



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

MARIA EUGÊNIA MACHADO JUNQUEIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO
DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
À MORADIA.**

Brasília 2014

MARIA EUGÊNIA MACHADO JUNQUEIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO
DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
À MORADIA.**

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Centro
Universitário de Brasília-DF como
requisito para obtenção do grau de
Bacharelado em Direito.

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro.

**BRASÍLIA
2014**

MARIA EUGÊNIA MACHADO JUNQUEIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO
DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
À MORADIA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB.

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília, ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me concedido a oportunidade de chegar até aqui, iluminando os meus caminhos e dando-me saúde, sabedoria e forças para superar as dificuldades.

Agradeço também o meu orientador professor Júlio César Lérias Ribeiro, pelo suporte, apoio, pelas suas correções e incentivo.

Um agradecimento mais que especial as minhas famílias, paulista e brasiliense, por todo o seu amor incondicional. E principalmente a minha mãe que sempre me apoiou e tornou realidade todos os meus sonhos.

Aos meus queridos amigos que ganhei nessa caminhada, obrigada pelo apoio.

Agradeço meus colegas de trabalho pela oportunidade, pelo incentivo e pela troca diária de conhecimento.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente fazem parte da minha formação, a vocês o meu muito obrigado.

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar a existência implícita do princípio da função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro como forma de concretizar o direito fundamental e social à moradia, garantindo, ainda, a dignidade da pessoa humana. Para tanto, primeiramente, se analisa os direitos fundamentais em geral, destacando-se as suas características e relevância. Logo em seguida, demonstra-se a importância do direito à moradia como direito fundamental e social positivado na Constituição Federal de 1988. Num segundo momento, foi estudado o direito à moradia e o princípio da função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro. Analisou-se a presença implícita da função social da posse na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Cidade, destacando-se os principais meios para a sua promoção, dando relevância para os institutos da desapropriação, da usucapião especial urbana simples e coletiva e da concessão de uso especial para fins de moradia, no sentido de demonstrar como estes instrumentos jurídicos se configuram como meio hábil à realização do princípio da função social da posse e a garantia do direito à moradia.

Palavras chaves: direito à moradia, posse, função social, dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. CAPÍTULO 1: FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	8
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: GENERALIDADES.....	8
1.2 O DIREITO SOCIAL À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	12
1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	17
2. DIREITO À MORADIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE.....	21
2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E O DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	21
2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E O DIREITO À MORADIA NO CÓDIGO CIVIL.....	26
2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E O DIREITO À MORADIA NO ESTATUTO DA CIDADE.....	31
3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO GARANTIA AO DIREITO À MORADIA.....	39
3.1 JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL À TUTELA JUDICIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE-MORADIA.....	39
3.2 JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL À TUTELA JUDICIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE-MORADIA.....	44
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa será abordado o princípio da função social da posse como mecanismo para garantir o direito fundamental e social à moradia, sob a análise do ordenamento jurídico e da doutrina contemporânea, onde se verificará a presença implícita do princípio da função social da posse.

O assunto tem significativa relevância tendo em vista que, muitas vezes, o direito fundamental e social à moradia não é garantido a toda população, situação esta que descumpre a Constituição Federal e não possibilita à sociedade uma moradia e vida digna.

Nesse sentido, coloca-se a questão central do trabalho: Qual o conteúdo e alcance da função social da posse no direito brasileiro atual, referente a efetivação do direito fundamental e social à moradia?

A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos nos capítulos desta monografia.

Pela análise do ordenamento jurídico, da doutrina e da jurisprudência moderna, se observará a presença implícita do princípio da função social da posse na legislação brasileira e demonstrar-se-á que a sua aplicação permite melhorar a situação habitacional do país, efetivando o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, ambos positivados na Constituição Federal de 1988.

No primeiro capítulo, inicialmente, serão analisadas as generalidades e características dos direitos fundamentais. Logo em seguida se passará ao estudo do direito à moradia, que, atualmente, está positivado constitucionalmente como direito fundamental e social. Nesse capítulo, ainda, será estudado o conceito e as teorias da posse para adentrar ao estudo da princípio da função social da posse como promovedor e garantidor do direito à moradia.

No segundo capítulo, se fará uma pesquisa da função social da posse e do direito à moradia sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e da lei 10.257/2011. Serão analisados os dispositivos legais onde o princípio da função social da posse se encontra implicitamente, bem como se fará uma análise dos instrumentos jurídicos da desapropriação, da usucapião especial urbana simples e coletiva e da concessão de uso

especial para fins de moradia, os quais possibilitam a concretização do direito fundamental à moradia, mediante a aplicação da função social da posse.

No terceiro capítulo, apreciar-se-á o posicionamento jurisprudencial sobre o tema. No primeiro julgado a ser analisado se verificará que a função social da posse foi levada em consideração no caso concreto para efetivar o direito a moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana. Já no segundo julgamento apreciado, se verificará o contrário. A função social da posse, o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, todos esses garantidos à sociedade pela Carta Magna, foram ignorados por completo no caso real.

O marco teórico utilizado nesta pesquisa monográfica diz com exame de documentos públicos e de livros doutrinários do direito civil brasileiro contemporâneo.

A presente pesquisa se apoiou na análise documental e bibliográfica relativa à doutrina, legislação e jurisprudência brasileira.

Capítulo 1

Neste capítulo serão analisadas as generalidades e características dos direitos fundamentais. Depois se passará ao estudo do direito à moradia, que, atualmente, está positivado constitucionalmente como direito fundamental e social. Ainda, será estudado o conceito e as teorias da posse antes de adentrar ao exame do princípio da função social da posse como promovedor e garantidor do direito à moradia.

1.1 – Direitos Fundamentais: generalidades.

Para se alcançar uma discussão acerca da garantia do direito à moradia, é imprescindível analisar os aspectos, conceitos, características e espécies de direitos fundamentais, haja vista que o direito à moradia está incluído no rol dos direitos constitucionais da Magna Carta de 1988, precisamente, definido como direito social nos termos da emenda n. 26/2000.

A saber, a Constituição Federal brasileira traz em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos¹.

Há que se esclarecer que direitos fundamentais e direitos humanos são coisas distintas. Na verdade, a diferença é sutil, uma vez que o conteúdo desses direitos se confunde muitas vezes.

Os direitos fundamentais são as garantias individuais e coletivas positivadas no ordenamento jurídico de determinado Estado, já os direitos humanos são direitos reconhecidos na ordem jurídica internacional, independentemente de qualquer vinculação do indivíduo com determinada ordem constitucional.

Posto isso, ressalta-se que os direitos fundamentais são hoje parâmetros de medição do grau de democracia de uma sociedade. Do mesmo modo, a sociedade democrática é condição imprescindível para eficácia dos direitos fundamentais².

Nesse sentido, verifica-se que os direitos e garantias fundamentais são de extrema importância para se estabelecer uma ordem social e jurídica, pois, muitas vezes, os direitos fundamentais servem de base para criação de todo um ordenamento jurídico de um

¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 113.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

Estado, auxilia na interpretação da norma jurídica e, ainda, definem os aspectos culturais de um povo³.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos”⁴.

Todavia, nem sempre os direitos fundamentais tiveram tamanha importância e definiram aspectos importantes de uma sociedade. Foram séculos de conflitos, discussões, reflexões e conquistas.

Primeiro surgiram os chamados direitos de primeira geração, que são os relacionados ao direito de liberdade. Foram séculos de batalhas, nas quais se pretendiam assegurar a separação de poderes e a proclamação de direitos individuais que garantissem a liberdade almejada⁵. A *Bill of Rights* (1688) e a Declaração dos Direitos do Homem (1789) são exemplos de documentos históricos marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos de primeira geração⁶.

Após isso, através da Revolução Industrial se impulsionou os direitos chamados de segunda geração. Nessa fase, são privilegiados os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade⁷. O Estado passa a se orientar por motivações e objetivos de justiça social, quando, a partir disso, o princípio da igualdade de fato ganha destaque.

Na ótica de Peres Luño, os direitos de segunda geração são motivados pela tomada de consciência de que *“a liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e a não-liberdade de muitos”⁸*.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 107.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 107.

⁵ MENDES, ob. cit, p. 108.

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 740.

⁷ LENZA, op. cit, p. 740.

⁸ LUÑO, Peres *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 111.

Por último, têm-se os direitos de terceira geração, os quais se dirigem à proteção, não do homem isoladamente, mas da coletividade, sendo direitos de titularidade difusa ou coletiva⁹.

É importante esclarecer que a divisão dos direitos fundamentais em três gerações é apenas para facilitar a compreensão de sua evolução e salientar que foram sendo admitidos em momentos distintos, de acordo com o panorama histórico e social da época. Não significa dizer que uma geração substituiu a outra, pois, os direitos de cada geração persistem válidos, mesmo com a aparição de uma nova geração.

Considerando a evolução histórica dos direitos fundamentais e sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, Paulo Gustavo Gonet Branco conclui que “*os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade da pessoa humana*”¹⁰.

Nessa mesma linha Pietro de Sanchis defende que os direitos humanos e fundamentais sempre terão relação com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política¹¹.

Posto isso, para melhor entender os direitos fundamentais faz-se necessário, ainda, conhecer suas características. De acordo com a mais acertada doutrina, os direitos fundamentais são universais, absolutos, históricos, inalienáveis, constitucionalizados, imprescritíveis, vinculados ao poder público e tem aplicabilidade imediata.

De forma sintética, cabe analisar algumas das características dos direitos fundamentais.

Apesar de ser universal, tal característica é relativizada, já que alguns direitos fundamentais específicos não se ligam a toda e qualquer pessoa, como por exemplo, os direitos dos trabalhadores estipulados no art. 7º da Constituição Federal, que se referem somente as pessoas que trabalham e não a todo e qualquer indivíduo¹².

Quanto ao absolutismo dos direitos fundamentais, isso implica em dizer que os direitos fundamentais são hierarquicamente superiores a qualquer outra norma e não suportam restrições. Todavia, tal característica também é relativizada, considerando que os

⁹ MENDES, op. cit, p. 111.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 115.

¹¹ PRIETO, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madri: Debate, 1994, p. 88.

¹² MENDES, op. cit, p. 119.

direitos fundamentais podem sim sofrer limitações quando enfrentam outros direitos fundamentais¹³.

Essas limitações podem inclusive estarem previstas expressamente no texto da Carta Magna, como exemplo, cita-se o direito de propriedade que encontra limitações para proteção do direito ambiental, bem como para atender as suas funções sociais, quando se admite a desapropriação.

A historicidade releva o caráter evolutivo dos direitos fundamentais, uma vez que certos direitos fundamentais só fazem sentido em um determinado momento histórico.

Já a inalienabilidade dos direitos fundamentais significa que o seu titular não pode renunciar, comprar, vender ou doar um direito.

A constitucionalização dos direitos fundamentais é a sua positivação na ordem jurídica constitucional. Essa característica traz consequências importantes como a sua imposição a todos os poderes constituídos e impossibilidade de sua revisão, já que os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro são considerados como cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988¹⁴.

Sobre a vinculação dos poderes públicos aos preceitos dos direitos fundamentais, explica o mestre Paulo Gustavo Gonet Branco:

“A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem. Os direitos fundamentais qualificam-se, juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado”¹⁵.

Até aqui se ressaltou a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. É necessário ainda dizer um pouco sobre a dimensão objetiva.

Pela ótica objetiva, os direitos fundamentais são tidos como princípios básicos da ordem constitucional, servindo de norte para as ações de todos os poderes constituídos de um Estado de Direito democrático. Além disso, é atribuída aos direitos

¹³ MENDES, op. cit, p. 120.

¹⁴ MARTINS NETO, João de Passos. *Direitos Fundamentais: conceito, funções e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 126.

fundamentais uma eficácia plena, fazendo que eles sirvam de base para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito¹⁶.

Por último, salienta-se que, por vezes, poderá haver conflitos entre os direitos fundamentais. Os conflitos de direitos fundamentais nada mais são do que conflito de princípios.

Nesses casos, segundo Gilmar Mendes, “*deve-se buscar uma conciliação entre eles sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro*”¹⁷. Ele ainda defende que um juízo de ponderação deve ser exercido, pautado no princípio da proporcionalidade, justificando o sacrifício de um direito, o qual não deve prevalecer ao benefício que se pretende obter com a solução.

Significa dizer que a consequência que o direito fundamental sacrificado pode acarretar, não deve superar o benefício que o direito fundamental prevalecido irá trazer. Por exemplo, em um caso de posse de moradores carentes sobre um terreno que não exercia a sua função social, o direito à moradia dessas pessoas que ocupam o terreno pode prevalecer sobre o direito à propriedade do dono do imóvel, já que este não fazia cumprir a função social.

1.2 – O direito social à moradia como direito fundamental.

