



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS**  
**Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo**

**ANA LÚCIA VALIM GNANN**

**DIREITO À MORADIA “SUB JUDICE”: UMA ANÁLISE  
DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DE SÃO PAULO NO CONTEXTO DA  
REFORMA URBANA**

**CAMPINAS**  
**2020**

**ANA LÚCIA VALIM GNANN**

**DIREITO À MORADIA “SUB JUDICE”: UMA ANÁLISE  
DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DE SÃO PAULO NO CONTEXTO DA  
REFORMA URBANA**

Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo da Unicamp, para obtenção do título de Mestra em Arquitetura, Tecnologia e Cidade, na área de Arquitetura, Tecnologia e Cidade

**Orientador: Prof. Dr. Sidney Piochi Bernardini**

ESTE EXEMPLAR CORRESPONDE À VERSÃO FINAL DA DISSERTAÇÃO DEFENDIDA PELA ALUNA ANA LÚCIA VALIM GNANN E ORIENTADA PELO PROF. DR. SIDNEY PIOCHI BERNARDINI.

ASSINATURA DO ORIENTADOR:

---

**CAMPINAS**

**2020**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1483-5493>

Ficha catalográfica  
Universidade Estadual de Campinas  
Biblioteca da Área de Engenharia e Arquitetura  
Luciana Pietrosanto Milla - CRB 8/8129

G531d Gnann, Ana Lúcia Valim, 1972-  
Direito à moradia "sub judice": Uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no contexto da reforma urbana. / Ana Lúcia Valim Gnann. – Campinas, SP : [s.n.], 2020.

Orientador: Sidney Piochi Bernardini.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo.

1. Direito à moradia. 2. Processo decisório. 3. Poder judiciário. 4. Habitação - Aspectos legais. 5. Problemas sociais. I. Bernardini, Sidney Piochi, 1971-.  
II. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo. III. Título.

Informações para Biblioteca Digital

**Título em outro idioma:** Right to housing "sub judice": An analysis of the performance of the Court of Justice of the State of São Paulo in the context of urban reform

**Palavras-chave em inglês:**

Right to housing

Decision - Making process

Judicial power

Housing - Legal aspects

Social problems

**Área de concentração:** Arquitetura, Tecnologia e Cidade

**Titulação:** Mestra em Arquitetura, Tecnologia e Cidade

**Banca examinadora:**

Sidney Piochi Bernardini [Orientador]

Francisco de Assis Comarú

Andrei Koerner

**Data de defesa:** 20-02-2020

**Programa de Pós-Graduação:** Arquitetura, Tecnologia e Cidade

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS  
FACULDADE DE ENGENHARIA CIVIL, ARQUITETURA E  
URBANISMO**

**DIREITO À MORADIA “SUB JUDICE”: UMA ANÁLISE  
DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO NO CONTEXTO DA REFORMA  
URBANA**

**ANA LÚCIA VALIM GNANN**

**Dissertação de Mestrado aprovada pela Banca Examinadora, constituída  
por:**

**Prof. Dr. Sidney Piochi Bernardini**  
Presidente e Orientador / FEC - UNICAMP

**Prof. Dr. Francisco de Assis Comarú**  
Universidade Federal do ABC

**Prof. Dr. Andrei Koerner**  
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UNICAMP

A Ata de defesa com a respectivas assinaturas dos membros encontra-se no SIGA/Sistema de Fluxo de Dissertação/Tese e na Secretaria do Programa da Unidade.

Campinas, 20 de fevereiro de 2020.

Para todos os estudantes especiais que sonham em se tornar estudantes regulares e para aqueles que acreditam na Universidade Pública neste país.

*“De todas as absurdas suposições da humanidade, nada excede as críticas feitas aos hábitos dos pobres feitas pelos que têm boa moradia, estão bem aquecidos e bem alimentados.”* Herman Melville – Livro Moby Dick

## **AGRADECIMENTOS:**

A Deus, algo ininteligível, mas presente na esperança e fé que nos faz seguir em frente;

Aos meus pais Henrique e Maria Odete, pelo apoio diário;

Ao meu irmão Henrique, por me fazer pensar;

Ao Prof. Dr. Sidney Piochi Bernardini, orientador, pela paciência e por acreditar na minha capacidade em conduzir esta pesquisa;

A Profa. Dra. Laura Cristina Cruz Dominciano, primeira que me falou da possibilidade de ingressar em um Programa de Pós-Graduação em uma Universidade Pública;

As minhas amigas Arlene Padrão, Luciana Reis França e Rosana Silva: cada uma, a seu modo, me auxiliaram a prosseguir neste Projeto de Mestrado;

A Dra. Silvia Regina Lilli Camargo, muito mais amiga que chefe, pela compreensão e apoio durante todo o período de dedicação aos estudos;

À Zabine Katib pelo socorro quando eu e o computador não nos entendíamos;

Ao Secretario dos Negócios Jurídicos da Prefeitura de Mogi Guaçu, Fábio Bueno Filho, à Maria de Fátima Rocha Machado e a todos os meus colegas de trabalho, pela compreensão durante os meses de estudo

À Debora Zorzeto Antonialli pelo apoio e pelas sábias palavras;

Ao Prof. Dr. Andrei Koerner cujos ensinamentos foram fundamentais na formação do raciocínio científico, que ultrapassa o campo jurídico e, também, por ter aceito o convite para integrar a Banca examinadora;

Ao Prof. Dr. Francisco de Assis Comarú por ter aceito o convite de integrar a Banca examinadora;

À Prof. Dra. Gisela Cunha Vianna Leonelli e Mariana Barreto de Azevedo Fix por também terem aceito o convite para compor a Banca examinadora;

À Profa. Dra. Hildete Prisco Pinheiro e aos alunos do IMECC/Departamento de Estatística Ediuco de Souza Silva, Geovanna Cestari Pereira, Henrique Rodrigues Segreto e Sabrina A. Rojas de Souza cujo trabalho foi essencial para as análises quantitativas presentes na pesquisa.

Aos membros da Secretaria de Pós-Graduação da FEC pela enorme paciência;

Ao Prof. Dr. Valeriano Costa, à Prof. Dra. Luciana Tatagiba e à Secretaria Sueli do IFCH: o caminhar na UNICAMP começou graças a vocês.

.

## **RESUMO:**

O movimento da Reforma Urbana no Brasil trouxe alguns importantes dispositivos, inseridos na Constituição Federal de 1988, entre os quais o princípio da função social da propriedade e a garantia do direito à moradia. Na sequência, uma legislação complementar foi aprovada consagrando esses dispositivos, com especial destaque para o Estatuto da Cidade, em 2001, e o Código Civil, em 2002, potencializando os conflitos entre as esferas dos direitos relacionados à terra, à propriedade e à moradia, chegando aos Tribunais inúmeras Ações judiciais, obrigando-os interpretá-las e a julgá-las de acordo com essa nova legislação. Nesse contexto, a pesquisa analisou 616 Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratando do direito à moradia em conexão com a função social da propriedade, constatando-se, ainda, uma tendência deste Tribunal a julgar de acordo com os ditames da legislação anterior, quando a propriedade, notadamente, a privada, apresentava um caráter absoluto. Foi possível observar ainda o reconhecimento da responsabilidade do poder público local (Municípios) pelo ordenamento do solo urbano, como é determinado pela Constituição em vigor, reconhecendo-se, neste âmbito, uma certa relatividade, no entendimento do Tribunal, quanto ao atendimento destes direitos na esfera municipal.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito à moradia; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Função Social da Propriedade; conflitos por moradia.

## **ABSTRACT**

The Urban Reform Movement in Brazil brought some important provisions, inserted in the Federal Constitution of 1988, among which the principle of the social function of property and the guarantee of the right to housing. Subsequently, complementary legislation was approved establishing these provisions, with special emphasis on the City Statute, in 2001, and the Civil Code, in 2002, enhancing conflicts between the spheres of rights related to land, property and housing, innumerable lawsuits arrived at the Courts, forcing them to interpret and judge them in accordance with this new legislation. In this context the research analysed 616 Judgments rendered by the Court of Justice of the State of São Paulo dealing with the right to housing in connection with the social function of property, and there was also a tendency for this Court to judge according to the dictates of the previous legislation, when the property, notably the private one, had an absolute character. It was also possible to observe the recognition of the responsibility of the local public power (Municipalities) for the organization of urban land, as determined by the Constitution in forced, recognizing, in this context, a certain relativity in the Courts understanding regarding the fulfillment of these rights at the Municipal level.

**KEYWORDS:** Right to housing; São Paulo State Court of Justice; social function of property; housing conflicts.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Tabela 1</b> – Relação entre Autores e origem das Ações Judiciais em números absolutos e percentuais.....	51
<b>Tabela 2</b> – Relação entre origem e destino das Ações Judiciais no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em números absolutos e percentuais. ....	53
<b>Tabela 3</b> – Resultado para diferentes Autores.....	58
<b>Tabela 4</b> – Resultado para diferentes Requeridos.....	59
<b>Gráfico</b> – Relação entre Autores e Origem das Ações Judiciais.....	51
<b>Gráfico</b> – Relação entre Origem e Destino das Ações Judiciais.....	54
<b>Gráfico</b> – Resultado para diferentes Autores.....	59
<b>Gráfico</b> – Resultado para diferentes Requeridos.....	60
<b>Imagem</b> - Edifício São Vito em maio de 2013.....	99
<b>Imagem</b> - Terreno que abrigou os Edifícios São Vito e Mercurio.....	100

## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	14
<b>CAPÍTULO 1 – O Morar Urbano, o direito à moradia e sua judicialização</b> .....	21
1.2 – A Reforma Urbana e a Constituição de 1988.....	24
1.3 – O Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade: a questão da propriedade imóvel e sua função social.....	28
1.4 – Os principais agentes.....	30
1.5 – Termos, conceitos e suas interpretações.....	40
<b>CAPÍTULO 2 – Decisões do Tribunal de São Paulo em relação ao direito à moradia em correlação com a função social da propriedade: uma análise quantitativa.....</b>	47
2.1 – Panorama das Ações interpostas junto ao Tribunal de São Paulo.....	48
2.2 – Origem das Ações e seus autores.....	50
2.3 – Resultado das Ações para diferentes autores.....	55
2.4 – Resultado das Ações para diferentes requeridos.....	59
2.5 – O que indicam os dados apurados.....	63
<b>CAPÍTULO 3 – Ações em destaque: como o Tribunal de Justiça Paulista justifica suas decisões.....</b>	67
3.1 – Áreas ocupadas.....	68
3.1.1 – Ocupações em áreas públicas.....	69
3.1.2 – Ocupações em áreas privadas.....	78
3.2 – A questão ambiental e o direito à moradia.....	79
3.3 – Questões urbanas, o direito à moradia e a função social da propriedade.....	95
3.4 – O direito à moradia frente às Companhias Habitacionais.....	104
<b>CAPÍTULO 4 – A interpretação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto ao direito à moradia em conexão com a função social da propriedade diante da Doutrina Jurídica e dos não integrantes do universo legal.....</b>	114
4.1 – O direito à moradia e a função social da propriedade na interpretação pelo Supremo Tribunal Federal.....	115
4.2 – O direito à moradia e a função social da propriedade na visão da Doutrina Jurídica Brasileira. ....	120

4.3 – O direito à moradia e a função social da propriedade além do universo jurídico.....	126
CONCLUSÃO.....	131
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135

## INTRODUÇÃO

O Brasil passou por um processo de urbanização tardia, que se acelerou na segunda metade do século XX, levando a população do campo para as cidades sem que houvesse uma estrutura para receber aqueles que ali chegavam. O estado de São Paulo e, também, a "grande" São Paulo recebeu boa parte dessa população, atraída por empregos gerados na indústria que se instalavam na região. Diante das carências observadas, nos anos de 1960, intensificou-se o Movimento da Reforma Urbana que defendia condições dignas de habitação para todos e o combate à propriedade ociosa. Nesse mesmo período também surgiram os primeiros programas de construção de habitação social, sendo fundado o Banco Nacional de Habitação (BNH) e diversas Companhias Habitacionais no país, como a CDHU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo) e as COHABs (Companhias de Habitação), no Estado de São Paulo.

Nos anos 1980, a Pastoral da Terra também se envolveu na busca pelos ideais traçados no Movimento da Reforma Urbana, o que resultou na inserção do princípio da função social da propriedade na nova Constituição de 1988, inserido no âmbito dos direitos fundamentais (art. 5º., XXIII) e no capítulo da ordem econômica, o que retirou, da propriedade, seu caráter absoluto. O direito à moradia, conquanto só tenha sido inserido na Constituição Federal, no capítulo da ordem social (art. 6º.) em 2000, através da Emenda Constitucional n. 26, já tinha sua garantia prevista em 1988, através da obrigação da União, Estados e Municípios proverem moradia para todos (art. 23, IX). A regulamentação da Constituição Federal levou à aprovação de dois outros dispositivos legais: o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001, e o novo Código Civil - Lei n. 10406/2002, que consagraram o dever da sociedade garantir sua função social.

Dentro deste cenário, considerando que cabe ao Poder Judiciário interpretar estes dispositivos e, diante da notícia de inúmeros conflitos advindos do uso da terra urbana, judicializados, em virtude de não se encontrar uma solução consensuada para o problema, tornou-se oportuno verificar como o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, na figura do Tribunal de Justiça, vem interpretando este marco legal que passou a vigorar a partir da nova Constituição, como tem ele enfrentado e dado solução aos conflitos pela terra urbana, pela busca do direito de morar, elucidando-se, em termos principalmente quantitativos, os caminhos interpretativos adotados

perante os problemas que lhe foram postos. Neste sentido, esta pesquisa se dispôs a esclarecer de que forma estas Ações estão sendo julgadas, ou seja, compreender através da análise dos Acórdãos<sup>1</sup> do Tribunal de Justiça, como têm sido aplicados os dispositivos constitucionais referentes à moradia e à função social da propriedade, e, também, a legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002.

Considerando este contexto relacionado à reforma urbana no Brasil, o principal objetivo desta pesquisa é verificar e analisar, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, como o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, na figura do Tribunal de Justiça do Estado, vem tratando, desde 2001, ano da aprovação e entrada em vigor do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a questão da função social da propriedade e da moradia, através da análise de seus Acórdãos, buscando compreender, além disso, como seus Desembargadores vêm interpretando os casos nestes últimos anos, a partir dos fundamentos expostos nas decisões publicadas. Foram ainda, estabelecidos como objetivos secundários analisar, do ponto de vista histórico, considerando o período pós Estatuto da Cidade, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vem tratando a questão do direito à moradia e da função social da propriedade; demonstrar como tem sido construída a argumentação dos julgadores; apresentar como estas decisões têm se consolidado dentro do Poder Judiciário.

Para alcançar os objetivos estabelecidos foram levantados mais de 3.000 processos judiciais, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, utilizando-se, como termos combinados de busca, “habitação” e “função social da propriedade”, já que se pretendia compreender a atuação do Tribunal nas questões relacionadas eminentemente ao direito à moradia. O termo “habitação” foi escolhido como filtro para se compreender direito à moradia, por se tratar de expressão mais ampla, já que o termo moradia está mais diretamente ligado à pretensão por algo voltado à condições dignas de vida. Após o primeiro levantamento, foram excluídas inúmeras Ações que não se relacionavam ao objetivo traçado, como é o caso das execuções fiscais, processos crime e, também, decisões proferidas em Agravo de

---

<sup>1</sup> Acórdão é uma “decisão proferida pelos tribunais de 2º grau e superiores, conforme GUIMARÃES, (2016).

Instrumento<sup>2</sup>, tipo de recurso interposto em face de Decisões Interlocutórias<sup>3</sup> proferidas em primeiro instância ou primeiro grau de jurisdição<sup>4</sup>, que poderão ser reformadas pelo Juiz que proferiu a Sentença<sup>5</sup> e, também, pelo Tribunal ao julgar o Recurso de Apelação<sup>6</sup>. Desta forma, a pesquisa abarcou apenas os Acórdãos proferidos em Recursos de Apelação interpostos em Ações que trataram da função social da propriedade e do direito à moradia, ainda que de forma indireta. Ao final restaram para investigação 603 Acórdãos, onde foram identificados os principais atores envolvidos na questão relacionada ao cumprimento da função social da propriedade e na garantia do direito à moradia, sendo eles: Particulares (pessoas físicas), Movimentos Sociais por Moradia – adotando-se como convenção para este caso grupos formados por mais de cinco pessoas, sem vínculo familiar, que não estivessem disputando uma única moradia, Municípios, Ministério Público, Defensoria Pública, Companhias Habitacionais e outros Órgãos Públicos (CPTM, SABESP entre outros).

A partir da identificação dos Processos e dos principais atores passou-se ao exame do resultado dos julgados, tomando como referência, para a aferição do sucesso ou insucesso das Ações, os termos já consagrados no universo jurídico: PROCEDENTE, IMPROCEDENTE, PARCIALMENTE PROCEDENTE E NULO, subentendendo-se que: a Ação é julgada procedente quando o pedido dos autor(es) foi atendido; improcedente, quando o pedido do autor foi negado; parcialmente procedente quando parte do pedido do autor foi aceito e nulo, quando foi determinado o retorno da Ação ao primeiro grau para nova instrução e julgamento.

Como foram analisados Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça Paulista, seu instrumento de Decisão colegiada, pode-se afirmar que se tratou de pesquisa fundada em fontes primárias, que buscou retratar o posicionamento deste Tribunal a partir de análises quantitativas e qualitativas, o que demandou estudos estatísticos

---

<sup>2</sup> Agravo de Instrumento é um recurso destinado a demonstrar a insatisfação da parte quanto às decisões interlocutórias do juiz, as quais, como é sabido, são as que não põem fim ao processo. Ver Acquaviva (2000).

<sup>3</sup> Decisões interlocutórias são atos pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Ver Acquaviva (2000).

<sup>4</sup> Jurisdição é onde ,em geral ,começam as ações judiciais, constitui-se de juizes monocráticos: o juiz de direito de cada comarca..

<sup>5</sup> Sentença é o ato processual que põe termo, julgando ou não o mérito, ao processo de conhecimento de primeira instância. Ver em Acquaviva (2000).

<sup>6</sup> “Recurso de Apelação é um recurso admitido no Dir. Processual brasileiro, nos processos de competência da Justiça Comum Federal e Estadual, interposto junto ao juiz da causa pela parte que se considera prejudicada por sentença. Ver em Guimarães (2016)

do universo de Decisões encontradas, que indicaram o resultado para diferentes atores participantes dos Processos Judiciais. É importante ressaltar que se tratou de um levantamento por amostragem, já que se utilizados outros filtros de pesquisa outros Processos Judiciais que tratam do direito à moradia poderiam emergir. Esta pesquisa não apresenta, portanto, números absolutos de Acórdãos que tratam do tema direito à moradia em conexão com a função do social da propriedade. Quanto à análise qualitativa, para melhor compreensão dos argumentos apresentados, dentro das fundamentações dos Acórdãos optou-se por categorizá-los e dentro destas categorias identificar Processos cujas justificativas comprovassem os números apresentados no capítulo dois, sendo elas: ocupações de áreas públicas, ocupações de áreas privadas, direito à moradia em contraposição com meio ambiente, direito à moradia e questões urbanas, como loteamentos irregulares e ilegais e direito à moradia perante programas habitacionais desenvolvidos pelas Companhias Públicas Habitacionais.

Além da verificação dos Acórdãos também se procurou trazer para a pesquisa esclarecimentos sobre o universo em que o direito à moradia está inserido, buscando compreender como se deu o processo de ocupação do espaço urbano no Estado de São Paulo, o que foi o Movimento da Reforma Urbana, como o direito à moradia e função social da propriedade foram inseridos na Constituição Federal de 1988, quem são os principais atores envolvidos na disputa pela terra urbana e como juristas e não juristas tratam do direito à moradia.

De forma a demonstrar os resultados obtidos a partir do método escolhido, a Dissertação foi estruturada em 04 capítulos:

O primeiro capítulo apresenta informações sobre o processo de urbanização brasileiro, intensificado na segunda metade do século XX, cujos problemas resultantes levaram ao nascimento do Movimento da Reforma Urbana, fundamental para as reformas na legislação urbanística, como a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e, também pela inserção na Constituição de 1988 de importantes artigos, como aqueles relacionados ao cumprimento da função social da propriedade, a obrigatoriedade do Poder Público prover moradia, as competências municipais pela regulação do solo urbano e a visão dos dois Códigos Civis, de 1916 e de 2002. Também foram apresentados os principais atores da pesquisa: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ministério Público, Municípios, Movimentos Sociais por Moradia, Particulares (pessoas físicas), Defensoria Pública, Companhias

Habitacionais e outros órgãos públicos e foram feitos esclarecimentos de termos presentes nas Decisões, como direito à moradia, função social da propriedade, posse e propriedade e usucapião.

O capítulo dois foi dedicado ao diagnóstico quantitativo do posicionamento do Tribunal de Justiça Paulista a partir dos resultados encontrados nos Acórdãos (procedente, improcedente, parcialmente procedente, nulo), sendo consideradas as decisões a partir dos autores, dos requeridos, a origem dos Processos (interior, litoral, São Paulo, Região Metropolitana de São Paulo), destino (Seção de Direito Público, Seção de Direito Privado, Seção de Meio Ambiente e Seção de Direito Criminal) e os seus resultados. Dentro do universo pesquisado, as Companhias Habitacionais, os Particulares e os Municípios foram os que mais se destacaram tanto como autores, e como requeridos. As informações também indicaram que São Paulo e Região Metropolitana, em termos percentuais, foram as que mais tiveram Ações relacionadas a programas habitacionais, destacando-se, na cidade de São Paulo, o Foro Regional de Itaquera, o que comprova uma forte presença de tais programas na grande São Paulo. Já a região litorânea teve uma preponderância de Ações direcionadas para a Seção de Meio Ambiente e Direito Privado, esta última responsável pelo julgamento de Processos relacionados a loteamentos ilegais e irregulares, indicando os números obtidos uma forte militância em defesa da Serra do Mar. Os números também apontaram os maiores perdedores, no caso, os Movimentos Sociais por Moradia e a Defensoria Pública, o que é indicativo de que a propriedade ainda é tratada, com os artifícios dos maquinismos jurídicos presentes no âmbito do Poder Judiciário, como uma entidade de direito absoluto, sinalizando também que não cabe a este Poder determinar o cumprimento da função social da propriedade.

Considerando a diversidade de Ações interpostas, bem como as situações que as geraram, é possível traçar algumas hipóteses que poderiam esclarecer o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça, e, em alguns casos, firmar algumas certezas, principalmente quando se trata de Movimentos Sociais por Moradia, onde há um perfil claro das Ações, em especial nas Ações de Reintegração de Posse. Em se tratando de polo passivo, as amostras representadas pelos Acórdãos analisados indicaram alguns caminhos do de perfil decisório do Tribunal de Justiça, ficando isso claro quanto a alguns agentes específicos, como Companhias Habitacionais, além dos Movimentos Sociais por Moradia.

O capítulo três ateve-se à análise dos fundamentos apresentados nos Acórdãos de forma a elucidar os números apontados no capítulo dois. Para tanto foram categorizados os tipos de julgamento em Ocupações Públicas e Privadas, Questões Ambientais, Questões Urbanas referentes a loteamentos ilícitos e clandestinos e relacionadas às Companhias, em que os argumentos apresentados em todos os grupos de Acórdãos comprovam, em princípio, além de uma posição defensiva em relação ao direito à propriedade sem qualquer relatividade, uma isenção quanto aos preceitos constitucionais voltados à garantia de direito à moradia e cumprimento da função social da propriedade. Neste aspecto, o Tribunal de Justiça Paulista consagra à esfera política e administrativa, na figura dos demais poderes, principalmente, na esfera Municipal, o seu cumprimento. Ou seja, ficou claro que, para o Poder Judiciário, é o Município o principal responsável pelo cumprimento da função social da propriedade, de forma a garantir uma eficiente ocupação do espaço urbano e esta questão não está na esfera das operações do Direito, ainda que, para as desocupações, reintegrações, esta sim é determinante. Neste caso, os discursos constantes na documentação são essenciais para permitir uma compreensão de como se opera a engrenagem para que o direito à propriedade absoluto possa se concretizar sob a vigência de marcos legais progressistas pós-constitucionais. Também se observou algo semelhante quanto à implementação dos Programas Habitacionais, restando evidente que do ponto de vista jurídico, “contratos de gaveta” são nulos, apesar de ser uma realidade brasileira, restando apenas à esfera administrativa a solução dos casos.

No capítulo quatro buscou-se apresentar o discurso dos juristas e dos não juristas diante do direito à moradia e cumprimento da função social da propriedade. Entre os juristas buscou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal e de Doutrinadores de Direito Civil mais conhecidos, usando como indicativa a literatura sugerida nos cursinhos preparatórios para Concursos Públicos. Entre os não juristas, foram analisados os textos de urbanistas, sociólogos e profissionais do Direito comprometidos com os anseios da Reforma Urbana, como é o caso de Jacques Alfonsin e Edésio Fernandes.

O discurso dos juristas voltados para o campo do Direito Constitucional, e Direito Civil retratou um posicionamento tímido quanto à implementação do direito à moradia e do cumprimento da função social da propriedade, situação constatada pelo nível de abstração apresentado por eles em suas definições ou conclusões, fato

constatado principalmente nos trabalhos de Mendes (2009) no campo do Direito Constitucional, Fiuza (2003) e Gonçalves (2018) dentro do Direito Civil. Nas esferas do Direito Administrativo e do Direito Urbanístico, nas quais estão os estudos sobre o Estatuto da Cidade, observou-se algo mais concreto, e, também, uma visão mais crítica e progressista, representada pelos trabalhos Fernandes (1998) e Alfonsin (2013). No entanto, é importante destacar que esses dois autores raramente são referenciados pelos aplicadores do Direito.

Entre os não juristas, há uma visão clara do que acontece na sociedade brasileira, do processo de segregação dos mais pobres, afirmando claramente Holston (2013) e Nassar (2011) que há um enorme distanciamento entre Direito previsto e Direito aplicado. Também, entre os não juristas os estudos de Maricato (2015) já indicaram muito do que se observou no capítulo três, ou seja, que a arena de disputa pela terra urbana está na esfera local, mas nem por isso, prescinde de uma posição mais protetiva do Estado, na figura do Poder Judiciário, algo que não vem acontecendo desde que a reforma urbana se institucionalizou.

Da contraposição de discursos entre juristas, para quem não há direito absoluto e não juristas, para quem o direito à moradia é absoluto, foi possível compreender que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda não tem uma posição ativa no sentido de determinar a garantia do direito à moradia e o cumprimento da função social da propriedade, transferindo tal responsabilidade para outras esferas, no caso, aos Municípios, postura esta diferente daquela que se observa quanto à outras políticas públicas, como foi o caso da implementação do direito à saúde e educação. Assim, após a conclusão dos capítulos, quantos aos objetivos da pesquisa pode-se afirmar: o objetivo geral, consistente compreensão do posicionamento do Tribunal de Justiça quanto a direito à moradia e função social da propriedade foi alcançado, podendo-se afirmar, como já dito acima, que ainda que faça presente a referência a propriedade absoluta, tal argumento é utilizado para transferir para outras esferas de poder, no caso, a esfera Municipal, o dever de implementar políticas voltadas para o adequado uso do espaço urbano, o que se relaciona diretamente com o direito à moradia e do cumprimento da função social da propriedade. Direta ou indiretamente, pode-se dizer também que os demais objetivos específicos foram alcançados, derivados deste objetivo principal.

## CAPÍTULO 1

### **O MORAR URBANO, O DIREITO À MORADIA E SUA JUDICIALIZAÇÃO**

A partir da segunda metade do século XX, o Brasil, passou por um intenso processo de industrialização, que se concentrou principalmente na região Sudeste e em especial no Estado de São Paulo. Um contingente populacional significativo migrou de outras regiões do país para trabalhar nas fábricas que expandiam suas instalações nos grandes centros metropolitanos: segundo o IBGE, em 1950 o Brasil possuía 64% da população rural e apenas 36% da população urbana, já em 1970 essa predominância se inverteu, passando a população urbana para 56% e a população rural para 44%, em 2010 apenas 16% da população era rural. Entre 1950 e 1980, a renda per capita expandiu-se a uma taxa de 4,4% ao ano e passou, gradualmente, a se concentrar na indústria e serviços, ou seja, nos centros urbanos (Ferreira e Veloso, 2015). Este intenso fluxo migratório do campo para as cidades não foi acompanhado de políticas públicas suficientes de moradia subsidiada, o que culminou em um processo de ocupação desordenada do território. Ante o elevado custo para morar nas regiões mais centrais das áreas metropolitanas, esta população ocupou as periferias, o que resultou em um processo de expansão crescente da mancha urbanizada nas décadas de 1960 e 1970.

No entanto é preciso destacar que o processo de urbanização brasileiro remonta do Brasil colônia, quando o governo português conferiu aos donatários das Capitânicas a criação de Vilas, conforme determinado nas Carta de Doação, sendo que a Coroa concentrava sua capacidade planejadora e construtora de cidades tidas como centros regionais. Da política urbana portuguesa, ainda que em Vilas criadas pelos donatários, resultou todo um planejamento para o fortalecimento das áreas centrais, que eram destinados àqueles que exerciam o poder. Já às periferias destinavam-se às demais camadas da população (Reis Filho, 1968), compreendido esse processo de exclusão, como afirma Souza (2017) como algo que ultrapassa a dimensão econômica, já que se relaciona diretamente com as questões sociais e culturais, que tem suas raízes no sistema escravocrata, cabendo à região central às classes dominantes, afirmando Rolnik (1997) que a partir de 1850 a terra passou a ter o valor que era destinado ao escravo, assumindo um outro status. A mesma autora afirma também que:

Uma espécie de crença comum atravessa períodos da história e grupos sociais: investir em imóveis neste país é o único investimento verdadeiramente seguro, que jamais, com crise ou plano econômico vira pó. Assim, todas as definições da legislação urbanística que interferem diretamente no potencial de valorização dos terrenos urbanos acabam por ter uma importância que vai além das simples limitações de ordem técnica ou estética, interferindo em uma reserva de valor historicamente estratégica. (ROLNIK, 2003, p. 25)

Nesse contexto, no final do século XIX, foi aprovada, em São Paulo, uma das primeiras leis urbanísticas brasileiras, que afetaria diretamente a classe trabalhadora, ao proibir a construção de cortiços em áreas centrais da capital paulista. Tal legislação deixa patente que à classe trabalhadora, aos pobres, estava reservada a periferia. Este era um indicativo de como o Direito traçaria seus arranjos jurídicos no momento de urbanização acelerada.

Desde 1850 com a promulgação da lei de Terras, a terra urbana passava a ter valor e como tal passava a exigir regulação. Mas o Brasil, no final do Século XIX, era um emaranhado de leis no Direito Privado, combinando leis extravagantes aos institutos de Direito Canônico e Romano (Junqueira, 2019). A questão da propriedade e da posse da terra só passou a ser efetivamente regulada a partir do Código Civil de 1916, resultante do liberalismo e do processo de codificação, decorrente da influência do Código Civil Napoleônico, considerado marco na codificação do Direito Civil, o qual influenciou na separação entre o Direito Civil e Comercial (Pereira, 1989). No entanto, o mesmo autor afirma que quanto aos outros aspectos, o Código Civil de 1916, sofreu influência direta do Direito Alemão e que quanto à propriedade, rompeu-se com o Código Napoleônico, para o qual bastava o contrato para a transmissão da propriedade, não aderindo integralmente ao Direito Germânico, “*centrada no acordo formal de transmissão*”, assim afirmando ele:

Pelo Código Civil Brasileiro, divorciado nesta parte do Código Napoleão, a transmissão não se opera “solo consenso”, mais próxima do Código Alemão, guarda fidelidade à concepção do Direito Romano, para o qual o domínio das coisas não se transfere pelo contrato (*non nudis pactis transferuntur*) exigindo um ato material e concreto, que para as coisas móveis é a tradição, e para as imóveis a inscrição no Registro. (Pereira, 1989).

No Código Civil de 1916, a família, o contrato e a propriedade representavam exatamente a sociedade daquela época, fortemente patriarcal. Dall’Alba (2004) afirma que o Código Civil de 1916 “*foi produto de uma simbiose de uma classe média burguesa e do conservadorismo dos fazendeiros, o que resultou em um sistema fechado, com disposições que interessavam à classe dominante, podendo*

*ser visto como o Código do Patrimônio.*” Pereira e Werle (2015) afirmam que quando da aprovação do Código Civil de 1916, a sociedade dominante era ligada à terra, ao ambiente rural, composta por latifundiários. O proprietário tinha poderes absolutos sobre aquilo que lhe pertencia, podendo reivindicá-lo de quem se apropriasse indevidamente do seu bem. No âmbito da regulação patrimonialista deste Código é que se deu a expansão urbana, e foi nas cidades onde a propriedade passou a ser tratada como algo absoluto. Os proprietários da terra, com amplos poderes, dirigiram a expansão urbana no Brasil, ora parcelando seus terrenos, muitas vezes de forma irregular, sem obedecer aos preceitos legais, ora deixando-a intocada sob os efeitos especulativos. Tanto em um como em outro caso, o resultado foi a determinação do direito à propriedade, como direito consagrado.

Monte-Mor (2004) afirma que as pessoas que se deslocaram para a cidade, para trabalhar na indústria, eram aquelas com baixa escolaridade, que, no campo, exerciam o papel de parceiros, meeiros, colonos, agregados entre outros. Aqueles que se deslocavam para as cidades não tinham recursos para a obtenção da moradia, se alojando onde fosse possível, gerando com isso uma proliferação de cortiços e de loteamentos ilegais, periféricos, muitas vezes articulados com os poderes públicos locais, em um processo de favelização. O crédito era reservado à classe média, o que lhe dava o poder de financiar e adquirir a “casa própria”, mas mesmo a ela eram reservados os bairros periféricos, afinal, a região central dos grandes centros urbanos pertencia aos donos do capital, aqueles que detinham o Poder.

