um dever. A Constituição Federal e o Estatuto instituem uma obrigação de fazer aos Entes Federados, passíveis de até mesmo serem exigidos judicialmente.

Mister tecer também algumas considerações acerca do inciso XIV, do art. 2º, do Estatuto da Cidade, que retrata uma preocupação importante em regularizar a situação fundiária das populações de baixa renda. Disciplina este inciso, a obrigação do Poder Público de estabelecer normas que visem a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por estas populações.

Comentando o inciso Rodolfo Medeiro de Araújo assevera que :

“esta diretriz visa a efetivar o direito à moradia de milhões de brasileiros que vivem em condições precárias e sem nenhuma segurança jurídica de proteção ao direito de moradia nas cidades, em razão dos assentamentos urbanos em que vivem serem considerados ilegais e irregulares pela ordem legal urbana em vigor. Com esta diretriz, o Estatuto da Cidade aponta para a necessidade da constituição de um novo marco legal urbano que constitua uma proteção legal ao direito à moradia para as pessoas que vivem nas favelas, nos loteamentos populares, nas periferias e nos cortiços, mediante a legalização e a urbanização das áreas urbanas ocupadas pela população considerada pobre ou miserável”³³.

32 FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico urbanística. *In* CARVALHO, Celso Santos e ROSSBACH, Ana Claudia (organizadores). **O Estatuto da Cidade : comentado/ The City Statute of Brazil : a commentary**. São Paulo : Ministério das Cidades : Aliança das Cidades, 2010, p. 61/62

33 ARAÚJO, Rodolfo de Medeiros. “Análise da aplicabilidade do Estatuto da Cidade visando a regularização fundiária de áreas do centro histórico de João Pessoa”. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) - Programa Regional de Pós-graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2008, p. 33.

Tratando o tema com merecida importância Carvalho Filho, informa que:

“a regularização fundiária, na prática inexistente em nosso sistema jurídico, consiste na conversão, em situação jurídica, de situações meramente de fato, pertinentes à posse e ao uso de imóveis. Trata-se do reconhecimento de que algumas comunidades já sedimentaram o uso do solo e a ocupação de benfeitorias de tal maneira que se torna praticamente inviável qualquer alteração nesse estado de coisas. Quanto maior for o nível de pobreza da população, mais freqüentemente será a formação desses bolsões de miséria. (..) **Não basta, contudo, a existência de norma que alvitre tal objetivo; urge que o Poder Público de todas as esferas se associem nessa empreitada de forma efetiva, com resultados sociais visíveis para os milhões de ocupantes ilegais de áreas públicas e privadas.**”³⁴
(destacamos)

Sendo assim, nota-se que as diretrizes e normas trazidas pelos art. 182 e 183, da Constituição Federal, pelo Estatuto da Cidade, bem como a garantia de acesso a terra e de moradia digna traçadas também nestes diplomas e em tratados internacionais, e, por fim, o princípio da função social da propriedade, constituem um poder-dever do Estado, que tem a obrigação de efetivá-los.

O judiciário também tem papel de destaque, na consolidação destas garantias que não podem ser deixadas a espera de ações do Poder Público, muitas vezes omissas, ou ineficazes. O legislativo consignou o dever da Administração Pública de agir para cumprir as diretrizes fixadas em todos estes Diplomas, logo, não é uma faculdade do Estado a ação, pois, exige-se deste, prestações positivas em vistas a extrema importância das garantias em jogo. Destarte, é dever do Judiciário, quando demandado, **efetivar** os direitos regulados no ordenamento jurídico quando a Administração Pública não cumprir seu papel legal.

3.3.2.2. O acesso à propriedade pela ocupação.

Constatada a ineficiência da Administração Pública de, através de uma política urbana adequada, proporcionar uma cidade equilibrada, que possa garantir a todos o acesso a terra como meio de efetivar o direito à moradia e todos os outros direitos dela decorrentes, é de se esperar que

34 CARVALHO FILHO, Comentários ao Estatuto da Cidade p. 54/55.

a população marginalizada recorra à ocupação de imóveis abandonados. É claro que os imóveis estão sendo tratados aqui são aqueles que não cumprem a função social que lhes são inerentes conforme já mencionado alhures.