Abordadas as generalidades dos direitos fundamentais, é preciso, neste tópico, debater especificamente sobre o direito fundamental à moradia. O direito à moradia está positivado no ordenamento jurídico brasileiro no art. 6º da Constituição Federal.

*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)*¹⁸.

Por meio da emenda constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia foi incluído expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, sob o Capítulo II, como Direito Social¹⁹.

Esclarece-se que os direitos sociais aparecerem pela primeira vez na Constituição brasileira de 1934. O direito à moradia, especificamente, como dito, foi introduzido tardiamente na legislação constitucional, porém já era reconhecido no

¹⁶ MENDES, op. cit., p. 153-155.

¹⁷ MENDES, op. cit., p. 182.

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 6º.

¹⁹ SOUZA, op. cit., p. 113.

ordenamento jurídico brasileiro através da ratificação de tratados internacionais, os quais consideram o direito à moradia como direito humano²⁰.

José Afonso da Silva, ao conceituar direitos sociais, afirma:

“Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade²¹”.

Os direitos sociais se relacionam aos direitos fundamentais de segunda geração – igualdade, sendo o Estado responsável pela consumação desses direitos²².

Percebe-se, portanto, que o direito à moradia já obteve pleno reconhecimento no ordenamento jurídico, demonstrando sua importância como direito básico e essencial a uma vida decente.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º da Constituição Federal, são, também, preceitos constitucionais para a proteção e satisfação do direito à moradia.

A dignidade da pessoa humana é tida como um comando constitucional para apurar a violação do direito à moradia. Quando todas as pessoas tiverem um padrão de vida digno, significará que elas terão uma moradia adequada²³.

Nesse sentido, explica Nelson Saule Junior:

“A dignidade da pessoa humana como comando constitucional será observada quando os componentes de uma moradia adequada forem conhecidos pelo Poder Público e pelos agentes privados, responsáveis pela execução de programas e projetos de habitação de interesse social, como elementos necessários à satisfação do direito à moradia. Vale lembrar que tais componentes são os seguintes: segurança jurídica da posse, disponibilidade dos serviços e infraestrutura, custo da moradia acessível, habitabilidade, acessibilidade e localização e adequação cultural”²⁴.

Ainda tratando sobre a importância da dignidade da pessoa humana para a aferição do direito à moradia, Nelson Saule Junior defende que a dignidade da pessoa humana

²⁰ SOUZA, op. cit., p. 104-112.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 276-278.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

²³ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 50.

²⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p.149.

evidencia o direito à moradia dos grupos sociais discriminados e marginalizados, impondo o dever aos órgãos do Poder Executivo e do Judiciário de dispensar um tratamento digno para esses grupos nos casos de conflitos²⁵.

Por força do § 1º do art. 5º da Carta Magna²⁶, os direitos fundamentais detêm aplicabilidade imediata. Por conclusão lógica aplica-se esse dispositivo também aos direitos sociais²⁷.

Todavia, no estágio de evolução social e econômica que se encontra o país, verifica-se que a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais e sociais não se realiza.

O Constituinte, ao mencionar todos os aqueles direitos sociais no art. 6º da Constituição Federal, comprometeu o Estado a adotar políticas públicas para materialização de tais direitos.

Os direitos sociais exigem do Poder Público uma atuação positiva com o objetivo de alcançar a igualdade social dos hipossuficientes. Por isso, André Ramos Tavares também os conceitua como direitos prestacionais, pois o Estado tem o dever de prestar serviços públicos e implementar políticas públicas que garantam sua efetividade²⁸.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que *“a plena e efetiva realização do ordenamento jurídico no plano social, embora, embrionariamente, já esteja concebida no plano normativo (em sentido amplo), depende de fatores econômicos, éticos e culturais”*²⁹.

Assim, alguns doutrinadores sustentam que a regra da aplicabilidade imediata não poderia ser aplicada a essa categoria de direitos, porque as normas teriam condições apenas de prescrever programas sociais a serem adotadas pelo Estado³⁰.

Para justificar essas objeções que impossibilitam a eficácia plena dos direitos sociais, alguns doutrinadores defendem o princípio/cláusula da reserva do possível.

²⁵ SAULE JÚNIOR, op. cit., p. 149.

²⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²⁷ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 43.

²⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837.

²⁹ DIDIER JR, Fredie – Org. *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 21.

³⁰ KELBERT, ob. cit., p. 43.

Para Ana Carolina Lopes Olsen, a reserva do possível se relaciona com a necessidade de se adequar as prestações sociais com as reservas orçamentárias. É definida, portanto, como uma cláusula restritiva dos direitos fundamentais sociais³¹.

É inegável que todos os direitos fundamentais são dependentes de fatores econômicos e da disponibilização de verbas públicas. Nesse sentido, a escassez de recursos pode acarretar um limite concreto à efetivação dos direitos prestacionais³².

No entanto, como dito anteriormente, ao positivizar expressamente os direitos sociais na legislação constitucional, o Estado brasileiro assumiu um compromisso para com a sociedade de consumir esses direitos.

Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição, embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, seu cumprimento é uma obrigação constitucional³³.

Sobre esse tema polêmico, Olsen conclui:

“A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse ‘vontade política’, face à escassez de recursos. Interessante que esses recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável³⁴”.

Então, para rebater a reserva do possível, a doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que, segundo Luis Roberto Barros, nada mais é que *“condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”*³⁵.

A destinação de recursos públicos deverá ter uma perspectiva a intangibilidade no mínimo existencial, para conferir real efetividade às normas de garantias fundamentais³⁶.

³¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 182.

³² KELBERT, ob. cit., p. 76.

³³ WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em 15 set, 2014.

³⁴ OLSEN, op.cit., p. 209.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

³⁶ BERTRAMELLO, Rafael. *Os direitos sociais: conceito, finalidade e teorias*, 2013. Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943093/os-direitos-sociais-conceito-finalidade-e-teorias>>. Acesso em: 15 set, 2014.

Assim, não resta dúvida de que a cláusula da reserva do possível não pode servir como desculpa para esquivar a responsabilidade do Poder Público, pois caracteriza retrocesso social.

O retrocesso deve ser vedado e rechaçado pela ordem jurídica brasileira, pois, está intimamente ligado à noção de segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Assim, o argumento da reserva do possível como fundamento a medidas que importem um retrocesso nas conquistas dos direitos sociais não poderá valer, sob pena de violação aos princípios e garantias constitucionais³⁷.

Diante da deficitária concretização dos direitos sociais, o fenômeno da judicialização desses direitos se torna cada dia mais presente na Justiça brasileira.

O poder judiciário é um aliado cada vez mais frequente na efetivação dos direitos sociais, apesar de alguns discordarem com tal judicialização.

No entanto, a maioria defende a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, pois acreditam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos não pode deixar de ser garantido pelo Estado, e na sua ausência, é imprescindível a apreciação judicial³⁸.

Sobre tal assunto, o Ministro Gilmar Mendes esclarece:

“Não pode ser esquecido que os direitos sociais possuem uma estrutura complexa, isto é, são ao mesmo tempo direitos individuais e coletivos. Ao ser definida uma política pública, a tarefa mais difícil é buscar estabelecer que não seja retirado o caráter individual destes direitos. Entretanto, as políticas devem ser bem delineadas de modo que não sejam transformadas em uma prestação exclusivamente individual, perdendo-se a necessidade de fixação de normas gerais de organização e procedimento. É esperado que, aos poucos, a Administração Pública se reestruture e encontre mecanismos de prover – ela própria – os direitos sociais, sem a necessidade de que estas demandas sejam submetidas ao Poder Judiciário³⁹”.

Pelo exposto, conclui-se que apesar de a Constituição estar vigente há mais de duas décadas, ela reclama por mais efetividade dos Direitos Fundamentais a fim de consolidar a democracia e a dignidade da pessoa humana, sobretudo pela via do Poder Judiciário.

³⁷ KELBERT, ob. cit., p. 98.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668.

³⁹ MENDES, op. cit., pag. 725.

1.3 – Função Social da posse e a concretização do direito fundamental à moradia

Antes de adentrar ao estudo do princípio da função social da posse, é imprescindível analisar o instituto da posse propriamente dito e diferenciar alguns aspectos de posse e propriedade.

Para se apreciar o fenômeno da posse, primeiramente, há que se analisar duas teorias norteadoras da posse, quais sejam, a teoria de Savigny (clássica ou subjetiva) e a teoria de Ihering (objetiva).

Na concepção de Savigny, a posse é poder que uma pessoa tem de dispor fisicamente de uma coisa, com a intenção de tê-la para si e defendê-la contra intervenção de outrem. Nesse sentido, a posse apresenta dois elementos: o *corpus* que é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa, possibilitando sua imediata oposição em face de terceiro; e o *animus*, o qual consiste na intenção de exercer o direito proprietário, de sentir-se dono da coisa, mesmo não sendo⁴⁰.

Para Savigny, só haverá posse se houver o *animus domini*. Nas situações em que alguém atue sobre a coisa sem o *animus*, realizar-se-ia mera detenção.

Diferentemente, para Ihering a posse é a exteriorização da propriedade e dos poderes a ela inerentes. O que vale é o uso econômico, tenha ou não o possuidor o *animus domini*. Ao dispensar o elemento psicológico do *animus*, concede-se a condição de possuidores àqueles que seriam considerados meros detentores pela teoria clássica⁴¹.

O Código Civil brasileiro adota a teoria objetiva, com uma nítida filiação a teoria subjetiva em relação à usucapião como modo aquisitivo da propriedade, o qual necessita do *animus domini*. No entanto, predomina o entendimento de Ihering, a teor do art. 1.196 do Código Civil Brasileiro: “*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”.

Pela percepção do legislador, possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não.

Na visão da mestra Ana Rita Vieira Albuquerque, a posse representa um querer do homem em se ligar a terra e dela tirar seus frutos, diferenciando-a da propriedade,

⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 224.

⁴¹ ROSENVALD, op. cit., p. 225.

que suscitava a ideia de um poder absoluto sobre a terra, exprimindo a exploração do homem sobre o homem⁴².

Nesse viés, a teoria objetiva de Ihering não é mais capaz de explicar o fenômeno possessório a fim de garantir a materialização dos direitos fundamentais⁴³. Esse tema específico é o objeto de estudo desse trabalho.

Para compreender como o fenômeno possessório é capaz de efetivar os direitos fundamentais, principalmente o direito à moradia, ao trabalho e a dignidade da pessoa humana, é necessário entender o princípio da função social da posse, bem como averiguar a sua existência e consumação no Direito brasileiro.

Nos dias atuais, a posse é um instituto de alta densidade social, pois permite às pessoas acesso ao bem imóvel, possibilitando concretizar os direitos sociais da moradia e do trabalho⁴⁴.

Esclarece-se precipuamente que função social da posse e função social da propriedade são institutos distintos. Pela evolução do direito à propriedade, verifica-se que já se ganhou muito com o passar do tempo.

No Código Civil de 1916, imperou-se o conceito de propriedade absoluta e individual, pois somente regulou os poderes absolutos do proprietário⁴⁵. Contudo, o caráter absoluto da propriedade sofreu transformações, evoluindo até o que se chamam hoje de função social da propriedade.

Antes, o proprietário poderia agir com total liberdade para decidir de que forma utilizaria seu poder incondicionado sobre a propriedade, agora o princípio da função social da propriedade altera esse direito, uma vez que condiciona o exercício do direito sobre a propriedade à satisfação das exigências da sociedade como um todo, não tolerando mais o atendimento único e exclusivo aos interesses privados do proprietário⁴⁶.

⁴² ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 12.

⁴³ ROSENVALD, op. cit., p. 226.

⁴⁴ RIBEIRO, Júlio César Lérias. *Posse e Ordenamento Jurídico: Um estudo crítico acerca da autonomia normativa da posse, em face da propriedade, no sistema jurídico brasileiro, sob as luzes do juspositivismo*/Júlio César Lérias Ribeiro – 2011, p. 1.

⁴⁵ BRASIL. Código Civil de 1916, artigo 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

⁴⁶ BLANC, Priscila Ferreira. *Plano Diretor Urbano & Função Social da Propriedade*. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19-54.

A nova perspectiva sobre a propriedade se orienta sobre três princípios: o bem comum, a participação e a solidariedade⁴⁷. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana embasam a construção do princípio da função social, o qual não deixa subsistir a propriedade antissocial.

O art. 524 do Código Civil de 1916 corresponde ao art. 1.228, *caput* do novo código civil⁴⁸. No entanto, a nova lei civil acrescentou normas definidoras da propriedade que limitam o exercício do proprietário, em complementação ao disposto na Constituição Federal, as quais serão oportunamente comentadas no segundo capítulo do presente trabalho.