Para Rolnik (2003) a questão da ilegalidade e da exclusão dos mais pobres tornou-os invisíveis, já que muitos bairros, apesar de existirem, não eram reconhecidos como tal, o que postulou para a metrópole paulistana a imagem de duas cidades existentes: uma dentro da legislação urbanística, construída ao longo do século XX e outra, três vezes maior, “*situada numa zona intermediária entre o ilegal e o legal*”. Um conjunto de leis foram aprovadas, mas em sua maioria, refletiu apenas o desejo de manter a classe pobre segregada, separada da classe dominante.

No entanto, esse processo de expulsão dos pobres para as periferias, não pode ser visto apenas do ponto de vista econômico, mas olhado como algo que tem suas origens ainda na escravidão, onde a segregação também se relacionava à

questão cultural e de relações sociais, conforme afirma Souza (2017), pois essa mão de obra que vinha para o trabalho operário era formada por trabalhadores do campo, que exerciam atividades antes relegadas aos escravos. A essa população era destinado o trabalho que não exigia qualificação, assim como as submoradias nas periferias, o que explica como se deu a formação dos bairros populares em todas as cidades brasileiras. A questão das submoradias, dos “bairros ilegais”, do crescimento desordenado das cidades foi algo observado a partir dos anos de 1960, quando nasceu o Movimento Nacional da Reforma Urbana, que influenciou diretamente a aprovação de diversos dispositivos previstos na Constituição de 1988, na qual constam inúmeros direitos sociais, que rebatem na realidade que congrega as ocupações clandestinas e a a moradia em bairros com pouca ou nenhuma infraestrutura.

## **1.2. A Reforma Urbana e a Constituição de 1988:**

O Movimento Nacional da Reforma Urbana iniciou-se nos anos de 1960, com uma proposta do Instituto dos Arquitetos do Brasil. Saule Junior e Uzzo (2009) afirmam que esse movimento tinha como objetivo reverter as desigualdades sociais com base em uma nova ética social. No entanto, com o início do Regime Militar, ocorrido em 1964, todos os movimentos sociais foram combatidos, e a mobilização social foi substituída por um planejamento urbano, tecnocrático (Ferreira, 2005). Nesse diapasão é importante considerar que estava em vigor o Código Civil de 1916, dando plenos poderes ao dono da terra e, como é próprio dos regimes militares, predominava uma sociedade extremamente conservadora.

A junção da legislação vigente (Código de 1916) com o Regime instalado no país, mais uma vez, resultou em uma situação de desigualdade, aprofundando ainda mais os focos da ocupação desordenada, de forma que à classe pobre era relegada a periferia, carente de todos os recursos, como transporte, escola entre outros. Aizza e Silva (2015), citando Maricato, afirmam que o resultado desse processo é a “*exclusão e a ilegalidade generalizada*” que resultou em um processo de favelização e na proliferação de loteamentos ilegais. Já aqueles considerados integrantes da nova classe média tinham a sua disposição todo um sistema de financiamento para obtenção de moradia. No final dos anos 1970, quando se ensaiava um início ao processo de reabertura política, a Igreja Católica já estava

envolvida diretamente na luta social por moradia, sendo esse o tema da 20ª Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), ocorrida em fevereiro de 1982. Nessa Agenda constou expressamente a elevação do custo do solo urbano, a especulação imobiliária como fato de agravamento da situação habitacional no país, o grande desnível existente entre as classes sociais, em que 5% da população detinha 37,9% da renda do país, além da expectativa de urbanização como fator de elevação do valor da terra e o difícil acesso das famílias com baixa renda à moradia. (Saule Júnior e Uzzo, 2009).

Também consta do documento da CNBB a saída encontrada pela população pobre: ocupar áreas abandonadas ou sem valor de mercado, pagamento de aluguel em submoradias ou a compra de terrenos nas periferias para construção de habitações precárias e também, a informação que muitos acabavam ocupando terrenos nas áreas urbanas em decorrência na necessidade ou de influência de terceiros, surgindo daí a ocupação denominada “invasão” que nos dias atuais, carrega o peso da recriminação de uma sociedade e de um Estado que não foi capaz de compreender a necessidade vital da moradia que todo indivíduo tem, procurando ignorar o problema ou reprimir aqueles que dão causa a ele (Saule Júnior e Uzzo, 2009).

Também, por influência do Movimento Reforma Urbana, em 1979, foi aprovada a Lei 6766, de 19 de dezembro de 1979 e que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, também conhecida como “Lei Lehmann”, demonstrando que a questão urbana vinha sendo tratada com base em uma legislação ultrapassada, nascida em uma sociedade que não mais existia. O relator da lei em seu parecer, integrante da Justificativa da Propositura, lembrou o fato de que a ocupação do solo urbano, antes estabelecida pelo Decreto-Lei n 58 de 1937 e posteriormente pelo Decreto-lei n. 271 de 1967, necessitava incluir parâmetros urbanísticos e normas de condução na produção de loteamentos e desmembramentos. Vale destacar que ambos nasceram dentro de um regime antidemocrático. As palavras do Relator Ernani Satyro, na Comissão de Constituição e Justiça, apresentam claramente a situação existente no país:

Convém deixar bem claro que a inspiração maior deste Projeto foi o propósito de sanar as mais graves irregularidades existentes no País, numa atividade que dá margem a toda a sorte de desonestidade, por parte de aventureiros gananciosos e criminosos fraudulentos. Além disso, estão em causa ainda os mais respeitáveis interesses da urbanização, da higiene e finalmente, de tudo quanto afeta o

desenvolvimento e até o destino das cidades. Não era possível que matéria tão atual, tão dinâmica, continuasse regulada por leis anacrônicas, incompatíveis com o crescimento das cidades e, conseqüentemente, com o bem-estar de suas populações. (Satyro, 1979, p.93).

Já em 1979, a regulação e fiscalização da ocupação urbana passou a ser de responsabilidade dos municípios e, também, foram previstas condutas tipificadas como crimes praticados contra a administração pública, o que se mostrou bastante progressista para a sociedade da época, pois o loteador era o dono do capital, aquele que detinha o poder, que tinha influência e, conquanto fossem considerados “crimes contra a administração pública”, as maiores vítimas eram os adquirentes de imóveis loteados, situados nas periferias, o que gerava um crescimento desordenado das cidades. A lei de Parcelamento do Solo Urbano foi o início de uma nova visão legal sobre o tratamento que seria dado a questão urbana, que se consolidaria na década seguinte, com a Constituição de 1988. No entanto, antes da aprovação do texto Constitucional, com a previsão dos direitos sociais, grandes embates foram travados dentro da Assembleia Nacional Constituinte. No âmbito de todo esse processo de redemocratização do país, de realização de uma Assembleia Nacional Constituinte é que surgiu, em 1985, o Movimento Nacional pela Reforma Urbana e que reuniu uma gama enorme de organizações como Pastorais, Movimentos Pró-Moradia, Sindicatos, Entidades de Classe, introduzindo a ideia de cidade para todos e estabelecendo, como conceito de reforma urbana, uma nova ética social, criticando a situação de desigualdade social, presente nas áreas urbanas (Saule Júnior e Uzzo, 2009).

Como bem esclarecem os autores acima, para os conservadores os direitos sociais significavam impedimento ao desenvolvimento do país. No entanto, a ala progressista da Assembleia Nacional Constituinte, apesar de não ter conquistado tudo que almejava, em alguns pontos saiu vencedora, consagrando entre outros direitos sociais, a inclusão no texto do princípio da função social da propriedade, o que significou grande avanço, já que deslocava a propriedade, do campo exclusivo do direito privado, para também ser regulada pelo direito público, em conjugação com a maior autonomia conquistada pelos Municípios em relação às questões urbanas.

Em seu discurso, Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte destacou que 25% da população brasileira era analfabeta, afirmando que “só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, **mora**

*(destaque do pesquisador), tem hospital, remédio, lazer quando descansa*". Por essas palavras já se podia antever o que prometia a nova ordem que era estabelecida naquele momento. Ainda, em seu discurso, Ulysses Guimarães ressaltou a grande participação popular durante todo o processo constituinte, destacando o grande número de emendas populares, muitas das quais continham mais de um milhão de assinaturas. Vale lembrar que, em 1988, a rede mundial de computadores ainda não era desenvolvida no país, não havia redes sociais e os grandes meios de comunicação eram a televisão, com canais operando em VHF, o rádio e o telefone, o que comprova que, apesar das dificuldades, inclusive de coleta de assinaturas, a sociedade se mobilizou para que aquele texto refletisse muitos dos seus anseios (Memória da Mídia, 2019).

Como destaca Fernandes (2010), a Emenda Popular da Reforma Urbana foi assinada por mais de 100.000 organizações e indivíduos, propondo a autonomia municipal, a gestão democrática das cidades, o direito à moradia, a função social da propriedade, o combate à especulação imobiliária e a regularização dos assentamentos. Em alguma medida, todas as propostas foram aceitas. O texto consagrou mais de um capítulo (Título III, Capítulo IV e Título VII, Capítulo II) para tratar da questão da autonomia municipal e da gestão democrática das cidades. A função Social da Propriedade foi prevista no artigo 5º, XXII, dispositivo que trata dos direitos fundamentais, considerado cláusula pétrea<sup>7</sup>, o que por tal posição demonstra o grau de importância com que a questão foi tratada pelos Constituintes de 1988. Também foi disposta no artigo 170, III, item este que abarca a atividade econômica, o que em uma interpretação livre, demonstra o viés da Constituição em combater a especulação imobiliária. Já a regularização dos assentamentos foi prevista no artigo 183 do texto Constitucional, que autorizou a regularização da posse e sua conversão em propriedade urbana daqueles que possuísem imóveis por cinco anos ininterruptos e com área máxima de 250 metros quadrados. O direito à moradia, fundamento de toda questão urbana, já que cidade é acima de tudo o morar, viver e compartilhar o espaço público, não constou expressamente do texto original da Constituição, aprovado em 1988, vindo a ser incluído entre os direitos sociais apenas no ano 2000, por ocasião da Emenda Constitucional 26. Após a

---

<sup>7</sup> Dispositivo constitucional imutável, não podendo ser alterado nem mesmo por via de Emenda à Constituição. Ver em Acquaviva (2000).

promulgação de 1988 a maioria dos dispositivos acima mencionados exigiu regulamentação, sendo aprovados alguns instrumentos legais para sua implementação, entre os quais o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002. É importante considerar, ainda, que a Carta Magna previu em seu artigo 5º., XXXV que toda lesão ou ameaça a direitos devem ser levados a apreciação do Poder Judiciário, o que nos leva a uma indagação sobre o papel do Poder Judiciário na defesa da moradia e da função social da propriedade em todo Brasil, especialmente nas localidades mais populosas, como o Estado de São Paulo, onde a terra ocupa um papel de destaque, na reprodução do capital, sem qualquer vinculação às necessidades e demandas sociais, historicamente evidenciadas. Os direitos e princípios sociais ligados à moradia incorporados à Constituição em decorrência da Reforma Urbana e vinculados ao Poder judiciário, são feridas abertas que a Constituição de 1988 abriu ainda mais.

### **1.3. O Código Civil nas versões de 1916 e 2002 e o Estatuto da Cidade: a questão da propriedade imóvel e sua função social**

Conquanto a propriedade tenha por fundamento a regulação constitucional, a principal norma que disciplina a matéria é o Código Civil. No caso brasileiro, enquanto República, estão presentes duas codificações: a primeira, a Lei n. 3071, de 1º janeiro de 1916, o “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, produto do trabalho de Clovis Bevilacqua, refletindo, segundo Rodrigues (2013), a sociedade do século XIX, privilegiando o detentor do patrimônio imobiliário, não protegendo a dignidade humana e os valores sociais, e, a segunda, o Código Civil de 2002, hoje o principal regulador da atividade privada, aprovado quase um século após o primeiro, refletindo uma sociedade totalmente diferente daquela sobre a qual nasceu o anterior: em 1916 a população brasileira era predominante rural, o contrário de 2002, onde o maior contingente populacional se concentrava nas cidades.

Miguel Reale, idealizador do Código Civil de 2002, afirmou que ele regula as atividades essenciais da sociedade civil, tendo como princípios fundamentais a socialidade, a eticidade e a operabilidade ou concretude, ao contrário do anterior que não se fundava em um espírito coletivo, como se pretendeu basear o mais recente. Segundo as palavras de Dall’Alba (2004) “*um sistema fechado, com*

*disposições que interessavam apenas à classe dominante, que ‘atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não-direito’.* O mesmo autor destaca as palavras de Fachin:

(...)perfeito anfitrião, ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente se especulou sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica. (Dall’Alba -2004, p.31).

Para o Código Civil de 1916, a propriedade tinha um caráter absoluto. Eram poucas as ressalvas, em sua maioria ligadas ao direito de vizinhança e, em nenhum momento, se cogitou de “função social a propriedade”. Inversamente, o Código Civil de 2002, previu expressamente a necessidade de se assegurar o cumprimento da função social da propriedade (artigo 2035, parágrafo único), além de trazer outros dispositivos que regulamentam tudo o que foi estabelecido na Constituição Federal. Como bem salienta Gonçalves (2019) *“o perfil atual do direito de propriedade do direito brasileiro, deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social”*

Comprovando a mudança de paradigma com a Constituição de 1988, ou seja, que a propriedade, notadamente a urbana, não tem mais um caráter absoluto e que ela deve ser vista em razão de sua relação com a sociedade em que está inserida, também foi aprovado em 2001 o Estatuto da Cidade (Lei Federal 10 257). Como o Código Civil de 2002 veio para regular as relações particulares em sociedade, decorrendo daí um de seus princípios, o da socialidade, o Estatuto da Cidade foi aprovado para regulamentar os artigos 182 e 183 do texto constitucional, no caso, estabelecendo mecanismos para que o cumprimento da função social da cidade fosse alcançado. Mas como bem esclarece Carvalho Filho (2013) as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade têm caráter geral e se dirigem para o futuro, sendo verdadeiros norteadores dos Municípios na execução da política urbana. Para José Afonso da Silva (2012), apesar do Estatuto da Cidade *“ser exageradamente casuístico”*, forneceu um largo arsenal de instrumentos para a aplicação do que foi determinado na Constituição Federal, quanto à questão urbana, pelos Municípios. Garantir que a função social da propriedade urbana seja cumprida é dever dos Municípios, que gozam de autonomia a respeito de tal questão. Já para Maricato (2017) o Estatuto da Cidade *“impôs limitações, antes impensáveis, ao direito de propriedade no Brasil”*, mas essas limitações, considerando as competências

constitucionais, deveriam ser impostas pelos Municípios, esfera de poder mais próximas aos cidadãos, combatendo, ao mesmo tempo, a troca de favores e a elaboração de uma legislação municipal que favoreça os grupos dominantes (Bernardini, 2016).

Diante desse arcabouço legal (Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade) e considerando os inúmeros conflitos existentes na sociedade decorrentes da falta de moradia, da expansão desordenada das cidades, é possível questionar se a política urbana determinada pela Constituição de 1988 seria uma política de Estado ou de Governo<sup>8</sup>. Considerando que cabe aos municípios sua implementação e que não há qualquer previsão de sanção ao administrador público para a não aplicação dos diversos instrumentos legais ali previstos, pode-se inferir que se trata de política de governo, já que a situação permanece, sem que sejam observados a aplicação dos instrumentos dados pelo Estatuto da Cidade, que, poderiam, no mínimo, mitigar os conflitos existentes. No entanto, muitas têm sido as demandas levadas ao Poder Judiciário, a quem cabe aplicar a lei.

Resta claro que houve uma mudança total no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da propriedade e do direito à moradia, mas dizer o que será aplicado e como será, cabe ao Poder Judiciário. Direito não é ciência exata e um único artigo de lei aplicado a uma situação concreta pode levar a múltiplas interpretações. Compreender como o Poder Judiciário, representado no presente trabalho pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, interpreta a função social da propriedade e o direito à moradia pode abrir caminhos para a compreensão de como as raízes do *apartheid* brasileiro orientam estas interpretações, mesmo com a mudança no “espírito legislativo”.

## **1.4 Os principais agentes:**

### O Poder Judiciário na figura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Conforme estabelecido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, toda e qualquer ameaça ou lesão a direito será apreciada pelo Poder Judiciário, ou seja,

---

<sup>8</sup>“Independentemente da tendência política existente num contexto particular, toda política de estado deve ser orientada por um projeto em longo prazo sobre temas como educação, infraestruturas básicas, saúde, emprego, a despesa pública ou segurança pública.” (in <https://conceitos.com/politica-estado/>. Acesso em 30/03/2020). Já a política de governo reflete as ações desenvolvidas no âmbito de uma gestão pública, relacionada com determinada grupo ou agremiação partidária, cunhando, neste sentido, um aspecto ideológico que reflete o pensamento daquele grupo.

todo aquele cidadão brasileiro ou não, que sentir que seu direito tenha sido violado poderá pedir socorro ao Poder Judiciário, ainda que sua pretensão não se confirme, conforme afirma Silva(1996): *“Aos órgãos jurisdicionais, consoante vimos, incumbe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o governo e administração”*.

Considerando como todo o Estado brasileiro é organizado, a sua Justiça também seguiu essa sistemática, organizando-se em Justiça Comum e Justiça Especializada. A Justiça Comum é exercida pela Justiça Estadual e a Justiça Especializada pelas Justiças Federal, Militar, do Trabalho e Eleitoral. Para o presente estudo será considerada apenas a Justiça Estadual, no caso, a Justiça Paulista, no segundo grau de jurisdição, tendo como objeto de análise os Acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça em Recursos de Apelação, onde foram decididas questões referentes à Função Social da Propriedade e o Direito à Moradia. A Justiça Comum Estadual vem disciplinada no artigo 125 e seguintes da Constituição Federal, que delega aos Estados a organização de seu Poder Judiciário. Já a Constituição do Estado de São Paulo trata do Poder Judiciário a partir de seu artigo 54, estabelecendo que o Tribunal de Justiça é o órgão superior do Poder Judiciário no Estado, estando entre suas competências a de elaborar seu Regimento Interno. No entanto, para melhor compreender o objeto da pesquisa, será considerado o artigo 1009 do Código de Processo Civil – Lei n.13.105/2015, o qual estabelece que das Sentenças caberá Recurso de Apelação, que será recebido no Tribunal e distribuído a um Relator<sup>9</sup>, a quem compete levar o recurso para julgamento de um órgão colegiado, de onde resultará um Acórdão.

Segundo informações do próprio site do Tribunal de Justiça Paulista, ele é considerado o maior Tribunal do Mundo, em número de processos, correspondendo o volume de Ações a 26% de todo o andamento da Justiça brasileira. Compete-lhe o julgamento de Ações cujas matérias não sejam pertinentes às justiças especializadas. É estruturado, de acordo com seu Regimento Interno, em Tribunal Pleno, Órgão Especial, Conselho Superior da Magistratura, Presidência, Vice-Presidência, Corregedoria Geral, Seções de Direito Criminal, Seção de Direito Ambiental, Seções de Direito Público e de Direito Privado. Às Câmaras, integrantes

---

<sup>9</sup> Julgador que relata, explica o processo para aos demais julgadores que vão participar de um julgamento em um órgão colegiado. <http://br.significado.de/relator>. Acesso em 30/03/2020

das Seções, compostas por três Desembargadores<sup>10</sup>, compete o julgamento das decisões de primeira instância, entre outras, sendo estas as decisões que serão objeto da pesquisa, incluindo Acórdãos proferidos pelas Seções de Direito Público e Direito Privado, que se dividem em Câmaras. As Competências das Seções e Câmaras vêm estabelecidas na Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça que apresenta rol exaustivo delas.

O artigo 3º estabelece a competência da Seção de Direito Público, composta de Câmaras, que terão entre outras competências, o dever de julgar as Ações de Desapropriação, Civil Pública, Ação Popular e as Ações de Aposamento Administrativo, desistência de desapropriação e uso e ocupação de bem público. O Tribunal de Justiça é composto por 18 Câmaras de Direito Público e uma Seção Especializada em Direito Ambiental, composta de duas Câmaras. Já a seção de Direito Privado (art. 5º. Resolução 623/2013) é composta por 38 Câmaras, competindo-lhe entre outras, julgar as ações relativas a fundações de Direito Privado, Sociedades inclusive as paraestatais, associações, entidades civis, comerciais e religiosas, usucapião de bem imóvel, relativas a domínio de bens imóveis, loteamentos, seguro habitacional, registros públicos, Ações Cíveis Públicas relacionadas as matérias atinentes à Seção, como loteamentos, possessórias.

### O Ministério Público

Segundo o artigo 127 da Constituição Federal o Ministério Público é reconhecido como uma *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*. A Constituição também estabelece em seu artigo 129 as suas atribuições principais, mero rol exemplificativo, já que poderá exercer ele toda e qualquer atividade desde que compatível com suas funções institucionais. Nos últimos anos tem assumido um importante papel na implementação das políticas públicas e na defesa dos interesses coletivos, difusos<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Título que recebe o juiz de segunda instância; membro do Tribunal de Justiça de cada Estado. Verm em Guimarães (2016)

<sup>11</sup> São os interesses de grupos, de uma coletividade, que não têm um titular individualizado, mas decorrem de um vínculo que une a todo um grupo. São chamados difusos, coletivos, supra ou meta individuais e dizem respeito a anseios ou necessidades de uma coletividade quanto à qualidade de

e individuais homogêneos, onde também estão incluídos o direito à moradia e a função social da propriedade. Sobre as atribuições do Ministério Público já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

...detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura de inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art.129, I e III). Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. Direitos ou interesses homogêneos são aqueles que tem a mesma origem comum... (RE 163.121. Rel. Min. Mauricio Correa).

Para Coelho e Kozicki (2013), citando Canotilho, o Ministério Público exerce papel de extrema relevância na transformação social, já que mobiliza o Poder Judiciário no resguardo das políticas públicas, de forma a implementar o cumprimento dos *“direitos tidos como programáticos”*, ou seja, aqueles que dependem de regulamentação, com os relacionados à política urbana. Para Façanha e Lima (2011), esta Instituição é uma interlocutora entre o Estado e a sociedade nas questões referentes às políticas públicas, exercendo o seu controle. Para tanto a Instituição tem a seu dispor um importante instrumento: a Ação Civil Pública, regida pela Lei 7.347/1985, tendo ela como principal objetivo a proteção dos interesses da coletividade. Toda vez, que o Ministério Público tiver conhecimento que algum interesse da coletividade esteja sendo ameaçado ou violado pode se valer desse instrumento para requerer ao Poder Judiciário as medidas que entender cabíveis, para solucionar a questão.

Nos dias atuais, é sabido que a Instituição que mais causa temor aos governantes, notadamente aos Prefeitos, quando a questão se refere a interesses da coletividade, é o Ministério Público. No presente trabalho serão analisadas, entre outras, as Ações Cíveis Públicas referentes a questões relacionadas à moradia e função social da propriedade, interpostas por esta instituição e como Tribunal de Justiça decidiu.

## Os Municípios

Os Municípios são mencionados já no artigo 1º. Da Constituição Federal, que os coloca como partes da Federação, gozando de autonomia. Já as suas competências vêm estabelecidas no artigo 30 do mesmo texto, interessando para este estudo o previsto no inciso I – legislar sobre assuntos de interesse local, o que abrange construções e edificações em seu território, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quem tem como principal função ser interprete da Constituição Federal (AI 491.420 – Rel. Min. Cezar Peluso) e, também, o previsto no inciso VIII do mesmo artigo que lhe confere a atribuição de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano. Quanto a esse dispositivo o Supremo Tribunal Federal entende que, conquanto se trate de normas de Direito Urbanístico, a União e os Estados deverão editar normas gerais e os Municípios normas relativas à sua realidade, sob pena de se negar sua autonomia (ADI 478, Rel. Carlos Velloso). Por sua vez, o artigo 182 da Constituição Federal é expreso ao conferir aos Municípios o dever de executar a política de desenvolvimento urbano cujas diretrizes e instrumentos de implementação são estabelecidas pelo Estatuto da Cidade. Fernandes (1998) afirma que as competências urbanísticas dos Municípios se revestem de verdadeiro “poder-dever” na implementação da política, pois, citando Silva, *“é nos Municípios que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica”*.

Para Fernandes (2010), os instrumentos do Estatuto da Cidade conferem meios para que os Municípios construam e organizem cidades mais eficientes, mais justas e até mesmo mais equilibradas ambientalmente, mas para isso é preciso que o Poder local promova reformas legais, implementando os institutos ali previstos. Apesar de tais poderes, conforme destaca Santos (2018) *“a organização interna das nossas cidades, grandes, pequenas e médias, revela um problema estrutural, cuja análise sistêmica permite verificar, como todos os fatores mutuamente se causam, perpetuando a problemática”*, o que comprova que apesar da vasta gama de instrumentos postos à disposição, estes não têm sido usados.

Como se observa, há todo um arcabouço legal conferindo poderes amplos aos Municípios para implementação das políticas urbanas, cujo fim é garantir a função social da propriedade e o direito à moradia, mas cotidianamente o Poder Judiciário é

chamado a decidir tais questões, o que pode demonstrar que esse importante ente Federativo não tem sido capaz de cumprir com esse dever. Em matéria urbanística, o poder hoje é dos municípios.

### As Companhias Habitacionais

O fornecimento de moradias para as camadas mais baixas da população, através de financiamentos públicos, é realizado por programas federais, como, por exemplo, o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, cuja implementação se deu, até o momento, pela Caixa Econômica Federal, que não integra esta pesquisa, já que qualquer conflito advindo das relações postuladas por tal programa são de competência da Justiça Federal, mas também por diversas companhias estaduais, municipais e privadas que recebem recursos públicos, cuja finalidade é fornecer ou financiar a aquisição de moradias populares. Estas empresas tiveram inúmeras Ações judiciais julgadas pelo Tribunal de Justiça, onde foi discutido o direito à moradia e a função social da propriedade. Abaixo são apresentadas as principais Empresas que tem como objetivo o fornecimento de moradia popular:

Atualmente, a principal empresa promotora de moradia popular no Estado de São Paulo é a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU). Segundo informações disponíveis no próprio site da Empresa, atende famílias com renda entre 01 e 10 salários mínimos e foi fundada em 1949, recebendo diversas denominações ao longo dos anos, entre as quais CECAP, CDH e CODESPAULO, sendo a atual denominação adotada em 1989. Em seu Estatuto consta que ela é parte da administração indireta do Estado de São Paulo e tem como objeto a promoção de medidas e implantação de projetos voltados para o fornecimento de moradia para a população de baixa renda do Estado. A CDHU encontra-se presente em 97% dos municípios paulista, tendo construído, ao longo de sua história, 514 mil moradias. Além desta, há várias outras Companhias espalhadas por todo o Estado de São Paulo, muitas delas guardando ainda resquícios do Regime Militar, sob a égide do Banco Nacional de Habitação (BNH). São elas:

- A Companhia Habitacional de Bauru (COHAB-BAURU), que, conforme informação disponível em sua página na rede mundial de computadores, foi criada

em 1966, tornando-se a promotora do Banco Nacional de Habitação. Faz parte da administração indireta do Município de Bauru, tendo sua atuação restrita ao Estado de São Paulo, estando ela presente em 84 cidades do interior do Estado de São Paulo. Também informa sua página que já construiu 64.733 moradias em todo o estado;

- A Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo (COHAB-SP). Criada em 1965, pela Lei Municipal n. 6738, tendo 99% de seu capital social pertencente ao município de São Paulo. Tem como principal objetivo a promoção de habitação popular na Região Metropolitana de São Paulo. Segundo Constantino (2007), entre os anos de 1965, quando foi criada, e o ano de 2000, foram construídas 134.900 habitações na Região Metropolitana de São Paulo, das quais 111.041 eram habitações de interesse social na própria cidade de São Paulo, sendo que a maioria de suas habitações estão localizadas na zona leste da cidade, e na região metropolitana, principalmente, em Itapevi e Carapicuíba. Como afirma o mesmo autor, ao longo de sua história foram buscados terrenos de menor preço localizados na extrema periferia, onde foram implantadas as unidades habitacionais financiadas por ela, como em Cidade Tiradentes, por exemplo.

- Companhia de Habitação Popular de Campinas – COHAB CAMPINAS. Seu objetivo principal sempre foi o financiamento, a produção e comercialização de moradias para a população de baixa renda, tendo como um de seus programas o “Casa Paulista”, criado em 2011, pelo Governo do Estado de São Paulo para facilitar a aquisição da casa própria, como se observa nos conjuntos Residencial Nakanos e Residencial Santa Luzia. Também tem entre seus programas o denominado “Lotes Urbanizados”, cuja finalidade é firmar parcerias com particulares que tenham interesse em comercializa-los com pessoas de baixa renda, facilitando sua aquisição. Em Campinas já foram construídas 24.557 unidades habitacionais e comercializados 6.940 na modalidade de lotes urbanizados. A COHAB também se faz presente em outros 24 municípios como Itapira, Tietê, Rafard entre outros, tendo construído um total de 13.285 unidades fora de sua sede. Todas as informações acima encontram-se disponíveis na sua página na rede mundial de computadores (<https://www.cohabcp.com.br/>).

- Companhia Habitacional de Ribeirão Preto (COHAB RP), fundada em 1970, consoante o disposto em seu Estatuto, disponível na página eletrônica da Empresa (<https://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/cohab/i08principal.php>). É integrante da

administração indireta do Município de Ribeirão Preto e tem como objetivo principal a produção e comercialização de habitação de interesse social. Assim como a COHAB Campinas, também tem o Programa Lotes Urbanizados, parcerias com o CDHU, Programa Minha Casa Minha Vida, Caixa Econômica Federal e iniciativa privada. Há, em sua página, menção sobre o Programa de intervenção em Favelas e assentamentos irregulares, mas não consta qualquer informação sobre sua execução. Também consta na sua página que a companhia atua em 83 municípios do interior, além de Ribeirão Preto. Segundo informações da própria página, desde sua criação, foram construídas 76.287 unidades habitacionais, das quais, 29.615 estão no município sede.

- Companhia de Habitação Popular Bandeirante –COHAB-BANDEIRANTE, que segundo informações no site da Companhia (<http://www.cohabbd.com.br/>), foi criada por um grupo de Municípios, em 1977, com o objetivo de prover habitação popular. Estão entre seus acionistas os Municípios de Amparo, Araras, Itacemópolis, Jaguariúna, Leme, Limeira, Mogi-Guaçu, Pedreira, Piracicaba, Pirassununga, São João da Boa Vista, Sorocaba, Valinhos e Limeira. Já atuou em 45 cidades do interior paulista, tendo construído 31.850 unidades habitacionais em 43 Municípios.
- Companhia Regional de Habitação de Interesse Social – CRHIS, que segundo Grego, Ataíde e Baron (2013) foi fundada em 1979 pela Lei Municipal de Araçatuba n. 2169, tendo 97% de suas ações distribuídas entre 34 Municípios, sendo Araçatuba sua principal acionista, quando da fundação. Ao longo dos anos, essa participação foi redistribuída, ficando o Município com apenas 5%. Segundo os mesmos autores, é uma empresa de economia mista, tendo construído 34.638 unidades residenciais, distribuídas por 77 municípios, a maior parte localizada noroeste do Estado de São Paulo.

Ao longo da pesquisa foram também identificadas outras companhias habitacionais que tiveram poucas Ações interpostas no Poder Judiciário do Estado (em média duas), como a Cooperativa Habitacional Cooperforte, PROCASA – Cooperativa Habitacional, COOPERHAB, HASPA – Habitação São Paulo, Empresa Habitacional de Santo André, PROHAB São Carlos, Cooperativa Habitacional Nosso Teto, Cooperativa Habitacional de Araras, Cooperativa Habitacional Regional dos Trabalhadores Sindicalizados do Vale do Paraíba, Cooperativa Habitacional Novo Lar e Fundação Habitacional de Louveira, motivo pelo qual se procurou descrever, ainda que de forma sintética, apenas as principais.

## Os Movimentos Sociais por Moradia

Um dos protagonistas encontrados na presente pesquisa foram os Movimentos Sociais por Moradia existentes no Estado de São Paulo, algumas vezes identificados nos Acórdãos, outras não, aparecendo apenas uma conclusão de sua participação, já que não há um único movimento e em sua grande maioria não possuem qualquer formalidade, o que não lhes confere personalidade jurídica, capacidade de serem partes interessadas no processo, de estar em Juízo. Deduz-se a presença de um movimento pelo número de integrantes na área ocupada, o que pressupõe certa organização. Esta mera formalidade é mais uma tática do Poder Judiciário esconder estes movimentos, diante da sua importância na busca por moradia, na sua capacidade de pressionar os demais agentes a implementar a legislação vigente.

Os Movimentos Sociais por Moradia são uma realidade brasileira que não pode ser ignorada. Na sua grande maioria, as ocupações em imóveis, públicos ou privados, acabam resultando em Ações Judiciais, cabendo ao Poder Judiciário, resolver questões muito mais ligadas ao universo político, já que versa sobre investimentos, mobilizações de recursos para determinadas áreas, escolhas do Poder Executivo, a quem é confiada a administração pública, do que a aplicação ou não de determinada lei. Harvey (2014) ao tratar do direito à cidade afirma que

...vivemos em um mundo no qual os direitos de propriedade privada e a taxa de lucro se sobrepõem a todas as outras noções de direito que se possa pensar. Contudo, há ocasiões em que o ideal dos direitos humanos assuma uma forma coletiva, como quando os direitos de trabalhadores, mulheres, gays e minorias adquire maior importância.”(HARVEY, 2014, P 28)

Suas palavras exprimem exatamente o embate que se dá entre o capital e os Movimentos Sociais Pró-Moradia. De um lado a manutenção de prédios fechados, desocupados para se pressionar o mercado imobiliário e manter o custo do morar, da terra, em patamares elevados, de outro a necessidade daqueles que vivem nas periferias e são obrigados a se deslocar grandes distâncias para trabalhar, ter acesso aos serviços públicos, de forma geral, ter lazer.

Maricato (2017) ao se referir aos Movimentos Sociais por Moradia afirma que eles “*devem lutar por novos marcos jurídicos*”, mas isso não significa “*conquistas reais*”, já que decorrido grande tempo da entrada em vigor do Estatuto da Cidade,

pouco se avançou na implantação de seus institutos. Certamente ocupar é uma forma de mostrar ao Poder Público, notadamente ao Municipal, a quem compete enfrentar o problema, que ele existe e não pode ser ignorado, sendo este, talvez, o principal papel destes movimentos.

