

O diálogo entre proteção possessória e o direito à cidade



ROGER VITÓRIO OLIVEIRA SOUSA

Analista Judiciário - área judiciária (Direito) do TJ-MA. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí -UESPI. Pós-graduado em Direito Constitucional e também em Direito Público pela Faculdade Descomplica (certificação pela UniAmérica). Pós-graduado em Direito e processo do trabalho, pela Faculdade Pro Minas. Pós-Graduado em Direito Falimentar e Recuperação Judicial, e também em Seguridade Social, ambas pela Faculdade Focus. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1986-0700>. E-mail: rogerolly@gmail.com

O DIÁLOGO ENTRE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA E O DIREITO À CIDADE

THE DIALOGUE BETWEEN POSSESSION PROTECTION AND THE RIGHT TO THE CITY

RESUMO

Busca-se desvendar se seria viável opor à tutela possessória o direito à cidade garantido aos moradores de áreas informais já estabelecidas pelo decurso do tempo ou se, do contrário, seria legítima a atuação judicial no sentido de intervir em situações urbanas fáticas já consolidadas, destituindo os ocupantes de seus *habitats* e de suas identidades geográficas. Discute-se, assim, o direito difuso – de terceira dimensão – à cidade e suas implicações na propriedade privada e nos atributos a ela inerentes. Foi utilizado, por pertinente, o método dedutivo, utilizando-se de conceitos anteriormente elucidados para o atingimento do escopo audacioso. A fonte utilizada foi a consulta bibliográfica, mediante a análise da doutrina especializada acerca da matéria. Para atingir o objetivo estabelecido, buscou-se entender os conceitos essenciais à discussão, quais sejam, os referentes às formas de tutela da posse, à definição de direito à cidade e sua natureza jurídica, além de ser estudada a jurisprudência da Corte Superior acerca da temática.

Palavras-chave: posse; direito à cidade; intervenção judicial; direito à moradia.

ABSTRACT

It was sought to see if it would be viable to oppose the right to the city guaranteed to residents of informal areas already consolidated over time to possession protection or whether, on the contrary, judicial action would be legitimate in order to intervene in factual urban contexts already consolidated, dismissing the occupants of their habitats and their geographic identities. Thus, the group right – of third generation – to the city and its implications for private property and its inherent attributes are discussed. The deductive method made viable the debate, using previously studied concepts to achieve the audacious scope. The source used was bibliographical consultation, through the analysis of specialized papers on the subject. To achieve the established objective, we sought to comprehend the concepts seen as essential to the discussion, namely, those referring to the forms of protection of possession, the definition of the right to the city and its legal nature, in addition to studying the Superior Court's jurisprudence regarding the theme.

Keywords: possession; right to the city; judicial intervention; right to housing.

1 INTRODUÇÃO

A presente discussão gira em torno do conflito estabelecido entre a tutela da posse por, intermédio das ações possessórias, e o direito à cidade a que fazem jus coletivos que residem em áreas urbanas informais, durante lapsos longos de tempo e de forma consolidada. Indaga-se: seria legítima a atuação judicial no sentido de intervir em situações urbanas fáticas já consolidadas, destituindo os ocupantes de seus *habitats* e de suas identidades geográficas? Ou seria viável opor à tutela possessória o direito à cidade garantido aos moradores de áreas informais já estabelecidas pelo decurso do tempo?

Considerando este desiderato, foi necessário estudar, ainda que de forma enxuta, a posse e como se dá sua tutela em sede processual, bem como verificar em que consiste o direito à cidade e a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ) nos casos em que, havendo a determinação de reintegração de posse, o cumprimento da ordem resultaria em possível caos, em razão da consolidação da situação informal.

Observada a linearidade do estudo, o método dedutivo foi considerado o mais apto para o atingimento do escopo. É que, para penetrar no ponto nevrálgico do debate, exigiu-se pretérito saber acerca de o que seria a posse, de que forma é tutelada, processualmente, pelo ordenamento pátrio, além de em que consiste o direito à cidade, sua natureza jurídica e o reconhecimento, ainda que implícito, de seu diálogo com a tutela processual da posse. A fonte que se demonstrou essencial foi a bibliográfica, tendo em vista que fez-se necessário consultar os tomos com o fito de desvendar os conceitos buscados.

Na primeira seção, foi estudada a posse. Buscou-se seu conceito, embora tormentosa a definição na doutrina, bem como suas classificações e de que forma o ordenamento pátrio previu sua proteção, judicial e extrajudicialmente. Ato contínuo, analisou-se sua tutela processual.

A segunda seção foi dedicada a avaliar o direito à cidade. Em que consiste, qual sua natureza jurídica e, mais ainda, qual o seu vínculo com a função social da propriedade? Todos elementos essenciais ao alcance da temática central do trabalho.

Em arremate, o Direito à cidade foi contemplado como limitação ao livre exercício do direito de propriedade e da livre tutela processual da posse, notando-se a jurisprudência da Corte Cidadã acerca da matéria, a fim de se perceber se, de fato, seria viável sua oponibilidade ao cumprimento de mandado possessório.