A função social da propriedade é considerada um princípio constitucional, uma vez que está insculpido nos art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III da Constituição Federal vigente, tornando-o uma norma cogente, vinculante, de cumprimento obrigatório, sendo estabelecida, até mesmo, sanção no caso de não observância desse preceito constitucional⁴⁹.

A propriedade urbana que deixar de cumprir sua função social estará sujeita a aplicação de instrumentos urbanísticos, sendo eles: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo ou desapropriação⁵⁰.

Constata-se, portanto, que a função social da propriedade deve relacionar a necessidade e o interesse da pessoa proprietária, com as demandas, necessidades e interesses sociais da coletividade.

⁴⁷ ROSENVALD, op. cit., p. 29.

⁴⁸ BRASIL, Código Civil. Lei 10.256, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

⁴⁹ RANGEL, Helano Márcio Vieira. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78, Jul-Dez 2009.

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 182.

No entanto, verifica-se que o princípio da função social da propriedade, por si só, é insuficiente para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.

Já os entendimentos constitucionais e civis modernos, entendem que a função social da posse é capaz de efetivar os direitos fundamentais ao trabalho, à moradia e a dignidade da pessoa humana no contexto do Estado Democrático de Direito.

Apesar de não haver previsão expressa do princípio da função social da posse na Constituição Federal ou no Código Civil, não o torna menos importante que a função social da propriedade. A função social da posse está presente nos princípios constitucionais, nos interesses da sociedade e nas decisões de Tribunais, as quais serão analisadas mais a frente⁵¹.

Nas considerações preliminares sobre a função social da posse é importante salientar que o instituto da posse não está atado à propriedade. É um instituto jurídico autônomo, com feições e caráter próprio, que deve ser inserido no contexto da realidade social e cultural. A posse dotada de função social pode competir juridicamente com o direito de propriedade⁵².

Pode-se dizer também que a função social da posse não é uma limitação ao direito da posse, mas sim um conteúdo inerente a ela, que possibilita uma visão mais ampla do instituto e de sua utilidade social⁵³.

Nesse sentido, se manifesta a autora Ana Rita Vieira Albuquerque:

Vale dizer, este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida⁵⁴.

Logo, atualmente, a posse é tida como um instrumento jurídico que visa satisfazer uma necessidade, seja ela individual ou coletiva, prevendo a utilização de um bem segundo a sua destinação econômica-social com a finalidade de cumprir os requisitos da função social da propriedade⁵⁵.

⁵¹ RIBEIRO, op. cit., p. 1-5.

⁵² ALBUQUERQUE, op. cit., p. 13.

⁵³ ROSA, Marizélia Peglow da. *A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento da efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf. Acesso em 02 abril, 2014.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 12.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 10-15.

Capítulo 2

Neste capítulo se analisará a função social da posse e o direito à moradia sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e da lei 10.257/2011. Serão analisados os dispositivos legais onde o princípio da função social da posse se encontra implicitamente, bem como se fará uma análise dos instrumentos jurídicos da desapropriação, da usucapião especial urbana simples e coletiva e da concessão de uso especial para fins de moradia, os quais possibilitam a concretização do direito fundamental à moradia, mediante a aplicação da função social da posse.

2.1 – Função Social da Posse e o direito à moradia na Constituição Federal.

O objetivo desse tópico é demonstrar a presença implícita do princípio da função social da posse na Constituição Federal, a fim de garantir o direito à moradia, também previsto na Carta Magna de 1988 como direito fundamental e social.

A década de 80 foi marcada pela crise do regime totalitário e teve como reflexo mudanças de atitude dos setores liberais, à volta do Estado Democrático de Direito e o início da discussão sobre os direitos humanos no Brasil. Simultaneamente a esse novo panorama, houve uma mudança significativa na sociedade, determinada pela concentração da população nas áreas urbanas, ocasionando grandes conglomerados urbanos com qualidade de vida em níveis insatisfatórios⁵⁶.

Esse cenário contribuiu para a construção de uma nova Constituição interessada em garantir o bem-estar de todos os indivíduos, preocupando-se em legitimar a participação popular e a aplicabilidade dos princípios e direitos fundamentais.

Nesse sentido foram positivados os direitos e garantias fundamentais, incluindo nesse rol o direito à moradia como direito social, consoante se observa pela leitura do artigo 6º da CF.

Nos comentários de J.J. Gomes Canotilho à Constituição, ele explica que os direitos sociais têm aplicabilidade direta e eficácia imediata, devendo obrigar todos os órgãos estatais, nas suas respectivas competências. Há uma tendência doutrinária e jurisprudencial que atrelam os direitos sociais ao mínimo existencial, concebido como garantia das condições

⁵⁶ NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p. 71.

mínimas à vida com dignidade. Dessa forma, são passíveis de exigibilidade judicial decorrente da positivação como norma constitucional⁵⁷.

O direito social à moradia, positivado na Constituição Federal pela emenda n. 26/2000, nas palavras de Loreci Gottschalk Nolasco, é um direito natural do indivíduo, indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade, consistindo na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço que permita a proteção à intimidade e a prática de atos elementares do ser humano, daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção⁵⁸.

Esse direito social tem o objetivo de proteger os indivíduos no sentido de impedir que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma vida digna, por ato do Estado ou de particulares⁵⁹.

Ainda nesse pensamento, Loreci Gottschalk afirma:

“O direito à moradia integra o direito à subsistência, que é a expressão mínima do direito à vida, porém, direito à vida digna e à integração social. Assim, o fundamento do direito à moradia está na constatação de que é crescente a exclusão social, a marginalidade econômica, que redundam em marginalidade geográfica”.

Nesse aspecto o direito à moradia é direito humano intitulado como direito social no artigo 6º da Constituição brasileira. No entanto, não é menor sua relevância por não estar elencado no artigo 5º. O direito social à moradia é imprescritível, irrenunciável, inviolável, universal e dotado de efetividade, assim como todos os outros direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Posto isso, cabe destacar a relevância de uma Constituição nas sociedades. Segundo Luiz Roberto Barroso, a constituição é capaz de criar ou reconstruir um Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais e disciplinando a produção e os limites das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Ela tem a função suprema de converter o poder em Direito⁶⁰.

Ainda, constata o autor que a norma de nível constitucional é dotada de máxima hierarquia, tendo aplicabilidade direta e imediata, principalmente nas ocasiões que

⁵⁷ CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F; SCARLET , Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 541.

⁵⁸ NOLASCO, op. cit., p. 88.

⁵⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 543.

⁶⁰ BARROSO, op. cit., p. 98.

contempla a proteção dos direitos fundamentais. Além do mais, funciona como parâmetro de validade para todas as outras normas do ordenamento jurídico brasileiro⁶¹.

As normas se colocam na ordem jurídica hierarquicamente, isto é, a norma superior dimensiona a norma inferior. E isso deve ocorrer na posse⁶². A função social da posse está prevista implicitamente na Constituição Federal e deve regular todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, na interpretação e na aplicação jurídica do instituto da posse, em primeiro plano devem ser consideradas as normas constitucionais, passando às normas infraconstitucionais até à ordenação da realidade social, pelo fato da hierarquia constitucional sobre as demais normas⁶³. Deve haver a subordinação da norma infra à norma constitucional⁶⁴ e desse modo a função social da propriedade e da posse devem ser interpretadas e aplicadas.

Dentre os institutos civis da propriedade e da posse, a Constituição Federal de 1988 enfatizou a função social da propriedade visando defender os interesses coletivos e a melhor distribuição de riquezas, pelo aproveitamento de terras não produtivas⁶⁵.

O termo “propriedade” aparece explicitamente nos artigos 5º, *caput*⁶⁶, XXII⁶⁷ e XXIII⁶⁸ da Constituição Federal.

Marcos Alcino de Azevedo Torres defende que *“tanto a propriedade como a posse estão compreendidas no inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal, pois tal expressão tem sentido amplo, compreendendo todas as relações patrimoniais”*⁶⁹.

Na interpretação da palavra “propriedade” prevista no artigo 5º, *caput*, XXII e XXIII da Magna Carta, segundo Júlio César Lérias Ribeiro, inclui-se o termo “posse”⁷⁰.

⁶¹ BARROSO, op. cit., p. 220.

⁶² RIBEIRO, op. cit., p. 113.

⁶³ RIBEIRO, op. cit., p. 103.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388.

⁶⁵ RIBEIRO, op. cit., p. 106.

⁶⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXII: “é garantido o direito de propriedade”.

⁶⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”.

⁶⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 388.

⁷⁰ RIBEIRO, op. cit., p. 108.

A omissão do princípio da função social da posse na Constituição, não significa a ausência de critérios para a sua aplicação. No ordenamento jurídico brasileiro o juiz pode se utilizar da analogia, costumes e princípios gerais do direito nos casos de omissão da lei⁷¹. Nesse sentido, portanto, deve ser aplicado o princípio da função social da posse a fim de garantir os direitos fundamentais positivados.

O artigo 5º *caput* da Carta Constitucional cuida do direito à propriedade. O artigo 5º, XXII, tutela o direito de propriedade, ou seja, de quem já é proprietário e tem seus interesses individuais garantidos pelos poderes proprietários de usar, gozar, dispor e reaver, previstos no artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. E, por último, o artigo 5º, XXIII, trata da função social da propriedade, isto é, a propriedade na perspectiva de atender os interesses sociais, regulada no artigo 1.228, § 1º do Código Civil⁷².

Na perspectiva do artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, o proprietário de um bem tem uma função social a cumprir, se não a cumpre ou cumpre mal, fica permitida a intervenção estatal a fim de fazer cumprir a função social da posse e da propriedade.

Nesse sentido, verifica-se que o Constituinte dispôs sobre a função social da propriedade como verdadeira norma principiológica, obrigando o proprietário a cumprir a função social de sua propriedade. No entanto, a Constituição também prevê direitos sociais, como a moradia e o trabalho, o que demonstra que a função social da posse não pode deixar de ser observada, pois ela é capaz de garantir a efetividade desses direitos e da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é tida como fundamento de todo sistema constitucional e guia a interpretação das demais normas do sistema jurídico. É o principal princípio constitucional, portanto, não pode ser contrariado ou relativizado⁷³.

A função social da posse é um princípio que se figura como instrumento efetivo para a promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais à moradia e ao trabalho. Nesse viés, a propriedade não pode estar acima da dignidade da pessoa humana e de seu desenvolvimento⁷⁴.

⁷¹ BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei 4.657, de 04.09.1942, artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁷² RIBEIRO, op. cit., p. 110.

⁷³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

⁷⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 13.

Assim, do mesmo modo que o princípio da função social da propriedade é exigido pelo ordenamento jurídico, em razão da realidade social, a função social da posse, embora não formalizada constitucionalmente de forma explícita, também se faz presente e se equipara à propriedade⁷⁵.

Além de se atentar para a promoção da dignidade da pessoa humana, as normas de propriedade e posse previstas na Carta Magna devem ser interpretadas e aplicadas de modo a realizar a solidariedade social prevista no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988⁷⁶.

A aplicação do princípio da solidariedade se demonstra à medida que se realiza desapropriação-sanção em propriedades que não cumprem a sua função social, limitando o poder do proprietário.

O orientador Júlio César Lérias Ribeiro, em seu estudo aprofundado sobre a autonomia da posse, conclui:

*“A norma fundante do Estado democrático de direito da dignidade da pessoa humana funciona como diretiva da interpretação da norma fundamental da solidariedade social, da redução das desigualdades sociais e todas estas guiam a interpretação das normas de garantia e da exigência de função social da posse. Todas as normas constitucionais, por sua vez, constituem diretivas de conteúdo e fundamento de validade das normas constitucionais”*⁷⁷.

Nesse passo, a função social da posse é capaz, como princípio constitucional, de fazer cumprir as exigências de moradia, de aproveitamento de solo, bem como contribuir para a diminuição das desigualdades sociais, contribuindo para efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁸.

Portanto, os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, *caput*, XXII e XXIII da Constituição da República federativa do Brasil garantem os direitos à propriedade e à posse e, ao mesmo tempo, exigem o cumprimento da sua função social. Ainda, essas normas constitucionais constituem fundamento de validade e delimitam o conteúdo das normas infraconstitucionais acerca do tema, como por exemplo, o que estabelecem os artigos 1228, *caput* e §1º, 1196 e 1204 do Código Civil, os quais serão analisados no próximo tópico.

⁷⁵ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 17.

⁷⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁷⁷ RIBEIRO, op. cit., p. 115.

⁷⁸ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 40.

2.2 – Função Social da Posse e o direito à moradia no Código Civil Brasileiro

Antes de adentrar na análise da função social da posse e do direito à moradia no Código Civil Brasileiro de 2002, importante fazer algumas considerações sobre o instituto possessório no Código Civil de 1916.