### A Defensoria Pública

Segundo artigo 5º, LXXIV da Constituição de 1988, o Estado deve prestar assistência jurídica e gratuita àqueles que não tiverem recursos para tanto. Previsto no texto original da Constituição, o dispositivo que foi alterado em 2014, para colocá-la como instituição permanente e acrescentar, entre suas atribuições, além do dever de orientação jurídica, e dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados, a promoção dos direitos humanos. A Defensoria Pública pode interpor Ação Civil Pública, desde que essa esteja vinculada aos seus objetivos previstos constitucionalmente, ou seja, a defesa de direitos dos necessitados. Conforme informações constantes da sua página, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi criada em 2006, pela Lei Complementar Estadual e está presente em 43 municípios do Estado, contando com 750 defensores, o que comprova que frente ao Tribunal de Justiça e ao Ministério Público, ela é diminuta, sem capacidade estrutural para atender a todas as demandas de sua área de competência. No entanto, ela garante a defesa dos necessitados através de convênio firmado com a Ordem dos Advogados do Brasil em todo o Estado. Dessa forma, no Estado de São Paulo há garantia de assistência jurídica integral, seja diretamente pela Defensoria Pública ou por meio do convênio firmado com a Ordem dos Advogados do Brasil.

### Os Particulares

Segundo disposto no artigo 5º, “caput” da Constituição Federal, direitos como vida, liberdade, propriedade igualdade e segurança são garantidos a todos, brasileiros ou não. Por sua vez, o Código Civil trata de pessoa, enquanto sujeito de direitos e obrigações. Em Ações Judiciais, ressalvadas as exigências legais, qualquer pessoa, seja ela jurídica ou física, cidadão ou estrangeiro, poderá ocupar qualquer polo das Ações Judiciais, ou seja, agir como autor ou responder como

requerido. Praticamente em todas as Ações julgadas há a presença das pessoas físicas<sup>12</sup> e jurídicas<sup>13</sup>, sem vínculo público, aqui, por convenção, tratadas como particulares, sendo elas as maiores destinatárias dos Acórdãos.

#### Outros Órgãos Públicos:

Além dos Municípios, se mostraram presentes na pesquisa desenvolvida, outros órgãos públicos, geralmente proprietários de imóveis ocupados, podendo ser citados, entre outros, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), a SABESP (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo), Autarquias, Empresas Públicas ou Fundações Públicas estaduais e Municipais, que integraram uma das partes nas Ações Judiciais analisadas.

### **1.5. Termos, Conceitos e suas interpretações**

Os Acórdãos analisados, assim como a legislação vigente apresentam uma série de termos que foram fundamentais para a elaboração desta pesquisa. Sendo assim, é importante discutir alguns conceitos dos termos encontrados, cuja compreensão foi fundamental para o alcance dos objetivos estabelecidos. Foi dado especial destaque à conceituação de direito à moradia e função social da propriedade, visto que elucidar como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo trata dessas questões, é um dos fundamentos deste trabalho.

O direito à moradia não constou do texto da Constituição promulgado em 1988, só vindo a ser incluído formalmente nele através da Emenda Constitucional n. 26 de 2000. No entanto, conforme destaca Lenza (2010), já em 1988 tal direito tinha sido previsto, ainda que de forma indireta, pois proibiu a penhora do bem de família, salvo exceções tributárias, determinando que estados e municípios promovessem a programas de construção de moradias e melhora nas condições de saneamento, além de estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>12</sup> Ser capaz de exercer direitos e contrair obrigações. Subdivide-se em pessoa física ou natural e jurídica. Pessoa natural é o indivíduo humano que nasce com vida. Ver Guimarães, 2016

<sup>13</sup> “Chama-se pessoa jurídica, coletiva ou moral o ente ideal, abstrato, racional, que sem constituir uma realidade do mundo sensível, pertencente ao mundo das instituições ou ideais destinados a perdurar no tempo.” Ver Acquaviva, 2000.

Mas qual moradia deve ser garantida? Em uma leitura sistemática da Constituição, em conjunto com a legislação infraconstitucional e, também, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, é possível concluir que essa moradia é aquela que tenha as mínimas condições de salubridade, onde seja possível garantir sua dignidade, onde haja rede de abastecimento de água e esgoto, energia elétrica, oferecimento de serviços públicos, como transporte, saúde e educação. Vale destacar que, apesar do direito à moradia poder ser visto como um direito fundamental, individual, sua exigibilidade passa pelo campo político, o campo da implementação das políticas públicas. Tanto que a Constituição Federal conferiu para o seu cumprimento a dependência de regulação infraconstitucional e a competência dos estados e municípios para sua efetivação. O resultado da não implementação de políticas públicas pró-moradia com a existência de demanda para a garantia de tal direito culmina em conflitos que acabam sendo levados ao Poder Judiciário. Mendes e Coelho (2009) ao tratar dos direitos sociais e a forma de Ação do Poder Judiciário afirmam que:

...em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que 'a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência de um sistema jurídico como um todo' a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça de nossas palavras. Noutros termos, para conjurarmos esse estado de coisas, temos de admitir, à partida, que estamos condicionados a fatores de ordem material – como o desenvolvimento econômico e conseqüente disponibilidade de recursos – bem assim por decisões políticas fundamentais sobre o modelo de Estado que a nossa sociedade pretenda adotar..." (Mendes et al, 2009, p.762)

Ou seja, enquanto direito fundamental e social, o direito à moradia tem sido tratado como algo que se almeja, sem previsão de sua garantia, pelas camadas de mais baixa renda da sociedade. Neste sentido, a função social da propriedade é um princípio constitucional diretamente vinculado ao direito à moradia, já que o fulcro deste problema no Brasil relaciona-se com o a forma como a propriedade é modulada, já que ambas são associadas diretamente: para se ter moradia, é necessário que se tenha a propriedade, o que retira este direito das camadas menos abastadas da população.

Como afirma Costa (2014) a primeira menção à função social da propriedade se deu na Constituição de 1934, onde constava que o direito de propriedade não

poderia ser exercido em desacordo com o interesse social e coletivo. O autor também afirma que em 1937 houve um retrocesso nessa questão, já que nada se mencionou a esse respeito. Já a Constituição 1946 (Costa, 2014) retomou a linha progressista, condicionando o direito de propriedade ao bem estar social, estabelecendo que uma lei deveria regular a justa distribuição da propriedade. O termo “função social da propriedade” foi utilizado pela primeira vez, na Constituição de 1967, como princípio da ordem econômica, não sofrendo qualquer alteração na Emenda Constitucional de 1969. A Constituição de 1988, a revisitou no artigo 5º., XXIII (direitos fundamentais) e no artigo 170, III (princípios da ordem econômica). Acacquaviva (2000) define a Função social da propriedade como “*Expressão que denomina o princípio pelo qual o interesse público deve ter preferência sobre a propriedade privada, embora sem eliminá-la.* O princípio da função social da propriedade é consequência do intervencionismo do Estado na esfera individual, a fim de concretizar uma visão social de bem-comum. Os institutos mais expressivos do princípio em epígrafe são a desapropriação da propriedade privada (CF, art. 5º. XXIV) e a requisição desta (CF, art. 5º., XXV).

Para Silva (2012) a função social da propriedade urbana pode ser entendida como uma subordinação do direito individual de propriedade ao interesse coletivo. Costa (2014) traz a definição de Fábio Konder Comparato, para quem a função social da propriedade está diretamente ligada ao destino do bem, ou seja, o “social” está diretamente ligado ao interesse coletivo, sendo que é possível a coexistência e, esse seria o ideal, entre o interesse coletivo e individual, mas quando isso não é possível é dado ao poder público usar seu poder sancionatório. O Código Civil tem como um dos princípios a socialidade, conforme afirmado acima, o que pressupõe que as relações civis devem se dar de forma harmônica, em proveito da coletividade, o que via de consequência, significa a necessidade de uso da propriedade privada de forma a atender ao interesse de todos. Também a previu expressamente no artigo 1228, parágrafos 1º ao 4º., onde destaca que o exercício da propriedade deve se dar de forma a que ela atenda suas finalidades sociais e econômicas, afirmando, que o proprietário poderá ser privado dela por interesse social.

Por sua vez, o Estatuto da Cidade traz inúmeros instrumentos para que o poder público municipal garanta seu cumprimento. Para Alfonsin (2011), citando Duguit, a função social decorre do fato de que toda pessoa cumpre uma função

dentro da sociedade em que vive, o que também é afirmado por Matos (2001) que entende que ela decorre da necessidade da propriedade estar em acordo com os interesses da coletividade afetando-a de forma a estabelecer uma condição para ela. Nesse aspecto, o proprietário, na sua condição de ser social, deveria aliar sua vontade aos interesses do bem comum. Não resta dúvida que, nos conflitos envolvendo proprietários e não proprietários, considerando o bem comum, do qual decorre a função social da propriedade, é inerente que se estabeleça uma conexão entre direito à moradia e este instituto. No entanto, Alfonsin (2011) destaca *que “a dignidade da pessoa humana é um valor que tem sido afastado no âmbito interpretativo da função social”*. Nesta pesquisa será feita a análise de como a função social da propriedade é tratada quando discutida no Poder Judiciário associada ao direito à moradia.

No âmbito da discussão sobre direito à moradia e função social da propriedade, alguns outros conceitos são importantes ao levantar em questão o porquê do direito à moradia no Brasil estar tão associado ao direito irrisoluto da propriedade. Assim é que conceitos como o de ocupação e posse passam a gravitar ao redor deste princípio constitucional, já que são etapas necessárias para que, em certa medida, a função social possa, de alguma maneira, ser cumprida. Para Acquaviva (2018), a ocupação pressupõe a tomada de coisa sem que esteja configurado o seu dono. O termo está ligado a bens móveis (Menezes, 2011), mas também tem sido utilizado para exprimir atos de posse de bens que não estão sendo utilizados. Para o mesmo autor, o bem imóvel, neste aspecto, é toda coisa dotada de valor econômico, imóvel, que não é dotado de mobilidade. A conjunção das expressões acima leva a noção de que o bem imóvel é tudo que tenha valor econômico, que não possa ser removido, sem perder sua essência, ou seja, a terra, enquanto lugar. Assim é que, ao pressupor que a ocupação se faz sobre um bem imóvel, no qual se configura a ausência de seu dono, a questão do seu valor econômico não fica, por assim dizer, resolvida, permanecendo afeada ao bem ocupado. O direito à propriedade se exerce justamente sobre este bem imóvel, independentemente de estar ocupado ou não, daí residindo a contradição que se estabelece entre a propriedade e posse. Para Acquaviva (2000), a propriedade é o mais amplo dos direitos reais, aptidão de alguém de ter alguma coisa como sua, dela dispondo livremente nos limites da lei, de uso, gozo e disposição sobre um bem, oponível “erga omnes” (contra todos) (Guimarães, 2016, p. 598). Ambos os

autores também informam que a partir da Constituição de 1988, o exercício do direito de propriedade sofreu restrições, em decorrência da obrigatoriedade do cumprimento de sua função social.

Por outro lado, a doutrina jurídica entende que o ocupante pode exercer uma posse sobre este bem imóvel e sua propriedade, o que implica em um poder de fato sobre o bem, capacidade de fruir a coisa, conceito este que é complementado por Guimarães (2016, p. 579) para quem, nesta situação, não há qualquer relação de dependência com outro, como quando é ela exercida em nome de outro. Esta apreensão do tema se complementa com as noções de posse de boa fé, quando aquele que detém ignora qualquer vício que impeça a aquisição do bem ou do direito sobre ele; a posse justa, quando ela não é clandestina, precária ou violenta, além da distinção entre posse nova e posse velha, sendo a primeira, aquela de menos de ano e dia e a segunda, de mais de ano e dia. Tal classificação é de fundamental importância, pois serve de critério para avaliar a melhor posse e apresenta reflexos no procedimento estabelecido no Código de Processo Civil (GUIMARÃES, 2019).

Os processos de usucapião foram estabelecidos exatamente a partir desta contradição entre posse e propriedade, já que este instrumento jurídico permite a outorga da propriedade a partir do exercício da posse, questão que já está plenamente consolidada no campo do Direito, mas que ainda assim encontra resistências. A usucapião é, portanto, uma forma de aquisição originária da propriedade, recebendo tratamento destacado na Constituição Federal, vindo expressamente previsto em seu artigo 191, onde é tratada a política fundiária. Gonçalves (2018) afirma que para se configurar essa forma de aquisição da propriedade precisa ter uso anterior, sendo seis tipos de usucapião, assim definidos:

- Usucapião extraordinária – exige 15 anos sem interrupção do exercício da posse ou 10 anos sem interrupção do exercício da posse, desde que inclua moradia habitual ou realização de obras ou serviços de caráter produtivo (posse trabalho). Não precisa de justo título ou boa-fé.
- Usucapião ordinária: exige 10 anos de posse contínua, mansa e pacífica, somada ao justo título e boa-fé;
- Usucapião especial constitucional: pode ser urbana ou rural. Para esta pesquisa será considerada apenas a urbana, conhecida como usucapião pró-moradia. Cabível em áreas de até 250 metros quadrados, exigindo cinco

anos ininterruptos de posse sobre a área, sem oposição, utilizada para moradia, desde que o ocupante não seja proprietário de outro imóvel. Há ainda uma subclassificação entre a usucapião individual e coletiva, também previstos no Estatuto da Cidade e, ainda, a usucapião familiar ou pró-moradia, para o qual é necessário que haja uma copropriedade, ou seja, uma comunhão com ex-cônjuge ou ex-companheiro que tenha abandonado o lar voluntariamente, necessitando apenas do prazo de dois anos para que a posse se convalide em propriedade.

- Usucapião administrativa: instituída pela Lei 11.977/2009 que criou o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, tem por fim a regularização fundiária, possibilitando a regularização da posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares, conferindo, tal instituto eficácia jurídica a posse com função social. Atualmente a Lei 13.465/2017 prevê o instituto da regularização fundiária urbana, onde são previstos diversos mecanismos para tanto. Citada Lei estabelece como uma das formas de regularização da posse a usucapião prevista no Código Civil.
- Usucapião indígena: apenas de áreas rurais e particulares, que não é objeto do presente estudo.
- Usucapião extrajudicial: processada diretamente no Cartório de Registro de Imóveis, facultativo, podendo ser realizado judicialmente. Não se trata de nova modalidade de usucapião, mas sim de uma nova via de tramitação da usucapião. O instituto continua o mesmo, apenas foi mudado o meio de se obter o pleiteado. Também exige bem hábil, posse, tempo, justo título e boa-fé.

Como se observou, o primeiro capítulo se dedicou a apresentar um panorama do processo de urbanização brasileira, de forma a tornar compreensiva a origem das demandas que são levadas ao Poder Judiciário, bem como a estrutura legal brasileira relacionada aos direito à moradia e a função social da propriedade, que tem como principais instrumentos a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Cidade e Código Civil de 2002. Além disso, neste capítulo, procurou-se a apresentar os principais atores presentes nas Ações Judiciais, de forma a compreender seu papel dentro da sociedade brasileira, além de apresentar conceitos de termos jurídicos, que se mostrarão muito presentes nos capítulos seguintes.

Neste primeiro capítulo já foi possível concluir que o Brasil passou a ter uma legislação urbanística progressista, cuja origem remonta dos anos de 1960, inserida no movimento pela reforma urbana, que travou muitos embates dentro da Assembleia Constituinte, de forma a garantir que inúmeros direitos sociais, entre os quais o cumprimento da função social da propriedade, integrasse o texto da Constituição de 1988. No entanto, a existência de uma proteção legal, não implicou em reais mudanças para a população, fato que está comprovado nos capítulos seguintes, onde serão apresentadas as Ações julgadas pelo Tribunal de Justiça Paulista, com os principais vencedores das disputas. Os embates conceituais e as contradições presentes nestes conceitos e na doutrina jurídica colabora para tornar mais complexo o caminho necessário a ser trilhado no âmbito da reforma urbana, cujos mecanismos que operam nas lides da justiça só podem se dar a partir de engrenagens sofisticadas operadas pelos Tribunais.

## CAPÍTULO 2

### **DECISÕES DO TRIBUNAL DE SÃO PAULO EM RELAÇÃO AO DIREITO À MORADIA EM CORRELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: uma análise quantitativa**

Este capítulo apresenta o resultado do levantamento de mais de 3.000 processos judiciais junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, utilizando-se, como termos combinados de busca, “habitação” e “função social da propriedade”, sendo este último utilizado como filtro secundário, considerando que o foco da pesquisa é compreender a atuação do Tribunal nas questões relacionadas eminentemente ao direito à moradia. Como já dito na introdução, optou-se pelo termo “habitação” em detrimento de moradia, por considerá-lo mais amplo, pois buscaria todos os tipos de moradia. Foram incluídos neste conjunto, todos os tipos de Ações em diferentes graus de jurisdição, ou seja, aquelas julgadas pelo Tribunal como juízo originário, como revisor, Ações penais e fiscais. Em um segundo momento foram excluídas as Ações fiscais, já que não é objetivo da pesquisa analisar questões tributárias relacionadas à função social da propriedade, incluindo questões ligadas, por exemplo, ao IPTU Progressivo, assunto que se afasta do debate relacionado à moradia. Também foram afastados da análise, Processos Criminais, muitos dos quais relacionados ao uso de imóveis para o tráfico de entorpecentes ou, ainda, da inviolabilidade da moradia, o que também fugia do objetivo. Restaram, ainda, as Decisões proferidas em Agravo de Instrumento, recurso interposto face às Decisões Interlocutórias proferidas pelos Juízes de Direito em 1º. Grau. Neste caso, ainda que se relacionassem com a proposta do projeto, já que grande parte proferida em Ações de Reintegração de Posse, a simples análise do Acórdão poderia corromper o seu resultado, considerando que Decisões proferidas em Agravo de Instrumento podem perder sua eficácia após a prolatação de uma Sentença, ou ainda, pelo próprio Tribunal, quando do julgamento do Recurso de Apelação. Nestes casos, entendeu-se que seria necessário o acompanhamento de todos os processos relacionados aos Agravos, o que certamente, pelo tempo de duração de uma pesquisa de mestrado, não seria suficiente.

A análise, portanto, se ateve aos Acórdãos proferidos em Recursos de Apelação interpostos em Ações que trataram da função social da propriedade e do direito à moradia, ainda que de forma indireta. Foram analisados, no período considerado entre 2001 (ano da entrada em vigência do Estatuto da Cidade) e março de 2018, 616 Acórdãos, mas no momento final foram considerados para análise apenas 603, já que 14 deles tratavam do direito real de habitação, tema ligado às questões de Direito de família. Como já dito no capítulo anterior foram identificados os principais atores em Ações que tratam do direito à moradia e função social da propriedade. Assim as análises quantitativas os consideraram para aferir como o Tribunal de Justiça toma suas decisões. Cumpre destacar que se tratou de um levantamento por amostragem, já que o assunto direito à moradia e função social da propriedade pode ser buscado no sistema TJ/SP com outros parâmetros, o que poderia trazer novos processos para o banco de dados. O banco de dados formado para a realização desta pesquisa teve como parâmetros “habitação e função social da propriedade”, expressões estas que, de alguma forma, constou dos Acórdãos pesquisados.

## **2.1 Panorama das Ações interpostas junto ao TJ-SP**

Nas análises quantitativas foram considerados diversos aspectos dos Acórdãos, como os percentuais de decisões favoráveis ou não em relação a autores, requeridos e origem dos processos. Com base nos números apurados foi possível observar em qual região cada parte foi mais atuante e, também, onde as decisões foram mais favoráveis. Os resultados encontrados comprovaram alguns fatos já apresentados pela literatura e, também, onde as partes não conseguiram solucionar a questão sem a intervenção de um terceiro, socorrendo-se ao Poder Judiciário para solucionar o problema, já que é ele o último a ser chamado para solução de conflitos. Os números coletados também indicam um possível panorama dos problemas existentes no estado, relacionados ao tema da presente pesquisa. O interior do Estado teve a maior parte de suas Ações direcionadas para a Seção de Direito Público e para a Seção de Direito Privado, responsáveis por julgamentos envolvendo questões urbanísticas e questões relacionadas a programas habitacionais. Por outro lado, houve um pequeno percentual de Ações julgadas pela Seção de Meio Ambiente, provenientes do interior, geograficamente maior que o

litoral, origem do maior percentual das Ações direcionadas para esta Seção, o que caracteriza um forte ativismo para a proteção da Serra do Mar.

O grande número de Ações interpostas por Companhias Habitacionais em São Paulo (53,18%) e na sua Região Metropolitana (20,45%), em detrimento do interior (31,33%) e litoral (6,67%) indicam uma forte presença de conflitos presentes nos programas habitacionais na capital e seu entorno. Em que pese os percentuais do interior serem maiores do que daqueles presentes na Região Metropolitana de São Paulo, do ponto de vista territorial, observa-se que este problema tem mais incidência nesta região do Estado.

Em termos relativos, foi possível aferir que as Companhias Habitacionais foram aquelas que mais obtiveram resultados favoráveis perante o Tribunal de Justiça enquanto autoras, ao contrário da Defensoria Pública e dos Movimentos Sociais por Moradia, que não obtiveram decisões favoráveis. Já quando se fala em polo passivo da Ação, os Movimentos Sociais por Moradia conseguiram um pequeno percentual de vitórias, demonstrando que, em algum momento, o Tribunal apresentou uma visão mais progressista dos casos. No entanto, é importante destacar que em todos eles, onde os Movimentos Sociais ocuparam o polo passivo e obtiveram algum ganho, o imóvel ocupado pertencia ao Poder Público.

Já o Ministério Público, obteve um pequeno percentual de perdas em suas Ações, sagrando-se vencedor, ainda que parcialmente, na maior parte daquelas que veio a interpor. A Defensoria Pública não aparece como requerida em virtude de sua característica, já que, como Pessoa Jurídica, só é identificada nas Ações quando na defesa de interesses coletivos, estando presente na defesa de “particulares” hipossuficientes, seja no polo ativo ou passivo, motivo pelo qual não foi possível aferir tal dado, o que não significa, entretanto, que não tenha estado presente.

O termo PARTICULAR, como já explicitado anteriormente, por convenção, foi usado na presente pesquisa para se referir a todas as pessoas físicas ou jurídicas, sem vínculo com o Poder Público, que de alguma forma integraram o polo passivo e ativo das Ações Judiciais, sem qualquer distinção entre elas. Quando se observou a presença de um grupo de cinco pessoas ou mais, que não estavam unidas por vínculos familiares, o que se aferiu pelo sobrenome e, também, onde não estava em disputa um único imóvel, financiado por Companhia Habitacional, por convenção, optou-se por classifica-lo como “Movimento Social por Moradia”.

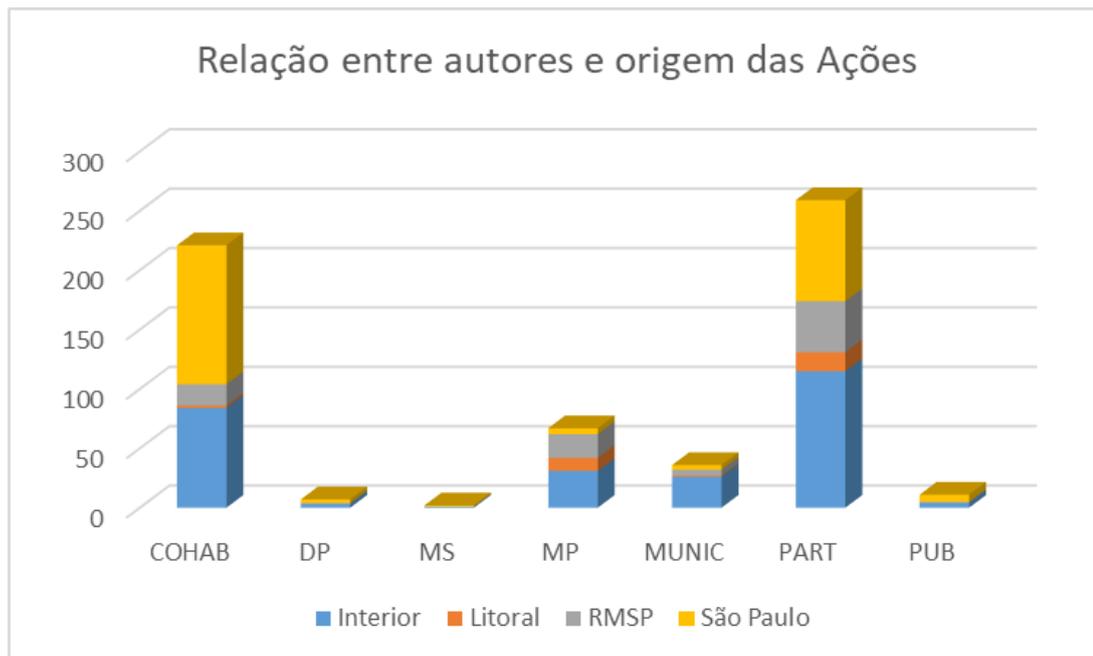
## 2.2 Origem das Ações e seus autores

Neste item foram observadas as quantidades absolutas e relativas das localidades onde as Ações foram interpostas e seus respectivos autores, de forma a que se pudesse analisar em quais as regiões no estado de São Paulo as questões relacionadas à função social da propriedade e direito à moradia são mais “judicializadas” e, como estas localizações se relacionam com os principais agente envolvidos, conforme apresentado:

**Tabela 1 – Relação entre Autores e origem das Ações Judiciais em números absolutos e percentuais:**

AUTORES TOTAL	ORIGEM				
	Interior	Litoral	Região Metropolitana de São Paulo	São Paulo	Total
COHAB	84 (31,83%)	2 (6,67%)	18 (20,45%)	117 (53,18%)	221 (36,71%)
Defensoria Pública	3 (1,14%)	0 (0,00%)	1 (1,14%)	3 (0,91%)	7 (1,00%)
Movimentos Sociais	1 (0,38%)	0 (0,00%)	0 (0,00%)	1 (0,45%)	2 (0,33%)
Ministério Público	31 (11,74%)	11 (36,67%)	20 (22,73%)	5 (2,27%)	67 (11,13%)
Municípios	26 (9,85%)	1 (3,33%)	5 (5,68%)	4 (1,82%)	36 (5,98%)
Particulares	115 (43,56%)	16 (53,33%)	43 (48,86%)	85 (38,64%)	259 (43,02%)
Outros Órgãos Públicos	4 (1,52%)	0 (0,00%)	1 (1,14%)	6 (2,73%)	11 (1,83%)
<b>TOTAL DE AÇÕES</b>	-----	-----	-----	-----	<b>603 (100%)</b>

Fonte: dados obtidos nas Ações constantes da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



COHAB= Companhia Habitacional; D.P= Defensoria Pública; MS = Movimentos Sociais; MP = Ministério Público; MUNIC = Municípios; PART = Particulares PUB = Outros Órgãos Públicos

A tabela acima não retratou o universo dos vencedores das Ações, mas apenas de seus autores que, muitas vezes, não coincidem com o autor da apelação. Como já esclarecido acima, a expressão “particulares” foi usada de forma bastante ampla, para identificar pessoas físicas ou jurídicas, sem vínculo com o Poder Público e sem perfil de “Movimento Social”. Nesse universo (particulares) não há um perfil das Ações, abrangendo desde ações de manutenção de posse interpostas por um indivíduo até aquelas que trataram de correção de pagamento de prestações de financiamento habitacional interpostas contra Bancos ou interpostas pelo Ministério Público, relacionadas a loteamentos clandestinos, irregulares ou, ainda, Ações interpostas por Companhias Habitacionais.

O interior do estado de São Paulo foi responsável por 264 Processos, o que corresponde a 43,19% do que foi enviado para o Tribunal de Justiça para revisão do julgamento de Primeiro Grau, das quais o maior percentual tinha como autores particulares (115 Ações), seguido pelas Companhias Habitacionais e pelos Municípios, aparecendo o Ministério Público na quarta posição como autor daquelas que chegaram ao Tribunal para julgamento de Recursos de Apelação.

Quando se olha para os números provenientes do litoral, em um total de 30 Ações analisadas, 16 delas (53,33%) tiveram como autores particulares, seguidos por 11 Ações (36,67%) interpostas pelo Ministério Público. Conquanto para Ações

interpostas por particulares não seja possível traçar um perfil, considerando a vasta gama de pedidos que foram apresentados, para o Ministério Público tal fato é possível, já que a ele compete apenas a propositura de Ações relacionadas a interesses difusos e coletivos, o que, ao relacionar moradia e função social da propriedade, leva a concluir que, de alguma forma, referem-se ao meio ambiente, a loteamentos clandestinos ou irregulares nesta região do Estado de São Paulo.

Por sua vez a Região Metropolitana de São Paulo respondeu por 88 das Ações remetidas ao TJ/SP, das quais 43 (48,86%) foram interpostas por particulares, 20 (22,73%) pelo Ministério Público e 18 (20,45%) pelas Companhias Habitacionais Em que pese, em termos percentuais, as Ações interpostas pelo Ministério Público apresentarem um número menor que os particulares, considerando o tipo de Ação que aquele órgão interpõe (Ações relacionadas a interesses coletivos decorrentes de fatos relacionados a meio ambiente e moradia), há indicativos de que este Órgão tem se mostrado bastante ativo nesta região, tendo sido observadas Ações provenientes de Itapeverica da Serra (06 ações), Guarulhos (05 ), Itaquaquecetuba (02 ) Ferraz de Vasconcelos (01 ), Francisco Morato (01 ), Carapicuíba (01) Mauá (01 ), Embu das Artes (01) e Mogi das Cruzes (01 ).

Já a Comarca (cidade) de São Paulo enviou para julgamento em 2º grau, pelo o Tribunal de Justiça, 220 Ações, com uma preponderância daquelas interpostas pelas Companhias Habitacionais (117), seguidas por aquelas interpostas pelos particulares (85). Ao analisar as Ações propostas pelos particulares, observa-se que 18 delas foram ingressadas contra as Companhias Habitacionais, sendo a maior parte delas Possessórias, buscando a usucapião do imóvel.

O particular figura como principal agente nas Ações Judiciais que chegam ao TJ-SP, na maior parte das regiões classificadas, só não predominando naquelas oriundas da grande São Paulo, onde o maior número de ações foram ingressadas pelas Companhias Habitacionais (117), o que pode indicar a forte presença de Programas Habitacionais Públicos nesta cidade e, também, a existência de grande mobilidade residencial atrelado ao inadimplemento, considerando a frequência de discussão dos “contratos de gaveta” nessas Ações.

Ao se observar os números absolutos, é possível perceber também que os movimentos sociais e a Defensoria Pública têm desvantagens para a propositura de Ações. Enquanto as Companhias Habitacionais e os Particulares são predominantes no número total de Ações propostas, aqueles ingressaram com um número bastante

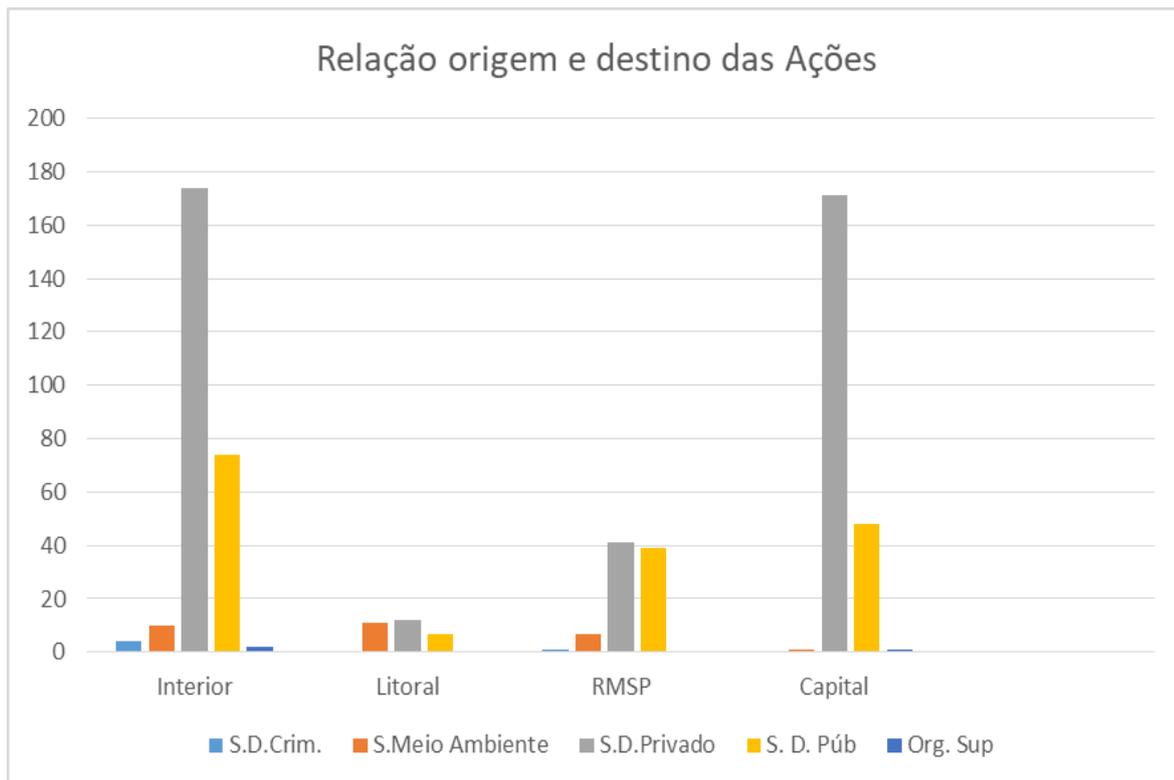
reduzido. Isto pode indicar uma dificuldade ou uma opção intrínseca a estes agentes, com pouca capacidade, muitas vezes, para levar suas questões à Justiça. Diante das dinâmicas que são inerentes à problemática da moradia, parece evidente que os Movimentos, no seu papel de pressão para conquistar seus direitos, utilizam-se da prática cotidiana das ocupações e de buscar um lugar para fixar suas moradias, sem se preocupar ou poder levar à cabo este direito até a esfera judicial, enquanto o Poder Público (na figura das Companhias Habitacionais, por exemplo) ou Particulares, proprietários de imóveis, associam-se como agentes da judicialização, utilizando-se da Justiça para manter suas posições, quase sempre passivas, do exercício do direito de manterem intactas suas propriedades.