Além das hipóteses de usucapião através das quais os ocupantes podem consolidar seu direito à moradia, a Constituição de 1988 prevê a possibilidade da desapropriação por interesse público de imóveis, condicionada ao pagamento de uma indenização. O art. 5º, inciso XXIV da Carta Constitucional é claro ao determinar que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”

Já o art. 182, §4º, da Magna Carta possibilita que a municipalidade exija dos proprietários de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promovam seu adequado aproveitamento, sob pena sucessiva de: 1) parcelamento ou edificação compulsórios; 2) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; 3) **desapropriação** com pagamento mediante títulos da dívida pública. Contudo, é cediço que, na grande maioria das vezes, o executivo municipal não se vale das prerrogativas que lhes são garantidas pela Constituição diante de um solo urbano nessas condições, ficando assim, omissos.

Ressalte-se que estas prerrogativas conferidas ao Município não são faculdades, pois, conforme já mencionado, é sabido que a todo poder atribuído a Administração Pública lhe corresponde um dever. Logo, diante de um solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado o Poder Público Municipal teria o dever de adotar, sucessivamente, as ações previstas no art. 182, §4º, da Constituição Federal.

Mas, mesmo diante dessa omissão do Poder Executivo municipal de utilizar todos estes instrumentos colocados à sua disposição para garantir que o uso da propriedade esteja de acordo com a sua função social, o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, tem decidido no sentido de que só a Administração Pública pode auferir se o imóvel cumpre ou não sua função social, e não caberia, portanto ao Judiciário dirimir tais conflitos.

Este é o entendimento exarado pelo des. Afrânio Vilela, que deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 5197826-15.2000.8.13.0000³⁵,

35 TJMG, data de julgamento 09/11/2005, data de publicação 17/02/2006.

para reformar decisão de 1º grau que havia indeferido liminar de reintegração de posse. Entendeu o desembargador “que estar ou não improdutivo o imóvel rural é fato que não interessa ao deslinde da ação possessória”, e ainda que, “assim, mesmo que um imóvel não esteja cumprindo a sua função social, ou ainda, que os seus proprietários nele não residam, não é permitida a invasão, pois, se assim o fosse, estaríamos voltando aos primórdios, em que era permitida a auto-tutela”.

Logo, conforme se depreende do excerto acima colacionado, a população sem moradia não estaria a autorizada a ocupar um imóvel, mesmo que este não cumpra sua função social. No entendimento do julgador a população marginalizada deveria aguardar que o executivo tome alguma providência para o problema habitacional, pois “a reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, (...), não podendo ser dirimida pelo Judiciário”, acrescentando que “daí a competência da União para dizer, através do devido processo legal, que é a ação de desapropriação para fins sociais, se a terra é produtiva ou não”.

Nesses mesmos autos, o des. Duarte de Paula complementa trazendo que:

A expropriação imobiliária só se faz segundo um procedimento legal, como previsto por norma de ordem pública de observância geral e obrigatória, estando legitimado a requerer a desapropriação o ente público que, de posse de um decreto que declare a utilidade pública do imóvel, acione o Poder Judiciário e, mesmo assim, para obter a imissão na posse, liminarmente, necessário se faz o cumprimento de condições e, entre elas, o depósito prévio de indenização, que se lhe afigura injusto em benefício do expropriado.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 0160379-29.2010.8.13.0000³⁶, interposto em face de decisão interlocutória proferida pelo juiz de 1º grau no caso da ocupação denominada de Dandara, a i. des. Vanessa Verdolim, manifestando-se no mesmo sentido acima transcrito, decidiu que:

Não cabe ao Judiciário instalar comunidades de sem-terra ou sem-teto, passando a substituir o Administrador nessa área, por mais justa que seja a medida, sabendo-se das dificuldades que imperam, como o desemprego e a miséria. Sabe-se que se trata de um grande problema social, indicador de desajuste familiar, como reflexo das condições econômicas. Daí surgiu

36 TJMG. 1ª Câmara Cível. Julgado em 07/08/2010. Publicado em 04/02/2011.

o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), com a finalidade de organizar a reforma urbana e garantir moradia a todos os cidadãos além de lutar por um modelo de cidade mais justa. Não é porém através do Judiciário que irão conseguir as suas reivindicações, a não ser quando atingidos em lícito direito.