No Código Civil anterior houve a escolha de doutrina possessória vinculando a posse à propriedade. Tal situação era influenciada pelos aspectos históricos da época, tendo em vista que a grande maioria das pessoas, no início do século XX, residiam na zona rural.

Nessa época, a sociedade brasileira era rural, conservadora e preocupada com valores tradicionais da família⁷⁹.

O Código Civil de 1916 adotou posições individualistas e foi fortemente influenciado pelo Código de Napoleão, criado na França em 1804⁸⁰.

O direito francês regulava a propriedade como “o direito de usufruir e dispor de objetos da mais absoluta forma”. Essa ideia recria a perspectiva romana da propriedade privada e individualista, colocando poucas objeções ao seu uso⁸¹.

Essa concepção de propriedade adotada pelo direito francês foi repetida, de forma quase idêntica, pelo Código Civil Brasileiro de 1916 em seu artigo 524: “*a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*”⁸².

Nesse viés, a propriedade foi concebida na legislação civil de 1916 como o instituto central do direito privado e os demais direitos patrimoniais apenas gravitavam ao seu redor, inclusive a posse⁸³.

No entanto, a propriedade de caráter individual e absoluto do Código Civil de 1916 contrariava o que estabeleciam as Constituições que vigoraram entre os anos de 1916 até 2002, tendo em vista que as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988, de alguma forma, defenderam o interesse social da propriedade⁸⁴.

⁷⁹ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-34.

⁸⁰ BLANC, op. cit., p. 19-54.

⁸¹ BLANC, op. cit., p. 19-54.

⁸² BRASIL. Código Civil de 1916, artigo 524.

⁸³ RIBEIRO, op. cit., p. 93.

⁸⁴ RIBEIRO, op. cit., p. 94.

O Código Civil de 1916 adotou na parte dos direitos das coisas, em quase todos os dispositivos, a teoria objetiva de Ihering, na qual a posse é a exteriorização da propriedade. Somente interessava a essa legislação a propriedade e não o valor da posse pela sua utilidade em benefício à sociedade, isto é, no cumprimento da sua função social e acesso à dignidade da pessoa humana, mas era tida tão somente como um meio de proteção ao proprietário que precisava da posse para retirar a utilidade econômica da coisa⁸⁵.

O Código Civil de 2002, em consonância com o que estabelece o art. 5º *caput*, XXII e XXIII da Carta Magna, modificou o caráter absoluto da propriedade remodelando o teor do que estabelecia o art. 524 do Código Civil de 1916.

Na construção do atual Código Civil, o seu idealizador Miguel Reale defendia que a interpretação de uma lei não deve se basear somente na sua letra, mas também no conjunto de diretrizes que levaram a sua construção, bem como na realidade social que a envolve⁸⁶.

Nessa perspectiva, elaborou quatro diretrizes que norteiam a nova obra civilista, a saber: a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a socialidade.

A sistematicidade significa que o novo Código adotou uma estrutura bipartida, contendo a parte geral e a parte especial. A parte geral se comunica com a parte especial, possibilitando, na visão de Judith Martins-Costa, um diálogo permanente entre as normas do Código Civil e destas com a Constituição⁸⁷.

A operabilidade se manifesta na confecção das normas e na sua interpretação, visando facilitar à aplicação das leis. A operabilidade se demonstra na produção de normas imprecisas a fim de atingir um número maior de situações e pessoas.

A diretriz da operabilidade pode ser exemplificada através do artigo 1228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil de 2002⁸⁸, que prevê o instituto da desapropriação judicial, com conceitos indeterminados. Nos casos de desapropriação, o juiz interpretará a norma

⁸⁵ RIBEIRO, op. cit., p. 96.

⁸⁶ REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 3.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95-97.

⁸⁸ BRASIL, Código Civil. Lei 10.256, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1.228: “§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

aberta, mediante a aplicação da realidade social concreta, devendo sempre considerar o dever constitucional de fundamentação das decisões⁸⁹.

Já a eticidade revela-se pela “*valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito [...] como consequência da proteção da confiança que deve existir como condição sine qua non da vida civil*”⁹⁰. Os princípios e valores éticos demonstram que o direito privado, previsto no Código Civil, não tutela tão somente o patrimônio, mas também o indivíduo na dimensão social.

Essa diretriz também é exigida para o possuidor e o proprietário, que devem atender aos valores éticos. Por exemplo, para concretização da desapropriação judicial (CC, artigo 1228, parágrafo 4º) inclui-se a necessidade de possuidores de boa-fé⁹¹.

Por fim, a socialidade também marca o novo Código Civil vez que suas regras se aplicam no plano de vida comunitário, no sentido de que se a Constituição proclama o princípio da função social da posse, incumbe ao Direito Civil transformá-lo em um instrumento de ação⁹².

O novo Código Civil buscou assegurar a socialidade e a concretização dos direitos fundamentais, dando a propriedade um sentido social e estabelecendo um novo conceito de posse:

“Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho... Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legítima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição. Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concreto...(grifado)”⁹³

Miguel Reale, jurista responsável pelo projeto do novo Código Civil, dá à posse caráter social, devendo o social prevalecer sobre o individual. Por ora, apenas para

⁸⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 123.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 133.

⁹¹ RIBEIRO, op. cit., p. 124.

⁹² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 144.

⁹³ BRASIL, Código Civil. Lei 10.256, de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo Código Civil. Brasília-DF, p. 50.

exemplificar, nota-se que o Código Civil de 2002 leva em consideração a natureza social da posse para reduzir o prazo do usucapião, tema que será abordado mais a frente.

A posse e a propriedade estão previstas nos artigos 1.198 e seguintes do Código Civil de 2002, sendo que a preocupação com o seu caráter social apareceu no art. 1.128, o qual se preocupou em disciplinar o princípio da função social e a sanção da desapropriação, nos casos de seu descumprimento.

A atribuição de uma função social a propriedade desconstrói o modelo proprietário previsto no Código Civil anterior, influenciado pelo Código de Napoleão, do século XIX. Esse modelo veio sendo desconstruído, na tentativa de buscar um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades coletivas⁹⁴.

Na transformação do direito de propriedade, este passou a ser compreendido como *“uma situação unitária e complexa composta por poderes, mas também por obrigações, deveres, ônus [...], que tem função social”*⁹⁵.

Reconhecendo essa perspectiva, o parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002 põe em relevância o exercício da propriedade obedecendo a suas finalidades econômicas e sociais. É uma norma de direcionamento promocional e constitui cláusula geral da matéria propriedade, regulando também as demais fontes legais⁹⁶. Esse dispositivo legal justifica, por exemplo, o instituto da desapropriação judicial, regra do § 4º do artigo 1.228 do mesmo diploma.

Essa regra merece destaque em um país como o Brasil, marcado pela concentração de terras e riquezas. Nesse dispositivo revela-se além da função social da propriedade, a função social da posse.

No novo Código, a posse não é mais vista como mera ocupação de um bem, mas vem atrelada ao conceito de posse-trabalho. Nos ensinamentos de Miguel Reale, a posse trabalho *“se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural”*⁹⁷.

A posse-trabalho justifica o instituto civil da desapropriação. Para Carlos Alberto Maluf, citando Hely Lopes Meirelles, desapropriação é:

⁹⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 146.

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro apud MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 154.

⁹⁷ REALE, Miguel apud MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 155.

*“a transferência compulsória de bens particulares (ou públicos de grau inferior) para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”*⁹⁸.

A desapropriação é um poder do Estado, inerente a sua própria natureza, para restringir o direito de propriedade dos particulares. O Estado pode usar seu poder de desapropriar, desde que assim exija o bem comum e que se mantenha o equilíbrio econômico resultante da perda do bem. É, portanto, a desapropriação uma intervenção na propriedade privada⁹⁹.

No § 4º do art. 1.228 do Código Civil está prevista a desapropriação judicial posse-trabalho. Esse tipo de desapropriação é judicial, pois implica na existência de uma sentença judicial que reconheça e conceda a desapropriação da área em litígio¹⁰⁰.

No referido artigo o legislador impôs certos requisitos para que se possa declarar a desapropriação, são eles: extensa área, posse do terreno por 5 (cinco) anos, número considerável de pessoas, realização de obras ou serviços de notável interesse social ou valor econômico¹⁰¹.

Quanto atendidos esses requisitos, o juiz fixará justa indenização a ser paga ao proprietário. Após o pagamento do preço, a sentença judicial que declarar a desapropriação valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores¹⁰².

Quanto ao requisito da posse sobre o bem, ressalta-se que esta posse é aquela chamada posse-trabalho, haja vista que o possuidor utiliza o bem com o intuito produtivo ou para fixar residência, concretizando, portanto, a posse dotada de função social.

Ainda, há que se falar no requisito do interesse social. Este ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição da propriedade para melhor aproveitamento ou maior produtividade em benefício da comunidade.

⁹⁸ MALUF, Carlos Alberto Debus *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 198.

⁹⁹ MALUF, Carlos Alberto Debus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁰⁰ ALVES, Pedro Paulo Pereira. *O direito de propriedade e a desapropriação "pro labore" do art. 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14375/o-direito-de-propriedade-e-a-desapropriacao-pro-labore-do-art-1228-4-e-5-do-codigo-civil-de-2002>>. Acesso em: 30 set, 2014.

¹⁰¹ BRASIL, Código Civil. Lei 10.256, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1.228: “§ 4º.

¹⁰² BRASIL, Código Civil. Lei 10.256, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1.228: “§ 5º.

O interesse social, tido como requisito para aplicação da desapropriação, é de suma importância para concretização da função social da posse, vez que ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição da propriedade em benefício da comunidade¹⁰³.

Nesse sentido, a desapropriação é utilizada como sanção pelo governo em um terreno que não cumpra a sua função social com o objetivo de atender o interesse social, garantir a função social da posse e assegurar o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, nos termos do parágrafo 4º do art. 1.228 do Código Civil.

2.3 – Função Social da Posse e o direito à moradia no Estatuto da Cidade

Em 10.07.2001 foi promulgado o Estatuto da Cidade – lei 10.257, com o intuito de regulamentar os artigos 182¹⁰⁴ e 183¹⁰⁵ da Constituição Federal e instituir diretrizes gerais da política urbana.

Os referidos artigos da Magna Carta estão inseridos no capítulo da Política Urbana e regulam essa matéria de forma genérica, além de se preocuparem, também, em garantir o direito fundamental e social à moradia, já amplamente defendido nesse trabalho.

O capítulo da Política Urbana na Constituição Federal iniciou o ideário da reforma urbana no Brasil. Todavia, ainda, era necessária uma lei infraconstitucional a fim de dar maior eficácia e consequência prática.

¹⁰³ MALUF, op. cit., p. 199.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 183: Art. 183. “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Nesse contexto, mais de uma década depois da promulgação da Constituição, veio o Estatuto da Cidade para dar efetividade à política urbana idealizada pela Constituição Federal¹⁰⁶.

O Estatuto da Cidade renovou o interesse pela matéria urbanística no Brasil, que esteve esquecida nos últimos 20 anos¹⁰⁷. O descaso governamental resultou o caos, principalmente, nas cidades de médio e grande porte, as quais cresceram aceleradamente e sem planejamento, atingindo principalmente a população mais carente, que vive isolada na periferia, sem moradia e infraestrutura adequada.

Nesse sentido, a lei 10.257/2001, quando promulgada, assumiu um sentido promissor para as cidades brasileiras, tendo em vista que o programa descrito na lei estipula diretrizes capazes de reverter o preocupante quadro urbano brasileiro, marcado pela concentração de riquezas, abandono da prestação de serviços públicos e falta de investimentos nas áreas ilegais da cidade.

O artigo 1º do Estatuto da Cidade¹⁰⁸ estabelece que as normas previstas no estatuto, são normas de interesse social, regulando a propriedade urbana em favor do bem coletivo. Isso significa que o uso da propriedade não se direciona tão-somente pelo interesse do proprietário, pois este deve se amoldar também ao interesse da sociedade¹⁰⁹.

A nova lei tem como propósito enfraquecer a concepção liberal do direito de propriedade absoluto, exclusivo e perpétuo, presente no ordenamento civil do século passado, através da consolidação do princípio da função social das cidades e da propriedade, estabelecendo um novo paradigma legal¹¹⁰.

As normas de direito urbanístico, presentes no Estatuto da Cidade, são normas jurídicas de suma importância para a atuação dos agentes públicos e privados no campo da habitação. A política urbana adotada pelo Estatuto da Cidade deve ser seguida pelos

¹⁰⁶ ALFONSIN, Betânia. *O significado do estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sedur.ba.gov.br/pdf/versao.final.pdf>>. Acesso em: 22 Agosto, 2013.

¹⁰⁷ MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade: lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 9.

¹⁰⁸ BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Artigo 1º: “Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

¹⁰⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 24.