Além da origem dos processos, também procurou-se aferir o destino das Ações dentro do grupo de Câmaras existentes no Tribunal de Justiça, cujos percentuais apurados, conforme tabela abaixo, também apresenta o perfil dos Processos Judiciais interpostos por regiões:

**Tabela 2 – Relação entre origem e destino das Ações Judiciais no Tribunal de Justiça de São Paulo em números absolutos e percentuais:**

ORIGEM	DESTINO				
	Seção de Direito Criminal	Seção de Meio Ambiente	Seção de Direito Privado	Seção de Direito Público	Órgão Superior
Interior	4 (1,52%)	10 (3,79%)	174 (65,91%)	74 (28,03%)	2 (0,76%)
Litoral	0 (0,00%)	11 (36,67%)	12 (40,00%)	7 (23,33%)	0 (0,00%)
Região Metropolitana de São Paulo	1 (1,14%)	7 (7,95%)	41 (46,59%)	39 (44,32%)	0 (0,00%)
Capital	0 (0,00%)	1 (0,45%)	171 (77,73)	48 (21,36%)	1 (1,00%)
<b>Total em números absolutos</b>					<b>603</b>

Fonte: dados obtidos nas Ações constantes da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



S.D.Crim = Seção de Direito Criminal; S.Meio Ambiente = Seção de Meio Ambiente; S.D. Privado = Seção de Direito Privado; S.D.Púb = Seção de Direito Público; Org. Sup = Órgão Superior.

A segunda tabela confirma os dados indicados na primeira, demonstrando que as discussões levadas pelo interior à decisão pelo TJ/SP referem-se a Ações relacionadas à moradia propriamente dita, abarcando o direito de morar, já que os principais autores são as Companhias Habitacionais e os Particulares, sendo julgadas pela Seção de Direito Privado. A Seção de Direito Público, responsável pelo julgamento de Ações referentes a Órgãos Públicos, como Município e Ministério Público, recebeu do interior 28,03% dessas Ações, geralmente relacionadas a ocupação de áreas públicas e loteamentos irregulares.

O litoral, por sua vez, destinou o maior número de Ações à Seção de Direito Privado e, na sequência, aquelas destinadas à Seção de Meio Ambiente, o que indica a relevância do tema para essa região, já que Seção de Direito Privado é responsável por um grande número de Ações relacionadas às questões privadas, como possessórias entre Particulares. À Seção de Meio Ambiente, pelo seu grau de especialização, só é cabível discutir este tema.

A Região Metropolitana de São Paulo destina a maior parte das Ações à Seção de Direito Privado, responsável pelas Ações interpostas pelas Companhias Habitacionais e por aquelas ingressadas por Particulares. O maior número de Ações

levadas à decisão pelo TJ/SP refere-se à discussões sobre financiamento imobiliário, ou a questões privadas relacionadas a moradia, como ocupações de áreas de particulares. Depois da Seção de Direito Privado, a Seção que mais recebeu processos oriundos desta Região foi a Seção de Direito Público, responsável pelo julgamento daqueles casos que tenham como partes Municípios, Ministério Público ou outro Órgão Público. Mais uma vez São Paulo comprova a forte presença de discussões relacionadas à moradia envolvendo particulares e, também, Companhias Habitacionais, pois 77,73% foram destinadas à Seção de Direito Privado, seguida da Seção de Direito Público. Esses dados indicam que na cidade há forte disputa relacionada com a moradia, cujos conflitos não são solucionados em outras esferas de poder, como na esfera administrativa. Conforme afirmam Gnann e Bernardini (2019), as principais Companhias Habitacionais destinaram grandes investimentos para a política habitacional na cidade de São Paulo, concentrando sua maior parte na Zona Leste, onde se situa o Foro de Itaquera, de onde saíram 12,5% das Ações analisadas (77 Ações), tendo uma Companhia Habitacional como uma das partes.

### **2.3. Resultado das Ações para os diferentes Autores:**

Durante a análise dos Acórdão, objeto da presente pesquisa, foram identificadas sete principais partes, a saber: COMPANHIAS HABITACIONAIS, MINISTÉRIO PÚBLICO, MOVIMENTOS SOCIAIS, MUNICÍPIOS, PARTICULARES, DEFENSORIA PÚBLICA E OUTRAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS, cada uma delas com um perfil específico, já esclarecido no capítulo 1 desta Dissertação. Ao analisar os Acórdãos, buscou-se apurar o número de Ações e percentuais que cada uma dessas partes, enquanto autoras de Ações, obtiveram o que pleiteavam e em que medida.

As Companhias Habitacionais foram autoras em 221 processos, dos quais 214 interpostos contra particulares, sagrando-se vencedora a em 201 delas. As Ações em que saíram derrotadas referiam-se a imóveis já quitados e as procedências parciais referiam-se à reintegração de posse no imóvel objeto da Ação, apenas com a devolução de parte das parcelas pagas. Dentre as Ações em que figurou como autora, quatro delas foram interpostas contra Movimentos Sociais, sagrando-se vencedora em três, vindo uma delas a ser anulada. No caso das Ações relacionadas

a Companhias Habitacionais, o Tribunal de Justiça de São Paulo não acolheu as alegações relacionadas ao inadimplemento dos mutuários ou ao pedido de permanência no imóvel decorrente de “contrato de gaveta”, deixando claro que para a que a função social deste tipo de imóvel seja garantida, as regras do Programa Habitacional devem ser obedecidas, entre as quais a vedação de transferência do imóvel a terceiros sem a anuência da financiadora.

A Defensoria Pública foi identificada como autora em sete Ações judiciais, das quais saiu derrotada em seis, vindo um dos Processos a ser anulado. Em todas as Ações que interpôs, o objetivo era, de alguma forma, garantir moradia para a população de baixa renda que ocupava algumas áreas, vindo a sair derrotada em todas elas. A Ação anulada referia-se ao pagamento de auxílio moradia para os ocupantes da área conhecida como “Vila Soma” em Sumaré, determinando o Tribunal o retorno do processo ao primeiro grau para novo julgamento.

Ainda que a caracterização de um Movimento Social por Moradia seja difícil, durante a análise dos Acórdãos foi identificada uma Ação que tinha como autor um Movimento Social, assim considerado por reunir 131 pessoas, julgada improcedente. Trata-se de Ação oriunda do Foro Central de São Paulo, referente à usucapião coletiva de uma área pública que teria sido desapropriada para implantação do reservatório de água do Cabuçu.

O Ministério Público foi autor em 70 Ações, dentre as quais encontram-se quatro voltadas a incêndios causados em moradia, cujas causas referem-se às questões de direito de família. Essas Ações, conquanto tenham sido analisadas, não integraram a pesquisa. Em se tratando de Ministério Público, as Ações interpostas referiam-se a interesses difusos ou coletivos, constatando uma preponderância daquelas com viés ambiental na região litorânea. Já em Ações que veio a interpor nas demais regiões do Estado, apesar de algumas apresentarem discussão ambiental, os temas predominantes foram os loteamentos ilegais ou irregulares. Em 58,21% dos casos, sagrou-se vencedor, também tendo acolhido algum de seus pedidos em 23,88% dos casos, saindo derrotado em apenas 14,93% delas. A maioria das Ações que interpôs veio a ser acolhida pelo Tribunal de Justiça em detrimento de particulares e outros entes públicos, com especial ênfase para os Municípios que ocuparam o polo passivo em 47 Ações, sendo que em 25 delas era o único réu e nas demais ocupava o polo passivo com outras partes.

Quanto aos Municípios, autores em 36 Ações judiciais, eles sagraram-se vencedores em 75% daquelas interpostas, sendo que em 29 delas o polo passivo era ocupado por Particulares e em seis, por Movimentos Sociais por Moradia, tendo sido derrotado em duas Ações propostas. Uma única Ação foi proposta contra Companhia Habitacional, que não apresentou resultado favorável ao autor, no caso, o Município.

Os Particulares propuseram 271 Ações judiciais, sendo que, entre os requeridos que merecem destaque, estão as Companhias Habitacionais, os Movimentos Sociais por Moradia e os Municípios. Os números indicam que apenas quanto aos Movimentos Sociais houve preponderância de ações procedentes em favor dos particulares, sendo que em um total de 12 Ações, em todas elas houve provimento ao pedido. Os dados indicam que na disputa entre um interesse particular e um interesse público, a tendência do Tribunal é proteger o interesse público, presente na vontade de seus agentes, no caso as Companhias Habitacionais. Quando o polo passivo é um Movimento Social, mesmo que a função social da propriedade seja o argumento que fundamenta a defesa, prevalece a ideia de propriedade absoluta.

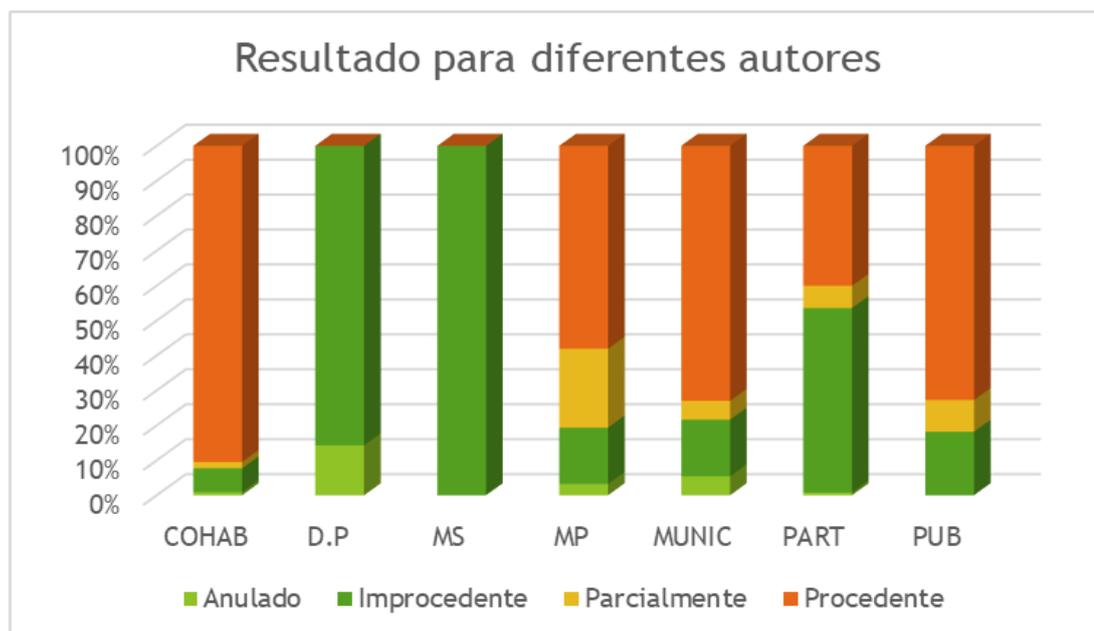
Apesar de um número pequeno de Ações (10) ser constituída por outros órgãos públicos (CPTM, SABESP, Estado de São Paulo...), observou-se que eles se sagraram vencedores em oito Ações, sendo que nas demais, uma interposta contra particular, foi julgada improcedente. Foram registradas duas Ações interpostas pela CPTM contra Movimentos Sociais, sendo que em uma delas foi dado provimento ao pedido e, na outra, o provimento foi parcial, ainda que deva ser vista como improcedência, já que o Acórdão apenas determinou a desocupação de área de risco, margeando a ferrovia. O fundamento principal da Decisão foi o fato de se tratar de situação consolidada, com bairro instalado no local, inclusive com coleta de lixo e iluminação pública.

Os números coletados indicam o perfil decisório do Tribunal de Justiça, de acordo com amostragem realizada para a presente pesquisa, conforme tabela que segue abaixo, e que apresentam claramente que os maiores vencedores são as Companhias Habitacionais, os Municípios, o Ministério Público e outros Órgãos Públicos, considerando os percentuais apurados, o que leva a crer que há uma tendência a proteger o interesse público, representado por esses entes estatais.

**Tabela 3 – Resultado para Diferentes Autores:**

<b>AUTOR TOTAL</b>	<b>RESULTADO</b>				
	Anulado	Improcedente	Parcialmente Procedente	Procedente	Total
COHAB	2 (0,9%)	15 (6,79%)	4 (1,81%)	200 (90,5%)	221
Defensoria Pública	1 (16,67%)	6 (83,33%)	0 (0,00%)	0 (0,00%)	7
Movimentos Sociais	1 (0,38%)	0 (0,00%)	0 (0,00%)	1 (0,45%)	2 (0,33%)
Ministério Público	31 (11,74%)	11 (36,67%)	20 (22,73%)	5 (2,27%)	67 (11,13%)
Municípios	26 (9,85%)	1 (3,33%)	5 (5,68%)	4 (1,82%)	36 (5,98%)
Particulares	115	16	43	85	259
Outros Orgãos Públicos	4 (1,52%)	0 (0,00%)	1 (1,14%)	6 (2,73%)	11 (1,83%)
<b>TOTAL DE AÇÕES</b>	-----	-----	-----	-----	<b>603 (100%)</b>

Fonte: dados obtidos nas Ações constantes da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



COHAB= Companhia Habitacional; D.P= Defensoria Pública; MS = Movimentos Sociais; MP = Ministério Público; MUNIC = Municípios; PART = Particulares PUB = Outros Órgãos Públicos

#### 2.4. Resultado das Ações para os diferentes requeridos

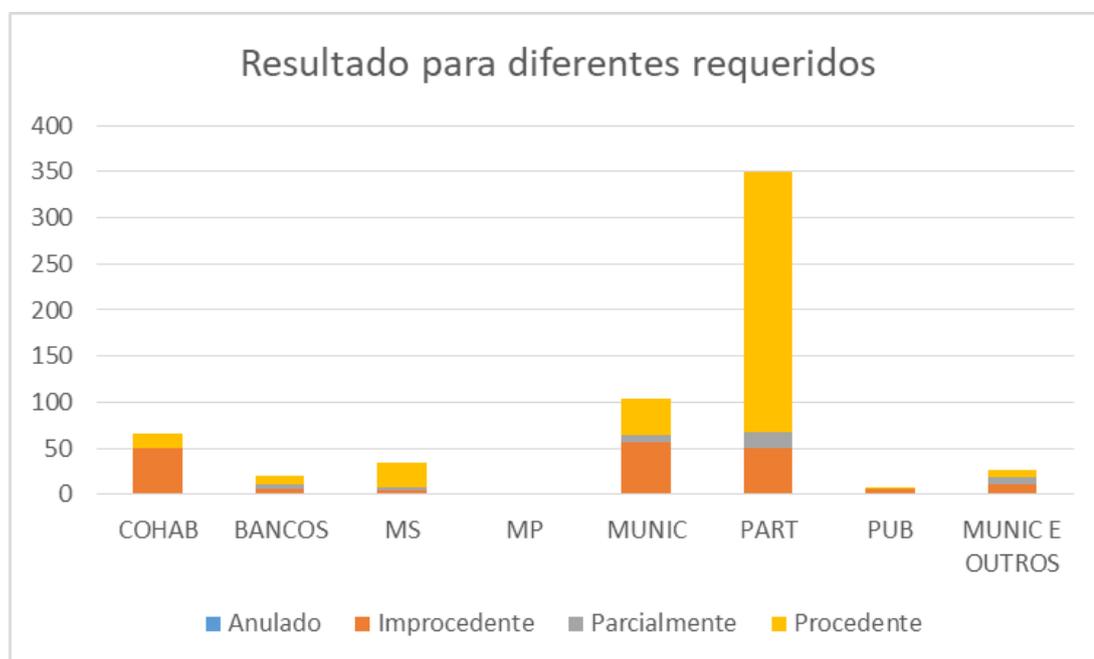
É necessário destacar que quanto aos requeridos, foram consideradas todas as Ações, ou seja, o universo de 616 Processos, superior aos 603 diretamente relacionados ao objeto da pesquisa. Em se tratando de polo passivo das Ações, em termos relativos, a situação acima narrada também se repete, mostrando uma preponderância de improcedências quando se tem algum ente público no polo passivo, o que não ocorre quando se tem no polo passivo um Movimento Social por Moradia, conforme se observa na tabela abaixo:

**Tabela 4 – Resultado para diferentes requeridos**

REQUERIDOS TOTAL	RESULTADO				Total
	Anulado	Improcedente	Parcialmente Procedente	Procedente	
COHAB	1 (1,52%)	49 (69,7%)	0 (0,00%)	16 (28,79%)	66
Bancos	0 (0,00%)	6 (30,00%)	5 (25,00%)	9 (45,00%)	21
Movimentos	1	3	4	26	34

Sociais	(2,86%)	(8,57%)	(17,14%)	(71,43%)	
Ministério Público	0 (0,00%)	0 (0,00%)	1 (100%)	0 (0,00%)	1
Municípios	1 (0,94%)	56 (57,77%)	8 (7,55%)	39 (33,96%)	105
Particulares	2 (0,58%)	49 (13,95%)	17 (4,65%)	282 (80,81%)	350
Outros Órgãos Públicos	1 (10,00%)	5 (70,00%)	0 (0,00%)	2 (20,00%)	8
Município e outros	1 (15,00%)	10 (30,00%)	8 (25,00%)	8 (30,00%)	31
<b>TOTAL DE AÇÕES</b>	-----	-----	-----	-----	<b>616</b>

Fonte: dados obtidos nas Ações constantes da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



COHAB= Companhia Habitacional; MS = Movimentos Sociais; MP = Ministério Público; MUNIC = Municípios; PART = Particulares PUB = Outros Órgãos Públicos

Quando se trata de Companhias Habitacionais ocupando o polo passivo há uma prevalência de improcedências, presentes em 69,70% dos casos analisados. Observou-se que em sua maioria, nessas Ações, buscava-se a regularização de

“contratos de gaveta” através de Ações de Obrigação de Fazer ou a garantia de permanência no imóvel, apesar do inadimplemento, através de Ações de Manutenção de Posse, tomando-se o argumento de que deveria ser garantido o direito à moradia àquele que detinha a posse sobre o imóvel. No entanto, o Tribunal de Justiça, conforme mostram os números, rechaçou tais argumentos, usando para tanto, em vários Acórdãos, a necessidade de garantia da função social da propriedade do imóvel, objeto de Programas Habitacionais, só garantida quando atende às suas regras, não sendo admitida a moradia gratuita ou a burla aos sistema de análise de perfil social e sorteio do interessado em adquirir uma moradia, o que se dá no tratamento dos “contratos de gaveta”

As procedências presentes (28,79%) tinham, em sua maioria, como pretensão, a regularização de “contratos de gaveta”, vindo o Tribunal a acolhê-las em situações em que o financiamento já se encontrava quitado. Cumpre destacar que, nesses casos, o Tribunal de Justiça apenas seguiu entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>, o qual decidiu que contrato quitado não gera prejuízo ao financiador, não lhe cabendo mais opor qualquer objeção à transferência do imóvel para terceiros (Recurso Especial<sup>15</sup>355.771/STJ).

Quanto aos Bancos, as questões tratadas nas Ações referiam-se ao equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, se fazendo presente discussões sobre a aplicação ou não da “Tabela Price<sup>16</sup>” em contratos de financiamento imobiliário, havendo um percentual de prevalência de Decisões favoráveis aos particulares (45%). Apesar desta questão ter sido considerada em termos numéricos, não foi objeto de análise, já que as discussões centralizadas nos aspectos econômicos não são foco desta pesquisa.

---

<sup>14</sup> Tribunal de Superior Instância, instituído pela CF de 1988, para substituir o antigo TFR e atribuir algumas atribuições conferidas anteriormente ao STF. Sua sede acha-se na Capital Federal e sua jurisdição se estende a todo o território nacional. Ver Acquaviva (2000).

<sup>15</sup> Recurso constitucional interposto perante o STJ, das Decisões proferidas em única ou última instância, que contrariarem tratado ou lei federal, negarem vigência, validando lei ou ato de governo local ou derem interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Ver Acquaviva (2000). )

<sup>16</sup>Tabela Price, também chamado de sistema francês de amortização, é um método usado em amortização de empréstimo cuja principal característica é apresentar prestações (ou parcelas) iguais. O método foi apresentado em 1771 por Richard Price em sua obra "Observações sobre Pagamentos Remissivos" (em inglês: *Observations on Reversionary Payments*<sup>[1]</sup>). O método foi idealizado pelo seu autor para pensões e aposentadorias. No entanto, foi a partir da 2ª revolução industrial que sua metodologia de cálculo foi aproveitada para cálculos de amortização de empréstimo. (in [https://pt.wikipedia.org/wiki/Tabela\\_Price](https://pt.wikipedia.org/wiki/Tabela_Price). Acesso em 30/03/2020

Os Movimentos Sociais por Moradia saíram derrotados em 71,43% dos casos em que figuraram no polo passivo das Ações, sendo que aquelas julgadas totalmente improcedentes figuraram em 8,57% do total. A rejeição se deu, na maior parte dos casos, porque havia uma situação consolidada e o autor era algum ente público. Também foi observado que em 100% das Ações interpostas por particulares contra ocupações, houve procedência. O argumento presente nos Acórdãos é que não cabe ao particular garantir o direito à moradia a outrem, já que tal função compete ao Estado. Argumentos como o não cumprimento da função social da propriedade e inadimplemento quanto ao pagamento do IPTU, presente em alguns casos, não foram acatados pelo Tribunal, que transfere tal responsabilidade ao Município, de cobrar seus tributos e de tomar medidas para a garantia da função social da propriedade.

Os municípios tiveram ajuizadas contra si, por particulares, Ministério Público, Companhias Habitacionais e Movimentos Sociais e outros Entes Públicos, diversas Ações. A título de exemplo podem ser citadas algumas delas:

- As Companhias Habitacionais, que interpuseram contra o Município Ações discutindo imunidade tributária de empreendimento realizado naquele território, reintegrações de posse de áreas ocupadas;
- O Ministério Público, que interpôs diversas Ações Cíveis Públicas, em sua maioria tratando de loteamentos clandestinos e irregulares ou relacionadas ao meio ambiente;
- Um processo de Improbidade Administrativa por corrupção urbanística;
- Os Movimentos Sociais, que interpuseram uma única Ação e esta tinha no polo passivo, entre outros, o Município de São Paulo.

Não foram registradas Ações propostas contra o Município por Bancos e Outros Entes Públicos.

Enquanto o Município é único integrante do polo passivo das Ações, 57,77% delas foram julgadas improcedentes, contra 33,96% de procedências. Já quando o polo passivo é ocupado pelo Município e outro (particular, outro ente público...) o percentual de procedência das Ações aumenta, passando a haver praticamente um empate entre procedências e improcedências. Considerando a diversidade entre as Ações interpostas, não foi possível apresentar um indicativo do que levou a esses resultados. No entanto, mais uma vez, o fato dos percentuais de improcedências

serem maiores quando se tem apenas o Município no polo ativo pode ser um indicativo de tendência do Tribunal de Justiça ao julgar as questões relacionadas a ocupação e regulação do solo urbano, como loteamentos clandestinos ou irregulares, que lhe são levadas, assemelhando-se aos percentuais referentes a outros órgãos públicos, que também tiveram 70% das Ações interpostas contra si julgadas improcedentes. Exemplos de Ações em que os Municípios saíram vencidos tinham como contexto aqueles loteamentos clandestinos ou irregulares, de áreas consolidadas, com claros indícios que nada havia sido feito dentro de um prazo razoável, ou seja, a situação havia sido negligenciada por aquele que tinha o dever de fiscalizar. Alguns fatores podem corroborar essa suspeita, como o princípio da separação de poderes e a premissa de que o Judiciário só interfere em outros Poderes, em qualquer esfera, em caso de manifesta ilegalidade. Nessa pesquisa não foi possível aprofundar essa questão de forma a comprovar algumas hipóteses ou buscar outras para esclarecer o que se observou.

O universo de Ações que tem no polo passivo os particulares é amplo, conforme já dito, não sendo possível estabelecer correlações que possam indicar os percentuais encontrados, olhando pura e simplesmente para este requerido. No entanto, quando se observa o autor da Ação, como as Companhias Habitacionais e Municípios constata-se um grande percentual de procedência de Ações. Em se tratando de procedência em face dos particulares, 80,81% dos processos tiveram todos os pedidos formulados acolhidos, o que indica que em se tratando de julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça, onde se discutiu moradia em correlação com à função social da propriedade, enquanto ocupante do polo passivo, foi o que mais saiu derrotado, em termos percentuais, seguidos dos Movimentos Sociais.

## **2.5 O que indicam os dados apurados:**

As análises quantitativas acima demonstram o que estudiosos da legislação e, também, da ocupação do espaço urbano, que tem como uma das suas mais importantes faces o morar, já afirmaram. Ao analisar os dados referentes às disputas envolvendo Movimentos Sociais e Particulares observa-se claramente aquilo que foi afirmado por Maricato (2017, p. 101):

Os Movimentos Sociais devem lutar por novos marcos jurídicos, mas devem considerar que isso está muito longe de significar conquistas reais. Estamos testemunhando a aplicação quase nula dos instrumentos mais importantes do Estatuto da Cidade, seis anos após a sua promulgação (MARICATO, 2017. P. 101)

Mas mesmo quando tratou da ocupação do espaço público, ainda assim se observa uma tendência fortemente calcada na ideia de propriedade absoluta, pois só foram mantidos os ocupantes onde ficou claramente demonstrado que se tratava de uma situação consolidada, que o ente público, de alguma forma, teria sido conivente com aquela situação. Os argumentos apresentados pelo Poder Judiciário Paulista quando se discute o direito à moradia informam que não compete ao particular garantir tal direito, sendo esta obrigação função do Estado. No entanto, o Estado é composto de três poderes, mas sob o viés do respeito à tripartição de poderes, juntamente com a burocracia estatal, observa-se que direitos sociais são negligenciados, situação esta constatada por Alfonsin:

A própria divisão de Poderes, queira-se ou não, é o primeiro e serve bastante de trava injustificável. Quando estão em causa a eficácia dos direitos humanos fundamentais sociais, não é raro constatar-se o fato de o Legislativo mandar e o Executivo não cumprir, o último determinar, o Judiciário proibir e vice-versa. Até que as responsabilidades de um e de outro sejam aferidas, cobradas e executadas, as irresponsabilidades correspondentes já cumpriram os seus efeitos no aumento das injustiças sociais.

O devido processo legal é o segundo. Em vez de favorecer o entendimento das demandas do povo, previsto que é justamente para isso, serve de pretexto para todo o tipo de intermediação burocrática, autoritarismos pequenos, preciosismos interpretativos de regulamentos, circulares e portarias, forma de disfarçar preconceitos, incompetências e mesquinhez, tráfico de influência além de, até corrupção (“criar dificuldades para vender facilidades”). (2013, p. 117).

Mas o dito por Maricato e Alfonsin não se mostra presente apenas nos dados relativos às ocupações públicas e privadas, mas também nas às questões relacionadas a loteamentos clandestinos, já que a burocracia, os pequenos atos de autoritarismo – *“para os inimigos a lei”* (Holston, p. 2013. 298), *“incompetência e até corrupção”* (Alfonsin, 2013, p. 117), acabaram por levar à legalidade loteamentos ilegais e irregulares. Como apurado nos Acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça, a questão urbana é de responsabilidade dos Municípios e cabe a eles implementar políticas e editar leis para garantir o cumprimento da função social da propriedade e ocupação do espaço urbano, além de agir de efetivamente quanto ao controle desse espaço.

Já quanto às políticas habitacionais ficou caracterizado que no Estado de São Paulo elas se concentraram, principalmente, na capital e no seu entorno, conforme apontam do dados quanto aos processos judicializados, o que já havia sido destacado por Royer (2002) ao afirmar que entre 1996 e 2000, 26% da produção habitacional do CDHU se concentrou na cidade de São Paulo. Prevalece no Tribunal uma posição positivista, ignorando ele o processo de movimentação de pessoas, que buscam constantemente morar de acordo com suas aspirações, situação presente no combate aos “contratos de gaveta”. A questão dos “contratos de gaveta” veementemente combatida pelo Tribunal deve ser vista por dois prismas opostos: de um lado o mutuário, o adquirente do imóvel que tem o direito consagrado constitucionalmente de ir e vir, o que implica na possibilidade de dispor daquilo que lhe pertence e ir para outro lugar, levando a uma ideia de que combater esse tipo de contrato poderia significar uma violação de tal direito. Em sentido contrário não se pode ignorar que são eles uma forma de burlar o sistema, que procura destinar moradias às camadas mais baixas da população e que, após a construção de moradias populares, com o decorrer do tempo, há uma valorização daquele espaço, agindo o “contrato de gaveta” como mais um instrumento de “expulsão” daquela população do local, já que muitos que pretendem adquirir tais imóveis a partir destes mecanismos de transferência já não preenchem os requisitos estabelecidos pelas Companhias Habitacionais, ou seja, não têm mais o perfil a que se destinam. Os “contratos de gaveta” nada mais são que um instrumento do mercado, podendo ser aplicado a eles o que disse Harvey sobre as propostas para as favelas do Rio de Janeiro:

Esse é o tipo de proposta atualmente debatida para as favelas do Rio de Janeiro, mas o problema é que os pobres, atormentados pela escassez de seus rendimentos e pelas conseqüentes dificuldades financeiras são facilmente convencidos a vender esses bens a preços relativamente baixos (in HARVEY.2014. p.56).

Mas, ao contrário do que os números indicam, ao proceder a análise do conteúdo das decisões do Tribunal de Justiça, o que será melhor visto no capítulo 3, não se observou uma visão voltada para o combate às práticas de mercado, mas sim, uma atitude protetiva quanto à vontade das Companhias Habitacionais, tanto que o reconhecimento de que não há impedimento à regularização desse tipo de avença ocorre apenas quando o imóvel já está quitado. Considerando o afirmado por Souza (2017, p. 53) sobre pertencimento de classes, é possível olhar para o

processo de decisório relacionado aos “contratos de gaveta”, como um processo segregacional, econômico e sócio cultural, já que ao prestigiar as política habitacional urbana estatal o Tribunal de Justiça corrobora na ação de manter os pobres em lugares específicos, como e o caso da Zona Leste da Capital Paulista – Foro de Itaquera, origem de grande parte dos Processos interpostos pelas Companhias Habitacionais. O que a existência dos “contratos de gaveta” comprova é que independente dos mecanismos estatais estabelecidos, a sociedade encontra seus caminhos para achar soluções para seus problemas, independente de mecanismo legais impeditivos. Nesse contexto merece destaque as palavras de Ripert: *“quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito”*

De forma geral, pode-se afirmar que os números obtidos comprovaram o que vem sendo apontado por urbanistas quanto à aplicação do princípio constitucional do direito à moradia, constatando-se, de forma, evidente, a prevalência de uma ideia de propriedade absoluta, e, mesmo quando reconhecido o princípio, há uma profunda dificuldade em determinar sua aplicação, transferindo tal responsabilidade para outros poderes, no caso os Município. Aliás, os números indicaram claramente que é responsabilidade do Poder Público, notadamente na figura dos entes municipais, implementar o direito social à moradia e buscar o cumprimento da função social da propriedade, não cabendo à sociedade civil, aqui identificada como “Particulares” tal obrigação.

### CAPITULO 3

#### **AÇÕES EM DESTAQUE: COMO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA PAULISTA JUSTIFICA SUAS DECISÕES**

De forma a dar luz ao pensamento subjacente nas Ações julgadas pelo Tribunal foi oportuno selecionar alguns casos específicos para uma análise mais incisiva, seja pelo impacto da decisão, seja pela construção do argumento que levou a ela, ou ainda, pelo entendimento que se formou em torno do caso. Em alguns exemplos o Tribunal de Justiça se mostrou progressista, aplicando, sem nenhuma ressalva, os princípios e direitos previstos na Constituição e regulamentados pela legislação ordinária. Em outros, optou por um posicionamento mais conservador, mantendo a visão do Código Civil de 1916. Além disso, foi possível perceber que há uma compreensão do direito à moradia em sua relação com a função social da propriedade como um objetivo que deve ser conduzido pelo Estado através de políticas adotadas no âmbito municipal, assumindo ser este, de fato, o maior protagonista na definição e aplicação das políticas de ordenamento territorial e cumprimento da função social da propriedade. Esta atuação, entretanto, não deixa de esconder a ausência de neutralidade, em especial, quando se sabe que os outros poderes não estão tão dispostos a pensar o problema da moradia como uma política de Estado. O que se verá neste capítulo é a complexidade desta atuação pelo Tribunal, diante do jogo de poderes a que a questão está exposta, restituindo a esfera dos direitos a uma arena de disputas, nas quais o Poder Judiciário deixa de determinar a implementação do direito social à moradia, transferindo à política, à esfera administrativa tal atribuição, reconhecendo que é do Poder Executivo, na figura dos Municípios, tal atribuição.

Ao longo da pesquisa foram encontrados perfis decisórios de acordo com a situação envolvida. Neste capítulo serão apresentados casos escolhidos como representativos do que se observou no posicionamento do Tribunal de Justiça Paulista:

### 3.1. Áreas Ocupadas

“Enquanto Morar for um privilégio, ocupar é um direito” (Manifesto dos Movimentos Pró-Moradia)

O processo de desenvolvimento ocorrido no Estado de São Paulo e no Município de São Paulo, conforme já apresentado no capítulo 1, notadamente na segunda metade do século XX, não se fez acompanhar de melhorias nas condições de vida para as camadas populacionais de menor poder aquisitivo, a quem é relegada a periferia e/ou submoradias. Camargo et all (1976, p. 22), ao discorrer sobre o processo de crescimento da Região Metropolitana de São Paulo afirmou que *“A aparência desordenada do crescimento metropolitano pode ser vista no mapa atual da cidade: seu traçado irregular e o desconexo de seus espaços vazios e ocupados já sugerem momentos distintos e formas disparadas de ocupação do solo”*, situação esta que nas décadas seguintes apenas se intensificou, culminando em ocupações por aquela população de baixa renda, de áreas disponíveis, pertencentes tanto ao Poder Público, como ao Setor Privado. Quando uma área ocupada passa a ser valorizada ou surge um novo projeto público para ela, os moradores são expulsos (Camargo et al., 1976, p. 37), sendo usado o Poder Judiciário, a quem cabe “dizer o direito”, como instrumento para devolver à terra seu atributo como bem imóvel: o de gerar riqueza.