Quando é confessada a invasão recente, sobretudo, não pode o Judiciário, ao argumento de estar consagrando o direito de habitação, dar respaldo a pretensões que são de competência do Poder Público, que deve instaurar procedimento administrativo, a fim de adquirir a área em conflito para fins de reforma habitacional ou dirigir área pública a esse fim, ao seu critério, que é discricionário.

Contudo, tais posicionamentos não parecem os mais acertados, sendo que pontos de vistas diferentes têm surgido acerca do tema. Embora vencido no Agravado de Instrumento acima mencionado, relatado pela des. Vanessa Verdolim, o des. Alberto Vilas Boas, demonstrando grande sensibilidade, registrou que o Poder Judiciário pode sim intervir para encontrar uma solução adequada para o conflito, asseverando que a concepção individualista de propriedade já se encontra superada:

É preciso considerar, inicialmente, que o objeto dessa ação não se confunde com a de reintegração de posse ajuizada pela agravante e que tramita em uma das Varas Cíveis da capital e na qual obteve medida liminar - ainda pendente de confirmação - para remover as famílias da Comunidade Dandara do local.

Essa situação de instabilidade, aliada ao fato de existir um número bastante significativo de pessoas que habitam o imóvel e fazem dele sua única mora, tem **proporcionado a intervenção do Poder Judiciário em situação na qual é da alçada do Poder Executivo** - Municipal e Estadual - a incumbência de encontrar solução adequada para a situação afilada que vivem ambas as partes, especialmente os hipossuficientes aqui representados pela Defensoria Pública Estadual. (...)

em se tratando de imóvel urbano de elevada dimensão não mais é lícito ao Poder Judiciário efetuar juízo de valor sobre o cabimento da liminar fundado em concepção individualista e própria de uma legislação civil estabelecida no início do século vinte. (...)

Estabelecidas as citadas regras no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, é de se ver que estas têm aplicabilidade imediata e **não constituem mera recomendação a ser seguida pelo Estado ou pelos particulares** quando a discussão sobre a utilidade social da propriedade aflora em determinada demanda.

Quer no âmbito administrativo, quer no plano judicial, é **obrigação** do Estado implementar políticas e emitir decisões que avaliem a presença

destes elementos, a fim de que o texto constitucional seja efetivamente respeitado. (...)

Faço essas considerações para reconhecer que, enquanto não solucionada definitivamente a questão possessória, não me parece constitucionalmente válido que o desapossamento seja realizado pelas forças estatais sem que se respeite um núcleo mínimo do postulado da dignidade humana. As pessoas, que nada possuem, não podem ser atiradas na via pública e deixadas ao léu **por um Estado inoperante ou pouco eficaz na preservação de um direito essencial como a moradia, especialmente quando a ocupação deu-se em relação a uma área que não cumpre sua função social.**" (destacamos)

É cediço que o Poder Público não desempenha a contento seu papel de regular o acesso à terra de maneira efetiva. Sendo assim, uma vez que a Constituição deu contornos ao exercício do direito à propriedade, limitando este à observância de sua função social, torna-se **dever** também do Judiciário, em virtude da inércia do Executivo, encontrar soluções adequadas para dirimir a lide.