2 PINCELADAS SOBRE POSSE E AÇÕES POSSESSÓRIAS

2.1 Posse e tutela da posse

Posse tem sido entendida como a situação de fato pela qual um indivíduo exerce um ou mais atributos do direito de propriedade sobre determinado bem. Assim, de acordo com o Art. 1.196, Código civil de 2002 (doravante, CC/02), tem-se por possuidor “possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. A posse se distingue da propriedade e com ela não se confunde. Distinção estabelecida por Lafayette, ainda em 1877, entre os dois institutos revela a caracterização da posse como estado de fato, como dito, mas, mais ainda, evidencia que mesmo em momentos mais remotos do ordenamento pátrio, antes ainda do advento do Código Beviláqua, o Código Civil de 1916, a doutrina pátria já discutia a posse como fenômeno que merecia a atenção do direito:

O domínio não se pode adquirir senão por título justo e duma maneira conforme ao Direito: e um poder, uma faculdade jurídica em toda a força da sua essência. A posse, porém, não tem por fundamento um direito anterior de que ela seja a consequência [*sic*] e a manifestação; instaura-se pela simples aquisição do poder físico de dispor da coisa, unido à intenção de havê-la como própria, nada importando se por modo justo ou injusto; e, uma vez adquirida, produz efeitos legais. (Pereira, 2004, p. 31)

O clássico autor, por sua vez, conceituava a posse como “poder de dispor fisicamente da coisa, com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiro. Pressupõe, portanto, uma coisa fisicamente submetida à dominação da nossa vontade.” (Pereira, 2004, p. 31).¹ Veja-se que adotava o autor, claramente, a perspectiva de ser a posse um estado de fato e não um direito.

Cabível ressaltar que, quanto à natureza jurídica da posse, há dissenso doutrinário. Parte dos cientistas posiciona-se no sentido de esta ser um estado de fato, como já visto. Isso porque ela não resultaria, para eles, de um direito subjetivo, podendo, inclusive, ser defendida ainda que não houvesse comprovação do domínio ou mesmo ostentando o caráter de injusta; por outro lado, há perspectiva a afirmar ser um fato e um direito, sendo certo que, por se tratar de um fato, origina-se mesmo em razão da violência, mas, considerando-se os efeitos que produz, seria um direito; por fim, há ainda quem a identifique como um direito – para certa parte desta corrente, inclusive, um direito real (Nader, 2016). Não há unanimidade acerca da matéria na doutrina pátria e a exposição serviu somente a título informativo.

Após a conceituação e os delineios acerca da natureza jurídica do instituto, a progressão natural da discussão leva a se estabelecer quais os tipos de posse identificados pela ciência jurídica pátria. Essencial o estudo da classificação da posse em justa ou injusta, e da subdivisão desta última em precária, clandestina ou violenta, a fim de poderem ser analisados os meios de defesa contra ataques à posse.

A posse será justa se não for injusta. Pelo legislador foi estabelecida hipótese de mútua exclusão, a teor do Art. 1.200, CC/02. Evidencia-se, na dicção legal, que será injusta quando for violenta, clandestina ou precária. Violenta é a adquirida pela força física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*); clandestina é a adquirida às escuras, de forma oculta, com o intuito de o proprietário não a perceber; em arremate, é precária a advinda de abuso de confiança, a exemplo da que é exercida por um comodatário que, atingido o termo para a devolução do bem, com ele fica, sendo, inicialmente, uma posse justa (Mello, 2017).

Para a tutela do possuidor contra atos que busquem destitui-lo de sua posse ou perturbá-lo no exercício dela, o ordenamento previu instrumentos a serem acionados judicialmente e extrajudicialmente. Tipicamente, é verificada a tutela de justo possuidor

¹ Embora Lafayette tenda a adotar a perspectiva subjetiva da posse de Savigny, existindo discussão doutrinária acerca de qual a teoria mais adequada à definição da posse, se a subjetiva de Savigny, ou a objetiva, de Ihering, tal é insubsistente à discussão aqui iniciada. A menção à conceituação formulada por Lafayette apenas ilustra a relevância do tema e a discussão – já perene – acerca da natureza jurídica da posse.

contra aquele que injustamente busca deter referida posse, mas nem sempre é assim. É possível de se vislumbrar hipótese em que mesmo o possuidor injusto pode ser tutelado pelo ordenamento, como quando terceiro provocar tentativa de prejudicar o exercício de sua posse sobre o bem (Coelho, 2020). De qualquer forma, frise-se: a posse pode ser defendida extrajudicialmente ou judicialmente. É possível a utilização – de forma extrajudicial – de modos de autotutela, o desforço imediato e a legítima defesa da posse, para repelir injusta agressão à posse do possuidor; por outro lado, há método de heterocomposição também previsto pela legislação: o manejo das ações possessórias (Farias, Rosendal, 2014). Evoluiu-se, portanto, o debate, ao estudo das ações possessórias.

2.2 Tutela processual da posse

O conflito é inerente à condição humana e, em razão disso, o ordenamento prevê tanto meios consensuais de solução de conflito quanto meios heterocompositivos, pelos quais o próprio Estado realiza a pacificação social, sendo as ações possessórias exemplos nítidos desta última modalidade.² Como visto preteritamente, a tutela da posse pode se dar de forma judicial ou extrajudicial e, ainda, por intermédio da autotutela ou da heterotutela.