Apesar de estar previsto constitucionalmente e também na legislação ordinária que a propriedade tem que cumprir sua função social, para muitos operadores do Direito não se trata de algo absoluto, sendo resumido nas palavras de Fiuza (2015, p. 971) como algo que *“deve ser, na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade”* (destaque do pesquisador).

Os casos que serão aqui apresentados buscam demonstrar como o TJ-SP julgou algumas Ações correspondentes às ocupações de áreas públicas ou privadas, visando compreender o que de fato foi preponderante nas interpretações do Tribunal. Um primeiro conjunto de processos analisa as ocupações em áreas públicas e um segundo, em áreas privadas. Assim foi possível observar as diferenças e semelhanças no posicionamento adotado.

### 3.1.1. Ocupações em áreas públicas

O primeiro Processo em destaque<sup>17</sup> tem como objeto uma Ação de Reintegração de Posse, interposta em 2002, pela Companhia de Habitação e Desenvolvimento Urbano (CDHU) em face de 56 (cinquenta e seis) pessoas que teriam ocupado uma área remanescente de lazer do Conjunto Habitacional Campo Limpo B5. Em primeira instância foi concedida a reintegração de posse condicionada ao cadastro das famílias em Programa Habitacional e sua “*alocação para algum imóvel garantido*” pela CDHU para garantir o direito à moradia. A CDHU, parcialmente vencida, apelou, conseguindo seu intento de não ser obrigada a inscrever as famílias em programa habitacional ou ainda alocá-las para algum imóvel para fins de garantia do direito à moradia. Já os ocupantes da área pleitearam a usucapião da área ocupada, considerada institucional (área de lazer e área verde). O Acórdão, se destacou em virtude da definição clara do Desembargador Relator, da função social da propriedade, diante de uma Empresa que promove programas habitacionais para a população de baixa, tendo assim afirmado:

Não se deve esquecer que a função social da propriedade haverá de ser atendida com a destinação pública e de interesse público do bem em questão, estando os réus na qualidade de meros detentores do bem de que trata estes autos, daí porque a procedência da ação de reintegração de posse.

Importante ressaltar que são os próprios réus, que com a ocupação irregular do bem, prejudicam outras pessoas, necessitadas como eles, que regularmente se inscreveram no programa e aguardam sua vez para obter a casa própria. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0029590-51.2002.8.26.0002 – São Paulo)

A interpretação de função social da propriedade neste Acórdão se coaduna com aquela apresentada por Fiuza (2015, p. 971) para quem ela será atingida quando for útil à coletividade. Se considerarmos que coletividade seria a sociedade como um todo e, também, as normas dos programas habitacionais urbanos, que estabelecem regras para a obtenção de moradia, os requeridos nesta ação, desrespeitaram tais regras, implicando que a concessão do direito à moradia para eles desrespeita a função social da propriedade pública.

No entanto, ao rechaçar o pedido da usucapião, proibido para bens públicos, mesmo não cogitado na Ação, ou uma possível cessão do imóvel para fins de direito à moradia, o Acórdão não considerou que a ocupação já existia há, no mínimo 10

---

<sup>17</sup> Processo n. 0029590-51.2002.8.26.0002 – São Paulo

anos<sup>18</sup>, revelando a omissão da proprietária, no caso a CDHU, na fiscalização do terreno ou na gestão para dar o uso adequado a ele, considerando sua primeira destinação: a de uma área de lazer. Um olhar momentâneo poderia levar a uma decisão voltada à desocupação, implicando no cumprimento da função da propriedade por uma Empresa Pública, voltada ao fornecimento de moradia popular. No entanto, um olhar para o passado, para o momento da ocupação, pode demonstrar que aquela área não estava cumprindo com sua função social desde sua origem, já que sobre ela não havia sido construído qualquer área de lazer para os proprietários do conjunto habitacional ou tomada qualquer medida para torná-la área verde. A situação apresentada se coaduna com aquilo que já foi dito por Fernandes (1998, p. 52) citando Eros Roberto Grau:

...ênfatisa o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-la em benefício de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não meramente, de não fazer. (in Fernandes, 1998, p. 52)

Há informações no Acórdão, visto em conjunto com a Sentença proferida em 1º grau, que indicam que se tratava de uma área consolidada, estando seus ocupantes no imóvel há vários anos, fato que não interferiu na Decisão que foi tomada, optando o julgador, por determinar a sua reintegração. No entanto, consultando o andamento da Ação, na página do Tribunal de Justiça constatou-se, em 1º grau de jurisdição, que houve um pedido de remessa dos autos ao GAORP (Grupo de Apoio às Ordens de Reintegração de Posse), tendo sido negado, indicando um desejo de negociação, de buscar um consenso entre as partes. O processo retornou para a Vara de Origem em 06 de março de 2018, permanecendo até o momento, no arquivo provisório, sem que tenha sido registrado qualquer pedido de cumprimento de sentença, o que levaria à reintegração de posse da área.

Pelo andamento processual em primeiro e em segundo grau, não há indicativos de realização de reintegração de posse da área ou informações de acordo entre as partes. Como processualmente cabe ao vencedor da Ação realizar a execução da ordem obtida e como não há prazo fatal para que se dê início a ela, tudo indica que a situação permanecerá, com as pessoas ainda residindo no local. Nessa situação, as palavras de Nassar (2011, p. 12), conquanto se refiram a algo maior, ainda assim

---

<sup>18</sup> Conforme fatos apresentados na Sentença de 1º. Grau

mostram certa conexão com a “imobilidade” da vencedora, tendo afirmado ele *“que a transformação pleiteada ao Judiciário só ocorre na medida em que as forças econômicas, sociais e políticas estiverem mobilizadas ‘extrajudicialmente’ para tanto, se houver vontade política do administrador”*

No julgado analisado, a Companhia Habitacional não agiu no sentido de levar o Conjunto à regularidade, o que possibilitaria afetar a área destinada a seu uso original, uma vez transferida, a título de domínio, ao Poder Público Municipal, a quem caberia implantar então o sistema de lazer. Tal omissão, aparentemente pouco discutida nos Autos, criou um “vazio” não só físico como institucional, dando brechas para uma ocupação. Mesmo considerando o tempo decorrido, desde a obtenção da ordem, a vencedora tem se mantido inerte, o que nos leva a supor que outras forças impõem o destino final das decisões proferidas pelo Poder Judiciário e que estão além da esfera do Direito, já que, neste caso, a própria Companhia falhou em não dar cabo à regularização do Conjunto, saindo-se, ainda assim, vencedora na ação.

Em um segundo processo<sup>19</sup> analisado, no qual a Companhia de Trens Metropolitanos de São Paulo (CPTM) interpôs Ação de Reintegração de Posse contra 65 pessoas em maior de 2005, informação esta constante da página da Ação no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ocuparam o quilômetro 44, postes 09 a 12, da Estação Ferroviária Varginha (há informações constantes no Acórdão indicando um número bem maior de ocupantes). Em primeiro grau de jurisdição, a Ação foi julgada improcedente, favorecendo os ocupantes da área, com base na seguinte afirmação:

A perícia realizada constatou a existência de construções com idade de construção variável, mas, em sua maioria, com idade construção superior a 10 (dez) anos. Também constatou-se que parte dos imóveis não possui título imobiliários em favor da autora,

...

Mesmo assim não fosse, verifica-se a existência de “favelização” no local, o que redundaria na extinção da propriedade, pelo seu desaparecimento em concreto. Além disso, deve ser levado em consideração a função social da propriedade assegurada pela Constituição Federal, em seus artigos 5º, inciso XXIII, 170, 182 e 186, bem como o Estatuto da Cidade (RE 75.659; 124.714; 167.070, 194.732; 243.833; 292.846; AGRG NO RESP 274). (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. Processo n. 0027896-42.2005.8.26.0002 – São Paulo)

---

<sup>19</sup> Processo n. 0027896-42.2005.8.26.0002 – São Paulo

A CPTM interpôs recurso sob o argumento de que era a proprietária do imóvel, que intencionava expandir a linha férrea e que a “favelização” não era motivo suficiente para impedir que retomasse a sua propriedade. Ao proceder ao julgamento, o Tribunal concedeu, em parte, a pretensão da CPTM, determinando a desocupação de alguns imóveis. Entre os argumentos apresentados encontra-se a dificuldade encontrada para delimitação da área pertencente à autora, a necessidade de perícia no local, a existência de área consolidada, com a ação do poder público para que configurasse aquele assentamento em um bairro, contendo calçamento, iluminação e coleta de lixo, assim afirmando o relator:

Nesse plano de visão, pois, as inúmeras fotos carreadas no procedimento definem que o número elevado de moradores ali se encontra instalado, de há muito, com o fornecimento de todos os serviços públicos, adensamento urbano, e demais particularidades daquela região.

Extraído esse raciocínio, consubstanciado não apenas pelas fotos, mas também pelo próprio perito, a administração direta prestigiou a ocupação, ao longo dos anos, e somente agora a administração indireta, despertando para o problema, busca a reintegração, sem nunca ter tido qualquer posse direta do local.

...

Não se pode alegar a má-fé, portanto, dos moradores, os quais impelidos pelo desordenado crescimento urbano e da absoluta impossibilidade do Estado de supervisionar e fiscalizar as respectivas áreas, no mínimo tolerou, consentiu, e até aprovou pelos serviços públicos, que aquela região viesse a ser adensada e ocupada pelos seus moradores.

...

É relevante ainda ponderar que muitos moradores ocupam a área há mais de quinze anos, chegando até a 30 anos, alguns deles, cuja ressalva do perito, insta considerar, diz respeito aos imóveis da rua Menina Dengosa), 174 e os números 7, 49 e 90B da rua Oregon.

...

Pontuada essa matéria e sua direta reflexão com as plantas aéreas e demais detalhamentos trazidos, disso remanesce a impossibilidade de se acolher integralmente a tese da recorrente, mais ainda quando a ocupação ocorre por várias décadas, o poder público realizou todas as melhorias, com asfaltamento, calçada, sendo vedado que a administração direta retome o local, sem qualquer ato identificativo de posse ou da confluência de seu domínio. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. Processo n. 0027896-42.2005.8.26.0002 – São Paulo).

O que se observou no presente Acórdão é que o Poder Judiciário se ateve ao fato de que o Poder Público foi conivente com a ocupação, chegando inclusive a implementar melhorias no local. Essa questão, juntamente com o tempo, inclusive, foi usada para excluir a má-fé na ocupação. No entanto, não descarta que algumas áreas comprovadamente da concessionária e em situação de risco (área de encosta) deveriam ser desocupadas. Neste caso, manteve a ocupação mediante condicionantes, sendo que o principal argumento utilizado para a manutenção dos

moradores no local se ateu às posturas adotadas pelo poder público municipal, que corroborou para a transformação da área em um bairro estruturado.

Neste caso, excepcional no tocante ao tratamento de uma área ocupada pela população, o Tribunal parece ter tido uma posição mediadora em uma situação de patente precariedade e vulnerabilidade, mas se ateu, principalmente à situação de consolidação do assentamento, questão, que por ora, impõe aos operadores de Direito um cuidado maior nas tomadas de decisão, demonstrando a responsabilidade do Poder Público na preservação do seu patrimônio e sua competência no tocante a dar solução aos problemas de ordem social que afetam o território. Observa-se, portanto, a partir deste caso, que, embora a atuação do Poder Judiciário, nem sempre se faz com o intuito de negar aos ocupantes o direito de permanecerem em propriedades alheias, vincula-se não necessariamente a partir dos fundamentos do princípio da função social da propriedade, mas muito mais no âmbito das competências administrativas relacionadas com a gestão do seu território.

Para Nassar (2011, p. 41), a Doutrina Jurídica Brasileira carece de trabalhos que tratem adequadamente do tema “direito à moradia”, o que pode justificar a dificuldade do Poder Judiciário em tratar a questão de acordo com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, afirmando o mesmo autor que cabe ao Doutrinador o “*papel de facilitador do trabalho do juiz*” e a Doutrina existente se afasta das questões práticas para apresentar conceitos abstratos, cabendo ao Juiz toda a atividade interpretativa. Situação esta que também é afirmada por Rozas (2016, p. 22) que observa:

se nota uma dificuldade na resolução das lides relativas ao direito à moradia de acordo com os parâmetros tradicionais da decisão judicial, que sofrem limitações inerentes à dogmática normativa. O Poder Judiciário apresenta características estruturais que muitas vezes acabam por restringir sua capacidade para promover mudanças sociais a partir de uma ótica distributiva, seja porque o juiz fica limitado ao pedido formulado ou às partes envolvidas no processo, que muitas vezes não refletem a dimensão social do conflito, seja pela ausência de informações necessárias para o julgamento do conflito, seja pela dificuldade de se discutir um direito social a partir de uma perspectiva unicamente individual.

Um outro Acórdão<sup>20</sup>, prolatado em uma Ação Reintegração de Posse, interposta pelo Município de Mauá e pelo Ministério Público em face de 04 pessoas

---

<sup>20</sup> Processo n. 0018205-57.2010.8.26.0348 – Mauá

se destacou por uma série de questões envolvidas: o tamanho exíguo da área ocupada (30 metros quadrados), o tempo de ocupação de forma pacífica (10 anos), sem que nenhuma medida tivesse sido tomada para a sua desocupação e, por fim, a aplicação da Medida Provisória 2200/01. O mais curioso, entretanto, foi a exigência atribuída ao Município para que realizasse medidas de proteção social aos desfavorecidos, com base nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal que assim estabelece:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

Nesse aspecto o Acórdão destacou que o Município nada havia feito quanto ao provimento de moradia para os ocupantes daquele local, assim constatando:

Não fosse o bastante, o Município sequer tomou as medidas efetivas, nem mesmo no curso desta ação, para garantir outro bem que servisse de moradia aos requeridos” (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (in Processo Judicial n. Processo n. 0018205-57.2010.8.26.0348 – Mauá.fls. 132 e 135).

Também foi afirmado que a área se encontrava ocupada há mais de 10 anos e que o Município não havia tomado nenhuma medida quando do início da ocupação, para reaver o que lhe pertencia, situação esta que se mostrou bastante relevante para o posicionamento adotado no Acórdão. Assim constando de seu texto:

Na hipótese dos autos, aliás, não se trata de ocupação recente, em que o Poder Público, de imediato, passou a adotar as medidas protetivas para se reintegrar na posse do referido bem.

Da análise dos documentos acostados à inicial, verifica-se que, no ano de 2004, o Município diligenciou no local da área ocupada, para apurar a condição socioeconômica e habitacional dos requeridos, quando foi constatado que eles lá residiam há mais de dez anos, e que o imóvel era edificado, com estrutura de água encanada, energia elétrica oficial, captação de esgoto da rede pública, e servido de coleta de lixo (fls. 08/11).

Ademais, pelas fotografias anexadas à defesa dos requeridos, verifica-se que há calçada e poste de iluminação em frente ao imóvel, o qual possui a mesma profundidade dos imóveis vizinhos.

Ou seja, o Poder Público omitiu-se de tal forma que a área ocupada passou a ter a aparência de bem particular. Tanto assim é que os requeridos acreditavam ter adquirido de modo oneroso o referido bem, conforme se verifica pelo documento de fls. 113." (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. Processo n. 0018205-57.2010.8.26.0348 – Mauá. fls. 132 e 135).

Do ponto de vista legal, a longa permanência em um imóvel por aquele que não seja o proprietário - a posse prolongada - mostra-se de grande importância, pois o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 558, parágrafo único, estabelece que não haverá rito especial para as Ações que tratem de posse com mais de ano e dia, aplicando-se ao caso, o rito ordinário, mais moroso. Neste Acórdão analisado, a questão temporal foi observada e usada como fundamento para a rejeição do pedido do Município de Mauá e do Ministério Público, só faltando no Acórdão a citação de um velho brocardo jurídico, muito conhecido dos operadores do Direito: *"Dormientibus non succurrit ius (o Direito não socorre aos que dormem)"*.

Quanto à aplicação da Medida Provisória 2220/01, que tratou da concessão de uso especial para fins de moradia de áreas públicas com até 250 metros quadrados, ocupadas por um período mínimo de cinco anos antes de sua vigência, o Município e o Ministério Público argumentaram que ela não seria aplicável na esfera municipal, o que foi rechaçado no Acórdão, havendo menção expressa a julgamento realizado pelo Órgão Especial, quanto a sua aplicabilidade:

Nesse sentido, a Medida Provisória nº 2.220/01 assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, para aqueles que, até 30 junho de 2001, possuírem como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título de outro imóvel urbano ou rural. Esse direito, aliás, já foi reconhecido por esta Colenda Câmara, conforme se verifica pelos seguintes julgados:

CONCESSÃO DE USO Concessão especial de uso para fins de moradia. Possibilidade. Preenchidos os requisitos estabelecidos pela Medida Provisória nº 2.220/01. Nem se alegue ser do Município a área e destinada a uso comum. Possível a regularização de áreas públicas ocupadas para fins de moradia. Precedentes. Recurso não provido. (Apelação nº 0127285-36.2008.8.26.0053. Rel. EVARISTO DOS SANTOS, j. 26/11/2012, v.u.).

Apelação cível - Ação declaratória de concessão de uso especial para fins de moradia - Invocação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal - Pedido de reconhecimento do direito à concessão especial de uso, regulamentado pela MP nº2.220/01 Sentença de procedência - Recurso da Municipalidade Desprovido de rigor. Concessão de uso especial para fins de moradia Imóvel público situado em área urbana habitado, por pelo menos 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, com metragem inferior a 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) Possibilidade - Ausência de pedido administrativo que não impede o reconhecimento judicial do direito (art. 5º, inc. XXXV, CF) - Direito à moradia (art. 6º, CF) - Data prevista no art. 1º da MP 2.220/01 (30/06/2001) que não impede a concessão especial de uso pelo Poder Público para outros períodos - Interpretação teleológica e constitucional das exigências previstas na Medida Provisória. R. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 0011400-95.2013.8.26.0053. Rel. SINDEY ROMANO DOS REIS, j. 11/08/2014, v.u.).

E, ao contrário do que afirmam os apelantes, a referida norma não representa usurpação de competência da União, para com os demais entes federativos, em afronta ao artigo 24, I, da Constituição Federal, uma vez que inseriu verdadeira política pública de abrangência nacional. Aliás, essa é a atual orientação do Col. Órgão Especial desta Eg. Corte de Justiça, proferida na Arguição de Inconstitucionalidade 0041454-43.2012.8.26.0000. Rel. Des. RENATO NALINI, j. 30/01/2013: "(in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. Processo n. 0018205-57.2010.8.26.0348 – Mauá.fls. 132 e 135)."

Esse Acórdão se mostrou dissonante perante a tantos outros analisados durante a pesquisa, que decidiram pela não aplicação da MP 2220/01, quando se trata de imóveis pertencentes aos Municípios ou às Companhias Habitacionais. Em virtude de tal situação, ele foi considerado emblemático e, portanto, merecedor de uma análise mais pormenorizada. Prevaleceu, neste caso, o direito à moradia dos ocupantes de área institucional pertencente ao município de Mauá.

Em se tratando de ocupações de áreas públicas, ficou claro a partir destes casos exemplificativos que o Tribunal de Justiça Paulista foi bastante criterioso ao lidar com áreas já consolidadas, procurando mitigar danos. mas reafirmando, ao mesmo tempo, a responsabilidade do poder público local, já que é de sua competência agir para fiscalizar e impedir as ocupações. É importante considerar o resultado encontrado no primeiro Acórdão analisado no qual uma área de uso comum do povo, pertencente a uma Companhia Habitacional foi ocupada, e que, mesmo consolidada, considerando a sua função social, bem definida pelo Tribunal, teve sua destinação julgada para retornar ao uso original, compreendendo tratar-se de um bem coletivo, cujo uso ao lazer, originalmente previsto, não poderia estar subordinado aos interesses de um grupo específico. Neste aspecto, Fernandes (2001, p. 18) esclarece que o direito é usado como mero instrumento, técnico, "que se presta a dar soluções imediatas aos problemas sociais", o que realmente foi observado nos Acórdãos acima citados, já que eles procuraram dar solução ao

problema que lhes eram postos, sem considerar os desdobramentos do que se decidiu. No primeiro caso, à vencedora, Companhia Habitacional, remover a população da área destinada ao lazer e nos demais, aos Municípios, a responsabilidade por manter a população vivendo sob condições precárias, já que não se tratava de cobrar o direito à moradia de forma plena.

Mesmo considerando que se tratam de decisões aparentemente sem nenhuma conexão entre eles, é possível constatar que acabaram por evidenciar uma questão: a vontade política reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao enfatizar que cabe ao Poder Público local zelar, fiscalizar e agir quando se trata de ocupações de áreas públicas, cujo discurso serve, neste caso, para referendar, quando possível, a manutenção da população que lá vive, sem que o direito à moradia apareça como o principal argumento para tanto.

A análise quantitativa apresentada no capítulo anterior já desvendou o papel do município nas Ações interpostas, sendo ele vencedor em grande parte delas, o que revela, para o Poder Judiciário, neste aspecto, a atenção para o patrimônio público, mas, mais que isso, no cuidado para a sua boa e plena utilização. A função social da propriedade parece se fundar, implicitamente, na ideia do caráter coletivo e público que deve ser dado à propriedade, sem que o direito à moradia, no entanto, apareça também como um alicerce fundante das políticas que devem ser desenvolvidas pela municipalidade, denotando, não tratar-se eminentemente de uma questão coletiva, mas que se aúfere a partir de políticas públicas ou dos interesses particulares de cada um. A análise destes Acórdãos revelou esta perspectiva, pois embora os dois últimos apontem para uma certa excepcionalidade, ali não se trata de garantir, aos ocupantes o direito de morar, mas, outrossim, de terem a possibilidade de simplesmente permanecer já que o próprio Poder Público não soube administrar com rigor o seu patrimônio. Não se trata de uma sanção que o Poder Judiciário aplicou, mas de uma indisposição para reconhecer, ao poder público municipal, o direito de requerer um bem que já se demonstrou ter mudado sua finalidade há tempos, pra o qual a função social original já não vale mais a pena resgatar e que para isso, o poder público contribuiu ao, inclusive, consolidar a ocupação com a instalação de infraestruturas. A ordem que o Poder Judiciário quer defender é a da plena e justa consagração do ordenamento territorial, outorgando ao município a responsabilidade de resolver estas tensões sociais, questão que está bem fortalecida no marco jurídico existente. Assim é que a forma como o Poder Judiciário

olha para a propriedade pública é diferente de como olha para a privada, sendo a primeira, quem sabe, um instrumento de se executar o ordenamento territorial e o cumprimento da função social da propriedade, com menos ênfase para o direito à moradia, entretanto.

### 3.1.2. Ocupações em áreas privadas

Um outro conjunto de processos analisados reúnem situações de ocupações em áreas privadas. Quando se trata de ocupações em áreas dessa natureza, o Tribunal de Justiça tem apresentado um posicionamento coeso, de forma a determinar a reintegração de posse, independente da propriedade estar cumprindo sua função social ou do impacto da decisão, frente ao grande número de pessoas afetadas.

O Processo n. 0003923-03.2007.8.26.0224 – 10ª Vara Cível de Guarulhos trata de uma Ação de Reintegração de Posse interposta contra 149 pessoas que teriam ocupado um terreno particular entre os anos de 1986 e 2001, terreno este pertencente ao perímetro urbano que, em Guarulhos, coincide com o próprio perímetro do Município, conforme informado na Sentença, que julgou a Ação improcedente, mantendo os ocupantes no imóvel. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça, reformou a Sentença para conceder a reintegração de posse sob o argumento de que o imóvel nunca deixou de ser protegido pelo autor da ação, pois ele mantinha no local um caseiro, buscando proteger e manter a conservação ambiental do terreno, assim constando de seu texto:

Sem embargo de que a área jamais saiu da sua esfera de guarda, vigilância, manutenção e livre disposição do autor, em especial pelas informações constantes dos laudos periciais de págs. 861-A/870, 871/876, 934/936, atestando que o imóvel nunca foi abandonado, com a existência de funcionário no local exercendo a função de caseiro, com a salvaguarda ambiental, a proteção e a conservação do terreno, efetivando, assim, os poderes inerentes à propriedade a que aludiu a legislação no art. 1.196 do Código Civil, para a definição da figura do legítimo possuidor (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – PJ n. 0003923-03.2007.8.26.0224)

Consta ainda do Acórdão que a invasão da área foi preordenada e praticada por grupo popular organizado para invadir e ocupar áreas públicas ou privadas para o assentamento de famílias, “*de forma consciente e deliberada sobre a ilegalidade do ato de apropriação unilateral*”. Destaca o parcelamento irregular do solo e a degradação arquitetônica e ambiental da área, afirmando que se estaria

*“contribuindo para a proliferação indesejada de setores conceituados de aglomerados subnormais desmunidos de infraestrutura básica”.*

Para uma análise mais acurada do Acórdão, de forma a compreender a extensão do que foi decidido, foram buscados elementos na Sentença de 1º. Grau, reformada, na qual consta que a área foi ocupada por anos, conforme demonstrou a perícia através de fotos do local tiradas ao longo do tempo (informação constante da Sentença), comprovando, assim, o lapso temporal. Neste julgado, considerando todos os elementos apresentados na Sentença e, também, no relatório do Acórdão, infere-se que na “consciência do julgador” o direito de propriedade é algo facilmente compreensível, o mesmo não se dando com o cumprimento da função social da propriedade, como observa Streck:

... o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete ... (julgar conforme sua consciência) como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva. (STECK, 2013)

Outro caso semelhante refere-se à Ação de Reintegração de Posse<sup>21</sup> interposta contra “invasores” de uma área situada na R. Narumi Nakayama em Embu das Artes. A Ação foi julgada procedente em primeiro grau, sendo que o Recurso foi interposto por Guilherme de Castro Boulos, reconhecido líder dos Movimentos Sociais Pró-Moradia. Inicialmente o Acórdão destaca a ilegitimidade de parte do apelante, pois estaria ele pleiteando em nome próprio, direito alheio, no caso, o dos ocupantes da área, mas o reconhece como líder nas invasões locais. Também descarta a nulidade da Sentença em virtude da não intervenção do Ministério Público, já que não indicados os incapazes ou idosos que seriam afetados pela ação. Consta do texto do Acórdão:

De outra parte, a simples alegação de que “o caso versa sobre uma coletividade de pessoas” também não assume relevância. A intervenção obrigatória do Ministério Público exigida pela lei é reservada unicamente para os “litígios coletivos”, o que nem de longe se confunde com a pluralidade de partes, em mero litisconsórcio (vide a respeito: NELSON e ROSA NERY: Código de Processo Civil Comentado. 11ª ed. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2010, p. 327, notas 11, 14 e 15 ao art. 82 do CPC. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0012592-58.2008.8.26.0176 – Embu das Artes

---

<sup>21</sup> Processo n. 0012592-58.2008.8.26.0176 – Embu das Artes

A atual legislação Processual Civil, em vigor, desde 2015, exige que quando houver pluralidade de pessoas, a intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública é obrigatória no processo. No entanto, o julgamento desta Ação ocorreu em 03 de março de 2011, quando ainda estava em vigor a legislação anterior. O que se destacou no presente Acórdão foi a questão da não admissão do Apelante, o qual foi reconhecido como líder dos Movimentos Pró Moradia e, portanto, líder daqueles que ocuparam a área, como legítimo para propor Recurso. No caso, como o Apelante foi reconhecido como líder do Movimento Pró-Moradia, ainda que não estivesse entre aqueles que ocuparam a área, poderia ser admitido no Processo como Assistente, situação esta prevista no artigo 50 do Código de Processo Civil de 1973, lei que conduziu o julgamento Recurso, ocorrido em 03 de março de 2011. É importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe decidir questões referentes às Leis Infraconstitucionais, decidiu, no Recurso n. 1.068.391 PR, que só não cabe recurso do terceiro interessado quando ficar claro nos autos que a parte não desejou recorrer. Neste Acórdão, constatou-se que para garantir a prevalência do direito à propriedade, a interpretação das demais leis (Código de Processo Civil e Constituição) se deu de forma a manter a Sentença de 1º grau, que concedeu a Reintegração de Posse. Acatar os argumentos apresentados no Recurso, que levaria à nulidade da Sentença, implicaria em conceder mais tempo aos ocupantes do imóvel para negociar até mesmo com o Município uma saída para o problema, mas iria retirar dos seus proprietários meios de dispor dele segundo sua vontade, prolongando ainda mais o desfecho da questão.

Quanto ao acesso à Justiça, Bedeschi (2018, p. 23) esclarece que há necessidade de uma compreensão do tratamento dado às partes em conflito, notadamente quando há grupos vulneráveis e movimentos populares, como o constante da Ação em comento, na qual questões processuais foram usadas para rebater a alegação de nulidade processual. Por outro lado, em nenhum momento o Acórdão faz qualquer menção ao uso que vinha sendo dado à terra, ao fato de que ela deveria atender sua função social, o que leva inevitavelmente ao que afirmou a mesma autora (2018, fls. 169), que os julgadores se afastam da análise “de prova e função de posse”, o que inevitavelmente leva a uma preponderância da propriedade em detrimento de todo o resto.

Uma outra Ação de Reintegração de Posse<sup>22</sup>, interposta por particular contra 96 pessoas que teriam ocupado, no primeiro semestre de 2008, uma área com pouco mais de um alqueire ocupada por barracos, conforme informação constante da Sentença também merece ser analisada aqui. A Sentença, proferida em 1º. grau julgou a Ação Improcedente sob a alegação de que ela foi interposta após mais de ano e dia da ocupação (posse velha), que os autores não recolhiam o IPTU há vários anos (desde 1994), totalizando a importância de R\$ 387.303,50 (trezentos e oitenta e sete mil, trezentos e três reais e cinquenta centavos), valor esse possivelmente superior ao do imóvel.

No entanto, em segundo grau, o Tribunal de Justiça reviu o que foi decidido, estabelecendo que ficou comprovada a posse dos autores/proprietários sobre o imóvel, já que que tão logo tomaram conhecimento da ocupação, interpuseram a Ação Possessória, sendo irrelevante ter decorrido mais de ano e dia da ocupação, já que tal prazo (posse nova ou velha) presta-se apenas para a concessão ou não da liminar e que a perícia constatou que a idade aproximada das edificações condiziam com o que constou na petição inicial, assim constando de seu texto:

Deveras, emerge claro do acervo probatório destes autos a caracterização do esbulho possessório praticado pelos réus, estando suficientemente demonstrado no feito que os recorridos realmente invadiram o imóvel pertencente aos autores [consoante evidenciam as fotografias de fls. 17/26], tendo os recorrentes, com presteza, adotado providências voltadas ao restabelecimento do seu direito possessório (fls. 02/05 e 27/28), irrelevante o fato de terem ajuizado esta ação de reintegração de posse em momento posterior ao transcurso do prazo de ano e dia, contado do esbulho, porquanto a inobservância deste interregno presta-se tão somente a inviabilizar a concessão de liminar, como, aliás, verificou-se na espécie (fls. 150/151).

...

a idade aparente das habitações, por nós verificadas no imóvel em questão quando de nossa vistoria, condiz com o lapso de tempo de aproximadamente 2 anos apontado pelos Autores”, acrescentando que, “nos documentos de fls. 104 a 107 dos autos podemos verificar que duas moradoras das habitações existentes sobre o imóvel dos Autores (há correspondência entre os nomes e RGs presentes neste documentos e naquele referente aos moradores das habitações sobre o imóvel em questão de fls. 56 e 57 dos autos) foram autuadas pela Polícia Ambiental por infração ambiental em 30 de julho de 2008 e 29 de agosto de 2008. Assim, 30 de julho de 2008 seria a data mais antiga constante de documentos que se tem notícia sobre a ocupação do imóvel em questão, o que vem corroborar com a afirmação de que as habitações existentes sobre o imóvel têm cerca de 2 anos e meio.” (fls. 195 e 202).

Por sua vez, a circunstância de o imóvel litigioso estar desocupado no momento de sua invasão pelos réus, em absoluto configura o abandono suscitado, cumprindo realçar, no particular, que o artigo 1.224, do Código Civil, é claro ao dispor que “só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho,

---

<sup>22</sup> Processo n. 0018878-66.2009.8.26.0451 – Piracicaba

quando, tendo notícia dele, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”, o que, como já assinalado, não ocorreu no caso em exame.

De outra parte, importa considerar que a existência de débito relativo ao imposto predial e territorial urbano incidente sobre o imóvel não gera por si só a presunção de abandono, sendo imprescindível para tanto a cessação dos atos de posse, consoante regramento constante do artigo 1.276, § 2º, do Código Civil, o que não se verificou na espécie. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo n. 0018878-66.2009.8.26.0451 – Piracicaba).

É importante destacar que a Sentença não regularizou a posse dos requeridos sobre o imóvel, mas apenas não admitiu a sua reintegração. Por sua vez, o Acórdão a restaurou, deixando de considerar que seu valor real poderia não ser suficiente para pagar os tributos pendentes além do grande número de pessoas afetadas. O não pagamento do IPTU por mais de 14 anos, conforme consta da R. Sentença, leva prejuízo a toda a sociedade, já que recursos deixaram de integrar o erário, deixando de serem utilizados em proveito de todos. Nesse caso, do ponto de vista, exclusivamente tributário, a propriedade não cumpriu com suas obrigações perante a sociedade, situação essa sequer aventada na Decisão de 2º. grau. O R. Acórdão seguiu afirmando que *“evidenciou-se ainda mais a vontade de espoliação pela força, por supostas razões sociais”*, o que nas palavras do relator: *“no mundo civilizado não se justifica justiça pelas próprias mãos”*.