Em caso semelhante ao Dandara, exceto pelo lapso temporal da ocupação que é de 20 anos, o Tribunal gaúcho já reconheceu obrigação de fazer do Município, mesmo pendente ainda julgamento de ação de reintegração de posse movida pela empresa particular dona do imóvel ocupado. O relator, desembargador Arno Werlang, com brilhantismo decidiu que:

Procedem as ponderações feitas pelo Ministério Público para o **providimento do presente recurso e a condenação do Município de Novo Hamburgo à realização de obras de infra-estrutura e equipamentos urbanos**, como arruamento, calçamento, rede de esgotos e rede de coleta local e o faço pelos fundamentos que seguem.

Como se pode perceber, o direito à moradia é um direito fundamental garantido constitucionalmente, sendo dever do Estado (Poder Público) assegurar a dignidade mínima das pessoas desprovidas de recursos econômicos para custearem suas próprias moradias. Ademais, constitui **dever do Município a regularização do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.**

No caso, e como visto, **trata-se de situação que perdura há 20 anos e que envolve cerca de mil famílias que vivem em condições sub humanas, sem que o Poder Público tenha tomado qualquer providência.** Trata-se de situação consolidada pelo decurso do tempo, não podendo o ente municipal se eximir de sua responsabilidade constitucional. É de todo certo que se trata de loteamento urbano que teve início de modo clandestino e irregular, mas que hoje tomou proporções gigantes-

cas, abrangendo muitas famílias que ali se encontram sem a devida intervenção do Poder Público.” (destaques do desembargador)³⁷.

Por fim, trazendo precedentes de julgados de Corte Superior (REsp 448216/SP, DJ 17/11/2003 e REsp 12471/SP, 25/09/2000, ambos do STJ), o ilustre desembargador ainda arremata que “**o fato de o loteamento ser irregular não afasta a responsabilidade do Município pela sua regularização**, aplicando-se à espécie o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.766/79, o qual deve ser interpretado à luz da Constituição da República”³⁸ (destacamos).

Em outro caso correlato, a des. Teresa Ramos Marques, do Tribunal Paulista, julgando caso de ocupação em terras da municipalidade, embora favorável ao mandato reintegrador de posse, demonstra enorme preocupação com o futuro das famílias a serem despejadas, impondo, inclusive, ao Município, obrigação de providenciar um local adequado para as famílias ocupantes viverem, antes de se promover o despejo. Assevera a desembargadora paulista que é imperativo que a municipalidade “cumpra seu dever de garantir o bem estar de seus habitantes” conforme preceitua o art. 182 da Constituição da República, salientando ainda que não “se pode cogitar de violação ao princípio da separação do poder, contido no art. 2º da Constituição Federal”, pois, foi a própria Constituição que atribui esta responsabilidade ao Ente Municipal. Frisa por fim que “se não há recursos orçamentários para socorrer os desabrigados, deve a Municipalidade providenciá-los, utilizando os meios previstos em lei e na Constituição Federal para a dotação, antes de executar a liminar”, concluindo que:

Quando o Poder Executivo não está adotando políticas públicas no sentido de cumprir seus deveres previstos na Constituição Federal, pode ser pressionado a adotá-las em razão das determinações do Poder Judiciário, no curso do processo jurisdicional.

Se não tem recebido subsídios para executar políticas públicas de habitação popular deve lutar nas esferas próprias para obtê-los, não podendo deixar de cumprir seu dever de promover o bem-estar de seus habitantes, sob este pretexto. (...) Não se pode olvidar que o povo elege os dirigentes do Poder Executivo justamente para conseguir,

37 TJRS. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível 70028817336, julgada e, 22/09/2010, publicado no dia 18/10/2010.

38 O d. desembargador ainda cita precedente do Tribunal Gaúcho que reconhece o dever do Município de promover determinados atos, e na sua omissão, a possibilidade do judiciário de compeli-lo a fazer. (Agravo de Instrumento Nº 70031524531, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 16/09/2009).

através deles, a execução de todas as políticas públicas necessárias ao bem-estar social.³⁹ (destacamos).

Verifica-se dos últimos acórdãos transcritos, que o Judiciário tem um papel preponderante no controle das políticas públicas do Poder Executivo diante da omissão deste, ainda mais quando está em jogo uma garantia constitucional tão essencial quanto a moradia. Vejamos.