¹¹⁰ FERNANDES, Edésio. *Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil, Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 31.

entes federativos como norteadora da política habitacional, como forma de cumprirem o dever de proteger e viabilizar o exercício do direito à moradia¹¹¹.

A lei 10.257/91 pretende não só a regularização fundiária das áreas ocupadas pela poluição de baixa renda, mas também a implementação de infraestrutura urbana e prestação de serviços públicos, buscando integrar os assentamentos informais à cidade¹¹².

Nesse sentido, o art. 4º do Estatuto da Cidade, prevê uma série de instrumentos jurídicos e políticos para auxiliarem a concretização do direito à moradia para toda a população brasileira. Na presente pesquisa serão analisados os instrumentos: usucapião especial de imóvel urbano individual e coletivo e a concessão de uso especial para fins de moradia.

Dentre os instrumentos jurídicos capazes de promover a distribuição justa da propriedade urbana de acordo com a sua função social, está a usucapião.

A usucapião é um dos institutos mais tradicionais de direito civil e se apresenta no direito brasileiro de diversas formas, sendo conceituado por Clóvis Beviláqua como a aquisição de domínio pela posse prolongada. Ainda, Clóvis Beviláqua cita quatro elementos que são fundamentais para concretização da usucapião: posse, coisa hábil, justo título e boa-fé¹¹³.

Tais elementos se diferenciam de acordo com a espécie de usucapião. A usucapião especial urbana é um instituto novo, criado pela Constituição Federal de 1988, e não se confunde com as demais formas de se usucapir existentes no direito brasileiro.

A posse na usucapião especial urbana é de 5 (cinco) anos, devendo este prazo transcorrer ininterruptamente e sem oposição, o que significa que a posse deve ser mansa e pacífica. Além disso, a coisa hábil a ser usucapida deve ter área de até 250 m², com a finalidade exclusiva de moradia¹¹⁴.

Pela leitura dos artigos 183 da Constituição Federal e do artigo 9º¹¹⁵, *caput* da lei 10.257/2001, constata-se que o possuidor do imóvel a ser usucapido não poderá ser

¹¹¹ FERNANDES, op. cit., p. 35.

¹¹² CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião especial urbano coletivo: abordagem sobre o Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 49-50.

¹¹³ MEDAUAR, op. cit., p. 126-129.

¹¹⁴ MEDAUAR, op. cit., p. 130-141.

¹¹⁵ BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Artigo 9º: “Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio,

proprietário de outro imóvel urbano ou rural, o que evidencia, mais uma vez, o caráter social do instituto.

Esse instituto é um instrumento de regularização fundiária destinado a reconhecer o direito à moradia das pessoas e famílias que vivem nos assentamentos em condições precárias de habitação e de segurança jurídica, as chamadas cidades informais¹¹⁶.

Percebe-se, portanto, que esse tipo de usucapião tem a finalidade de buscar uma solução para o problema da moradia nas grandes cidades, corroborando com o artigo 6º da Carta Magna, o qual garante o direito social à moradia¹¹⁷.

Ainda, há que se ressaltar que a usucapião especial urbana está estreitamente vinculada à função social da posse e da propriedade, uma vez que retira o proprietário inerte de seu direito e premia o possuidor que deu uso a coisa¹¹⁸.

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 10¹¹⁹, foi mais além, prevendo que os casos de usucapião urbana serão suscetíveis à ação coletiva. Nesse sentido, a incorporação do instituto da usucapião especial urbano coletivo veio para contribuir, ainda mais, para a nova política urbana que privilegia a função social da posse e da propriedade, a partir da regularização fundiária em favor da população de baixa renda que vive nas favelas¹²⁰.

Os requisitos da usucapião especial urbano coletivo são um pouco distintos e tem regulação própria. Esse tipo de ocupação possui as mesmas exigências do artigo 9º, já

desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão”.

¹¹⁶ SAULE JR, Nelson. *O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. Direito à cidade: Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 87-88.

¹¹⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 132.

¹¹⁸ CORDEIRO, op. cit., p. 52.

¹¹⁹ BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Artigo 10: As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

¹²⁰ CORDEIRO, op. cit., p. 133.

explicado, como posse no prazo de 5 anos com *animus domini*, com finalidade de moradia, ininterrupta, mansa e pacífica. Porém, a inovação se evidencia no fato de a ocupação se dar coletivamente, isto é, um conjunto considerável de pessoas utilizam a área usucapienda para sua moradia¹²¹.

Realça-se, portanto, que a legitimidade ativa na ação de usucapião especial urbana coletiva foi ampliada, isto significa que há a possibilidade da participação de grande número de autores, sendo admitida, ainda, a substituição processual, nos termos do art. 12, III do Estatuto da Cidade¹²², o que não é possível na espécie individual¹²³.

A diferença substancial entre esses dois tipos de usucapião está no tamanho do imóvel ocupado, o qual pode extrapolar os 250 m², elemento que corrobora para o entendimento de que a usucapião coletiva é um instituto novo e autônomo.

Além do mais, exige-se que as áreas sejam ocupadas por população de baixa renda e, ainda, não seja possível a identificação do terreno ocupado individualmente por cada possuidor, ou seja, a área total ocupada por todos os possuidores conjuntamente deve ter mais que 250 m², sendo impossível aferir a área individual de casa morador¹²⁴.

Nesse sentido, o jurista Nelson Saule Jr defende que o reconhecimento judicial da usucapião da população menos favorecida implica em dois efeitos importantes:

*“O primeiro de garantir segurança jurídica para pessoas, família e comunidade que estão vivendo em assentamentos em condições precárias de habitabilidade, mediante a posse de área urbana para fins de moradia. O segundo, do direito à moradia ser um requisito obrigatório, para se verificar se a propriedade urbana está cumprindo ou não a sua função social”*¹²⁵.

Ainda, na tentativa de demonstrar a real importância do novo instituto, Carlos José Cordeiro defende que a usucapião especial urbana coletiva cumpre, ao mesmo tempo, como instrumento de regularização fundiária, três finalidades importantes: I) assegurar o direito à moradia, como forma de promover a erradicação da pobreza e a redução da marginalização e das desigualdades sociais, inspirado no princípio da dignidade da pessoa

¹²¹ MEDAUAR, op. cit., p. 142.

¹²² BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Artigo 12: São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana: I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; II – os possuidores, em estado de composesse; III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

¹²³ CORDEIRO, op. cit., p. 145.

¹²⁴ CORDEIRO, op. cit., p. 144.

¹²⁵ SAULE JR, Nelson. *O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. Direito à cidade: Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 89.

humana; 2) garantir a urbanização e 3) garantir o cumprimento da função social da posse e da propriedade¹²⁶.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a usucapião especial urbana, singular e coletiva, é um importante instrumento de combate à pobreza e erradicação dos graves problemas habitacionais encontrados no Brasil, possibilitando dar maior efetividade do direito social à moradia.

Há ainda que se falar em outro instrumento jurídico de regularização fundiária previsto no Estatuto da Cidade: a concessão de uso especial para fins de moradia.

Esse instituto está previsto na alínea *h* do inciso V do artigo 4º do Estatuto da Cidade. No entanto, não tem nele a sua regulação normativa. Isso porque os artigos 15 a 20 do projeto que resultou na lei 10.257/2001, os quais regulavam a concessão de uso especial para fins de moradia, foram vetados pelo Presidente da República com base no argumento que algumas disposições do projeto de lei contrariavam o interesse público¹²⁷.

Em razão do veto presidencial, foi editada, em 04 de setembro de 2011, a Medida Provisória 2.200, que regulamenta o instituto banido do Estatuto da Cidade.

Dessa maneira, ainda que a regulamentação da concessão de uso especial para fins de moradia não pertença ao corpo normativo do Estatuto da Cidade, mas sim a medida provisória 2.200, tal instrumento jurídico guarda estrita relação com a lei 10.257/2011, o que justifica a sua análise no presente trabalho.

Para as famílias que vivem em áreas urbanas públicas e preenchem os mesmos requisitos do art. 183 da Constituição Federal, poderão ser beneficiadas com a concessão de uso especial para fins de moradia.

Isso porque o princípio da função social da propriedade deve ser aplicado tanto nas áreas privadas quanto em áreas públicas. Todavia, a norma constitucional decreta que as áreas públicas não são passíveis de serem usucapidas.

Diante dessa situação, o Estatuto da Cidade, juntamente com o art. 183, parágrafo 1º da Constituição Federal, interpretados a fim de regularizar os assentamentos estabelecidos em áreas públicas, possibilitam que essas terras sejam reguladas através da concessão de uso.

¹²⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 148-149.

¹²⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 149.

O direito do possuidor não depende da anuência da Administração, mas tão somente do decurso do tempo, caracterizando forma de prescrição aquisitiva do direito de uso sobre o imóvel público possuído. O Poder Público não tem como se opor a concessão, que é um direito do possuidor contra ele oponível, devendo ser reconhecido judicialmente quando houver negativa do órgão administrativo competente, nos termos do que estabelece a Medida Provisória n. 2.200¹²⁸.

Os requisitos para concretização da concessão de uso especial para fins de moradia são semelhantes aos da usucapião especial urbana. Também se exige posse qualificada, isto é, com *animus domini* e para moradia, e coisa hábil específica, devendo o imóvel estar situado em zona urbana, ter até 250 m² e ser bem público.

Ressalta-se que não se concede ao possuidor a propriedade do bem, mas tão somente o direito de usar, sendo que a concessão se realizará de forma gratuita e o beneficiário poderá ser contemplado somente uma vez¹²⁹.

Posto isso, é preciso que o Poder Público aplique os instrumentos jurídicos aqui debatidos, como forma de abrir e ampliar as oportunidades para a população de baixa renda ter acesso a uma moradia digna, oferecida pelo mercado imobiliário nas áreas urbanas dotadas de infraestrutura e serviços públicos.

Por fim, esclarece-se que os programas de regularização fundiária, como a usucapião especial urbana individual e coletiva, a concessão de uso especial para fins de moradia e a desapropriação, têm caráter curativo. Além disso, como bem aponta Edésio Fernandes, é necessária a concretização de outras políticas públicas para modificar a atual situação excludente do crescimento urbano:

"Os programas de regularização têm uma natureza essencialmente curativa e não podem ser dissociados de um conjunto mais amplo de políticas públicas, diretrizes de planejamento e estratégias de gestão urbana destinadas a reverter o atual padrão excludente de crescimento urbano. Por um lado é preciso ampliar o acesso ao mercado formal a uma parcela mais ampla da sociedade, sobretudo, os grupos de renda média-baixa, ao lado da ofertas e subsídios públicos para as faixas da menor renda. Por outro lado, é preciso rever os modelos urbanísticos que têm sido utilizados, de forma a adaptá-los às realidades socioeconômicas e a limitada capacidade de ação institucional das agências públicas. Nesse contexto, as políticas de regularização fundiária não podem ser formuladas de maneira isolada e necessitam ser combinadas com outras políticas públicas preventivas para quebrar o ciclo de exclusão que tem gerado a informalidade. Isso requer intervenção direta e investimento público, sobretudo por parte dos municípios, para produzir opções de moradia, redemocratizar o acesso à terra e promover uma reforma urbana ampla. Regularizar sem interromper o ciclo de produção da irregularidade, além

¹²⁸ MEDAUAR, op. cit., p. 150-151.

¹²⁹ ALFONSIN, Betânia. *O significado do estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sedur.ba.gov.br/pdf/versao.final.pdf>> Acesso em: 22 Agosto, 2013.

*de renovar o sofrimento da população, provoca a multiplicação permanente da demanda de recursos públicos*¹³⁰.

¹³⁰ FERNANDES, Edésio, *A Natureza Curativa dos Programas de Regularização, Regularização da Terra e Moradia. O Que é e Como Implementar*. Instituto Pólis (Coordenação Executiva), Publicação Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE. Acesso, Cidadania e Direitos humanos, COHRE – Centro pela Direito à Moradia conta Despejos, São Paulo, 2002, p. 21-22.

Capítulo 3

Neste capítulo apreciar-se-á o posicionamento jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da função social da posse como garantidor do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana. No primeiro julgado a ser analisado se verificará que a função social da posse foi levada em consideração no caso concreto para efetivar o direito a moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana. Já no segundo julgamento apreciado, se verificará o contrário. A função social da posse, o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, todos esses garantidos à sociedade constitucionalmente, foram ignorados por completo no caso real.

3.1 - Jurisprudência favorável à tutela judicial da função social da posse-moradia.