No entanto, também não se pode ignorar que a existência de IPTU não pago refere-se a uma relação entre os proprietários e o Município, parte estranha no Processo e, como cabe a este ente público, nos termos do que determina o próprio Estatuto da Cidade, agir de forma a tornar eficaz o cumprimento da função social da propriedade, caberia a ele, em Ação própria, tomar as medidas para isso. O que se observou nesta situação, ainda que não de forma explícita, é que o Tribunal de Justiça, ao optar por uma visão formalista, se esquivou de dar um encaminhamento mais totalizante sobre a propriedade, considerando, principalmente, a ausência de responsabilidade do proprietário em cumprir com suas obrigações fiscais. A desassociação intencional do Poder Judiciário entre a coisa (a propriedade) e seus acessórios, incluindo a tributação sobre ela foi deliberadamente utilizada aqui para evidenciar que o direito pleno sobre a propriedade está acima de qualquer outra limitação que se oponha ao seu abuso, mesmo que esta omissão do particular não tenha vínculos necessários com o pleiteado. Ao não articular a problemática na sua complexidade, considerando a importância da terra como forma de praticar as

políticas públicas habitacionais, o direito à moradia e sua necessária vinculação a esta políticas sequer foi mencionado.

No caso do Processo. n. 1056336-13.2014.8.26.0100 – Foro Central Cível, uma Ação de Reintegração de Posse foi interposta contra a Frente de Luta por Moradia, referente a imóvel localizado na Rua Xavier de Toledo 150 e 156 na capital paulista, que, segundo consta da Sentença, encontrava-se em processo de desapropriação (Proc. N. 0003196-96.2012.8.26.0053) e já tinha sido ocupado anteriormente (Proc. n. 0068956-45.2012.8.26.0100). A Sentença, que acolheu o pedido, é explícita ao afirmar que:

não se pode, sob a invocação da função social da propriedade, atropelar o também constitucionalmente garantido direito de propriedade” e que “a questão do direito à moradia deve ser discutida pelas vias próprias, o que não cabe no procedimento judicial ( Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo. n. 1056336-13.2014.8.26.0100)

Em caso raro nos Acórdãos estudados nesta pesquisa, a “Frente de Luta por Moradia”, mesmo não tendo personalidade jurídica, foi considerada parte na Ação, integrando o seu polo passivo. A “Frente de Luta por Moradia” interpôs Recurso de Apelação, mas a Sentença foi mantida, afirmando o Acórdão que o Juízo de 1º. Grau agiu acertadamente ao indeferir a produção de provas, pois se tratava de “*diligencias inúteis*”, motivo pelo qual não se configura o cerceamento de defesa. Na argumentação, o Acórdão reconhece a existência da função social da propriedade e do direito à moradia, mas que a sua implementação não cabe ao Poder Judiciário, assim afirmando:

Embora lamentável a situação dos ocupantes do imóvel, a invasão de propriedade alheia constitui evidente ilícito e deve ser repelida.

A Constituição Federal reza ser dever do Estado garantir, aos seus cidadãos, o direito à moradia digna, conforme artigos 1º, III, e 6º. Entretanto, não se pode, sob a invocação da função social da propriedade, atropelar o também constitucionalmente garantido direito de propriedade.

Os autores comprovaram documentalmente, a propriedade e a posse legítima (bem como a anterior, decorrente de decisão judicial) do imóvel, razão pela qual aquela exercida pelos invasores caracteriza verdadeiro esbulho possessório.

A questão do direito à moradia, deve ser discutida pelas vias próprias, o que não cabe neste procedimento judicial. ((in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo. n. 1056336-13.2014.8.26.0100) págs. 173/179)

Mais uma vez o contido neste Acórdão demonstra que o Tribunal de Justiça de São Paulo vê a propriedade privada como algo absoluto, em detrimento do que afirma a Constituição Federal e as Leis infraconstitucionais, o que comprova aquilo que Bedeschi constatou em sua tese: “*a autopoiese do sistema possessório, se*

*reproduz através de formas jurídicas determinadas pelo processo civil e da repetição de argumentos jurídicos, e não admite quaisquer interferências normativas inovadoras do 'status quo'*” (BEDESCHI, 2018, p. 157). O Poder Judiciário reconheceu a existência do direito à moradia e mesmo da função social da propriedade, mas deixou claro, ao mesmo tempo, que não lhe compete garantir sua concretização, transferindo essa responsabilidade para outras esferas, sem afirmar quais seriam elas.

Assim como na Ação anterior, um outro processo<sup>23</sup> tratou da Reintegração de Posse também interposta contra a Frente de Luta por Moradia do Centro (FLMC)<sup>24</sup>, sem personalidade jurídica, referente à ocupação do imóvel situado na Rua Conselheiro Brotero, 615, Santa Cecília, Capital, por mais de 100 pessoas. A questão da ausência de personalidade jurídica da requerida é tratada no Acórdão, como argumento de defesa, mas ele é rejeitado, afirmando o julgador que os esbulhadores, contra quem foi proposta a ação foram identificados, assim constando de seu texto:

A alegada ausência de legitimidade passiva ad causam porque o movimento popular não poderia ocupar um imóvel e, portanto, não poderia integrar o polo passivo da demanda principal, há de ser afastada pois a apelada no intuito de garantir seus interesses ajuizou esta ação na mesma data em que se deu o esbulho e o fez com base no nome dos esbulhadores, que se apresentaram ao policial militar que atendeu a ocorrência. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo n 1064054-95.2013.8.26.0100 – São Paulo)”

Neste caso, a ausência de personalidade jurídica dos Movimento Social foi usado como argumento de defesa com o objetivo de obter, ao que tudo indica, a nulidade processual por defeito de citação e devolver o Processo ao primeiro grau de jurisdição, garantindo, no mínimo, mais tempo para os ocupantes da área. No entanto, em se tratando de um Movimento Social e Político, cujo objetivo principal é a reforma urbana, certamente essa estratégia, se aceita, iria dar-lhes além de mais tempo, maior poder de negociação com o Executivo e, até mesmo, com a iniciativa privada. Além do fato do Tribunal ter aceito o Movimento Social, na pessoa de seus representantes, como parte legítima para ocupar o polo passivo da Ação, o Acórdão

---

<sup>23</sup> Processo. N. 1064054-95.2013.8.26.0100 – São Paulo

<sup>24</sup> **A Frente de Luta por Moradia (FLM)** é um coletivo formado por representantes de movimentos sociais autônomos, cujo objetivo é a reforma urbana e um desenvolvimento urbano mais justo.<sup>[1]</sup> Sediado na cidade de São Paulo, é uma das principais frentes de luta por moradia na cidade. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Frente\\_de\\_Luta\\_por\\_Moradia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Frente_de_Luta_por_Moradia). Acesso em 13/11/2019.

prolatado neste processo mereceu ser destacado em virtude dos argumentos apresentados, afirmando:

De outra sorte, almeja-se desconstituir o viés privatista da propriedade fruto dos direitos reais em prognose ideológica.

Procura-se impingir no debate a bandeira de Otto Von Gierke (La funcion del derecho privado. Madrid: Sociedad Editorial Española. 1904) que enaltece a profissão de fé de estar o Direito Privado impregnado por uma gota do socialismo.

...

Na hipótese, o falacioso intuito de reintegração não comunga com a possibilidade da posse cumprir uma função social.

Isto porque à posse dado seu caráter fático não poderia ser deferida uma funcionalização, mormente em razão do estabelecimento de liame sequer jurídico entre o possuidor e o bem.

Se não bastasse, a espécie muito menos cumpre a vocação primeira da terra na acepção de geradora de riqueza.

Deixa-se de vislumbrar direito subjetivo ao não-proprietário pela consecução da chamada vida digna, lastreada em patrimônio mínimo, vetor da existência autônoma.

Por fim, como bem ressaltou o culto Desembargador Torres de Carvalho em recurso de agravo em que são partes a Prefeitura Municipal de São Paulo e a “Frente de Luta por Moradia”, “os direitos assegurados na Constituição Federal, no caso o direito à moradia e o direito de propriedade, não colidem; são complementares, concordantes e exercidos nos termos da lei. Não se vê na Carta qualquer dispositivo que assegure o direito de apropriação de bem de outrem, público ou particular; nem permissão para que o exercício de direito se faça com prejuízo de outro direito. É um caminho perigoso; pois a ilegalidade é um caminho sem fim e dela não nasce direito, nem se pode desprezar a imensa maioria da população, também carente, que respeita a lei e o direito alheio (Agravo de Instrumento 0030588-73.2012.8.26.0000/São Paulo; 10ª Câmara de Direito Público; julg. em 26/3/12; V.U.). (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo n 1064054-95.2013.8.26.0100 – São Paulo)

Esta passagem do Acórdão é elucidativa de um discurso que amplifica e aprofunda um entendimento sobre a relação entre posse e função social da propriedade, o que demonstra, sob vários aspectos que o Poder Judiciário não só não ignora o princípio, como aponta para uma compreensão do seu significado. Ao defender que a posse não pode ser vista como uma funcionalização da propriedade, o desembargador afasta o exercício da ocupação de um bem para a sua utilização plena em detrimento de sua vocação primeira, que é gerar riqueza e ao afirmar que o direito à moradia e o direito à propriedade não se colidem, camufla o permanente e real conflito no Brasil entre moradia e propriedade, já que, como é sabido, a propriedade não é alcançada pela maior parte da população no Brasil. Interessante como o discurso versa sobre uma distorção e uma inversão de valores relacionada à propriedade ao considerar que o seu valor de troca (a riqueza gerada) está acima do seu valor de uso (a posse), invertendo o real significado dado à função social da propriedade na sua acepção original.

Como pode ser observado, nos casos acima citados, a legislação é interpretada de forma a garantir o direito de propriedade, apresentando a sua função social como uma miríade de interpretações, sempre, outrossim, debatendo a possibilidade de relativizar a preservação de seus efeitos patrimonialistas. mesmo já havendo um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, destacando que a propriedade não tem caráter absoluto, conforme consta da Ementa do caso decidido:

#### Controle concentrado de constitucionalidade

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera domínial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” [ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004.] = MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-6-2010, P, DJE de 13-8-2010)

Em que pese o Supremo Tribunal Federal estabelecer que a propriedade não tem caráter absoluto, a análise dos Acórdãos referente às ocupações em propriedades privadas apresentou duas vertentes: a primeira delas mostra uma visão voltada para a proteção do direito de propriedade, o que segundo Nassar (2011) poderia ter como causa a dificuldade da Doutrina Jurídica de compreender o atual caráter do direito de propriedade, fato esse perceptível entre aqueles que escrevem sobre Direito Civil. Gonçalves (2018) atribui à propriedade um caráter ilimitado, afirmando apenas que, ao longo dos anos, este caráter vem sofrendo “limitações e restrições”, mas comenta a função social da propriedade, sem defini-lo ou estabelecer parâmetros de como ela poderá ser exercida. Fiuza (2015) afirma que *“Essa função deve ser, na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade”*, ou seja, o tratamento dado pelo Tribunal de Justiça em questões relacionadas ao cumprimento da função social da propriedade e direito à moradia advém de uma visão ainda muito presente entre os intérpretes/juristas da legislação vigente, que tratam da questão de forma abstrata, sem indicar formas de determinar

seu cumprimento. Em um segundo plano, o que se destaca é que o Tribunal apesar de reconhecer a existência do direito à moradia e do dever do cumprimento da função social da propriedade, ainda que de forma indireta, já que a menciona, transfere o dever de alcance de tais determinações legais para a esfera política, principalmente ao Poder Executivo, na figura dos Municípios.

Em todos os casos aqui sublinhados, o “esbulho”, ou seja a tomada da coisa por outro que não lhe pertence, é, por consenso, condenado, mesmo quando esta coisa encontra-se ociosa, o que leva a supor que a função social da propriedade, no entender do Tribunal, circunscreve-se de uma natureza privatista e não coletiva, isto é, se perfaz a partir das suas principais atribuições quanto ao uso, gozo e disposição exclusiva do proprietário. Assim é que até mesmo o lucro gerado na sua especulação pode ser entendida, nas palavras de um dos desembargadores, como um cumprimento da função, já que se vincula ao âmago de sua natureza, em uma sociedade capitalista, na qual a propriedade é uma via para gerar mais valia, neste caso, sem que reflita qualquer função que respalde o seu valor de uso. Nestes casos, parece não haver qualquer diferença entre posse velha ou posse nova – há outrossim um pacto, pela via judicial, de antecipar ao proprietário a sua garantia possessória, mesmo quando claramente ela nunca existiu, como no caso do imóvel que apresentava considerável dívida fiscal, acima relatado. A evidente separação, no campo do Direito, entre propriedade, a sua função social e o direito de morar vai se circunscrevendo na medida que se observa a visão do Tribunal em relação à propriedade pública, esta sim vinculada aos direitos coletivos e difusos, nem sempre, entretanto, voltados à moradia, e à propriedade privada, para a qual apenas o exercício da posse por quem a adquiriu plenamente é permitido, mesmo que este exercício seja totalmente abstrato.

### **3.2 – A questão ambiental e o direito à moradia**

A discussão sobre a questão ambiental assumiu especial importância a partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo em 1972, ocasião em que foi destacado que o *“homem tem direito a adequadas condições de vida em um meio ambiente de qualidade.* (Machado, 2007, p. 56). Na perspectiva de equilibrar meio ambiente e moradia, em 1979 foi aprovada no Brasil a

Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei n. 6766/1979, que em seu artigo 3º. proíbe o parcelamento de solo em áreas de sujeitas a *“alagamentos e inundações, sem que seja feita a drenagem, áreas com aterramento de matérias nocivos à saúde, com declive superior a 30%, sem condições geológicas adequadas ou de preservação ecológica.”* É importante observar que a lei não só proibiu a construção de edificações, mas foi além ao negar o direito ao parcelamento do solo, o que pode indicar um impedimento de uso dessa área.

Posteriormente, a Constituição de 1988 reservou ao meio ambiente proteção especial, afirmando Coelho que: *“no âmbito constitucional, como assinala a maioria dos juristas, o capítulo do meio ambiente é um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial, contendo normas de notável amplitude e reconhecida utilidade”* (COELHO, 2009, P. 1425). O mesmo autor esclarece que meio ambiente e qualidade de vida são direitos complementares, o que implica em reconhecer que nessa proteção encontra-se o direito à moradia, que segundo Silva *“envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto...”* (SILVA, 2017, p.318), o que implica em reconhecer que uma habitação que tenha condições salubres estará em equilíbrio com o meio ambiente. Por sua vez, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, I, tem como uma de suas diretrizes a garantia de uma cidade saudável, o que para Carvalho Filho *“reclama a conjugação dos fatores do meio ambiente urbano com os do meio ambiente natural”*. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 47). Enfim, a sociedade brasileira possui algumas leis que conectam meio ambiente e moradia, de forma que uma complemente a outra, buscando qualidade de vida para o indivíduo. No entanto, em diversas situações, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve que decidir entre um direito e outro, acabando por contrapô-los e garantir a prevalência de um sobre o outro. Neste subcapítulo serão apresentados alguns desses casos:

Uma Ação Civil Pública<sup>25</sup> interposta pelo Ministério Público incluiu como requeridos o Município e outras cinco pessoas, além de um terceiro interessado, referente a um loteamento irregular com supressão de vegetação da Mata Atlântica. Em Primeiro Grau, a Ação foi julgada improcedente ante a ausência de prova pericial, o que poderia levar a constatação ou não da existência de dano ambiental,

---

<sup>25</sup> Processo. N. 0002849-87.2002.8.26.0223 – Guarujá

já que decorrido vários anos da existência do loteamento. No entanto, em Segundo Grau, a Sentença foi reformada, pois segundo a prova documental, não houve registro do parcelamento do solo ou aprovação do loteamento por parte do Município e se tratava de área já consolidada, o que seria inviável sua recomposição ambiental, assim constando do Acórdão:

Em conclusão ao relatório, afirmou-se que tudo leva a crer que houve um caso de omissão por parte dos poderes públicos na legalização do loteamento em voga (Cidamar). Em grande parte, porque os empreendedores não tiveram a responsabilidade de garantir a legalidade necessária; e alguma responsabilidade pode ser atribuída à Prefeitura Municipal de Guarujá, que se não soube da implantação à época da ocupação da área, vem contemplando desde então a situação irregular do loteamento frente às exigências legais da Administração Pública. (item 8 fl. 153 1º volume).

Por oportuno, vale citar a disposição do 37 da Lei nº 6.766/79, que disciplina: “É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.

...

Merece destaque o fato de se tratar de área urbana plenamente consolidada, o que se comprova pela presença dos principais equipamentos de infraestrutura, como acima apontado, o que revela a perda da função ecológica da região, de tal sorte que impor uma condenação de natureza ambiental como a postulada pelo Parquet na inicial, de forma subsidiária, não teria o condão de restabelecer as condições originárias da natureza.

Não há dúvidas de que, na implantação de políticas urbanísticas, de uso e ocupação do solo urbano, não se deu relevância adequada às questões ambientais. Porém, é certo que em área urbana consolidada, a hoje exigida proteção ambiental resvalaria no forte impacto social que ela poderia determinar. Aliás, cumpre ressaltar que são extremamente comuns no nosso país ocupações em fundo de vale e ao longo dos rios, muitos, inclusive, já canalizados.” (Tribunal de Justiça. Processo. N. 0002849-87.2002.8.26.0223 – Guarujá.

A parcial procedência se deu no sentido de determinar a regularização do loteamento, apesar da ausência de fiscalização da área pelo Município, reconhecida a degradação ambiental. Neste caso, não se tratou diretamente das questões de salubridade existentes no local, mas se mencionou a existência de equipamentos urbanos, inclusive saneamento, para demonstrar que se tratava de uma área consolidada e em perímetro urbano.

O Acórdão foi destacado porque além de determinar a regularização de um loteamento ilegal, reconheceu a competência e o dever do Município em fiscalizar a ocupação do solo urbano, conforme expressa previsão constitucional (artigo 30, VIII). Como destacado por Barreira (1998, p. 21) na esfera urbana, o Município, se destaca, competindo-lhe um verdadeiro “poder-dever” nesse aspecto, o que o obriga a fiscalizar todo o seu território, o que não foi feito.

Deste modo, nesta Ação, não se sacrificou o direito à moradia em favor do meio-ambiente, mas foi reconhecida a omissão municipal e a existência de uma situação consolidada pelo tempo, tornando inviável seu desfazimento. O Tribunal apesar de mencionar a legislação urbanística, decidiu pela situação fática encontrada. No entanto, não se pode perder de vista que o loteador, o que mais lucrou, saiu vencedor, pois agiu ao arrepio de toda a legislação, conseguindo seu intento ao final, apenas porque o Poder Público local foi omissos quanto ao seu dever fiscalizatório.

Uma outra Ação Civil Pública<sup>26</sup> interposta pelo Ministério Público contra sete pessoas abrangeu como terceiros interessados o Município e a Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo, em virtude da ocupação de área no entorno do Parque da Serra do Mar, onde foi realizado o plantio de culturas exóticas e construídas edificações. Nas alegações de defesa, destacou-se que os requeridos pertenciam a comunidades tradicionais e que se tratava de uma ocupação histórica, sem a apresentação de prova convincente para tal afirmação. Também consta da Sentença que não se transfere a condição de morador tradicional, situação essa alegada pelos requeridos.

A ação foi julgada procedente determinando a demolição de todas as construções existentes no local, cessar a atividade degradadora ambiental, remover as espécies exóticas introduzidas na área ocupada e a recuperação do meio ambiente. Foi interposto Recurso de Apelação. No Recurso, o Tribunal de Justiça faz um retrospecto da degradação ambiental brasileira, afirmando que a Constituição Federal conferiu especial proteção ao meio ambiente:

Foi por isso que o constituinte de 1988, num assomo de lucidez, conferiu tratamento diferencial e significativo ao meio ambiente. Ao convertê-lo em “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, alterou a tosca e insuficiente concepção ecológica do Estado brasileiro. Este se vê obrigado a exercer “o dever de defendê-lo e preservá-lo” defender e preservar o meio ambiente, mas não o fará só. Incumbiu desse dever a própria coletividade, integrada pelo povo e pelas sociedades particulares, às quais o Estado deve assegurar condições de criação, funcionamento e subsistência. Por que o constituinte de 1988 se viu obrigado a destinar ao meio ambiente um tratamento tão singular? Foi alertado pela verdade científica de que a continuidade do maltrato, a insensibilidade e a in consequência, conjugados com a ganância da sociedade de consumo, tornariam realidade próxima a ameaça remota de esgotamento dos recursos naturais.

---

<sup>26</sup> Processo. N. 0000790-33.2004.8.26.0587 – São Sebastião

A propósito, James Lovelock, o formulador da hipótese Gaia, alerta que o mundo está irremediavelmente comprometido pelo aquecimento global e que talvez não haja possibilidade de retorno. O que está em jogo não é apenas a qualidade de vida, senão a própria sobrevivência no Planeta. Quando da realização da Eco-92, o então Presidente Gorbatchev afirmou que a humanidade teria trinta anos para mudar seus hábitos de consumo. Senão, a Terra poderia continuar a existir, mas prescindiria da espécie humana para isso.

O constituinte atentara para a trágica realidade e incluíra o meio ambiente como uma de suas preocupações fundamentais, pois de sua preservação dependeria o porvir. Criou, dessa forma, o primeiro direito intergeracional com expressa previsão constitucional. Pois a defesa e preservação do meio ambiente se fará com vistas não só às presentes, como também às futuras gerações. (Tribunal de Justiça. Processo n. Processo. N. 0000790-33.2004.8.26.0587 – São Sebastião)

Curioso notar que mesmo não se tratando de uma comunidade tradicional, o caso em si está longe de enquadrar no conjunto de argumentos utilizados, abrangidos pela esfera do capitalismo predatório, cujos efeitos da indústria extrativista vão além do uso do solo para a moradia e a sobrevivência. Neste sentido, a falta de aprofundamento no caso parece ter levado às justificativas apresentadas. O Acórdão também considera a qualidade dos ocupantes da área, indicando elementos que não os caracteriza como “comunidade tradicional” afirmando:

Tais conclusões, que instruíram o Inquérito Civil, e foram ratificadas por novos laudos produzidos durante a instrução processual da ação civil pública, só vêm a demonstrar a degradação ambiental de ecossistema especialmente protegido, o risco à segurança dos moradores locais, a ilicitude da ocupação por pessoas que não se enquadram na categoria de comunidade tradicional, e o fomento às novas ocupações a engendrar a favelização das encostas da Serra do Mar.

Especificamente em relação ao apelante RENATO DE MATOS BORGES, o laudo da Fundação Florestal é expresso quando assevera que “O proprietário adquiriu a área em questão em 15/03/89, através de Escritura de Reconhecimento de Divisas e Outras avenças”, ou seja, depois da criação do Parque Estadual da Serra do Mar pelo Decreto nº 10.251/77, de seu tombamento pela resolução CONAMA 40 de 6.6.1985, e da edição do vigente Código Florestal, norma que desde o ano de 1965 já declarava de interesse comum as florestas e demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade para as terras que revestem.

...

O Plano de Manejo do Parque Estadual da Serra do Mar, elaborado em 2005 e aprovado em 2006, dispôs que serão considerados tradicionais “os moradores efetivos cujas famílias tenham origem de várias gerações nestas mesmas localidades, e cuja ocupação ou sobrevivência esteja diretamente relacionada às atividades de agricultura de subsistência, pesca artesanal, artesanato e outras tecnologias patrimoniais, bem como atividades que contribuam para o fortalecimento sócio cultural da comunidade ou para alternativas econômicas compatíveis com o seu desenvolvimento sustentável. Um dos subsídios para esta definição são os laudos técnicos das instituições competentes”.

Ora, o requerido não comprovou que sua família esteja a ocupar a área a várias gerações, e tampouco demonstrou o desempenho de atividade típica, que contribua para a preservação da identidade caçara. Muito pelo contrário. RENATO DE MATOS BORGES auferia renda com o aluguel de uma das edificações existentes no local, o que só demonstra o desvirtuamento da área.

...

A rusticidade dos ocupantes não é fator que os libere de responsabilidade. Aliás, a ignorância é uma grande aliada da cupidez na destruição da natureza. No estágio atual das comunicações, com a invasão televisiva de todos os espaços, das favelas aos cortiços, presente em todos os lares, ninguém ignora que uma das maiores preocupações do início do século é a preservação ambiental. Até mesmo aos mais ignorantes chegou a mensagem aflitiva da Terra, exaurida em seus recursos, sufocada pela contaminação atmosférica, poluída em suas águas e sacrificada em suas florestas.

Se a ignorância já serviu para excluir a responsabilidade do detratador da natureza, o verdadeiro estado de necessidade por que passa o Planeta impõe reversão dessa tendência nefasta. Pois a aplicação de uma sanção, embora revista o significado de consequência inevitável a quem pratica um mal, deve servir de estímulo a que tais condutas não se reiterem.

Há uma fisionomia pedagógica em cada punição. Na sanção decorrente de lesão ambiental essa face é muito mais evidente e supre o descaso a que foi relegada a educação ecológica num Brasil tão necessitado de diretrizes éticas. (Tribunal de Justiça. Processo n. Processo. N. 0000790-33.2004.8.26.0587 – São Sebastião)

A Decisão ainda afirma que não vigora mais no Brasil o direito absoluto de propriedade, recaindo sobre os imóveis uma “hipoteca social”, consistente na função social da propriedade e que nesse caso ou em outros, onde haja vegetação nativa, tal função é cumprida com a sua preservação, assim afirmando:

Diante da magnitude da questão, cessam os dogmas longevos e superados que viam a propriedade como um direito absoluto, a todos oponível e garantidor do uso, gozo, fruição e até mesmo destruição do bem pelo seu titular. Hoje, sobre a propriedade no Brasil, recai uma hipoteca social. Toda propriedade deve cumprir com a sua função social. E a função social de um imóvel situado em zona de preservação ecológica, é ostentar a mata nativa. Restituir à natureza aquilo que dela se subtraiu e que nunca foi construído pelo homem. O transitório ocupante deste planeta sabe destruir com muita eficácia. Não se conscientizou de que sua brevíssima e efêmera passagem pela aventura terrena não lhe dá o direito de impedir que as futuras gerações encontrem o patrimônio que ele herdou e que dilapidou de maneira insensata. (Tribunal de Justiça. Processo n. 0000790-33.2004.8.26.0587 – São Sebastião)

Neste caso a função social da propriedade assumiu especial importância, de forma a se sobrepor sobre o direito à moradia. Ao contrário de muitos Acórdãos analisados nesta pesquisa, observou-se aqui que os argumentos são explicitados com uma retórica eloquente, esclarecendo, o Relator, a importância da questão ambiental, definindo, de forma clara e objetiva, o que é “função social da propriedade ambiental”.

Por outro lado, pelos argumentos expostos no Acórdão, há um antagonismo entre direito à moradia e meio ambiente, e que o segundo, visando a proteção de um direito pertencente às gerações futuras, não poderá ser sacrificado. Nesse aspecto, cabe destacar as palavras de Branco ao afirmar que não existem direitos absolutos: *“tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando*

*enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais” (Mendes et al, 2009, p. 274).* A amplitude e o significado que ganham, entretanto, argumentos voltados a estes direitos evidenciam, mais do que uma busca pelo objetivo que se quer atingir, um discurso que corrobora a dicotomia entre a natureza e ser humano, como entidades separadas e contraditórias.

Em uma Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público em face do município de Itaquaquecetuba<sup>27</sup> referente ao loteamento Vila Sonia, localizado em área próxima ao rio Tietê, sujeita a inundações e com precárias condições sanitárias, a Sentença de Primeiro Grau reconheceu a responsabilidade do Município já que lhe cabe ordenar a ocupação do solo urbano. Também consta da Sentença que o fato da área estar inserida em ZEIS I (Zonas de Especial Interesse Social) há mais de 30 anos e estar inserido no Programa “Cidade Legal” não se presta a elidir a responsabilidade do Poder Público local e que a questão da moradia para famílias carentes é um problema histórico em Itaquaquecetuba, mas que isso não torna a ocupação aceitável, já que situada no cinturão meândrico do Rio Tietê, imprópria para a ocupação. Destaca, ainda, ausência de conflito de direitos (meio ambiente e moradia), mas sim que ambos direitos convergem, já que a desocupação da área levará a proteção das vidas humanas ali instaladas, em decorrência de se encontrarem em área de risco. Estabelece uma série de medidas a serem tomadas pelo Município, entre elas, a remoção das famílias instaladas em áreas de médio e alto risco. O Acórdão, ao julgar o Recurso interposto pelo Município, reconhece a sua responsabilidade pela ocupação irregular, assim afirmando:

Pois bem. Em primeiro lugar, de rigor reconhecer a responsabilidade do Município pela ocupação irregular, vez que, desde 1988, é considerado ente federativo, razão por que tudo aquilo que lhe pertence é atribuição reservada pela Constituição, por meio do rol contido nos incisos de seu art. 30, competindo a ele “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. Ainda, também a Constituição do Estado de São Paulo, no art. 191, prevê a responsabilidade ambiental desse ente federativo, atinente à “preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”.

...

Logo, da leitura dos dispositivos acima colacionados, em que pese os respeitáveis argumentos externados no presente recurso, não há como se afastar a responsabilidade da Municipalidade no caso em análise, não havendo que se falar em desrespeito à autonomia municipal (art. 18 da CF) e ao preceito da separação

---

<sup>27</sup> Processo. N. 1006378-43.2013.8.26.0278 – Itaquaquecetuba

dos poderes (art. 2º da CF), bem como ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade eventual condenação

...

Assim, insuficiente ao deslinde da causa a invocação de ausência denexo causal entre a atuação da Municipalidade e os danos ambientais perpetrados fundado no fato de que a invasão de áreas públicas se deu pelos próprios moradores do loteamento que, no ano de 1982, obteve alvará de licença por parte do Departamento de Obras do município (fls. 46) e até licença de instalação por parte da Cetesb (fls. 69).

Com efeito, sendo objetiva a responsabilidade ambiental, não comprovou o Município ter agido com zelo no trato do meio ambiente ou no pleno exercício de seu poder de polícia. Ao contrário, verifica-se, como visto, que não só agiu com desídia, como também contribuiu com o degradador ambiental ao conceder autorização tácita, de um lado, para a ocupação por meio do oferecimento de benfeitorias públicas mas, de outro, deixou de oferecer saneamento básico à área, permitindo a construção de casas às margens do Rio Tietê, em área de preservação permanente, tal como observado pela Secretaria da Habitação do Estado de São Paulo, que já em 1997 (cerca de 20 anos atrás, frise-se) asseverou que "há uma extensa invasão, tanto das áreas públicas do loteamento (Área Non Aedificandi e Sistema de Recreio), como da área contígua. Essa invasão que ocupa aproximadamente 50.000 metros quadrados, tem índice de ocupação próximo de 50% por casas de alvenaria sem revestimento", além de "precárias condições sanitárias com lixo acumulado próximo às casas, esgoto a céu aberto, água parada em vários locais, restos da enchente (...) e ainda toda a ligação elétrica é clandestina". E complementa, quanto à precariedade do loteamento: "O loteamento que se estende ao longo da Estrada Municipal Walter da Costa Silva (asfaltada), tem ruas de terra, rede de luz e água, porém o esgoto é através de fossa. Sendo o terreno plano, de pouca altitude e próximo ao rio, o lençol freático está relativamente próximo à superfície do solo, portanto as fossas 'transbordam' e parte do esgoto acaba sendo lançado na sarjeta da citada estrada municipal e em continuação atravessa toda a área invadida (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo. N. 1006378-43.2013.8.26.0278 – Itaquaquecetuba. P. 217)

A Sentença determina, por fim, a regularização do Loteamento Vila Sonia, incluindo o fornecimento de saneamento básico e, ao mesmo tempo, a remoção das pessoas e demolição das edificações, situadas em área de risco e de preservação permanente. O Acórdão analisado apresenta uma tendência do Tribunal, vislumbrada em outros julgados no sentido de responsabilizar o Município por suas ações e omissões. Na Ação julgada não se discutiu a questão da propriedade, da licitude da ocupação, mas pura e simplesmente a necessidade do morar e a postura do Município em colaborar com essa ocupação, tanto pela via omissiva (pela não fiscalização), como por uma ação efetiva, pois concedeu Alvará. Diante de uma situação de risco para moradores, mas também a necessidade de garantir moradia para essas pessoas determinou apenas a remoção de famílias instaladas em área de risco e em áreas de preservação permanente com a regularização do loteamento existente.

Analisando os Acórdãos referentes às questões ambientais, também se constatou o que foi observado nas ocupações de áreas particulares e públicas: a

responsabilização do Poder Municipal pelas situações irregulares, situação esta prevalente na maior parte das situações encontradas. No entanto, também merece destaque a contraposição entre meio-ambiente e moradia, o que é atenuado na visão adotada pelo Tribunal, já que fundamentalmente usa essa contraposição apenas para conferir ao Município o dever de regular e fiscalizar a ocupação do solo urbano, quando esta é perniciosa ao meio ambiente. De qualquer modo, parece importante enfatizar que, novamente o discurso aqui ganha envergadura para as questões de sustentabilidade, da garantia da perpetuação das gerações futuras e da preservação da natureza em detrimento do direito à moradia, sem que se observe as razões pelas quais a ocupação em áreas ambientalmente frágeis ocorre com tanta frequência no Brasil. Alguns Acórdãos remetem a uma responsabilização dos ocupantes pelo problema, como danificadores do bem maior, a natureza e o meio ambiente. Assim como no caso das áreas particulares, mesmo que se faça a remessa para a regularização urbanística destas ocupações, os valores oferecidos a cada

### **3.3. Questões Urbanísticas, o direito à moradia e a função social da propriedade:**

A Constituição Federal, em seu artigo 30, estabelece, entre outras disposições, que compete aos Municípios legislar sobre questões de interesse local e promover o correto ordenamento territorial mediante planejamento, controle de parcelamento e ocupação do solo urbano. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é competência dos Municípios legislar sobre edificações ou construções realizadas em seu território (AI 491.420 AgR e RE 795.804 AgR). Quanto às questões urbanísticas, aquele Tribunal entendeu que deverão ser respeitadas as legislações federais e estaduais, que estabelecem diretrizes, cabendo ao Município legislar sobre questões específicas de seu território e para tanto, dispõe ele, entre outros instrumentos, de seu Plano Diretor.