A Constituição assegura a todos uma moradia digna, dando a Administração Pública poder e instrumentos para efetivar esta garantia. Ocorre que, o exercício deste poder não é uma faculdade do ente Público, é um dever também. Outrossim, a Magna Carta resguarda o direito à propriedade, porém esta deve atender sua função social. Logo, diante da omissão do Ente Público de tomar as medidas adequadas para instituir uma garantia tão vital, é de se esperar que os desamparados pelo Estado busquem propriedades não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas para conferir-lhes uma função social, efetivando assim, sua garantia de uma moradia digna.

É certo que, quando um Ente Público decide que um imóvel deve ser desapropriado por interesse público, não cabe ao Judiciário questionar o juízo de conveniência e oportunidade do ato, devendo este deter sua análise tão somente à legalidade do mesmo, verificando se ele esta de acordo com as formalidades legais.

Porém, diante da inércia do Poder Público em implementar a garantia da moradia através de todos instrumentos que a Lei lhe permite utilizar, e diante da omissão em utilizar o instituto da desapropriação quando verifica que uma propriedade não cumpre sua função social, é lícito ao Poder Judiciário então, aplicando o conjunto de normas que tratam do instituto da função social da propriedade, determinar que o Poder Público utilize-se do decreto expropriatório para declarar a utilidade pública do imóvel, sem que isto acarrete em interferência de um poder na esfera do outro, vez que o Judiciário aqui só estará suprimindo a omissão do Executivo, agindo em conformidade com a Constituição Federal.⁴⁰

39 Agravo de Instrumento n 0072097-33.2002.8.26.0000 , des. Teresa Ramos Marques, julgado e registrado em 27/05/2002.

40 O STF já preconizou que “A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 185/794-796, rel. Min. Celso de Mello).”

Impende assinalar que esta conduta não ofende o princípio da Separação de Poderes, pois o Judiciário não estaria fazendo um controle da conveniência e oportunidade do ato, mas de legalidade. Ou seja, quando restar demonstrado nos autos que a população marginalizada ocupou um imóvel que não cumpre sua função social, conferindo-lhe uma, e que a Administração Pública durante anos ficou inerte e omissa neste processo, não se valendo de nenhuma das prerrogativas lhe conferidas pela Lei e pela Constituição (como as do art. 182, §4º), que constituem **poderes-deveres**, não resta ao Judiciário alternativa senão reconhecer a ilegalidade da conduta da Administração e determinar que esta expeça o mandato expropriatório por interesse público.

Outra alternativa que poderia ser adotada pelo Poder Judiciário, um pouco menos incisiva, mas que, possivelmente, implicaria nos mesmos efeitos da solução anterior, consiste em julgar improcedente a ação de reintegração de posse, pois, não pode o juiz determinar reintegração de posse ao proprietário que por anos não deu a função social à sua propriedade, sem que sua decisão afronte a Constituição e a legislação que trata do tema. E assim, diante da improcedência da ação de reintegração de posse, subsistiria um proprietário sem posse de sua propriedade, de modo que não restaria alternativa ao Poder Público determinar a desapropriação por interesse público do terreno ocupado.

Logo, em suma, se o Poder Executivo verificar que um imóvel poderia atender a determinado interesse público, ele poderia desapropriá-lo mediante o pagamento de justa e prévia indenização, cumprindo ou não o imóvel determinada função social. E ainda, se constatar que o proprietário exerce seu direito de propriedade de modo abusivo, ou seja, sem cumprir sua função social, que é a hipótese tratada neste estudo, pode (e deve) o Poder Público municipal adotar medidas para que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente, parcelamento ou edificação compulsórios; IPTU progressivo no tempo, desapropriação mediante pagamento a través de títulos da dívida pública (desapropriação sanção). Contudo, se o proprietário não conferiu função social a sua propriedade, ficando inerte e se o Poder Público municipal não tomou nenhuma das medidas lhe asseguradas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade para garantir o cumprimento da função social, não restam dúvidas que houve ofensa à Lei e a Constituição, estando assim o

Judiciário autorizado a fazer o controle de legalidade do ato (ou, no caso, da falta dele).