Por intermédio das ações possessórias, é possível que o Estado garanta a posse daquele que se sentir lesado por ato de terceiro. São as ações possessórias típicas a reintegração de posse, a manutenção da posse e o interdito proibitório. A reintegração volta-se a que seja novamente concedida a posse ao possuidor que dela foi destituído por esbulho; a manutenção, como se extrai se sua própria nomenclatura, pertine à atuação estatal no sentido de evitar o esbulho ou o prejuízo – a perturbação – ao exercício livre da posse pelo possuidor; em conclusão, o interdito proibitório é manejado quando constatada ameaça à posse, evitando-se a ocorrência de esbulho ou turbação. Mantém-se o que ainda se tem; reintegra-se o possuidor quando destituído do exercício da posse; e interdita-se aquilo que põe em risco a regular posse (Arts. 560, 567, Código de Processo Civil de 2015, doravante, CPC/15).

² Como já visto, à solução de conflitos sociais tem-se tanto meios autocompositivos quanto heterocompositivos, além da autotutela. Embora haja rechaço, por parte da doutrina, à autotutela, esta possui previsão no ordenamento brasileiro em certas hipóteses. Já quanto à autocomposição e à heterocomposição, aquela ocorre quando a questão é solucionada sem a intervenção necessária de terceiro, por meio de transação, submissão ou desistência; já esta se dá quando há a intervenção de um terceiro. Como elucidam Grinover, Dinamarco e Cintra, ocorrendo a autocomposição em qualquer de suas formas, “surge um novo preceito jurídico concreto, nascido da vontade das partes (ou de uma delas), e que irá validamente substituir aquela vontade da lei que ordinariamente derivara do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo” (2009, p. 36). A heterocomposição, por sua vez, é notada nas hipóteses em que necessária a intervenção de um terceiro para a solução do conflito, como quando há o exercício da jurisdição pelo Estado, para a pacificação do conflito estabelecido.

Embora o procedimento especial somente seja aplicável aos casos em que proposta a ação dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial (Art. 558, CPC/15), ainda que incidente o procedimento comum a ação não perde o caráter possessório a ela inerente (Art. 558, parágrafo único, CPC/15).

Reconhece o ordenamento, pois, que deve ser a posse tutelada. Essa tutela, na linha do que foi exposto, pode se dar, processualmente, por intermédio de procedimento especial ou pelo procedimento comum, a depender das circunstâncias verificadas no caso concreto.

A distinção entre um procedimento e o outro é vista, mormente, no ponto referente à concessão de medida liminar. No procedimento especial inerente às possessórias, previu-se uma antecipação de tutela específica, concedida quando regularmente instruída a peça de gênese com os elementos previstos em lei (comprovação da posse, da turbação ou do esbulho, inclusive da data em que efetivamente ocorridos, bem como a comprovação da perda da posse ou sua continuidade, a depender de se a ação é em razão de reintegração ou de manutenção, a teor do Art. 561, CPC/15, c/c Art. 562, CPC/15). É possível sintetizar, pois, que “a especialidade do procedimento da ação possessória de força nova situa-se justamente na garantia de uma tutela satisfativa *initio litis*”. (Theodoro Júnior, 2017, p. 151)

Isso, no entanto, não impede o possuidor que manejar ação para tutela de sua posse após ano e dia do evento ensejador de conseguir medida antecipatória dos efeitos finais da tutela. Nesse caso, todavia, dever-se-ão ser observados os critérios previstos para a concessão das tutelas antecipadas em geral, o risco ao resultado útil do processo ou o perigo de dano oriundo da demora no provimento final e a probabilidade do direito, previstos no Art. 300, CPC/15. Em suma:

Para a concessão de antecipação da tutela, no procedimento especial, basta a presença dos requisitos do art. 561, CPC, sendo dispensável a afirmação e a demonstração de perigo. A urgência da reintegração de posse é presumida pelo legislador quando a ação é proposta dentro de ano e dia. Entretanto, o legislador presumiu o contrário quando estabeleceu o não cabimento do procedimento especial no caso de esbulho praticado há mais de ano e dia. Assim, quando a reintegração de posse for requerida depois de ano e dia, não será suficiente, para a obtenção da tutela antecipatória, apenas a prova dos requisitos do art. 561, CPC. Isso, porém, não pode levar à conclusão de que nesse caso o autor jamais terá necessidade de tutela antecipada. [...] Diante do Art. 558, CPC, será possível conceder tutela antecipada se ficar evidenciada circunstância que conduzir à conclusão de urgência no deferimento da reintegração ou restar demonstrado motivo que tenha obstaculizado a propositura da ação no prazo de ano e dia. Quer dizer que a tutela antecipatória, depois de passado ano e dia do esbulho, exige a prova dos requisitos do Art. 561, CPC, somada à prova de fato caracterizador de urgência (Marinoni, Mitidiero, Arenhart, 2017, p. 711).

Reconhece-se, assim, tutela à posse, a qual, processualmente, se manifestará por meio de um procedimento especial ou de um comum. Elucidado o conceito de posse e visto de que forma há sua proteção no direito pátrio, a fim de, posteriormente, ser realizado o cotejo dessa tutela garantida pelo Direito brasileiro e o direito dos ocupantes à cidade, necessário, a partir de agora, compreender em que consiste o direito à cidade.