3.1.1 – Dados do julgamento

TJMG. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0699.08.081888-2/002. Desembargador Relator Mota e Silva. Acórdão n. Data da Publicação: 14/02/2014. Comarca de Ubá. Apelante: Afonso Ramos Teixeira. Apelado: Ferrovia Centro Atlântica S/A.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE -REQUISITOS - ART. 927, CPC - LINHA FÉRREA HÁ DÉCADAS DESATIVADA - POSSE - PROVA - NÃO DESINCUMBÊNCIA – **PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.** I - Quem se proclama possuidor deve ultrapassar os requisitos legais atinentes à matéria (CPC, art. 927), incumbindo-lhe o ônus da prova (CPC, art. 333, I). **II - As provas carreadas aos autos demonstram que a apelada não tinha a posse da área, eis que a via férrea estava desativada há décadas e que, de acordo com a perícia realizada, no trecho objeto da lide, foi construída via pública provida de redes de água, energia elétrica, telefonia e calçamento poliédrico, estando a linha férrea sob o calçamento defronte ao imóvel do apelante.** **III - A situação não se restringe ao imóvel do apelante, abrangendo inúmeros imóveis, conforme se observa principalmente pela 1ª foto de f. 184, tornando inviável a reintegração de posse, tendo em vista a função social da posse, que deve ser observada no caso em comento, sob pena de abirmos precedente para que dezenas ou até mesmo centenas de casas no município de Ubá sejam demolidas em virtude da pretensão da apelada, de tentar reativar linha férrea há décadas desativada.**

A Ferrovia Centro Atlântica S/A (FCA) ajuizou ação de reintegração de posse, em 08/04/2008, contra Afonso Ramos Teixeira, em razão de o réu ocupar a área pertencente à ferrovia. Em sede de antecipação de tutela o juízo da 2ª vara cível da Comarca de Ubá-MG concedeu a reintegração de posse, a qual foi confirmada, posteriormente por sentença.

Inconformado com a sentença, o Réu interpôs apelação. O recurso, apreciado pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi conhecido e provido para julgar improcedente o pedido de reintegração de posse.

Ainda houve interposição de recurso especial pela FCA, o qual não foi admitido pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A área discutida na ação de reintegração de posse passou a ser propriedade da Ferrovia Centro Atlântica S/A a partir de 1996, quando a companhia ganhou a concessão da Linha Mineira. No entanto, a companhia faz uso apenas de um quinto do trecho de quase 500 km concedidos pela União¹³¹.

Grande parte dos trechos de ferrovia concedida à FCA está sem uso e abandonados. Diante de tal situação, a área objeto do litígio em questão foi sendo ocupada por população de baixa renda, desencadeando em um loteamento.

De acordo com o que determina a lei 6.766/79, os loteamentos deverão atender requisitos mínimos, dentre os quais está a determinação de não se construir nos 15 metros da cada lado da ferrovia¹³².

No entanto, diante do abandono da ferrovia no município de Ubá-MG, ao longo do tempo, a área que delimita com a ferrovia foi sendo ocupada pela população carente

¹³¹ BEGHINI, Ricardo. Blog Amantes da Ferrovia. *Descaso com ferrovias deixa Minas Gerais fora dos trilhos*. Disponível em: <<http://www.amantesdaferrovia.com.br/profiles/blogs/descaso-com-ferrovias-deixa-minas-gerais-fora-dos-trilhos>>. Acesso em 24/09/14.

¹³² BRASIL. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Artigo 4º: Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes; III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

e se estabeleceu uma comunidade ao longo de sua extensão. Pelas provas dos autos, percebe-se que foi construído no local via pública, redes de água, energia elétrica, telefonia e calçamento.

No acórdão em discussão se verificou que apesar da proibição de se construir ao longo da linha férrea, a Ferrovia Centro Atlântica S/A não provou a posse anterior sobre a área. Ou seja, apesar de a referida área ter lhe sido concedida, a FCA nunca exerceu a posse concreta sobre o imóvel.

A área específica, objeto do litígio, está defronte com o imóvel do Réu. Porém, como bem observado no acórdão em discussão, tal situação se repete em inúmeros casos ao longo da ferrovia.

Dessa forma, o respeitável acórdão entendeu pela inviabilidade da reintegração de posse, com fundamento no princípio da função social da posse.

Através de uma pesquisa superficial sobre a situação atual das linhas férreas mineiras, pode-se perceber que grande parte das ferrovias está esquecida e abandonada pela concessionária FCA e também pelo poder público¹³³.

O esquecimento dos responsáveis oportunizou o crescimento urbano e populacional ao longo das ferrovias, consoante se verifica pelo caso em análise. Ao longo do tempo, moradias foram sendo construídas nas terras abandonadas.

A habitação ao longo das ferrovias corrobora para a confirmação da caótica situação habitacional instalada no Brasil. O difícil acesso ao mercado imobiliário brasileiro pela população de baixa renda, em razão de preços impraticáveis, faz com que essas pessoas se desloquem para a periferia das cidades e ocupem, muitas vezes, terras abandonadas.

Essa situação gera uma marginalização social e maximiza os problemas sociais. As regiões ocupadas clandestinamente pelas pessoas que não tem condição de usufruir de uma moradia digna, chamadas regiões “informais” ou “irregulares”, são negligenciadas pelo Estado, ou seja, são desprovidas de infraestrutura mínima para garantir a dignidade da pessoa humana e, ainda, contribuem para o aumento de ações criminosas, problemas sociais e gravame dos problemas ambientais.

¹³³Portal de Notícias R7. *Descaso de concessionárias deixa diversas linhas férreas abandonadas em Minas Gerais*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/descaso-de-concessionarias-deixa-diversas-linhas-ferreas-abandonadas-em-mg-20110822.html>>. Acesso em 24/09/14.

No caso em tela, apesar da terra ocupada não poder ser edificada, nos termos do que estabelece a lei 6.766/79, e pertencer a Ferrovia Centro Atlântica S/A, a verdade é que a concessionária não tinha posse da área, o que fez com que aos poucos esta terra fosse tomada por pessoas sem condições de pagar por um terreno regularizado.

Como bem estudado, toda propriedade deve cumprir a sua função social. No momento em que a FCA deixou a ferrovia abandonada e sem uso, verifica-se que a concessionária não cumpria a função social, além de não cumprir regularmente com a concessão feita pela União, deixando a ferrovia sem utilidade.

A terra abandonada, que não cumpra a sua função, não pode simplesmente ficar esquecida, enquanto milhares de pessoas no Brasil ainda não tem acesso a uma moradia digna. No presente caso, verificou-se que a concessionária não exercia a posse do terreno em discussão, possibilitando que a comunidade, que residia próximo à ferrovia, fosse ocupando a terra para estabelecer a sua moradia.

Durante o estudo acerca do direito à moradia e da função social da posse, evidenciou-se que, atualmente, a posse assume um papel diferente na sociedade brasileira e não se ajusta mais as opiniões de quem a considerava apenas um instrumento para proteger a propriedade ou uma mera relação material do homem com a coisa, sem qualquer conteúdo social e econômico por si mesma. Hoje a posse é vista sob o ângulo da função social da posse¹³⁴.

Mais do que uma situação de fato, a posse cria uma relação entre a pessoa possuidora e a coisa possuída. E o possuidor tem o direito de exigir da sociedade que o mantenha de uma forma absoluta nessa situação por meio de uma ação real¹³⁵. Foi o que se vislumbrou no caso em tela, ao possuidor foi garantida a posse através de uma ação real, que reconheceu a sua posse e o deixou instalado na terra a partir do momento em que se identificou a função social da sua posse.

Operou-se, portanto, uma mudança da perspectiva da posse, haja vista que ela passou a ser vista por ela mesma, como uma necessidade imanente do homem ao realizar uma posse dinâmica e útil, já que não se admite mais o estado de inércia até mesmo da propriedade, quando se reconheceu a função social da propriedade no ordenamento constitucional¹³⁶.

¹³⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 180.

¹³⁵ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 197.

¹³⁶ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 197.

A mudança na perspectiva da posse viabiliza também a melhor utilização dos instrumentos jurídicos que têm por base a posse. Como exemplo, citam-se os instrumentos analisados na presente monografia: a usucapião especial urbana simples e coletiva, a concessão de uso de direito real para fins de moradia e a desapropriação. Esses instrumentos, como vistos anteriormente, possibilitam a regularização da moradia de milhares de pessoas.

No caso em análise, a posse do morador fixado na área pertencente à ferrovia foi reconhecida no momento em que a reintegração foi negada diante do reconhecimento da função social da posse, que fez com que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concluísse pela inviabilidade da reintegração diante de inúmeros casos semelhantes ao do réu.

Como as pessoas instaladas ao longo da ferrovia exerciam a posse sobre o bem, dando utilidade social ao terreno, entendeu-se, por bem, julgar improcedente a pretensão da concessionária FCA, a qual deixou a linha férrea abandonada e sem utilidade durante anos.

Apesar de não constar expressamente na lei o princípio da função social da posse, este é inerente à posse e está implicitamente contido no ordenamento jurídico, através de uma interpretação sistemática das normas e princípios, buscando romper com os valores históricos herdados das sociedades europeias e harmonizando o instituto da posse com a realidade social do século XXI, marcado por grandes diferenças sociais¹³⁷.

Sendo assim, a função social da posse tem como consequência direta a garantia da efetividade dos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito social à moradia, além de dar mais efetividade às normas infraconstitucionais da posse e, ainda, como consequência indireta, efetiva o princípio constitucional da função social da propriedade¹³⁸.

Por conseguinte, a função social da posse como princípio não é só forma de dar maior efetividade aos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito, mas também é forma de concretizar objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, possibilitando construir uma sociedade livre, justa para diminuir das desigualdades sociais¹³⁹.

Nesse sentido, a autora Ana Rita Vieira de Albuquerque conclui que a função social da posse possibilita melhorar a situação da moradia no Brasil na medida em que

¹³⁷ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 208.

¹³⁸ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 202.

¹³⁹ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 213.

garante aos despossuídos cidadania, através de uma melhor distribuição de terras e riquezas, mudando o cenário da propriedade estática e da inércia da posse para uma propriedade dinâmica e de uma posse construtiva¹⁴⁰.

3.2 – Jurisprudência desfavorável à tutela da função social da posse-moradia.

3.2.1 – Dados da decisão

TJSP. 6ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos. Processo n. 0273059-82.2005.8.26.0577. Reintegração de Posse. Requerente: Selecta Comércio e Indústria S/A – Massa Falida. Requeridos: Esbulhadores. Juíza prolatora da decisão: Márcia Faria Mathey Loureiro. Data da publicação: 25/07/2011.

“**MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA SA** propôs ação de REINTEGRAÇÃO DE POSSE C.C. PEDIDO DE LIMINAR contra **ESBULADORES**. Alegou que é proprietária do imóvel mencionado na inicial que está invadido por mais de 550 famílias, totalizando mais de 8.000 pessoas. Requereu a reintegração liminar na posse do imóvel. A liminar foi concedida (fls. 41).

O processo se iniciou na 18ª Vara Cível de São Paulo que expediu carta precatória para cumprimento da liminar, ocasião em que o Juízo deprecado (desta mesma 6ª Vara Cível) suspendeu o cumprimento da ordem pelas razões expendidas às fls. 62/66.

Conforme se verifica do Agravo de Instrumento n. 375.157.4/1 (fls. 157/159) interposto por José Nivaldo de Melo foi reconhecida a competência do Juízo do local do imóvel, sendo os autos distribuídos a este Juízo.

Às fls. 169/172 compareceu aos autos JOSÉ NIVALDO DE MELO que apresentou-se como representante dos ocupantes do imóvel, ocasião em que juntou procuração, inclusive. A petição foi juntada aos autos em 17/05/05.

A ordem não foi cumprida. Houve recurso.

Em obediência à determinação do Tribunal, foi determinada novamente a execução da liminar (fls. 233), ocasião em que o Juízo determinou o cumprimento da liminar sem a utilização de arma de fogo por parte da Polícia Militar.

O acórdão enfrentou Agravo Regimental e Mandado de Segurança que não foram providos (fls. 366/381).

Às fls. 242 o requerido José Nivaldo de Melo apresentou os termos de um acordo acerca da ocupação do imóvel. O acordo não foi firmado com o autor desta ação.

VALDIR MARTINS DE SOUZA compareceu aos autos e ofertou contestação (fls. 253/266). Alegou que o posseiro João Alves de Siqueira reivindicou a área através de ação de reintegração de posse na qual a liminar somente foi concedida através de recurso de Agravo de Instrumento. Houve acordo entre João Alves de Siqueira e o Movimente Sem Teto suspendendo os efeitos da medida liminar, sendo que este acordo foi recentemente renovado.

Ajuizou ação de oposição em face de João Alves Siqueira. Agora comparece a Massa Falida autora que nunca teve posse do imóvel. Discorreu sobre o direito à moradia e aspectos sociais.

A área estava abandonada. Requereu a improcedência da ação.

Às fls. 383/387 José Nivaldo de Melo informou que há projeto de lei para desapropriação da área objeto dos autos e requereu a suspensão do processo até que referido projeto se torne lei.