E verificando o Judiciário que os ocupantes estão conferindo uma função social à propriedade ocupada, não restam dúvidas, de que, diante desta excepcionalidade, pode impor ao executivo que proceda à desapropriação por interesse público. Outrossim, poderia o Poder Judiciário também simplesmente negar provimento a ação de reintegração de posse ajuizada pelo proprietário do terreno invadido.

No julgamento do Recurso Extraordinário 543397 PR, em 07/12/2009, o Supremo Tribunal Federal, já arrematou que “o argumento referente à impossibilidade do Judiciário impor obrigação de fazer ao ente do Executivo, em linhas gerais, já foi rejeitado por essa Corte, no julgamento da ADPF nº 45, da relatoria do Ministro Celso de Mello”, salientando ainda que “naquele julgado, restou assentada a viabilidade instrumental de ação perante o Poder Judiciário, para concretização de políticas públicas”.

E, no histórico julgamento da ADPF 45, em 29/04/2004, destacou o ministro Celso de Mello que:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.**” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário,** se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (destacamos)

Conforme se pode verificar, no julgamento da ADPF 45, o Supremo Tribunal Federal entendeu que excepcionalmente, o Poder Judiciário

ário pode tomar para si a incumbência de implementar políticas públicas quando a inércia do Poder Público ofende a Constituição, desrespeitando direitos, impedindo, em virtude da conduta omissiva, a aplicabilidade de postulados e princípios da Lei Fundamental.

Por fim, insta mencionar outros julgados quer se deram no mesmo norte, em o que judiciário imputou ao executivo, obrigação de fazer.

No julgamento do STF do ARE 639337 /SP, em 23/08/2011, Celso de Mello informou que:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, **determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (destacamos).

Em outra decisão da lavra do ministro Celso de Mello, o STF, ao tratar da proteção aos direitos da criança e dos adolescentes, qualificando-os como um dos direitos sociais mais expressivos, consignou que a sua não implementação “qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público”, uma vez que “restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público”. Por fim, conclui que o “administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração”⁴¹. Fica ainda mais claro da leitura desses julgados o entendimento consignado neste trabalho, apontando o Supremo Tribunal Federal que é inquestionável a legitimidade do judiciário para implementar políticas públicas quando a omissão da Administração Pública puder ofender a integridade e eficácia de direitos fundamentais.

41 RE 482611/SC, julgado em 13/03/2010.

E ainda, neste mesmo sentido, insta assinalar a lição do ministro Luis Fux, na decisão do STJ no RESP 575280/SP, julgado em 02/09/2004, que tratando de direitos constitucionais, afirmou que “as meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação”, destacando em seguida que “diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, **ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.**” (destacamos). Por fim, completa trazendo que, é “evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.”

Logo, segundo Fux, para implementação de uma política pública, o Judiciário inclusive está autorizado a impor obrigação de fazer à Administração Pública, mesmo que isso acarrete em repercussão na esfera orçamentária, até mesmo porque, por razões óbvias, as obrigações de implementar políticas públicas naturalmente terão implicações no orçamento do Executivo. Destarte, transpondo esta decisão para o caso *sub examine*, não afrontaria a separação de poderes a imposição por parte do Judiciário ao Executivo Municipal da obrigação de desapropriar um terreno por utilidade pública, nas situações descritas neste trabalho, mesmo que para isso a Administração Pública tenha de arcar com as despesas indenizatórias ao proprietário.

Em recente julgado o min. Dias Toffoli, ratificou este entendimento:

(...) Por outro lado, **pacificou-se** neste Tribunal o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como **é o caso do direito à integridade física e à moradia digna dos administrados**, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. (STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 708.667, julgado 28/02/2012). (destacamos).