3 DIREITO À CIDADE

3.1 Fundamentalidade do direito à cidade

Inicialmente concebidos como direitos negativos ou liberdades públicas, tendo em vista estabelecerem, em regra, limitações à penetração estatal na esfera de autonomia dos súditos, os direitos fundamentais, com o avançar das gerações, foram ganhando novas roupagens, a fim de que pudessem se amoldar às necessidades do contexto histórico experienciado. Trata-se das noções de gerações de direitos fundamentais e de historicidade, um dos atributos de referida gama de direitos (Novelino, 2016).

Neste fio, portanto, indaga-se: o direito à cidade teria caráter fundamental?

A fim de elucidar o ponto controvertido, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais não são apenas os expressamente indicados no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – da CF/88. É que, há muito, se compreende haver desses direitos que se encontram fora do catálogo (direitos fundamentais fora do catálogo ou heterotópicos) (Mendes, Branco, 2020).

Por outro lado, a concepção de bloco de constitucionalidade também autoriza o reconhecimento de direitos fundamentais que não constem do texto da Carta Política, mas de documentos esparsos que componham o bloco (Mendes, Branco, 2020). Ainda assim, não localizada a previsão expressa desse direito, quer no catálogo expresso de direitos fundamentais, quer no restante do Corpo da Lei das Leis, quer ainda nos instrumentos que compõem o bloco de constitucionalidade.

Isso, no entanto, não inviabiliza o reconhecimento do mencionado direito como fundamental. O direito à cidade decorre da conjugação de vários outros expressamente previstos – direito à moradia, direito à vida (digna), direito à saúde, direito ao trabalho etc. – dessa forma, tratando-se de maxi direito, oriundo da união de diversos outros, nítida a fundamentalidade a ele inerente. E embora adquira previsão expressa apenas na redação do

Estatuto da Cidade³, não deixa de ter caráter materialmente constitucional, por ser penumbra⁴ dos direitos expressamente previstos que o compõem. A ausência de previsão expressa no texto da Carta Maior não é óbice ao reconhecimento do direito materialmente fundamental. Sintetiza Costa:

O reconhecimento de direitos apenas materialmente fundamentais é uma possibilidade derivada da cláusula de abertura consubstanciada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que informa que o rol do art. 5º da mesma Carta, não é taxativo. A eles se estendem as características de que usufruem os direitos que integram a Constituição formal, como a aplicabilidade imediata, a irrevogabilidade (art. 60, § 4º, IV, da Constituição), o grau máximo na hierarquia normativa e a proibição de retrocesso social (2019, p. 80).

Ora, direito à cidade é direito à vida. Direito de viver em coletivo, de viver uma vida digna, com saneamento básico, acesso a serviços de saúde, viabilização do direito ao trabalho através de sistema viário e oferta de serviço de transporte público regular, enfim, é uma evidente projeção do direito à moradia mas certamente com ele não se confunde e sim o qualifica. Direito à cidade é direito a uma vida digna em coletivo, direito à moradia dignificada e cujo convívio social seja viabilizado pelo Estado.

O diálogo entre o direito à cidade – que, pela legislação, é qualificada como sustentável – e os demais direitos por ele abarcados é vislumbrado de forma didática em excerto de Moreira, o qual, embora pareça modesto, traz, a um só tempo, a interação entre o mencionado direito difuso e os direitos privados que com ele conflitam – como a propriedade privada, além de expor, também, a interação entre o referido direito difuso e os direitos sociais que o compõem, como a moradia, o trabalho e o lazer:

o ideal de sustentabilidade urbana transparece tanto na Constituição da República quanto no Estatuto da Cidade. Trata-se de direito reconhecido amplamente e que depende, para que seja exercido em sua plenitude, do respeito aos direitos materiais que estruturam a sustentabilidade urbana, quais sejam, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura [*sic*] urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer - bem como da gestão democrática das cidades (Moreira, 2014, p. 189).

Nessa perspectiva, nítido fica que esse direito extrai validade até mesmo do direito de propriedade funcionalizado – ou seja, direito de propriedade curvada a sua função social. Ou

3 É reconhecido, na legislação, como “direito à cidade sustentável”, ou seja, naquela lei, o direito à cidade é qualificado pela referida locução, garantindo-se aos munícipes todos os atributos pela previsão estabelecidos, sendo este direito entendido como “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura [*sic*] urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (Art. 2º, I, Lei n. 10.257, de 2001).

4 Mesmo sem previsão explícita na legislação, é possível identificar o direito à sociedade sustentável como um direito implícito – ou uma penumbra – dos direitos de moradia e de propriedade, consoante construção jurisprudencial estadunidense, que afirma existirem direitos implícitos na sombra de outros, expressos, os chamados direitos em penumbra, tendo sido reconhecido, por exemplo, o direito, em penumbra, à privacidade dos indivíduos regidos pela Carta Americana (Pollak, 2006).

seja, o direito à cidade, ao mesmo tempo que nasce de outros, já expressamente previstos, é, também, um maxi direito cujo conteúdo engloba o dos demais que o fundamentam.

3.2 Direito à Cidade como projeção da função social da propriedade

É sabido que nenhum direito é absoluto, sendo todos moldáveis e relativos (Novelino, 2016). O próprio caráter histórico dos direitos fundamentais torna isso nítido, considerando que estes permanecem como direitos apenas enquanto a realidade fática autorizar. Direitos anteriores, que perdem a razão de ser, não são reproduzidos em ordenamentos futuros, em razão da incompatibilidade nítida do objeto tutelado com a contemporaneidade.