Villaça (2012) apresenta algumas definições para “Plano Diretor”, mas para este capítulo, será considerado a ideia de um plano de desenvolvimento socioeconômico, de curto, médio e longo prazo, convertido em lei municipal, realizado a partir de um diagnóstico da realidade social, física, econômica, política e administrativa de um Município. Plano Diretor seria, portanto, um instrumento para

alcançar o que determina o artigo 2º., IV, do Estatuto da Cidade, que estabelece como objetivo a ser alcançado o “*desenvolvimento das funções sociais da cidade*” mediante planejamento. Para Carvalho Filho (2013) esse planejamento tem como objetivo evitar, no centro urbano, atividades contra a ordem urbanística e corrigir distorções causadas pelo crescimento urbano desordenado. Em tese, o Plano Diretor e toda a legislação urbanística deveria ser usada para coibir um crescimento desordenado das cidades.

Os Acórdãos abaixo selecionados se referem às questões urbanísticas, onde será possível, com base no discurso do Tribunal de Justiça, constatar como a legislação urbanística tem sido interpretada pelo Tribunal.

Uma Ação Civil Pública<sup>28</sup> interposta pelo Ministério Público contra o Município de Ituverava e outras 26 pessoas trata da ocupação de uma área pública no Conjunto Habitacional “Julieta Maria do Vale” (área institucional) pleiteando o autor a desocupação e demolição dos imóveis construídos em área de domínio público, ato esse que deveria ser praticado pelo Município, bem como a remoção dos entulhos, pois as pessoas teriam ocupado a área mediante autorização verbal de agentes públicos. Em primeira instância a Ação foi julgada procedente para determinar a desocupação da área, devendo o Município proceder à demolição e remoção dos entulhos. Há notícias nos autos de que os imóveis teriam sido comprados, ou seja, uma transferência de direitos sobre um bem público. O Acórdão afastou o pedido de inclusão na Ação do ex-prefeito, ex-primeira dama e de um ex-vereador. O que se observou nesta Ação é que o Acórdão, em detrimento da legislação urbanística existente, prestigiou o direito à moradia, assim constando de seu texto:

O art. 17 da Lei Federal nº 6.766/79 acima mencionada, veda a alteração da destinação dos espaços livres de uso comum, das vias e praças, das áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

No mesmo sentido segue o art. 22 da referida Lei que prevê “Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.” (g.n.).

Por conseguinte, não há que se falar em posse, muito menos em propriedade, pois o terreno indevidamente ocupado é bem público, tratando-se, portanto, de mera detenção/ocupação de área de domínio público.

Contudo, apesar de ser bem público dotado com as características de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, nos exatos termos dos artigos 100 e 102, ambos do Código Civil e artigo 183, §3º, da Constituição Federal, é certo que a própria Constituição Federal contempla o direito social fundamental à moradia (art. 6º) e a política urbana que tem por objetivos o

---

<sup>28</sup> Processo. N. 0001297 -81.2005.8.26.0288 – Ituverava

desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem estar de seus habitantes (artigo 182). Tanto que o artigo 183, §1º, da Constituição Federal prevê a concessão de uso, instituto regulamentado pela Medida Provisória nº 2.220/01 que prevê, inclusive, a concessão de uso especial dos bens públicos para fins de moradia. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0001297 -81.2005.8.26.0288 – Ituverava)

O Acórdão também se destaca pela mudança de postura adotada pelo Ministério Público, que em segundo grau, postulou pela regularização do loteamento afirmando: *“simplesmente acolher os pedidos formulados nesta ação, com a retirada das famílias e demolição de suas moradias, sem observar o direito trazido pela nova Lei (concessão do direito real de moradia) não seria fazer justiça social.”* (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0001297 -81.2005.8.26.0288 – Ituverava). Aliás, o Acórdão reconhece categoricamente a existência do direito constitucional à moradia, também constando de sua fundamentação:

Ora, realmente impossível solução diversa para o presente caso, sob pena de afronta ao direito constitucional de moradia, eis que o Poder Público Municipal simplesmente permitiu a ocupação de área de domínio público, deixando que ela avançasse no tempo, sem qualquer oposição, contando com permissão verbal de agentes públicos para que as construções se iniciassem e fossem levadas a termo. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0001297 -81.2005.8.26.0288 – Ituverava)

Neste caso o Tribunal de Justiça optou pelo direito à moradia, em detrimento de outros diplomas legais, determinando pura e simplesmente a regularização fundiária da área. No entanto, não se pode ignorar o papel fundamental do Ministério Público na fase recursal, que teve uma visão mais abrangente de todo o ordenamento legal, procurando dar eficácia a preceitos fundamentais da Constituição Federal, como é o caso da garantia do direito à moradia e dos princípios norteadores da administração pública, como moralidade e eficiência. Apesar de se tratar de uma área ocupada por uma população excluída dos processos de aquisição de moradia, as informações constantes do Acórdão indicam que esse ato teve um viés político, pois foi precedido de autorização de autoridades públicas municipais, o que não foi ignorado pelo Tribunal, a quem competiu transformar em legal um ato nascido de uma imoralidade administrativa.

Já em outro caso, em uma Ação interposta pela Defensoria Pública<sup>29</sup>, Associação dos Moradores Viva São Paulo, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos e Instituto Polis contra o município de São Paulo referente aos Edifícios

<sup>29</sup> Processo. N. 0025287-88.2009.8.26.0053 – São Paulo – Foro Central

São Vito e Mercurio, localizados no Centro de São Paulo, os proprietários das unidades foram desapropriados por interesse social, com o fim, entre outros, para proceder a recuperação de sua função social residencial, constando do Acórdão o Plano Estratégico Regional da Subprefeitura da Sé que classificou a área como ZEIS 3 (Zona Especial de Interesse Social) que garantia o uso de 50% do imóvel para fins residenciais. Inicialmente o Acórdão destaca a impossibilidade de análise do mérito, ante a demolição dos imóveis, o que leva, inexoravelmente, à perda do objeto da Ação. No entanto, os Apelantes apresentaram pedido alternativo, consistente na obrigação de construção de moradias, na área, para os antigos moradores dos Edifícios demolidos. Os argumentos apresentados pelo Acórdão deixam claro que o Tribunal, em nenhum momento, considerou plausível o pedido formulado pelos Apelantes, entendendo por legítima a postura adotada pelo Município, independente de toda a legislação apresentada, como o Estatuto da Cidade, garantia do direito à moradia, previsto constitucionalmente e a própria legislação municipal existente, assim constando:

No próprio curso da desapropriação constatou-se serem os imóveis objetos da reurbanização para fins de moradia, não passíveis da destinação final então vislumbrada pelo Poder Público, até que o processo de ultimateção da demolição ocorresse, pois no seu curso verificou-se a impossibilidade material que viabilizaria readequação dos edifícios, por falta de suporte estrutural das próprias construções.

...

Não se olvide ser a hipótese em tela caso de redestinação lícita, porque, afinal, a finalidade pública da destinação continua sendo atendida, pois a nova destinação diz respeito à utilização da área para a revitalização do Parque Dom Pedro II.

...

Além disso, foram expedidos decretos de desapropriação de 53 prédios abandonados na região central para a construção de 2.500 unidades habitacionais, de modo a estar garantido o direito à moradia em outras localidades da cidade não havendo mais a necessidade da construção de habitação naquele local desapropriado. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. N. 0025287-88.2009.8.26.0053 – São Paulo – Foro Central)

A análise do Acórdão, que confirmou a Sentença, demonstra que o Tribunal não quis imiscuir-se nas ações praticadas pelo Município já que qualquer decisão diversa não seria eficaz considerando que a demolição havia se concretizado. Observa-se um vácuo no Acórdão pois a Defensoria requereu a conversão em obrigação concreta consistente na construção de habitações sociais no local, mencionando a desapropriação de outros prédios e a construção de moradias sociais, sem, entretanto, conectar os moradores dos Edifícios São Vito e Mercúrio a

tais ações, deixando de determinar que os alojados fossem encaminhados a esse outros locais.

No entanto, a questão tratada neste Acórdão ultrapassa os limites do decidido, pois o cerne do problema levado ao Tribunal refere-se à carência de habitação social na cidade de São Paulo, em especial, na sua região Central. A demolição dos Edifícios Mercurio e São Vito pôs fim às moradias, sem que fosse apresentado ou discutido como solucionar o problema. Atentou-se pura e simplesmente para um fator técnico: condições estruturais da edificação, dando como lícita a transformação da área em “revitalização do Parque D. Pedro II”, o que não deixa de apresentar um viés econômico, já que atrativo para aqueles que frequentam a região, dominado pelo comércio, representado pelo próprio Mercado Público Municipal e pela bem conhecida rua 25 de março.

O Poder Judiciário, ao não decidir sobre o direito à moradia, no caso acima mencionado praticou o que para Falcão (2008) seria uma “*não decisão*”, decorrente de uma flexibilidade interpretativa, apresentando sua Decisão uma série de consequências, entre as quais a de declarar lícita as demolições realizadas e a desobrigação de converter em moradia o local, mesmo havendo todo um plano municipal nesse sentido. O Acórdão simplesmente reconhece a legitimidade do Município em tomar decisões quanto à questão urbanística, não interferindo nesta esfera de Poder.



Edifício São Vito em maio de 2013 (Foto: Arquivo/Paulo Piza/G1) Fonte: Portal G1. Globo



Imagem do Terreno que abrigou os edifícios São Vito e Mercúrio. Fonte Portal G1. Globo.

Contraditoriamente a este último caso, o Processo n. 0005683-44.2015.8.26.0082 – Boituva, que trata da Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público contra o Município de Boituva e contra a Associação dos Proprietários e Moradores do loteamento Vitassay, consistente na cobrança de rateio de despesas dos não associados e impedimento da circulação do público em geral, situação que o Município não fiscalizou. A Sentença reconheceu a existência de loteamento fechado, de legislação municipal que o regulamentou, julgando a ação parcialmente procedente, de forma a tornar igualitário o acesso de moradores e proprietários ao local, mesmo que não associados, assim constando de seu texto:

Conforme já expressado na decisão de fls. 511/514, os chamados “loteamentos fechados” efetivamente não regulamentados por nenhuma lei federal. Todavia não se pode ignorar a realidade, ainda que em descompasso com a omissão do legislador. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0005683-44.2015.8.26.0082 – Boituva)

Vale destacar que os loteamentos fechados, quando do julgamento da Ação ainda não haviam sido regulamentados na esfera federal, mas o Município de Boituva regulou o assunto, o que foi analisado pela Sentença e Acórdão. O Acórdão manteve a Sentença, reconhecendo expressamente a capacidade legislativa do Município em legislar sobre o tema, mas vai além, afirmando que a realidade não pode ser ignorada por omissão legal. Ao julgar os recursos interpostos pelas partes, constou do Acórdão o poder que o município tem de regulamentar o uso do solo urbano, o que lhe permite editar leis sobre a possibilidade dos chamados

“loteamentos fechados”, já que não se trata de limitar o direito de locomoção, mas sim compatibilizá-los com o direito à segurança e que, quanto às ruas, praças e espaços livres que passam a pertencer ao Município, pode ele conceder o direito real de uso. Destaca que o Município regulamentou o loteamento fechado, com a ressalva de respeitados os direitos de ir e vir mediante controle de entrada e saída das pessoas, assim constando do Acórdão:

Nestes termos, conclui-se que é possível ao Município, editar lei estabelecendo a possibilidade de instituição dos chamados "loteamentos fechados", em atendimento de interesse local, sem que isso venha a ferir direitos garantidos constitucionalmente. Isto porque não se trata de eliminar o direito de locomoção das pessoas (que como qualquer outro direito constitucional não é absoluto), mas de compatibilizá-lo com outros direitos de igual relevância, como o de segurança.

Todavia, no exercício dessa prerrogativa, os Municípios se subordinam à Lei Federal nº 6.766/79, que no seu art. 22 determina que, desde a data do registro, as ruas, praças e espaços livres pertencentes ao loteamento passam a integrar o domínio do Município.

Dispõe expressamente o artigo 99, I, do Código Civil, que as ruas são bens públicos os de uso comum do povo.

Mas o Poder Público poderá conceder o direito real de uso do bem público ao particular, mediante a concessão.

Neste sentido, respeitando o direito de locomoção das pessoas, há lei municipal (Lei nº 1.503/03), regulamentada pelo Decreto nº 2.093/15, que autoriza a instalação de portarias em locais específicos, dentre os quais se enquadram os Bairros Fazenda Castelo e Vale do Sol, ressaltando que a referida legislação assegura a liberdade de locomoção de veículos e pessoas, tendo como único objetivo possibilitar maior segurança aos moradores locais (fls. 968/974).

Desta forma, o Município instituiu o loteamento fechado, com a ressalva de ser respeitado o livre acesso de pessoas e veículos, bastando o controle de entrada e saída, bem com a identificação na portaria. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Judicial n. 0005683-44.2015.8.26.0082 – Boituva).

Como dito na Decisão, Boituva apenas regulou algo que já era realidade não só naquele Município, mas em todo o Brasil, cumprindo seu papel de agente na organização do espaço urbano, o que reforça as palavras de Fernandes para quem *“a legislação urbana desempenha funções importantes tanto na produção como na estruturação do espaço social brasileiro, assim como na configuração das condições de vida no País”* (FERNANDES, (1998, p. 206). O Poder Judiciário expressamente reconheceu essa capacidade legiferante do Município, mas foi além ao afirmar a necessidade da existência desse tipo de organização urbana quando expressamente declara sobre a questão da segurança dos moradores.

Conquanto não se tenha cogitado diretamente a questão da função social da propriedade ou da cidade em si, entendendo-se como tal que o espaço urbano tenha que ser usado em favor da coletividade, não há dúvida que a legislação municipal aprovada buscou compatibilizar o interesse dos moradores do local. A cidade não foi

pensada como algo integrado, sendo a legislação urbana utilizada, nesta situação para segregar, separando “os bons dos maus”. Neste caso merece destaque as palavras de Maricato (2015, p 87): “*planejamento urbano para alguns, mercado para alguns, lei para alguns, cidadania para alguns... não se trata de direitos universais, mas privilégios para poucos*”. Foi produzida uma legislação municipal, de interesse local, mas que feria aspectos do marco federal (Lei 6766/1979), tanto que, posteriormente, foi editada legislação federal reconhecendo os loteamentos fechados – lei 13.465/17, artigo 78, §8º, demonstrando que o assunto era recorrente na esfera federal, desde os primeiros sinais do aparecimento desta modalidade de parcelamento do solo.

No caso do Processo n. 1012886-30.2015.8.26.0053 – Foro Central das Fazendas Públicas de São Paulo, em que pese a Ação não se referir diretamente ao tratado nesta pesquisa – moradia e função social da propriedade, mereceu destaque e análise, porque relata a interferência direta do Poder Judiciário na estrutura administrativa do Município de São Paulo, quanto às questões urbanísticas. A Ação foi proposta pelo Ministério Público contra o Município de São Paulo em função da não conclusão de processos administrativos instaurados entre 2003 e 2004 que versam sobre a regularização de edificações e que exigiriam fiscalização. Foi destacado na Sentença que mais de 15.000 processos aguardavam por mais de 10 anos para resolução, vindo ela a ser julgada para determinar a sua conclusão em 180 dias, sob pena de aplicação de multa. O Município apelou, mas o Acórdão manteve a Sentença de Primeiro Grau, assim afirmando:

Com efeito, o que se deduz da análise sistemática do arcabouço normativo acima reproduzido é que o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, diante da entrada em vigor do Plano Diretor em 13 de setembro de 2002 (o anterior, portanto), promulgou a Lei Municipal nº 13.558/2003, posteriormente alterada pela Lei Municipal nº 13.876/2004, com o fito de estabelecer regras tendentes à regularização de edificações construídas até a predita data de 13 de setembro de 2002 que estivessem em desacordo com a legislação de uso e ocupação do solo, sendo certo que sobredita norma veio a ser regulamentada pelo Decreto Estadual nº 45.324/04, o qual, por sua vez, fazendo remissão ao Código de Obras do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 11.228/92), estabeleceu que o prazo para análise dos pleitos de regularização de edificações formulados sob o manto da Lei Municipal nº 13.558/2003, com as alterações da Lei Municipal nº 13.876/2004, deveria ser, a rigor, de 120 (cento e vinte) dias, contados da protocolização.

...

Como se nota, portanto, do quadro fático trazido a lume, o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, inexoravelmente, não atendeu ao prazo legal de 120 (cento e vinte) dias para concluir os processos administrativos instaurados nos anos de 2003 e 2004 tendentes à regularização de edificações com escopo na Lei Municipal nº 13.558/2003, com as alterações da Lei Municipal nº 13.876/2004, sendo

inafastável a conclusão de que, passados mais de 10 (dez) anos, da protocolização de muitos desses processos (lembre-se, até meados de 2015 restavam ainda pendentes de conclusão mais de 15.000 processos), outra solução não cabia senão a intervenção judicial promovida pelo órgão ministerial a fim de compelir o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO a cumprir seu mister e dar cabo a todos os processos administrativos de que se trata, dando uma resposta à sociedade civil.” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Processo Judicial n. 1012886-30.2015.8.26.0053 – Foro Central das Fazendas Públicas de São Paulo).

Interessante observar que o Município, detentor de autonomia para a regulação e fiscalização do solo urbano, acabou por ser compelido a cumprir uma lei que ele mesmo criou. Nesse caso não se tratou de um conflito advindo de uma legislação proveniente de um outro ente federativo, mas sim, de uma situação originada dentro deste ente federativo, que não se mostrou capaz de atender a uma demanda que ele mesmo criou. Pode-se deduzir que a situação tenha sido originada por uma falta de planejamento, mas, também, por uma escolha política em não cumprir a legislação para regularização de imóveis, afinal a lei municipal, conquanto tenha estabelecido prazos, não estabeleceu nenhuma sanção pelo seu não cumprimento, o que em um sistema de classificação legal pode indicar que se trata de uma Lei Imperfeita, definida por Pereira(1997, p 72) como aquelas que *“não se fazem acompanhar da pena de nulidade do ato, nem de outra punição ao transgressor, procurando, entretanto, o legislador, por outros meios indiretos, obviar à sua contravenção”*, o que também acaba por levar ao que Neves entendeu como sendo a função do “direito”, o *“de reconhecer ideais que representam o oposto exato da conduta estabelecida”*. (NEVES, 2018, p. 26).

Fato é que o Poder Judiciário não considerou como algo ideal, como um objetivo a ser cumprido, mas sim que o estabelecido deveria ser cumprido, determinando a aplicação da lei municipal, com a culminação de sanção, no caso, multa pelo seu não cumprimento. Conforme afirma Fernandes (1998, p. 206), a legislação, no caso a legislação municipal, desempenha importante papel da configuração do espaço urbano, não podendo o Estado, fazer dela apenas um ideal e descumpri-la, de forma a tornar ainda mais complexa a situação urbana do Município – requerido.

Os Processos destacados demonstraram que o Tribunal procurou conformar sua Decisão a uma situação que já se apresentava e, mais uma vez, reconheceu o Poder Público Municipal como ente capaz de estabelecer a ordenação do solo urbano. No primeiro caso, irregular determinou a regularização de um núcleo consolidado, decorrente de uma situação envolvendo corrupção, no segundo,

consagrou a vontade do Município de São Paulo, independente das situações subjacentes e, no terceiro, independente do conflito de competência legiferante, reconheceu a capacidade Municipal de legislar sobre a questão dos loteamentos fechados e, por fim, determinou que o Município de São Paulo cumprisse sua própria Lei. Cabe observar que, nem sempre a questão da moradia prevaleceu, mas, sempre, uma determinação para que o município cumprisse com as suas prerrogativas voltadas ao ordenamento territorial. A função social da propriedade e da cidade está claramente presente nestas determinações do Tribunal, o que eleva o entendimento de que não há, para o Poder Judiciário, na figura do TJ, desconhecimento do que ela seja e, nem tampouco, incoerência nas formas de julgar. O que se tem são artifícios pelos quais o Tribunal exprime sua competência como julgador, pondo luz à responsabilidade do ente municipal, como executor. Os casos indicaram também um esforço interpretativo dos julgadores de forma a conformar as situações apresentadas à legislação existente, o que, mais uma vez, demonstra que o Tribunal de Justiça reconhece que as soluções para problemas envolvendo moradia e função social da propriedade pertencem a outros Poderes, como o Executivo e o Legislativo, notadamente na esfera Municipal.

### **3.4 O direito à moradia frente às Companhias Habitacionais**

Segundo Meyer (2014) há um grande déficit habitacional na sociedade brasileira que o mercado e os programas estatais não têm sido capazes de suprir, mas há ações estatais, implementadas por suas Companhias Habitacionais, a quem cabe a incumbência da construção e financiamento de moradia para as camadas mais baixas da população, apresentando o contrato firmado, algumas peculiaridades, como a impossibilidade de transferência do financiamento/imóvel para terceiros, sem anuência da Companhia Habitacional, antes que o contrato tenha se finalizado.

Neste subcapítulo foram analisados Acórdãos que tinham em um dos polos uma das Companhias Habitacionais do Estado de São Paulo, sendo identificado uma forte presença dos chamados “contratos de gaveta”, inadimplência dos mutuários, pedidos de usucapião de bem público e de concessão de uso especial para fins de moradia. Os números presentes nos Acórdãos, notadamente quanto ao tempo decorrido entre a ocupação do imóvel ou inadimplemento demonstraram que

o Poder Judiciário é tratado como última instância para a solução do conflito existente e que, como já afirmado no capítulo 2, o Tribunal de Justiça tem a maioria de suas decisões favoráveis a estas Companhias, em detrimento de quaisquer argumentos apresentados por mutuários e ocupantes dos imóveis.

Foram destacados processos que apresentaram questões peculiares referentes aos financiamentos públicos para obtenção de moradia e, também, os “contratos de gaveta”. Não se pretende, neste momento, proceder a uma análise aprofundada de questões relativas aos mutuários, que demandaria um estudo próprio, ante a complexidade do tema, mas apenas considerar a decisão do Tribunal de Justiça referente a essa questão.

Em uma Ação de Reintegração de Posse de uma Rescisão Contratual pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo contra os mutuários<sup>30</sup>, a Sentença em 1º grau julgou a Ação procedente, o que levou a interposição do Recurso de um dos requeridos, que alegou ocupar o imóvel desde 1987 sem qualquer oposição (a Ação foi interposta em 2004), pleiteando a usucapião, sem negar o inadimplemento. Para negar o pleiteado pelo Apelante, o Acórdão, que fundou seu pedido no longo período de permanência pacífica no imóvel, mesmo com o inadimplemento, mencionou os impeditivos legais da usucapião, apresentando, como principal fundamento, a política habitacional urbana, assim afirmando:

...todavia, bate-se pela ocorrência da usucapião e da impossibilidade de remoção dos moradores do imóvel em virtude do princípio da função social da propriedade. Com efeito, não lhe socorre o argumento. Admitir o inadimplemento dos negócios jurídicos firmados com a Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo viola os preceitos do programa habitacional desenvolvido, que atende ao interesse público.

Da mesma forma, o adimplemento integral da avença é necessário para que a autora possa continuar a exercer suas atividades, e a fomentar a construção de moradias populares. Se fosse permitido que todos aqueles que com ela contratam deixassem de pagar o preço acordado pelo negócio jurídico, pelos mais variados motivos, seu ônus financeiro seria demasiado, e impediria seu regular e eficiente Decerto a Constituição Federal garantiu o direito à moradia, que constitui garantia fundamental (art. 6º), pelo qual concretiza a dignidade da pessoa humana. Aliás, para este mister é que se implementa a política de acesso à moradia digna a preço subsidiado, por meio de pessoas jurídicas que integram o Sistema Financeiro da Habitação, como se verifica no caso em comento. Contudo, vale dizer, o imóvel objeto do compromisso de compra e venda é destinado à residência de famílias com baixa renda, apresentando, portanto, relevante finalidade social, sendo notório que a apelada trabalha com um sistema de inscrição de interessados, havendo inúmeras pessoas aguardando os sorteios das

---

<sup>30</sup> Processo n. 0025104-37.2004.8.26.0007 – São Paulo – Foro Regional de Itaquera

unidades habitacionais e, por este motivo, não há nem mesmo como se regularizar a situação dos ocupantes do imóvel, pois não seria possível lhes dar preferência em prejuízo dos demais inscritos (in TJSP, Apelação n. 0004488-47.2011.8.26.0637, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Percival Nogueira, j. 26/04/2012). (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Processo Judicial n. 0025104-37.2004.8.26.0007 – São Paulo – Foro Regional de Itaquera)

A finalidade social da política urbana habitacional foi usada como principal argumento para rechaçar o pedido do autor. Este Acórdão foi apresentado como emblemático porque representa muito dos julgados analisados, onde o Tribunal de Justiça reiteradamente decidiu pela rescisão contratual em virtude do inadimplemento, ainda que apresentados argumentos sobre a usucapião ou direito à moradia, o que demonstra que o Poder Judiciário Paulista prestigia e dá respaldo à política urbana habitacional existente no Estado, procurando não deixar quaisquer possibilidade para que aqueles que descumprem seu regramento venham a ser beneficiados.

No Processo n. 0048189-12.2010.8.26.0405 – OSASCO, mesmo considerando que a Ação não tenha como uma das partes uma Companhia Habitacional, mas sim o Município de Osasco, optou-se por incluí-la aqui porque se trata de implementação de Programa Habitacional de caráter social.

Trata-se de Ação de Manutenção de Posse interposta por pessoa contra o Município de Osasco argumentando que teria adquirido um imóvel (contrato de gaveta), integrante do Programa “Habitar Brasil BID” a preço de mercado, estando, portanto, de boa-fé, pleiteando apenas o direito de continuar a ocupá-lo. A Ação foi julgada improcedente pelo Juízo de 1º. Grau, o que levou a interposição do recurso. O Acórdão, ao decidir a questão, destacou que a condição para residir em imóvel de tal programa seria preencher as condições estabelecidas para tanto, assim constando:

Colhe-se que o imóvel objeto da controvérsia à parte do Projeto Habitar Brasil/BID e que, segundo consignado pela notificação enviada à autora pelo réu “a condição para sua ocupação é ser a demandada cadastrada da PMO, moradora de área em urbanização e bolsa aluguel” (f. 17).”

...

Nesse sentido, “A pessoa beneficiada com o uso privativo de bem público pode ser perturbada por atos de terceiros ou da própria Administração (...) Quando a perturbação decorre da própria Administração que conferiu o uso privativo, há que se distinguir se ela o faz legítima ou ilegitimamente (...) O que não existe, em qualquer das três modalidades de uso privativo autorizado, permitido ou concedido é a possibilidade de opor-se, o usuário, à revogação legítima do ato, quando a utilização revelar-se contrária ao interesse público.

...

Ressalte-se, não obstante, que não há prova de que a detentora anterior Ana Cristina, que pactuou com a autora - estava previamente cadastrada junto ao Projeto Habitar Brasil, pois o ofício expedido pela Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano da Prefeitura do Município de Osasco foi dirigido a Maria Ivonete dos Santos que se deduz tratar-se da permissionária - em 25 de junho de 2008 (f. 18), três meses antes da avença firmada pela ora apelante com terceira estranha à lide nominada Ana Cristina da Silva (fls. 10/13). Tal discussão é irrelevante, entretanto, tendo em vista que a entrega do controvertido bem público a particular se deu mediante permissão. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Processo Judicial n. 0048189-12.2010.8.26.0405 – OSASCO)

O fato de se tratar de programa de moradia social, cuja beneficiária original, que preenchia os requisitos para a sua ocupação e que o transferiu a outrem, dispondo do imóvel como se fosse sua proprietária teve especial relevância no julgamento, pois recebeu ela permissão de uso<sup>31</sup> de um bem público, porque preenchia alguns requisitos, mas mesmo assim, vindo ela a alienar o direito que havia obtido. É interessante observar que há uma intensa mobilidade social nos programas habitacionais, o que gera um verdadeiro mercado de transferência de imóveis decorrentes de tais programas, através dos chamados “contratos de gaveta”, comercializados muitas vezes, por preços ínfimos. Por mais que todo o sistema busque coibir esse tipo de situação, ela persiste e integra a realidade brasileira, circunstância essa constatada pelo grande número de Acórdãos que trataram do tema, encontrados durante o levantamento das Decisões.

Também se observou que o Acórdão, para manter a improcedência da Ação enfrentou e contestou pura e simplesmente a questão de se tratar de permissão de uso de bem público, ato precário, que pode ser revogado a qualquer instante pelo Poder Público, não adentrando a outros temas como direito à moradia ou função social da propriedade. No entanto, não resta dúvida que esse único argumento, considerando a natureza da permissão é suficiente para rechaçar a pretensão do adquirente, prevalecendo sobre os demais argumentos.

Conquanto a tendência do Tribunal de Justiça seja pelo reconhecimento da ilicitude, dos “contratos de gaveta”, excepcionalmente há casos onde se reconhece pela legalidade da avença, pois, como afirma Falcão há uma “*flexibilidade interpretativa*” (FALCÃO, 2008, p. 111) dentro da Justiça brasileira, não destoando, quanto a esse aspecto, o Tribunal Paulista dos demais.

---

<sup>31</sup> “Segundo Hely Lopes Meirelles, ‘permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidos pela Administração.’ Guimarães, 2016.

No Acórdão de que trata o Processo n. 0004672-97.2011.8.26. 0541 – Santa Fé do Sul, o Tribunal manteve a Sentença de forma a garantir que o imóvel fosse transferido aos ocupantes, estranhos aos tipos de contratos originais firmados com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbana (CDHU). Nos argumentos da decisão consta o fato de se tratar de situação consolidada pelo tempo e que não há provas de que os apelados não tenham o perfil dos mutuários da CDHU, além de que os “contratos de gaveta” são uma realidade que não pode ser ignorada, tendo dito:

A existência de negócio jurídico informal (Contrato de Gaveta) é uma realidade que não pode ser ignorada. Reconhecendo a dinâmica da vida, a Lei Estadual 12.276, de 21 de Fevereiro de 2006, regulamentada pelo Decreto-Lei 51.241, de 3 de novembro de 2006, reconheceu a possibilidade de alienação dos direitos relacionados ao imóvel adquiridos da CDHU, desde que fosse o novo adquirente pessoa física, ter decorrido dois anos da assinatura do contrato de financiamento e estarem as prestações do financiamento regularmente pagas.

...

Não há nestes autos qualquer notícia de que os adquirentes dos direitos não preencham estes requisitos, de forma que a anuência da CDHU, que é um ato vinculado e não discricionário, já deveria ter sido realizada.

...

A vida como já coloquei é dinâmica e desde que as cessões ocorram sem prejuízo do propósito social da moradia, como neste caso concreto, de rigor a sua regularização e reconhecimento. (in Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 0004672-97.2011.8.26. 0541 – Santa Fé do Sul)

O Tribunal reconheceu o dinamismo das relações sociais e, também, considerou a situação dos adquirentes do imóvel para fundamentar sua decisão, não adentrando em outras questões tão presentes em Acórdãos do mesmo tipo analisados, como a necessidade de respeito ao princípio da isonomia, considerada em programas habitacionais, como a regra de se inscrever e participar de sorteio para a aquisição do imóvel, ou mesmo, quanto à questão da função social da propriedade nesse tipo de programa, usado como uma das justificativas em outros julgados para negar os “contratos de gaveta”. Restou pura e simplesmente o fato de se tratar de situação consolidada e os ocupantes apresentarem perfil para participação desse tipo de programa social.

Não há dúvida, tanto do ponto de vista qualitativo, como quantitativo, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consagra a política de fornecimento de moradias para a população mais pobre, através das Companhias Habitacionais existentes no Estado. No entanto, a questão dos “contratos de gaveta” apesar de ser considerada nula pelo Tribunal, diante do grande número de transferências de

imóveis instrumentalizadas por esse tipo de avença, as Companhias Habitacionais foram obrigadas a estabelecer regras para dar solução ao problema, trazendo condições para a regularização dos imóveis. Ainda que juridicamente estes instrumentos, em geral, não sejam considerados, há, do ponto de vista administrativo, caminhos para sua regularização, o que mais uma vez, comprova que a solução das questões não é oferecida pelo Poder Judiciário, que ressalta esta responsabilidade para os entes executores da política habitacional, sem complexificar o significado social e econômico desta política.

Conquanto sejam, em geral, desconsiderados como formas adequadas de transferência, estes tipos de contratos, expressam a vontade das partes e tem caráter econômico, só não se enquadrando na ideia de contrato apenas em virtude da licitude, um de seus atributos, conforme conceito de Fiuza:

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão geral e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas de Direito Privado, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana. (Fiuza, 2015, p. 524)

No entanto, não se pode ignorar que no reconhecimento da ilicitude dos “contratos de gaveta” também se mostram presentes conflitos entre o passado e o presente. Pela principiologia clássica, há entre outros o “Princípio da Liberdade de Contratar” que hoje é mitigado pelo “Princípio da Função Social do Contrato” (Fiuza, 2015). Ou seja, nesse tipo de relação, há dois pactos, um relacionado àquele firmado pelo mutuário com a Companhia Habitacional e outro com o adquirente do imóvel, cabendo ao Tribunal decidir qual é o “negócio melhor” compreendendo, neste caso, que o contrato a ser prestigiado é aquele estabelecido no âmbito do Programa Habitacional. Mas, também, não se pode ignorar que os “contratos de gaveta” apresentam duas vertentes: podem ser vistos como uma forma de entregar ao mercado imóveis construídos em áreas que após a implantação do empreendimento social se valorizaram, com a chegada de diversos equipamentos urbanos, e por outro lado, como uma forma de segregar um segmento da sociedade, reservando às camadas mais baixas da população, determinados lugares, em sua maioria distantes da região central das cidades. Fato é que independente do ângulo que se olhe, os “contratos de gaveta” são produtos da sociedade e só existem

porque, nestes casos vinculados a programas habitacionais, a população beneficiária nem sempre quer permanecer no local que lhe foi destinado, considerando a própria dinâmica inerente à instabilidade da vida contemporânea e do mundo do trabalho. .