Garimpando-se a jurisprudência dos tribunais regionais, bem como do STJ e STF, pode-se encontrar outras decisões que se deram no

mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível nº 110.125-0/8-00, des. Roberto Vallim; TJDF, Apelação Cível nº 62, 16 de abril de 1993, acórdão nº 3835, des. Cláudio de Almeida Abreu; STJ, Recurso Especial nº 1041197-MS, min. Humberto Martins; STF, AR em Argravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 367432-PR, min. Eros Grau, julgado em 20/04/2010.

Por fim, impende destacar, brilhante colocação do professor da UNB, Menelick de Carvalho Netto, trazida no Congresso “Justiça de Transição – Por um Estado Democrático de Direito, que se realizou no mês de maio de 2012, em Belo Horizonte/MG, que, lembrando os ensinamentos de Dworking, asseverou que “a Constituição não é somente um texto, **ela é aquilo que ela constitui**”.

4. CONCLUSÕES FINAIS

Como foi apresentado, o direito à moradia é uma garantia que foi amplamente resguardada pelo sistema jurídico brasileiro, através de normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam o uso e ocupação do solo. E, enquanto direito social prescrito no *caput* do art. 6º, a Administração Pública tem o poder-dever de efetivar esta garantia. Porém, é cediço que, na grande maioria das vezes, o Estado não desempenha a contento suas atribuições, não efetivando assim o direito à moradia. Destarte, é de se esperar que os marginalizados busquem através das ocupações urbanas, o acesso a terra, ocupando propriedades que não cumpre sua função social, efetivando assim o direito à moradia e, conseqüentemente, suas necessidades vitais e toda uma série de outros direitos.

Diante da omissão do Poder Público, o Judiciário, quando demandado, deve dirimir as lides de forma a implementar o direito à moradia, ao verificar que a propriedade não vem cumprido sua função social, garantido a posse dos que ocupam estes imóveis subaproveitados. E para isto, como amplamente demonstrado, é lícito ao julgador impor ao Executivo, inclusive, obrigação de fazer, sem que isto acarrete num desequilíbrio da separação de poderes.

Destarte, o cenário que se tem é o de que foi colocado à disposição da Administração Pública uma série de instrumentos aptos a resguardarem a garantia da moradia, podendo a mesma, inclusive, se valer do decreto desapropriatório por interesse público, mas, na omissão desta, torna-se lícito ao Judiciário, quando demandado, impor ao Ente Federado obrigação de fazer, podendo até mesmo determinar à municipalidade o

dever de proceder com a desapropriação por interesse público, evitando assim a violação dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALFONSIM, Betânia e FERNANDES, Edésio (organizadores). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade* – diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Editora Fórum, 2004.

ARAÚJO, Rodolfo de Medeiros. *Análise da aplicabilidade do Estatuto da Cidade visando a regularização fundiária de áreas do centro histórico de João Pessoa*. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Programa Regional de Pós-graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico urbanística. In CARVALHO, Celso Santos e ROSSBACH, Ana Claudia (organizadores). *O Estatuto da Cidade : comentado/ The City Statute of Brazil : a commentary*. São Paulo : Ministério das Cidades : Aliança das Cidades, 2010.

FREITAS, José Carlos. Dos direitos de vizinhança e o direito urbanístico. In FILOMENO, JÚNIO e GONÇALVES. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

G1. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/brasil-tem-114-milhoes-morando-em-favelas-e-ocupacoes-diz-ibge.html>> acessado em 10/02/2012>, acessado em 23/04/2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARX, Karl e ENGELS Frederick. *Manifesto Comunista*. Disponível em <http://www.pstu.org.br/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf>. Acessado em 22/04/2012.

MATTOS, Liana Portilho. Limitações urbanísticas à propriedade. In FERNANDES, Edésio (org.) *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAURO, Roberta, A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens, In TERPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (organizadores). *Diálogos sobre o direito civil* – volume II. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 3º vol. Direito das coisas. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 85.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Direito das Coisas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. O novo código civil e a propriedade à serviço da política urbana. In: FILOMENO, José Geraldo Brito, WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa e GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.