Dessa forma, os direitos fundamentais não são permanentes e nem rígidos e inflexíveis, mas são, isso sim, projeções sociais plásticas. Fala-se em uma índole evolutiva dos mencionados direitos, os quais deverão ser interpretados à luz do ordenamento em que surgidos ou mantidos (Mendes, Branco, 2020).

Nessa linha, superada há muito a perspectiva, por exemplo, da absolutez do direito de propriedade, no sentido de este poder ser exercido sem limites. Em realidade, desde os mais remotos momentos do direito brasileiro, nota-se, já se vislumbrava a flexibilização da propriedade. Era o caso, por exemplo, da possibilidade de intervenção em terras particulares pelo Estado, prevista no art. 179, XXII, da Constituição Imperial de 1824. Ademais, também eram vislumbradas limitações de ordem moral à utilização da propriedade pelo particular, bem como os limites impostos pelos direitos alheios (Bueno, 1857).

Atualmente, vê-se o rechaço à absolutez da propriedade, no sentido de poder o proprietário dela dispor sem limites, na previsão da *lege* material que afasta a prática de atos emulativos, aqueles animados pelo desejo de provocar dano a outrem, sem que haja qualquer bônus ao praticante (Diniz, 2009).

Todavia, os limites ao exercício do direito de propriedade são vistos de forma mais delineada quando determinado, pela Carta de Outubro, que este direito será funcionalizado. Tem-se, pois, uma propriedade funcionalizada, que deve respeito a sua função social.

Em que consiste, então, a função social da propriedade? O conceito é aberto, mas, em suma, supera-se a concepção de livre uso do patrimônio que se tinha outrora, para observar que a propriedade, embora direito individual de cada súdito, deve observância aos interesses do coletivo. Chalhoub sintetiza a função social como limitador do uso da propriedade, evidenciando, no entanto, que permanece a qualidade de direito subjetivo da propriedade, o qual, no entanto, passa a ser condicionado:

[...] o fato de o conteúdo da propriedade ser composto de poderes e deveres significa que o proprietário dispõe de um espaço mais limitado, dentro do qual pode satisfazer seus interesses individuais. Em razão de critérios delimitadores do conteúdo do direito de propriedade, seu titular é sujeito passivo de deveres e obrigações, que lhe impõem a utilização da propriedade num determinado sentido; essa delimitação de conteúdo, entretanto, não suprime o direito subjetivo do titular da propriedade, mas, não obstante, interfere no seu conteúdo, diminuindo as faculdades do proprietário, condicionando seu exercício e impondo o dever de implementar certas faculdades inerentes ao direito (2003, p. 309).

Diz-se, em conclusão, que “[a] evolução histórica da propriedade revela uma progressiva superação do egoísmo em prol da justiça social” (Nader, 2016, p. 124). O uso da propriedade, assim, deve se conformar com o interesse social, as normas ambientais, urbanísticas, afastando-se, por exemplo, a retenção especulativa de bens imóveis.

Em razão disso, é possível observar – pela Constituição e pelo ordenamento jurídico em geral – a presença de instrumentos catalisadores do uso funcionalizado da propriedade, quer sejam instrumentos de incentivo, quer de coerção do proprietário. Nessa linha, por exemplo, é possível a desapropriação da propriedade para fins de reforma agrária, a desapropriação da propriedade em razão da descoberta do plantio de psicotrópicos (Art. 243, CF/88), a desapropriação do solo urbano subutilizado, inutilizado ou não edificado (Art. 8º, Estatuto da Cidade), além do abrandamento dos requisitos para a usucapião quando explorada a propriedade ou utilizada para moradia (arts. 1.239, 1.240, CC/02).

Feito esse esclarecimento, vê-se um liame claro entre a concretização do direito à cidade e a função social da propriedade: são conceitos interdependentes e complementares.

Ao mesmo tempo em que o direito à cidade instrumentaliza a função social da propriedade para poder materializar-se, a utilização plena da propriedade, de forma a garantir uma vida digna aos munícipes, atribuindo-se à propriedade explorada uma utilização consentânea com os interesses do coletivo, faz com que aquela propriedade seja funcionalizada.

E é evidente o caráter de ambos os direitos como ordenadores da propriedade. A função social impõe um uso consentâneo com o coletivo; já o mencionado direito à cidade exige, para ser concretizado, que haja observância, pelos particulares, da função social da propriedade e, pelo Estado, do direito social de moradia (art. 6º, *caput*, CF/88) e do objetivo constitucional de garantir uma sociedade solidária, livre e justa, garantir o desenvolvimento nacional, que deve ser sustentável, e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I, II e III, CF/88).

Ora, o direito à cidade consiste em um “direito síntese, que abarca uma série de outros direitos, os quais, em boa parte, têm forte viés social e prestacional, como o direito à moradia,

infraestrutura urbana, direito a terra e lazer”, que, “é derivado e fundamentado em vários princípios constitucionais, sendo um verdadeiro direito fundamental material, decorrente da cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal”, tendo sua fundamentalidade extraída, como já visto, “das funções sociais da cidade, havendo uma clara conexão entre a necessidade das cidades cumprirem suas funções sociais e sua população exercer o direito a cidades sustentáveis”, sendo, portanto, “derivado da função social da propriedade, direito ao desenvolvimento urbano com garantia ao bem-estar e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁵ (Jereissati, Matias, 2022, p. 661-662).