¹⁴⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 213.

Também foi informado nos autos que acerca da área mencionada na inicial há dívidas com a Prefeitura decorrentes de impostos e taxas não pagos.

Às fls. 408/415 José Nivaldo de Melo informou que o Mando de Segurança ainda está em trâmite e que conta com efeito suspensivo.

Para otimizar recursos, às fls. 437 o Juízo determinou o cumprimento da ordem de reintegração de posse juntamente com a ordem exarada pelo Juízo da Fazenda Pública em processo de Demolição proposto pela Prefeitura Municipal local.

A ordem da Fazenda Pública foi suspensa e o oficial de justiça devolveu o mandado expedido (fls. 441/442).

Nova ordem de reintegração foi determinada às fls. 466.

Às fls. 467/468 José Nivaldo de Melo informou que foram interpostos recursos dos quais se aguardam a concessão de efeito suspensivo. (Pelas cópias que acompanham a petição verifica-se que foram interpostos recurso especial e extraordinário).

A ordem de reintegração de posse expedida às fls. 466 foi ratificada (fls. 501).

O ofício acostado às fls. 504/505 destes autos deu conta da atribuição de efeito suspenso aos recursos especial e extraordinário, razão pela qual foi determinado recolhimento do mandado de reintegração de posse (fls. 506). Mandado às fls. 510.

A certidão de fls. 513 informou que foi negado seguimento ao agravo recebido pelo Supremo Tribunal Federal.

A decisão de fls. 514 determinou que se aguardasse o resultado do recurso especial.

Nova decisão determinou o aguardo do recurso especial (fls. 520), ratificada às fls. 523.

Às fls. 537 o Tribunal de Justiça prestou informações acerca do processamento dos recursos especial e extraordinário interpostos. Informou que o Extraordinário teve negado seguimento e o Especial foi admitido, porém, não tendo retornado até aquela data constante do ofício.

A decisão de fls. 548 ratificou as anteriores, determinando o aguardo do resultado do Recurso Especial retromencionado.

Às fls. 549/550 e 559 o autor requereu o prosseguimento do feito.

Decido.

Conforme se verifica da cópia da decisão proferida em Recurso Especial interposto em favor dos requeridos, o STJ considerou que, em virtude da Massa Falida não ter cumprido a determinação do art. 526 do CPC reconheceu a inadmissibilidade do agravo e de todos os julgados nele proferidos.

O agravo a que se refere é aquele no qual foi concedido efeito ativo à Massa Falida, determinando o cumprimento da liminar, ocasião em que o mesmo Juízo que outrora deixou de cumprir a liminar (naquela época através de carta precatória) expediu nova ordem determinando o cumprimento da liminar (fls. 233).

Do tópico final do acórdão proferido pelo E. STJ constou expressamente: 'Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a inadmissibilidade do agravo de instrumento e, consequentemente, dos julgados nele proferidos.'

Esta é a atual situação do processo.

Assim, tornou a valer a decisão do outrora Juízo deprecado Dr. Marcius Geraldo Porto de Oliveira que havia, em sede de carta precatória, suspenso o cumprimento da liminar.

Entendo que os autos devem tornar ao seu curso normal com o cumprimento da liminar deferida pelo Juízo da causa à época (fls. 41).

Isto porque a decisão proferida pelo Juiz na carta precatória não encontra amparo legal, haja vista não ser possível a reforma de decisões por Juízos de mesmo grau de jurisdição.

Ao receber a carta precatória, deve limitar-se o Juízo a dar-lhe cumprimento, configurando atuação contra 'legem' modificar a decisão proferida pelo Juízo deprecante que é de mesmo grau de jurisdição.

Ante o exposto determino a expedição do competente mandado de reintegração da autora na posse da área objeto da ação, devendo o senhor Oficial de Justiça entrar em contrato com o Secretário de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal e com o Comando da Polícia Militar para disponibilizarem os meios necessários para cumprimento da ordem, auxiliando o oficial de justiça no cumprimento da ordem e garantindo-se a integridade física dos envolvidos.

Int. São José dos Campos, 01 de julho de 2011. MÁRCIA FARIA MATHEY LOUREIRO”.

O julgamento desfavorável que será abordado no presente trabalho se trata de uma ação judicial de reintegração de posse, proposta pela massa falida do grupo Selecta Comércio e Indústria S/A contra os moradores da favela Pinheirinho, na cidade de São José dos Campos-SP. O processo foi distribuído no ano de 2004, perante a 6ª vara cível da comarca de São José dos Campos.

O objeto do litígio era um terreno, localizado no bairro do Pinheirinho, de área estimada em 1,3 milhões de m², que abrigava cerca de 6.000 pessoas na data da invasão¹⁴¹.

Desde que adquirido pelo empresário Naiji Nahas, o terreno permaneceu desocupado e foi objeto de litígio judicial, pois a massa falida tinha dívidas de mais de R\$ 15 milhões com a prefeitura da cidade de São José dos Campos¹⁴².

Como a área permanecia inerte, a partir de 2004, passou a ser ocupada por moradores desabrigados da cidade de São José dos Campos. A população que habitava o local foi crescendo e alcançou números significativos.

A área do Pinheirinho seguia todas as normas urbanísticas da cidade de São José dos Campos para facilitar a posterior regularização. Portanto, se tratava de um bairro propriamente dito, como qualquer outro da cidade, com ruas de circulação para veículos e pedestres, casas de alvenaria e, ainda, contava com 81 pontos comerciais, 6 templos religiosos e 1 galpão comunitário¹⁴³.

Diante do caso do Pinheirinho se travou uma verdadeira batalha judicial durante anos. Por várias vezes, antes da efetiva reintegração de posse, em janeiro de 2012, decisões foram concedidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que autorizavam a reintegração, mas logo em seguida os moradores do Pinheirinho conseguiam suspender e

¹⁴¹ Folha de São Paulo. *Justiça suspende reintegração de posse de favela em interior de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1035413-justica-suspende-reintegracao-de-posse-de-favela-do-interior-de-sp.shtml>>. Acesso em 26/09/2013.

¹⁴² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Caso Pinheirinho. Direito de propriedade deve atender à função social*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/pinheirinho-direito-propriedade-atender-funcao-social>>. Acesso em 14/09/2014.

¹⁴³ AMORIM, Fabiano. Documentário: *Derrubaram o Pinheirinho*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=-OqKwup0b8c>>. Acesso em: 13/11/2013.

adiar a destruição dos seus sonhos. A cada vitória alimentavam a esperança de que o Poder Público agisse e garantisse o direito à moradia daquelas milhares de pessoas¹⁴⁴.

Inúmeras foram as promessas do Estado de São Paulo e da Prefeitura de São José dos Campos em realizar a formalização daquele terreno. Mas não passavam de promessas políticas, de interesse eleitoral, haja vista que o interesse econômico sobre aquela área ultrapassava qualquer vontade e dever de assegurar o direito à moradia daquela comunidade.

Logo em 2004, o juiz de direito do TJSP, Marcus Geraldo Porto de Oliveira, descumpriu uma ordem de reintegração de posse vinda de um desembargador do Tribunal e enviou uma carta ao Presidente Lula e ao Governador do Estado de São Paulo pedindo a desapropriação daquela área por interesse social, nos termos do art. 184 da Constituição da República¹⁴⁵.

A partir da daí, varias foram as promessas do Estado a fim de regularizar a área. Todavia, nenhuma delas foi cumprida.

Certa vez, foi proposto um projeto de lei na Câmara dos Vereadores, da cidade de São José dos Campos, para que tornasse a área em discussão uma Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), a fim de que a prefeitura pudesse desapropriá-la. Contudo, esse projeto nunca foi votado, mesmo diante de várias manifestações populares em prol dos moradores do Pinheirinho¹⁴⁶.

O terreno, onde foi instalado o bairro do Pinheirinho, em 2004, valia cerca de R\$ 7 milhões. Ao longo dos anos, passou a ser avaliado em R\$ 100 milhões, pois a área ao redor do terreno se tornou um grande e importante polo industrial da cidade de São José dos Campos. Nesse sentido, o interesse econômico passou a ser superior do qualquer direito fundamental e social assegurado pela Constituição Federal.

Sendo assim, após anos de batalha judicial entre o dono do terreno, Naiji Nahas, e os milhares de moradores da favela, o interesse econômico dos mais poderosos

¹⁴⁴ Jornal GGN. *Rodrigo Capez fala da atuação do TJ no caso do Pinheirinho*. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/blog/luisnassif/rodrigo-capez-fala-da-atuacao-do-tj-no-caso-pinheirinho>>. Acesso em 14/09/2014.

¹⁴⁵ *Celso Daniel: 10 anos de impunidade*. Disponível em: <<http://politicaetica.com/2012/01/19/celso-daniel-10-anos-de-impunidade/>>. Acesso em: 14/09/2014.

¹⁴⁶ FAERMANN, Patricia. *Como a gestão municipal é barrada pelos interesses políticos*. Disponível em: <<http://ggnnoticias.com.br/noticia/como-a-gestao-municipal-e-barrada-pelos-interesses-partidarios>>. Acesso em: 14/09/2014.

prevaleceu. A juíza de direito, Márcia Loureiro, responsável pelo processo na época, determinou a reintegração de posse do terreno no dia 22 de janeiro de 2012.

A invasão para assegurar a reintegração de posse do terreno foi determinada por ordem judicial e, após todo um planejamento, a ordem foi cumprida, a partir das 5hs da manhã do dia 22 de janeiro de 2012, com a ajuda de mais de dois mil policiais militares, veículos blindados, cavalaria e helicóptero, que espalharam o caos e o terror pelas ruas da favela, parecendo uma verdadeira operação de guerra¹⁴⁷.

Os moradores do Pinheirinho se posicionaram contra a tropa policial a fim de tentar impedir a reintegração e para se defenderam das bombas de gás e balas de borracha, utilizaram-se de capacetes, escudos improvisados e barricadas – de sofás, pneus e madeira¹⁴⁸.

Durante a ação dos policiais, muitas pessoas ficaram feridas, outras em estado de choque, por estarem perdendo suas casas e todos os seus pertences. Os relatos dos moradores denunciam uma ação policial desproporcional e desmedida, haja vista que a ação ultrapassou os limites legais, atingindo a integridade física e psíquica da população¹⁴⁹.

Muitos foram os casos de violação aos direitos humanos. Durante a operação policial se viu muitas ameaças e violência gratuita. Há até mesmo queixas de abuso sexual.

Diante desse caso, portanto, percebe-se que a proteção à dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, o princípio da função social da posse e da propriedade e os direitos sociais, todos previsto na suprema Constituição da República Federativa do Brasil foram violados.

Os moradores do Pinheirinho foram tratados como bichos pelo Estado, haja vista que foram expulsos, de forma abrupta e violenta, fazendo com que essas pessoas

¹⁴⁷ ROLNIK, Raquel. *Pinheirinho, Cracolândia e USP: em vez de política, polícia!* Disponível em: <http://raquelrolnik.wordpress.com/2012/01/23/pinheirinho-cracolandia-e-usp-em-vez-de-politica-policia/>. Acesso em: 14/09/2014.

¹⁴⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,31047O+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional> >. Acesso em: Out/2013.

¹⁴⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,31047O+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional> >. Acesso em: Out/2013.

deixassem para trás as suas casas, todos os seus pertences e documentos, conquistados com anos de trabalho¹⁵⁰.

Em entrevista concedida após a reintegração de posse, a Juíza, responsável pela decisão que determinou a reintegração, afirmou: “*A vida das partes pouco me importa. O direito a propriedade não está acima, nem abaixo do direito à moradia. Estão no mesmo nível*¹⁵¹”.

Diante desse pensamento é que a decisão de reintegração de posse se fundamentou e foi executada, formando-se uma verdadeira operação de guerra contra a população, iniciada na calada da noite, para impossibilitar qualquer defesa por parte dos moradores¹⁵².

Um dia após a decisão ser cumprida, todas as casas da favela do Pinheirinho foram demolidas, ainda com todos os móveis dentro. Não foi oportunizado aos moradores sequer o direito de retirar seus pertences de dentro das suas casas. A maioria da população saiu somente com a roupa do corpo.

Ressalta-se que ao decidir sobre a reintegração, a juíza priorizou o direito a propriedade. Pois bem. Mas ignorou, por completo, o direito à propriedade dos moradores do Pinheirinho sobre seus móveis e pertences¹⁵³.

Resta claro, portanto, a utilização de dois pesos e duas medidas para a aplicação da lei no Brasil.

As famílias desabrigadas foram para abrigos improvisados pela Prefeitura e por entidades solidárias. A situação se assemelhava ao tratamento dado aos refugiados por guerra.