4 O DIREITO À CIDADE COMO LIMITAÇÃO AO LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DA LIVRE TUTELA PROCESSUAL DA POSSE

Já foi visto, em breve análise, o caráter limitador que o direito difuso que centra esse estudo possui. Sua força penetrativa no direito de propriedade – de primeira dimensão – e seu caráter derivado da concorrência de direitos sociais também restaram evidentes. Todavia, faz-se essencial aprofundar o estudo acerca dos contornos da interação entre cidade e direito de propriedade, a fim de se notar se seria viável opor o mencionado direito em face do proprietário ou do possuidor que sofreram esbulho em razão de o imóvel não encontrar uso pleno.

Falar em direito à cidade, bom que se diga, é falar em direito a ocupar, a habitar e a usar os espaços urbanos. E o direito de habitação é uma manifestação da apropriação, pelo indivíduo, da cidade (Mitchell, 2003).

A cidade, pois, é evidente projeção da função social da propriedade. Existe para estabelecer ao Poder Público o dever de garantir aos súditos do Leviatã os elementos que compõem a mencionada cidade: moradia, saneamento básico, infraestrutura, oferta de serviços essenciais à vida em coletivo, a exemplo do transporte público, entre outros. Por sua vez, ao Estado caberá observar se a propriedade privada dos particulares em geral está observando a função social em cada caso. Em casos de propriedades não-funcionalizadas, caberá, portanto, ao Estado impor ao proprietário a observância da função social pertinente, mediante o uso de meios de coerção e, sendo estes infrutíferos, penetrando na propriedade do particular e tomando-a para si, a fim de promover a posterior afetação do bem ao interesse coletivo (Silva, 2010).

⁵ No ponto, os autores identificam o direito a uma cidade sustentável como expressão dos arts. 5º, XXII e XXIII; art. 170, III e VI; art. 182 e art. 225 da CF/88, identificando tratar-se, assim, de um direito materialmente fundamental, com previsão expressa na legislação (Matias, Jereissati, 2022). E, como já abordado, o direito à cidade sustentável consiste na qualificação do direito à cidade.

Em muitos casos, todavia, o Estado evidencia-se omissivo em garantir moradia aos que dela necessitam, deixando, ainda, de democratizar o acesso à terra urbana, sem promover de forma adequada a ordenação do solo urbano de forma a inviabilizar a retenção especulativa do imóvel urbano (Art. 2º, VI, “e”, Estatuto da Cidade). Em tais contextos, tem sido recorrente a ocorrência de invasões, pelos sem-terra, de terrenos particulares sem uso ou subutilizados, o que enseja a indagação: em contextos como os mencionados, nos quais há evidente conflito entre o direito que todos detêm a uma cidade, cidade esta qualificada como sustentável, com a observância plena de que seja garantida moradia, acesso à terra, estrutura urbana e saneamento básico, a fim de garantir a todos uma vida digna em sociedade, e o direito do particular esbulhado de exercer sua propriedade, com suas projeções – uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação – de forma plena, como se proceder?

Ocorrente conflito entre quaisquer direitos fundamentais, necessário observar cada caso a fim de determinar o prevalecente. No entanto, a doutrina tem ponderado que, nessa hipótese específica, há um maior carinho – em razão do valor do direito difuso quando contraposto ao individual – dado ao direito à cidade. No ponto, descortina-se que, numa dinâmica social marcada por pessoas sem moradia, o direito de habitar deve ser afirmado não como oriundo do direito de propriedade, mas como oponível a ele. Assim, deveria ser dissociada qualquer interpretação que associe de forma necessária o direito de moradia ao direito de propriedade: a moradia seria decorrência do direito de habitar (Mitchell, 2003).

Nessa linha intelectual, não se olvida a prerrogativa do possuidor esbulhado de ser reintegrado em sua posse (Arts. 1.210, CC/02, e 506, CPC/15). Todavia, em casos de conflitos coletivos pela terra, sugere-se ao intérprete a sensibilidade de observar o caso concreto e a viabilidade da reintegração.

Interessantíssima situação foi vislumbrada no REsp 1.302.736/MG, de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão. No julgado percebe-se que o Poder Judiciário tem, paulatina e timidamente, respaldado a tutela ao direito à cidade, ainda que não tenha havido expressa menção ao princípio naquele julgamento. Na hipótese, decidia-se recurso acerca de reintegração de posse ajuizada por pessoa jurídica em face de um coletivo de moradores que ocupou imóvel de titularidade da autora. O juízo de Primeiro Grau reconheceu o direito à pretensão possessória da autora, sem, no entanto, conceder-lhe a reintegração, dada a existência de inúmeras edificações na área, que já era ocupada por diversos moradores. Em segundo grau, foi determinada a conversão da medida reintegratória em perdas e danos. Subidos os autos, o STJ, ao analisar a controvérsia, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da ponderação, negou provimento ao inconformismo. Identificando que o

litígio se dava em contexto no qual já presente uma comunidade organizada, do ponto de vista da infraestrutura básica, analisou-se já ter surgido bairro populoso na localidade, onde inúmeras famílias construíram suas vidas. Assim, como explicado no voto do Relator:

[...] o direito evolui e essa evolução atingiu, particularmente, o direito de propriedade e posse. **Não é mais possível conceber a proteção do direito à propriedade e seus atributos, no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva.** Dessa forma, o princípio da função social atua no conteúdo do direito de propriedade, influenciando a interpretação e efetivação de todos os poderes inerentes ao domínio - usar, fruir, dispor e reivindicar -, introduzindo interesse novo e legítimo, o social, que, eventualmente, pode não se afinar com os interesses do proprietário, tornando-o, de certo modo, conflitivo consigo mesmo. [...] **na ponderação entre a proteção e a efetivação dos direitos à moradia, ao mínimo existencial e, última análise, mas não menos relevante, ao direito à vida com dignidade, se chega à conclusão pela impossibilidade, na hipótese vertente, da reintegração da posse.** No caso concreto, à sociedade, está demonstrado - e restou incontroverso - que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com a satisfação do interesse da recorrente, empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas pessoas, famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, indivíduos irmanados por uma mesma herança cultural e histórica. **No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais, a realidade é outra. O bairro hoje existente, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados. No confronto entre o direito de posse do autor e o de moradia das diversas famílias, é fácil perceber que proporciona mais danos e consequências imprevisíveis e indesejáveis a retirada dos atuais ocupantes da área** (Brasil, 2016, p. 12-18, grifo nosso).

Na hipótese, o Judiciário, ao entender inviável a tutela da posse – que no contexto decorria do direito de propriedade do titular do imóvel – acabou por dar guarida à perspectiva de que o direito difuso daquele coletivo de famílias à cidade seria oponível mesmo ao direito de propriedade e à posse dela decorrente.

Outro caso exótico foi o apreciado na Intervenção Federal – IF – n. 92/MT. Havia sido feito pedido de intervenção federal em razão de não ter o governador do Estado aquiescido à requisição de força policial feita a fim de dar cumprimento a mandado de reintegração de posse de uma área de 492.403 m². O governador, ao prestar informações, evidenciou não ter cumprido a determinação judicial, segundo consta do voto do Relator, “em decorrência dos ditames constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das consequências [sic] funestas que poderiam advir da intervenção policial.” E isso porque “a área em questão, transformada em bairro, conta com mais de mil edificações e milhares de moradores, o que poderia acarretar uma guerra urbana de proporções imprevisíveis” (Brasil, 2009, p. 2). Naquele caso, a Corte Cidadã reconheceu:

[...] à sociedade, está demonstrado que o cumprimento da ordem judicial de imissão na posse, para satisfazer o interesse de uma empresa, será à custa de graves danos à esfera privada de milhares de pessoas, pois a área objeto do litígio encontra-se não mais ocupada por barracos de lona, mas por um bairro inteiro, com mais de 1000 famílias residindo em casas de alvenaria (Brasil, 2009, p. 6).

A tutela possessória cede espaço ao uso hígido e funcionalizado da terra. E não há aniquilação da propriedade, uma vez que, para casos tais, a jurisprudência entende possível interpretar-se que houve a ocorrência de afetação da propriedade, a ensejar sua desapropriação e posterior destinação aos ocupantes. Nessa linha, o compreendido na IF 111/PR, como extraído da Relatoria:

[...] parece manifestar-se evidente a hipótese de perda da propriedade por ato lícito da administração, não remanescendo outra alternativa que respeitar a ocupação dos ora possuidores como corolário dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; de construção de sociedade livre, justa e solidária com direito à reforma agrária e acesso à terra e com erradicação da pobreza, marginalização e desigualdade social. Se ao Estado não resta senão respeitar a afetação pública do imóvel produzida pela ocupação de terceiros sobre o bem particular com o intuito de ocupá-lo para distribuí-lo, segue-se que em razão da motivação identificada nos autos poderá a propriedade ser tida tecnicamente como objeto de desapropriação por interesse social para reforma agrária (conforme as qualidades do imóvel e seu proprietário); ou por simples interesse social (Lei nº 4.132/62); ou por interesse público (DL 3365/41) (Brasil, 2014, p. 12-13).

Embora, naquele caso, não houvesse evidência de descumprimento da função social no imóvel, não havendo, também, o atendimento dos requisitos de interesse social previstos no art. 2º da Lei nº 4.132/62, tendo sido convertida a tutela em reparação pecuniária, a ser buscada em via própria, em decorrência da desapropriação indireta verificada pela afetação do imóvel ao interesse público.

O direito à cidade, pois, externa-se como limitador da propriedade e da posse, estabelecendo que, caso não haja uma funcionalização delas, cederão espaço ao legítimo uso da terra, recurso material limitado. Inexiste aniquilação do direito de propriedade, que será observado em razão do ressarcimento dos valores, pela desapropriação da terra. Inexiste, ainda, a violência inaceitável à posse: o que se tem é um condicionamento do seu exercício à observância de sua função social, sob pena de destituição.

5 CONCLUSÃO

É certo que o direito à cidade tem previsão expressa no ordenamento pátrio, como atesta o Estatuto da Cidade. No entanto, ainda que não houvesse tal previsão expressa, permaneceria viável defender sua existência, além de sua fundamentalidade, tratando-se de

direito materialmente fundamental extraído da conjugação de diversos outros direitos constitucionalmente previstos de forma expressa, como o direito à moradia.