Para amenizar o escândalo, o Governo Federal disponibilizou verba pública para o pagamento de auxílio aluguel para os moradores desabrigados, no valor de R\$ 500,00.

¹⁵⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,31047O+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional>>. Acesso em: Out/2013.

¹⁵¹ AMORIM, Fabiano. Documentário. *Derrubaram o Pinheirinho*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=-OqKwup0b8c>>. Acesso em: 13/11/2013.

¹⁵² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,31047O+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional>>. Acesso em: Out/2013.

¹⁵³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,31047O+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional>>. Acesso em: Out/2013.

Todavia, tal valor não foi repassado para todas as famílias e era insuficiente para o pagamento de qualquer aluguel na cidade de São José dos Campos¹⁵⁴.

Destaca-se que as pessoas que viviam no terreno exerciam sobre ele posse mansa e pacífica, tendo em vista que a sua posse antes da reintegração nunca tinha sido turbada. Além disso, evidencia-se que o terreno que, anteriormente, se encontrava vazio e sem destinação social, passou a cumprir a efetiva função social da propriedade e da posse, abrigando inúmeras famílias, que antes não desfrutavam de uma moradia digna.

Não se tratou, pois, de mera invasão, mas sim de uma busca pela eficácia dos preceitos constitucionais do direito à moradia e da função social da posse e da propriedade. Não se tratava de pessoas espertas que queriam se aproveitar de uma situação, mas sim de pessoas injustiçadas e sofridas, vítimas da inércia do Estado¹⁵⁵.

É incontestável que a legislação brasileira prevê o cumprimento da função social da propriedade e da posse. Dessa forma, diante de uma situação concreta de invasão, a retomada da posse pelo proprietário precisa passar pela avaliação da função social da posse e da propriedade. O direito de propriedade deve, primeiramente, ser confrontado com outros tantos direitos que possam estar em jogo na situação fática existente.

É incontestável que haviam outras medidas judiciais que poderiam ser aplicadas nesse caso concreto, as quais, certamente, assegurariam o direito à moradia e resguardaria o direito proprietário do dono do terreno. Mas não, o Poder Público preferiu não atender a lei e, ainda mais, utilizou força excessiva e desproporcional.

A desapropriação por interesse social, prevista no art. 184 da Constituição, a desapropriação judicial, positivada no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, e a usucapião especial urbana coletiva eram saídas para o caso. No entanto, preferiu-se sobrepor o interesse econômico e o direito à propriedade sobre o direito à moradia, ao princípio da função social da posse e, ainda, sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Destarte, no caso do Pinheirinho, o título de propriedade se sobrepôs, de forma isolada, sobre os demais princípios e ditames da legislação brasileira. Houve falência dos três poderes da República, os quais foram incapazes de agirem de forma conjunta, ao não

¹⁵⁴ BORGES, Altamiro. Conversa Fiada. *Pinheirinho: as falsas promessas de Alckmin*. Disponível em: <http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2013/01/21/pinheirinho-as-falsas-promessas-de-alckmin/>. Acesso em: 14/09/2014.

¹⁵⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,310470+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional>>. Acesso em: Out/2013.

conseguirem preventivamente equacionar os conflitos de interesse do proprietário do terreno em oposição aos interesses coletivos e sociais, previstos na Carta Magna de 1988.

O que a juíza do caso fingiu não saber, mas todos os juristas renomados e sociólogos sabem, é que o princípio da dignidade da pessoa humana deve se sobrepor a qualquer outro direito, inclusive sobre o direito de propriedade. Portanto, como já defendido, a aquisição de uma moradia está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo assim, uma família não pode ser despejada de um terreno invadido quando este não cumpria o requisito essencial da propriedade, qual seja, a função social¹⁵⁶.

É verdade que poderá haver conflito entre os ditames estabelecidos na Constituição. Na verdade, os conflitos de direitos fundamentais nada mais são do que conflitos entre princípios.

Nesses casos, como já foi analisado no presente trabalho, a solução é buscar uma conciliação entre os princípios conflitantes. Deve ser feito um juízo de ponderação, pautado na proporcionalidade e racionalidade, para que o princípio sacrificado no caso concreto possa fazer prevalecer inúmeros benefícios para a sociedade.

No caso em tela, o direito à moradia das pessoas que ocupavam o terreno devia prevalecer sobre o direito à propriedade do dono do terreno, já que este não fazia cumprir a função social.

Contudo, verifica-se que o juízo de ponderação não foi realizado. Na reintegração de posse da favela Pinheirinho somente o direito à propriedade foi levado em consideração.

O princípio da dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia e a função social da posse foram ignoradas por completo. É incontestável que as pessoas que residiam no terreno possuíam a posse da área e concretizavam a sua função social. No entanto, somente foi considerado o direito à propriedade do dono do terreno.

Nesse sentido, caso fosse levado em consideração a posse construtiva da população do Pinheirinho e houvesse tido o reconhecimento da sua função social, o caso teria encontrado uma solução justa e menos violenta. A partir do reconhecimento da função social da posse no caso em análise, todos os direitos tutelados constitucionalmente poderiam ter sido

¹⁵⁶ REIS. Rafael Rocha. *O conflito entre o direito à moradia e o direito de propriedade*. Revista Jurídica. Anápolis, v. 2. n. 19, p. 94-104, Jul-Dez 2012.

efetivados, sendo garantida a população o direito à moradia, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, do princípio da função social da propriedade.

CONCLUSÃO

Analizamos no presente trabalho a função social da posse á luz do ordenamento jurídico vigente. Foi possível perceber que a função social da posse nada mais é que um princípio vinculado a uma sociedade mais igualitária, que possibilita garantir o direito à moradia e a existência digna do ser humano.

Verificou-se que o princípio da função social da posse está contido implicitamente na legislação brasileira, que quando reconhecido e aplicado é capaz de efetivar o direito à moradia, fazendo prevalecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e o interesse social.

É um instituto jurídico autônomo, com feições e caráter próprio, que deve ser inserido no contexto da realidade social e cultural. A posse dotada de função social pode competir juridicamente com o direito de propriedade.

No primeiro capítulo foi estudada a evolução e características, de modo geral, dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Depois de se ter uma noção acerca dos direitos fundamentais em geral, foi analisado a fundo o direito à moradia, o qual está positivado constitucionalmente como direito fundamental e social. Ainda, se adentrou ao estudo do instituto jurídico da posse para se passar efetivamente à análise do princípio da função social da posse como promovedor e garantidor do direito à moradia.

No segundo capítulo foi verificado á luz da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Cidade a presença implícita do princípio da função social da propriedade, bem como se analisou os instrumentos jurídicos da desapropriação, da usucapião especial urbana e coletiva e da concessão de uso especial para fins de moradia, os quais possibilitam a concretização do direito fundamental à moradia, mediante a aplicação da função social da posse.

Diante do estudo do ordenamento jurídico vigente, das considerações doutrinárias e ainda pela análise jurisprudencial realizada neste trabalho, conclui-se que o princípio da função social da posse ainda é embrionário em relação ao princípio da função social da propriedade, por exemplo. No entanto, verifica-se que mesmo diante de sua presença implícita na legislação, ao contrário da função social da propriedade que está expresso na Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da posse não deixa de ser considerado e aplicado pelos juristas modernos brasileiros.

A aplicação do princípio da função social da posse possibilita efetivar o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana. Para se alcançar esse objetivo é necessário que a posse seja vista sob outro enfoque e não mais como uma característica e atrelada à propriedade. Portanto, operou-se uma mudança da perspectiva da posse, quando ela passou a ser vista por ela mesma.

A mudança da perspectiva da posse viabilizou uma melhor aplicação dos instrumentos jurídicos que possibilitam a regularização fundiária dos possuidores que estão em terrenos abandonados e que não cumprem a sua função social.

Portanto, a função social da posse tem como consequência direta a garantia da efetividade dos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito social à moradia, além de dar mais efetividade às normas infraconstitucionais da posse e, ainda, como consequência indireta, efetiva o princípio constitucional da função social da propriedade.

Nesse sentido, conclui-se que a função social da posse possibilita melhorar a situação da moradia no Brasil na medida em que garante aos despossuídos cidadania, através de uma melhor distribuição de terras e riquezas, mudando o cenário da propriedade estática e da inércia da posse para uma propriedade dinâmica e de uma posse construtiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALFONSIN, Betânia. *O significado do estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sedur.ba.gov.br/pdf/versao.final.pdf>>. Acesso em: 22 Agosto, 2013.

ALVES, Pedro Paulo Pereira. *O direito de propriedade e a desapropriação "pro labore" do art. 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14375/o-direito-de-propriedade-e-a-desapropriacao-pro-labore-do-art-1228-4-e-5-do-codigo-civil-de-2002>>. Acesso em: 30 set, 2014.

AMORIM, Fabiano. Documentário: *Derrubaram o Pinheirinho*, 2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=-OqKwup0b8c>>. Acesso em: 13 nov, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEGHINI, Ricardo. Blog Amantes da Ferrovia. *Descaso com ferrovias deixa Minas Gerais fora dos trilhos*. Disponível em: <<http://www.amantesdaferrovia.com.br/profiles/blogs/descaso-com-ferrovias-deixa-minas-gerais-fora-dos-trilhos>>. Acesso em 24 set, 2014.

BERTRAMELLO, Rafael. *Os direitos sociais: conceito, finalidade e teorias*, 2013. Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943093/os-direitos-sociais-conceito-finalidade-e-teorias>>. Acesso em: 15 set, 2014.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano Diretor Urbano & Função Social da Propriedade*. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BORGES, Altamiro. Conversa Fiada. *Pinheirinho: as falsas promessas de Alckmin*. Disponível em: <http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2013/01/21/pinheirinho-as-falsas-promessas-de-alckmin/>. Acesso em: 14 set, 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F; SCARLET , Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião especial urbano coletivo: abordagem sobre o Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 49-50.

DIDIER JR, Fredie – Org. *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FAERMANN, Patricia. *Como a gestão municipal é barrada pelos interesses políticos*. Disponível em: <<http://ggnnoticias.com.br/noticia/como-a-gestao-municipal-e-barrada-pelos-interesses-partidarios>>. Acesso em: 14 set, 2014.

FERNANDES, Edésio, *A Natureza Curativa dos Programas de Regularização, Regularização da Terra e Moradia. O Que é e Como Implementar*. Instituto Pólis (Coordenação Executiva), Publicação Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE.

Acesso, Cidadania e Direitos humanos, COHRE – Centro pela Direito à Moradia conta Despejos, São Paulo, 2002.

FERNANDES, Edésio. *Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil, Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Folha de São Paulo. Justiça suspende reintegração de posse de favela em interior de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1035413-justica-suspende-reintegracao-de-posse-de-favela-do-interior-de-sp.shtml>>. Acesso em 26 set, 2013.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Jornal GGN. *Rodrigo Capez fala da atuação do TJ no caso do Pinheirinho*. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/blog/luisnassif/rodrigo-capez-fala-da-atuacao-do-tj-no-caso-pinheirinho>>. Acesso em 14 set, 2014.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Caso Pinheirinho. Direito de propriedade deve atender à função social*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/pinheirinho-direito-propriedade-atender-funcao-social>>. Acesso em 14 set, 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O caso Pinheirinho: um desafio à cultura nacional*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149026,310470+caso+Pinheirinho+um+desafio+a+cultura+nacional>>. Acesso em: 20 out, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Debus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS NETO, João de Passos. *Direitos Fundamentais: conceito, funções e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade: lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- Portal de Notícias R7. *Descaso de concessionárias deixa diversas linhas férreas abandonadas em Minas Gerais*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/descaso-de-concessionarias-deixa-diversas-linhas-ferreas-abandonadas-em-mg-20110822.html>>. Acesso em 24 set, 2014.
- PRIETO, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madri: Debate, 1994.
- RANGEL, Helano Márcio Vieira. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78, Jul-Dez 2009.
- REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REIS, Rafael Rocha. *O conflito entre o direito à moradia e o direito de propriedade*. Revista Jurídica. Anápolis, v. 2. n. 19, p. 94-104, Jul-Dez 2012.
- RIBEIRO, Júlio César Lérias. *Posse e Ordenamento Jurídico: Um estudo crítico acerca da autonomia normativa da posse, em face da propriedade, no sistema jurídico brasileiro, sob as luzes do juspositivismo*/Júlio César Lérias Ribeiro – 2011.
- ROLNIK, Raquel. *Pinheirinho, Cracolândia e USP: em vez de política, polícia!* Disponível em: <http://raquelrolnik.wordpress.com/2012/01/23/pinheirinho-cracolandia-e-usp-em-vez-de-politica-policia/>. Acesso em: 14 set, 2014.
- ROSA, Marizélia Peglow da. *A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento da efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf. Acesso em: 02 abril, 2014.
- ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. Direito à cidade: Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em 15 set, 2014.