Tal direito, de caráter difuso, um direito fundamental de terceira dimensão, tem íntimo vínculo com a função social da propriedade, que, cravejada no texto da Carta de Ulysses Guimarães, condiciona a propriedade à observância de sua função social. Nessa linha, o direito às cidades sustentáveis revela-se como uma das projeções da função social da propriedade. Por ele, o uso dos imóveis por seus proprietários ou detentores deverá observar também as necessidades do coletivo.

Não se admite mais que particulares mantenham propriedades para mero fim especulativo, considerando que a todos a Carta Magna assegura o direito à moradia, um dos direitos que integram o direito às cidades sustentáveis. Mais ainda, não se admite o uso abusivo da propriedade, devendo ser observados os limites inerentes à vida em coletivo, tudo isso sob pena de incidirem as cominações legais, inclusive, eventualmente a sanção máxima de destituição da propriedade.

Evidente, portanto, que pode ser utilizado o referido direito como amparo à manutenção da posse dos coletivos que funcionalizaram as propriedades que, outrora, encontravam-se inertes. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em contextos nos quais o retorno ao status quo, com o cumprimento das decisões proferidas em favor dos proprietários no âmbito de ações possessórias, pudesse ocasionar caos e à desconstituição de situação fática há muito já consolidada, entendeu inviável autorizar medidas que levassem à destituição das posses exercidas pelos ocupantes sobre as propriedades de terceiros, com fundamento no fato de que já haveria verdadeira afetação das áreas particulares ao interesse público, sendo viável e razoável admitir a conversão da tutela possessória em perdas e danos.

Fica nítido, nesse fio, que, embora possa ser discutida a correte moral e até mesmo jurídica das ocupações, por grupos de pessoas destituídas, de imóveis de terceiros, que se encontrem sem uso, o direito desses grupos de indivíduos à cidade sustentável - que abarca o direito à moradia, o direito a uma vida digna, o direito a saneamento básico, saúde, educação e estrutura social - é oponível à restauração da posse em favor do tido juridicamente como legítimo possuidor. Eventuais prejuízos devem ser liquidados como perdas e danos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Intervenção Federal n. 92, Mato Grosso**. Ementa: Direito Constitucional. Intervenção Federal. Ordem Judicial. Cumprimento. Aparato Policial. Estado Membro. Omissão (Negativa). Princípio Da Proporcionalidade. Ponderação De Valores. Aplicação. Relator Ministro Fernando Gonçalves. j. 05. ago. 2009.

Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500204763&dt_publicacao=04/02/2010. Acesso: 15 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Intervenção Federal n. 111, Paraná**. Ementa: Intervenção Federal. Estado do Paraná. Invasão de propriedade rural pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. Reintegração de posse deferida há seis anos. Recusa de cumprimento a decisão judicial. Matéria infraconstitucional. Competência deste Superior Tribunal de Justiça. Desobediência à ordem judicial tecnicamente caracterizada. Art. 34, VI, da CF. Intervenção que pode causar coerção ou sofrimento maior que sua justificação institucional. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Necessidade de promover a paz social e a proteção de direitos. Configurada, em princípio, afetação da propriedade por interesse público. Pedido de Intervenção indeferido. Relator Ministro Gilson Dipp. j. 01. jul. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400034560&dt_publicacao=06/08/2014. Acesso: 31 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial n. 1302736, Minas Gerais**. Ementa: Recurso Especial. Direito Civil. Violação ao Art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Ação de reintegração de posse. Requisitos do art. 927 do CPC/1973 e 561 do novo CPC. Realidade fática do imóvel modificada. Imóvel que se transformou em bairro urbano populoso. Impossibilidade de desconsideração da nova realidade na solução da contenda. Função social da propriedade e da posse. Direito à moradia e mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana. Ponderação de valores. Negativa da reintegração. Possibilidade de conversão da prestação originária em alternativa. Art. 461-A do CPC/1973. Recurso não provido. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. j. 12 abr. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102308595&dt_publicacao=23/05/2016. Acesso: 10. jan. 2024.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. 1 ed. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CHALHUB, Melhim Namem. Função da Propriedade. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003, p. 305-317. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24.pdf. Acesso: 10 dez. 2023.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**, volume 4. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COSTA, Laisa Paivan da. **O direito fundamental à cidade sustentável: existência e conteúdo no direito brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). UNIVALI, Itajaí-SC, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2565/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Laisa%20Pavan%20da%20Costa%20-%202027-07.19.pdf>. Acesso: 06 jan. 2024.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MATIAS, João Luis Nogueira; JEREISSATI, Lucas Campos. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, Vol. 14, n. 01., 2022, p. 643-672. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/52277>. Acesso: 31 dez. 2023.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: direito das coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MITCHELL, Don. **The Right to the city, social justice and the fight for public space**. 9. ed. The Guilford press: Nova Iorque, 2003.

MOREIRA, Danielle de Andrade. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 02. 2006, p. 179-200. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/11254>. Acesso: 12 jan. 2024.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**; prefácio de Sálvio de Figueiredo. 1. Ed. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

POLLAK, Louis Heilprin. Keynote “Liberty”: Enumerated Rights? Unenumerated Rights? Penumbral Rights? Other? **Penn Carey Law Journals, Journal of Constitutional Law**. Pennsylvania. Vol. 8, ed. 5, p. 905-916. set. 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol8/iss5/2>. Acesso: 15 jan. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II**. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.