É possível, por um lado, supor que há má fé na condução destes processos, em que parte da população beneficiária se utiliza do bem em aquisição para explorá-lo como mercadoria a ser comercializada a partir de uma negociação informal (contrato de gaveta), obtendo valores monetários em troca. Os elementos, vestígios e evidências coletadas no conjunto processual deveria possibilitar esta interpretação. Mas, em tantos casos registrados, será possível também encontrar outras situações ligadas à própria inadaptação das famílias ao novo habitat ou até mesmo a impossibilidade de se manter financeiramente diante dos novos compromissos assumidos. Populações de diversos perfis de renda entram no campo de disputas, mas a população mais vulnerável é sempre mais prejudicada diante das pressões que são exercidas sobre ela. O que se nota, sobretudo a partir da análise de alguns destes casos, é que há uma disputa pela moradia de interesse social que passa pelas práticas de mercado, utilizando-se da produção estatal, muitas vezes de difícil solução jurídica. Os chamados “contratos de gaveta”, não são reconhecidos pelo Tribunal, por entender que esse tipo de avença fere o princípio da isonomia, pois se trata de uma forma de burlar as regras do sistema. Ao mesmo tempo, ao zelar pela garantia de que as moradias sociais sejam direcionadas para um perfil populacional de baixa renda, as Companhias Habitacionais dificultam a mobilidade da população moradora, que possui mais limitações para buscar outras formas de morar. Neste sentido, o Estado permanece como “eterno” tutor dos mutuários, já que os contratos são firmados para longos prazos, impedindo que as famílias tenham alternativas para além do que lhes foi concedido. Trata-se de um sistema público que se utiliza dos mecanismos de mercado (compra e venda), híbrido, portanto, em que os mecanismos das negociações capitalistas ficam restritas aos postulados pelo programa estatal. Quanto às discussões realizadas em ações interpostas pelos mutuários ou ocupantes dos imóveis referente a pedido de usucapião ou concessão do direito de moradia, o Poder Judiciário deixa claro em suas Decisões que esses imóveis têm finalidade pública, já que integrantes de um Programa Habitacional, que possui regras, entre as quais a contraprestação pela moradia e a submissão aos mecanismos para sua aquisição.

Isto posto, vale compreender que o regime de propriedade privada (e suas interfaces) permanece hegemônico na esfera pública e do Poder Judiciário, reforçando-o no sistema de comercialização e controle das unidades habitacionais produzidas. O direito à propriedade (que dificilmente se efetiva para a população mais vulnerável) se sobrepõe ao direito à posse, que poderia ser uma maneira alternativa de dar maior mobilidade à população de baixa renda. A função social da propriedade, na visão do Tribunal, se faz mediante um controle restrito da política habitacional por seus órgãos promotores, vinculando, portanto, que esta função, na trajetória da conquista pelo direito à moradia, passa necessariamente, pela aquisição da propriedade, mesmo que a partir de programas públicos.

Como pode ser observado, o presente capítulo procurou apresentar uma amostra das Decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em processos que discutiram moradia e função social da propriedade. Foram escolhidos casos que trataram de ocupação de áreas públicas, ocupação de áreas privadas, ocupações de áreas com restrição ambiental, além de processos em que se discutiram questões urbanísticas e Ações relacionadas à Companhias Habitacionais.

Nas ocupações de áreas públicas os Acórdãos indicaram uma posição mais flexível do Tribunal, procurando manter as ocupações em áreas já consolidadas, não contrário dos casos de ocupações em áreas privadas, nas quais se observou que, na grande maioria os Acórdãos, os proprietários foram os maiores vencedores. Em princípio, pode-se inferir que há uma visão voltada para a proteção da propriedade, em detrimento do cumprimento da sua função social. No entanto, uma análise mais aprofundada dos Acórdãos comprovam que a questão ultrapassa a dicotomia propriedade/função social, ficando claro que o Tribunal de Justiça consagra a responsabilidade do Poder Público Municipal pela garantia do direito à moradia e cumprimento da função social da propriedade. Assim é que esta relação entre função social da propriedade e direito à moradia está intimamente ligada ao papel dos entes executores das políticas, em especial o município, responsável pela execução do ordenamento territorial.

A visão da responsabilização dos Municípios também se faz presente quando se discutem questões ambientais, pois apesar de muitos argumentos apresentados indicarem uma contraposição entre meio ambiente e moradia, o que pode ser considerada uma falsa dicotomia já que as assimetrias de renda tão profundas na

sociedade brasileira empurra a população mais vulnerável para as áreas ambientalmente frágeis, questão que não passa apenas pelos aspectos eminentemente protetivos, mas a partir de um reequilíbrio nas condições de acesso à terra urbanizada e à moradia. .

Quanto às questões urbanísticas, a responsabilidade municipal é inerente ao tema, mas nesses Acórdãos ficou claro que o Tribunal de Justiça procurou respaldar a postura adotada pelos Municípios, ainda que isso tivesse diversas implicações de ordem social e administrativa, como ficou claro na demolição dos edifícios São Vito e Mercurio e, também, na determinação de cumprimento da Lei do Município de São Paulo.

Em relação programas de fornecimento de moradias pelas Companhias Habitacionais, o Tribunal consagra as regras dos programas, combatendo inadimplementos, “contratos de gaveta” e ocupações irregulares, mostrando-se defensor da política pública existente, ainda que os “contratos de gaveta” sejam uma realidade que não pode ser ignorada, a demonstrar pela própria atitude das Companhias Habitacionais em editar regras para sua regularização, comprovando assim que a questão ultrapassa os limites da lei. Esta questão parece estar mais presente no campo da luta pela moradia, diante dos impasses revelados pela impossibilidade de atender ao déficit habitacional existente e da omissão do Estado em perceber a dinâmica que se opera nas moradias sociais, frente às instabilidades vividas pela população.

Os casos aqui analisados demonstram que não há uma uniformidade nas decisões proferidas pelo Tribunal, ora se inclinando a defender a manutenção da população em áreas já ocupadas, ora determinando a utilização de imóveis para outras finalidades, que não a moradia. Embora isto crie uma dificuldade em tentar circunscrever um posicionamento mais coeso, que apontaria para uma conclusão mais simples, objetiva e direta sobre a visão do Tribunal de Justiça na relação entre função social da propriedade e direito à moradia, é possível traçar alguns caminhos interpretativos, como se fez acima.

Esta relação, que se buscou observar nos objetos julgados evidencia que, por ora, o Tribunal afasta a propriedade particular de qualquer intento de fazê-la participar, por qualquer das vias existentes, do cumprimento do princípio constitucional, como defendem os urbanistas ao tratar da retenção especulativa da terra urbanizada. Aqui, há um horizonte restrito, pois em uma sociedade capitalista,

com as especificidades da que temos no Brasil, já está consolidado que a propriedade é, não só, um bem patrimonial físico com um valor de uso intrínseco, mas também um bem com inerente valor de troca, para a qual, torna-se irrefutável o seu destino hereditário. Assim é que sua ociosidade não parece ser vista como um problema, tanto que até mesmo a diferença entre posse velha e posse nova parece não fazer muita diferença em vários dos casos de reintegração de posse analisados. Neste aspecto, o Tribunal tem trabalhado com a rapidez necessária ante os perigos da aplicação da usucapião. Este é um indicativo do porquê, no Brasil, o instituto da usucapião coletiva teve pouco sucesso. A função social da propriedade não se configura como forma jurídica cunhada apenas pelo valor de uso da propriedade, na medida em que a própria natureza especulativa da terra está condicionada pelo sistema e empurra o bem imóvel para participar da indústria imobiliária, sem qualquer óbice. A atuação do poder público em seus programas habitacionais é, ao que parece ser, neste sentido a via que pode unificar função social da propriedade e o direito à moradia, o que aponta para uma operação necessária em que o poder executivo é o intermediador para converter a propriedade a uma destinação social e coletiva, o que ocorre apenas e tão somente a partir de uma política de Estado, utilizando-se a propriedade pública para isso, ainda que, nem sempre para uma finalidade habitacional. Os mecanismos e as regras, que passam necessariamente pelas vias da relação produção – consumo estendem o horizonte privatista da propriedade, mesmo nos programas habitacionais, cuja forma de ingresso daqueles, mesmo os mais vulneráveis, é a aquisição. Plasma-se aí o horizonte do direito, sem que se contemple qualquer extravio dos meios formais. Neste caso a propriedade, para aquele que também a adquire, não presta para os meios especulativos, devendo cumprir sua natureza social.

## CAPÍTULO 4

### **A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO QUANTO AO DIREITO À MORADIA EM CONEXÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DIANTE DA DOUTRINA JURÍDICA E DOS NÃO INTEGRANTES DO UNIVERSO LEGAL.**

Ao longo desta pesquisa procurou-se identificar a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto ao direito à moradia em conexão com a função social da propriedade. Como já apresentado no capítulo 3 foram categorizadas seis situações: ocupações de áreas públicas, ocupações de áreas privadas, direito à moradia e meio ambiente, direito à moradia perante a ordem urbanística e direito à moradia perante as Companhias Habitacionais Públicas. Em todas as categorias analisadas encontrou-se um forte viés conservador sobre a visão de propriedade, que na verdade apenas reflete o posicionamento do Tribunal de não agir diretamente na implementação das políticas públicas relacionadas à moradia, que tem forte conexão com o cumprimento da função social da propriedade. O Tribunal de Justiça reconhece o direito à moradia e o dever do cumprimento da função social da propriedade, mas deixa claro, ao interpretar e aplicar a legislação vigente, progressista, que esta função não é da sociedade como um todo, mas sim do Estado, notadamente, dos Municípios.

Este capítulo tem como objetivo, traçar um paralelo entre o que dizem os Juristas e os estudiosos do Urbanismo, de forma a compreender o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já demonstrado nos capítulos anteriores. Para tanto, inicialmente se buscou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, sobre o direito à moradia e cumprimento da função social da propriedade, depois dele, os Juristas, sendo escolhidos aqueles mais indicados para estudos para Concursos Públicos para a Magistratura e, também, que tenham sido referência na formação dos demais, como é o caso de José Afonso da Silva, doutrinador do Direito Constitucional e Direito Urbanístico e que sejam estudiosos do direito à moradia e do cumprimento da função social da propriedade, como é o caso de Edésio Fernandes e Jacques Alfonsin.

Entre os não juristas, foi necessário para a compreensão da dinâmica urbana em contraponto com o decidido pelo Tribunal Paulista, recorrer aos estudiosos do

tema e, também, dos processos de exclusão, como Ermínia Maricato, Flávio Vilaça, James Holston, Jessé de Souza, David Harvey, Boaventura de Souza Santos e outros. Da junção das duas visões foi possível compreender que o Poder Judiciário é apenas um instrumento de toda uma dinâmica social e política, que ultrapassa a questão da pura e simples aplicação da Lei.

#### **4.1 – O direito à moradia e a função social da propriedade interpretados pelo Supremo Tribunal Federal (STF)**

Constitucionalmente o guardião da Constituição Federal e, por excelência, seu intérprete, é o Supremo Tribunal Federal. Ainda que se trate da interpretação dada pelo principal Tribunal brasileiro e, do ponto de vista técnico, compreende-se como uma interpretação jurisprudencial<sup>32</sup>, sua visão, que deve nortear os julgadores do resto do país, serve também, como instrumento para combater muitas decisões contrárias e, até mesmo como fundamento para que recursos consigam ser analisados pelo Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) tratando-a, nesta pesquisa como uma das faces da “Doutrina Jurídica”.

Apesar da Constituição Federal tratar da função social da propriedade em diversos dispositivos (art. 5º XXIII, art. 170, III e art. 182, §2º.) o Supremo Tribunal Federal ainda não proferiu nenhuma decisão capaz de obrigar seu cumprimento na esfera do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, como seria no caso de julgamento de casos convertidos em Súmula Vinculante, tendo sido encontradas algumas decisões tratando diretamente do tema, notadamente quanto à sua previsão constante do artigo 5º., XXIII.

Em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>33</sup>, de relatoria do Ministro Celso de Mello, apesar do caso se referir a imóvel rural, o conceito da função social da propriedade mostrou-se diretamente ligado ao que foi objeto desta pesquisa. No julgado coletado apesar de não ser definido o que é função social da

---

<sup>32</sup> Jurisprudência: “O termo jurisprudência desdobrou-se, com o tempo, em vários significados análogos. Designava-se – como ainda designa – a própria ciência do direito, a especulação científica. É empregado, também, no sentido de orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes. No Brasil, o termo é empregado neste último sentido, sendo a jurisprudência, entre nós, uma fonte secundária do direito, embora não prevista, expressamente na LICC”. Acquaviva, 2000

<sup>33</sup> “Ação para obter do STF declaração de inconstitucionalidade de lei em tese ou de ato normativo”. Guimarães, 2016.

propriedade, foi reconhecido que a propriedade não tem caráter absoluto, conforme se observa abaixo:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. [ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, *DJ* de 23-4-2004.] = MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-6-2010, P, *DJE* de 13-8-2010

Como já apresentado nos capítulos 2 e 3 desta pesquisa quando o julgador trata de função social da propriedade, propriedade e direito à moradia e ambas as partes pertencem à sociedade civil, notadamente, o dono da terra, há uma tendência em se relegar o princípio como secundário ou até mesmo inexistente. Aliás, em confronto com tal decisão merece destaque as palavras do julgador da Ação n. Processo. n. 1064054-95.2013.8.26.0100, no qual ele expressamente declara que:

De outra sorte, almeja-se desconstituir o viés privatista da propriedade fruto dos direitos reais em prognose ideológica.

Procura-se impingir no debate a bandeira de Otto Von Gierke (*La función del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española. 1904) que enaltece a profissão de fé de estar o Direito Privado impregnado por uma gota do socialismo.

...

Na hipótese, o falacioso intuito de reintegração não comunga com a possibilidade da posse cumprir uma função social.

Isto porque à posse dado seu caráter fático não poderia ser deferida uma funcionalização, mormente em razão do estabelecimento de liame sequer jurídico entre o possuidor e o bem.

Se não bastasse, a espécie muito menos cumpre a vocação primeira da terra na acepção de geradora de riqueza.

Deixa-se de vislumbrar direito subjetivo ao não-proprietário pela consecução da chamada vida digna, lastreada em patrimônio mínimo, vetor da existência autônoma.

Por fim, como bem ressaltou o culto Desembargador Torres de Carvalho em recurso de agravo em que são partes a Prefeitura Municipal de São Paulo e a “Frente de Luta por Moradia”, “os direitos assegurados na Constituição Federal, no caso o direito à moradia e o direito de propriedade, não colidem; são complementares, concordantes e exercidos nos termos da lei. Não se vê na Carta qualquer dispositivo que assegure o direito de apropriação de bem de outrem, público ou particular; nem permissão para que o exercício de direito se faça com prejuízo de outro direito. É um caminho perigoso; pois a ilegalidade é um caminho sem fim e dela não nasce direito, nem se pode desprezar a imensa maioria da população, também carente, que respeita a lei e o direito alheio. (Agravo de Instrumento 0030588-73.2012.8.26.0000/São Paulo; 10ª Câmara de Direito Público; julg. em 26/3/12; V.U.).

Nesta tese, proferida no Agravo acima, não haveria conflito entre direito de propriedade e direito à moradia, já que seriam complementares e concordantes no

exercício da lei. Por outro lado, discursa-se contundentemente que a propriedade não pode ser afetada pela apropriação de um terceiro, sendo um caminho perigoso e ilegal, inserindo-a plenamente como um bem lucrativo: “*vocação primeira da terra na acepção de geradora de riqueza*”. Aceder a propriedade ao seu caráter econômico, gerador de riqueza aponta para a ideia de que, o espaço produzido, no caso, a terra urbanizada é, de fato, um fator que exclui aqueles que não possuem renda para adquiri-la, o que se complementa com a ideia de que o exercício da posse não é, por si, uma forma de cumprimento da função social, não havendo um liame jurídico entre o possuidor e o bem. Cabe notar que, neste caso, a compreensão é restrita à terra produzida como um bem econômico, juridicamente formalizada, sem que ela seja circunstanciada em contexto mais amplo da sociedade capitalista, que não produz riqueza para todos e cujas informalidades no trato da terra são mais regras que exceção, determinando assim, que a terra ficaria, em decorrência, excluída para todos aqueles que não podem obtê-la para estes fins, pois não produzem riqueza. O efeito liberal deste pensamento associa-se a um darwinismo social, postulando aos indivíduos que não têm propriedade, ou, não exercem as funções econômicas ditadas por sua acepção, o ostracismo, a exclusão ou a eliminação. A terra então é vista como um produto econômico, e não como um bem vital para a sobrevivência humana, assim como é o ar, a água e o alimento. Este posicionamento busca estabelecer então uma consistência nos argumentos ao atribuir menos valor ao caráter fático, a posse, do que ao caráter jurídico, no caso a propriedade. Afasta as possibilidades de que a função social possa ser cumprida pelo exercício da posse, desassociando-se as duas categorias, algo que já foi legalmente superado com a criação de institutos que passaram a estabilizar o direito de posse a partir de concessões, como é o caso da Concessão de Uso Especial pra fins de Moradia. Por este Agravo, é possível notar, portanto, que o entendimento da terra como um bem econômico distorce todas as várias formas que possibilitam a população a se fixar em algum lugar.

Quanto ao direito à moradia, textualmente, só foi inserido na Constituição Federal em seu artigo 6º, como direito social, no ano de 2000, através da Emenda Constitucional n. 26, apesar de garantido já no texto originário, constando do artigo 23, IX ser dever da União, Estados e Município prover moradias. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o direito à moradia, previsto no caput do artigo

6º, em um Agravo em Recurso Extraordinário<sup>34</sup>, recurso sem efeitos contra todos, como é o caso das decisões proferidas em Recurso Extraordinário com repercussão geral, estando seu julgado em sintonia com as diversas decisões do Tribunal de Justiça Paulista, que atribui ao Poder Público Municipal a responsabilidade pela garantia do direito à moradia. Nesse sentido:

Direito fundamental à moradia. Imóvel público. Loteamento irregular. Inércia do poder público. (...) O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. [ARE 908.144-AgR, rel. min. Edson Fachin, j. 17-8-2018, 2ª T, DJE de 27-8-2018.]

O julgado do Supremo Tribunal Federal apesar de se referir formalmente ao artigo 6º caput da Constituição Federal trata da competência para que seja garantido o direito à moradia, no caso, do artigo 23, IX, nas atribuições do Poder Público, entendendo que compete ao Estado a garantia de tal direito, não adentrando a Ementa do Acórdão a interface existente entre função social da propriedade ou direito à moradia, o que nos Acórdãos analisados se mostrou muito presente, algo que não é acompanhado com a tese de que o caminho é o princípio da função social. Apesar do Supremo Tribunal Federal se posicionar pelo caráter não absoluto da terra, em um segundo momento a Ementa destaca que compete ao Poder Público, adotar mecanismos para seu cumprimento e que não compete ao Poder Judiciário estabelecer qualquer medida que seja no sentido de consagrá-la. Sob esse aspecto, em muito convergem as Decisões do Tribunal Paulista com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já que, notadamente, quanto à propriedade privada, não se adotou posicionamento de manutenção das pessoas em áreas ocupadas, mesmo quando demonstrado que a área não apresentava qualquer utilidade.

---

<sup>34</sup> “é recurso de competência do STF, nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.” Guimarães, 2016.

Abreu (2014, p. 214) destaca que há “*divergência entre a prática judicial e o discurso normativo*”, situação esta que se confirmou com a análise das Decisões proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O mesmo autor destaca que o Poder Judiciário do Estado de São Paulo tem seu posicionamento calcado na ideia de uma propriedade formal, calcada em um modelo que remonta aos anos de 1864, mantido pelo Código Civil de 1916, pela Lei dos Registros Públicos de 1973 e pelo Código Civil de 2002, para quem proprietário é quem registra a terra como sua (2014, p. 222), situação esta que não se faz presente apenas no Tribunal Paulista, mas também em outros Tribunais.

Milano (2017, p. 2052) cita Decisão proferida em Ação de Reintegração de Posse que tramitou pela Justiça do Rio Grande do Sul cujos fundamentos em nada diferem daqueles ditos pelo Tribunal Paulista (Agravo Interno n. 70062200100, 2014), afirmando ela que um dos discursos interpretativos dos Tribunais é no sentido de que o direito à moradia é norma programática, o que o torna carente de eficácia material. A pesquisa da autora acima demonstra que os Tribunais não são dissonantes quando se trata de discutir direito à moradia, o que comprova que a sociedade brasileira está fortemente estruturada na ideia da propriedade como inerente à sua função.

Assim é que a função social, como entidade jurídica real não é simplesmente ignorada pelo Supremo, sendo observada como vinculante restritivamente às limitações administrativas, que a propriedade possui, distorcendo-se o princípio, que vai além desta concepção civilista:

O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República – arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184. [MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-6-2010, P, DJE de 13-8-2010.] (in <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>)

A inexistência de qualquer indenização sobre a parcela de cobertura vegetal sujeita a preservação permanente implica violação aos postulados que asseguram o direito de propriedade e a justa indenização (CF, art. 5º, XXII e XXIV). [RE 267.817, rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-10-2002, 2ª T, DJ de 29-11-2002.] = RE 114.682, rel. min. Octavio Gallotti, j. 5-11-1991, 1ª T, DJ de 13-12-1991 = RE 134.297, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-1995, 1ª T, DJ de 22-9-1995 in <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>

Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público. [RE 140.436, rel. min. Carlos Velloso, j. 25-5-1999, 2ª T, DJ de 6-8-

1999.] = AI 526.272 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 1º-2-2011, 2ª T, DJE de 22-2-2011

Os três depoimentos acima confirmam a acepção da propriedade como bem econômico e, nestes termos, associado à sua função social. Assim é que para que pudesse cumprir este princípio, teria que passar pela justa indenização, no caso das áreas de proteção permanente ou quando há restrições administrativas, para ter algum valor de mercado ou potencializador da reprodução do capital. São nestes termos que a propriedade perderia sua natureza absoluta, sob intermediação do sistema de recompensa monetária.

#### **4.2 – O direito à moradia e a função social da propriedade na interpretação dada pela Doutrina Jurídica Brasileira:**

Primeiramente cumpre informar que a escolha dos autores para análise da Doutrina Jurídica, se deu com base nas indicações da maioria dos cursinhos preparatórios para Concursos Públicos da Magistratura e Ministério Público, o que leva a conclusão que servirão como instrumentos para Juízes e Desembargadores na hora de decidir e, também, no seu processo de formação de convicção, que se inicia antes do conhecimento do caso concreto, ainda na fase de elaboração de conceitos técnicos.

Nassar (2011, p. 41) esclarece que compete à Doutrina Jurídica uma reflexão mais profunda sobre o tema “direito à moradia”, sendo ela uma facilitadora do trabalho dos julgadores, havendo um grande distanciamento entre o que dizem os “experts” em direito à moradia/direitos fundamentais e a realidade encontrada, o que acaba por refletir nas Decisões referentes ao tema, afirmando ele (2011, p. 42):

Os doutrinadores que escrevem sobre o tema parecem desconhecer os problemas reais que envolvem o direito à moradia dos brasileiros e que desencadeiam os problemas jurídicos relacionadas à implementação desse direito. Em razão disso, a teoria produzida se converte em um exercício vão de conceitos etéreos tais como a dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e igualdade. Já a prática, “por não encontrar respostas na teoria, volta-se para si mesma, em um processo de contínua auto-referência (RODRIGUEZ JR, 2010, p. 97).

O que é dito por Nassar acaba por se confirmar nas Decisões analisadas, já que são argumentos estreitos, sem ligação com a realidade ou que possam ter efeitos práticos para solução de conflitos sociais decorrentes da luta pela terra urbanizada e moradia, situação esta que também se observou nos julgados pelo

Supremo Tribunal Federal acima citados. Na grande maioria dos casos o Poder Judiciário transfere a responsabilidade pelo implemento do cumprimento da função social da propriedade a outras esferas de Poder, afirmando apenas que cabe “aos Municípios” ou “ao Poder Executivo” ou “ao Estado” garantir moradia e tomar medidas para o cumprimento da função social da propriedade.

Quanto a ideia de uma propriedade absoluta, confrontando doutrinadores civilistas que trataram da questão na vigência do Código Civil de 2002 como no de 1916 há pouca diferenciação, conforme pode ser observado abaixo. Pereira (1997, p. 68), discorrendo sobre Direito das Coisas de acordo com o Código Civil de 1916, já sob a vigência da Constituição de 1988, trata da função social da propriedade, assim afirmando ele:

Dentro da variedade de explicações, com vocabulário mais ou menos rico, uma observação ressalta com a força de uma constante: reconhecendo embora o direito de propriedade, a ordem jurídica abandonou a passividade que guardava entre os conflitos de interesses e passou a intervir, séria e severamente, no propósito de promover o bem comum, que é uma das finalidades da lei, e ainda assegurar a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos...”(PEREIRA,1997, p. 68)

Fiuza (2015, p. 971) discorreu sobre função social da propriedade, na vigência do Código Civil de 2002, tendo afirmado ele:

Por função social da propriedade entenda-se a função que o dono deve atribuir às suas coisas, ao exercer seus direitos sobre elas, basicamente, ao usar, ao fruir e ao dispor. Essa função deve ser, na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade (FIUZA, 2015, p. 971).

Gonçalves (2019, p. 239) não define função social da propriedade, apresentando um breve conceito sobre o tema, reportando-se aos dispositivos legais e ao autor Duguit:

Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder. (GONÇALVEZ, 2019, p. 239)

Todos os autores citados são unânimes em afirmar que o cumprimento da função social da propriedade se dá com a busca do bem comum, sem aprofundamento do tema que indique como tal princípio poderá ser implementado, sem apontar caminhos. Entre os três juristas apontados, o que se mostrou mais alinhado ao pensamento progressista foi Pereira, que se manifestou sobre o tema na

vigência do Código Civil de 1916, ao defender o abandono da passividade para intervir no bem comum. No entanto, não foi essa visão que se observou nos posicionamentos do Tribunal de Justiça Paulista, já que não se constatou uma ação efetiva no sentido de determinar que o direito à moradia deva decorrer do bom aproveitamento da propriedade e que todos, sociedade civil e Estado, têm o dever de garantir seu cumprimento.

Evidenciando o seu caráter puramente econômico, que se confirmou com o posicionamento da Suprema Corte, mesmo o imóvel abandonado, não utilizado não pode ser passível de ocupação para a moradia de pessoas alheias ao seu universo de pertencimento. Assim é que, por indeterminações ou ideias evasivas e pouco concretas no campo da doutrina, o postulado nas decisões acaba por perpetuar um ideário restrito ao cenário do início do século XX. Quando se trata de defesa do direito absoluto da propriedade, entretanto, as afirmações parecem ser mais assertivas.

Já as palavras de Fiuza (2015, p. 971) mostram um viés vinculado à ideia de propriedade absoluta quando afirma ele que a função social da propriedade deve ser buscada *“na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade”*. O mesmo autor, esclarece que cabe ao Estado incentivar condutas úteis à coletividade, *“não se preocupando em sancionar condutas que firam a estrutura do direito”*. As palavras deste Civilista demonstram claramente o caminho tomado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não toma nenhuma medida sancionatória em face de situações que demonstram claramente que a propriedade não está sendo utilizada, como foram alguns casos citados no capítulo 3, transferindo aos outros Poderes a responsabilidade de implementar o dever de dar utilidade à propriedade imobiliária urbana.

A Doutrina Constitucional por sua vez também não distoa dos civilistas, apresentando conceitos abstratos de função social da propriedade, já que não indicam caminhos a ser seguidos, como poderá ser alcançado, o que se vislumbra quando se discutem outros direitos, como é caso do direito à liberdade e o acesso à informação, havendo inúmeros trabalhos discorrendo amplamente sobre outros direitos sociais, como saúde e educação.

Da Silva (2017, p. 285), em Doutrina sobre Direito Constitucional, discorre sobre a evolução da função social da propriedade, apresentando-lhe atributos, conforme afirma: *“Enfim, a função social se manifesta na própria configuração*

*estrutural do direito de propriedade, pondo-se, concretamente, como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.* O mesmo autor, em obra sobre o Direito Urbanístico (2015, p. 76), aprofunda alguns aspectos da questão, dizendo que tem que haver uma harmonização entre direitos privados e coletivos, mas não esclarece como isso poderá ser alcançado ou a quem caberá tal tarefa:

É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito” (Da Silva, 2015, p. 285)

Mais à frente o autor menciona expressamente que a “*atividade urbanística constitui uma função pública da administração*”, ideia que está presente nos Acórdãos analisados, já que muitas decisões reconheceram e atribuíram responsabilidades aos Municípios (Poder Público). Lenza (2010, p. 766) não define função social da propriedade, mas apenas afirma que caso a propriedade não esteja cumprindo com sua função social poderá ser desapropriada, através da “*desapropriação-sanção*”, última medida a ser adotada, disponibilizando o Estatuto da Cidade outras medidas menos gravosas capazes de obrigar o proprietário a dar utilidade ao seu bem. Mendes et all (2009, p. 482 e 483) afirmam que o cumprimento da função social da propriedade não coloca a propriedade à disposição do Estado ou da comunidade e vai além, exprimindo o autor muitas visões observadas nos Acórdãos, podendo ser considerado, assim, como um dos vetores interpretativos na aplicação da legislação presente no Tribunal Paulista:

Não existe, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico

...

Vê-se, pois, que o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição de conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o núcleo essencial do direito de propriedade, constituído pela utilidade privada e, fundamentalmente, pelo poder de disposição. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de coloca-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado e da comunidade (Mendes et all, 2009, p. 482 e 483)

Como pode ser observado, os conceitos de função social da propriedade presentes nos Juristas mais presentes na vida de Juízes e Desembargadores são abstratos, pois não definem claramente a importância do viver coletivo, não informam que a ideia de coletividade está diretamente ligado a um benefício, ainda que indireto para todos, o que indica além de uma visão privatista, a desconsideração de que o viver urbano pressupõe cooperação para o alcance do bem comum. É importante lembrar que os julgadores ao decidir fundamentam suas decisões no que é afirmado pela Doutrina e Jurisprudência, vindo esta última a ser construída com base na primeira.

No tocante ao direito à moradia, a Doutrina não está baseada no Direito Civil, mas sim no Direito Constitucional, por ser tratar de um Direito Social. Da Silva (2017, p. 318) apresenta um grau de abstração menor que aquele dado em relação à função social da propriedade, já que correlaciona o artigo 6º “caput” com o artigo 23, IX, todos da Constituição Federal, afirmando que todos têm direito à ocupar um lugar, de forma habitual e que é competência da União, Estados, Municípios e Distrito Federal implementar o cumprimento de tal direito, através de “programas de construção de moradias”. Nesse sentido há um direcionamento sobre a competência para garantia de tal direito e que foi visto na fundamentação de diversos Acórdãos, onde foi reconhecido que a competência para garantir tal direito é do Estado. Mendes et all (2009, p.762/763) deixam claro que a efetivação dos direitos sociais, entre os quais se encontra o direito à moradia, não depende da vontade dos juristas, mas de uma série de outros fatores, sendo afirmado:

Nesse contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação aplicação das normas definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhes a máxima efetividade – afinal de contas, esse é um dos princípios da interpretação especificamente constitucional – e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou razoabilidade, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Fundamental em “fatias”, desrespeitar o seu modelo de separação dos Poderes e, tampouco, proferir decisões segundo particulares concepções de justiça – por mais respeitáveis que sejam – de todo incompatíveis com a ordem de valores plasmada na Constituição. Neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam – juristas e filósofos – que é possível fazerem-se coisas com palavras (Mendes et all p. 762/763)

O autor acima citado é o que mais apresenta elementos concretos sobre a implementação do direito à moradia, deixando claro que há uma série de fatores

envolvendo a questão. No entanto, conquanto não seja tema desta pesquisa, é preciso destacar que muitas políticas públicas foram implementadas graças a uma ação efetiva do Poder Judiciário que converteu “direitos abstratos” em demanda efetiva, como é o caso da atual política de fornecimento de medicamentos e de atendimento em creches, comprovando assim que a Justiça pode sim ter uma ação efetiva.

Lenza (2010, p. 839), assim como Silva, correlaciona o direito à moradia a obrigação do Estado aprofundar nos programas de moradias, discorrendo sobre outras garantias constitucionais, sem adentrar a mecanismos destinados a implementar tal direito. Como pode ser observado, a Doutrina Jurídica fornece poucos elementos para auxiliar os julgadores quando se trata de decidir sobre direito à moradia e função social da propriedade, o que nos leva diretamente ao concluído por Nassar, de que a Doutrina pouco contribui para a solução dos conflitos relacionados à moradia levados ao Poder Judiciário.

Como já afirmado, a escolha dos autores acima se baseou nas indicações dos Cursos preparatórios para Concursos Públicos da Magistratura e Ministério Público, o que leva a conclusão que servirão como instrumentos para Juízes e Desembargadores na hora de decidir. Há outros juristas como Mattos (2015) e Alfonsin (2013) que integram uma visão mais concreta da função social da propriedade, invertendo os valores tradicionalmente associados à sua constituição, a primeira ao discorrer que a função afeta a propriedade, o que equivale a dizer que, para além dos efeitos administrativos a que ela está sujeita, há também os desígnios fornecidos para a sua destinação traçados no planejamento municipal a partir das reais demandas existentes. O segundo, ao trocar “função da propriedade” por “propriedade da função” impõe a “funcionalidade” como algo inerente às atividades humanas e constituição social, dependendo de que a propriedade esteja sujeita aos desígnios impostos por esta lógica. O quão estes autores são marginais no pensamento doutrinário da questão, é algo que merece ser investigado, mas certamente se faz no âmago das disputas discursivas entremeadas de bases ideológicas, conforme se verá em seguida.

### 4.3 – O direito à moradia e a função social da propriedade além do universo jurídico:

Buscar o direito à moradia e o cumprimento da função social da propriedade é pensar na ocupação do espaço urbano, na implementação das políticas públicas locais, é “sair do universo das palavras” para buscar soluções concretas visando a implementação do direito acima citado. Dentro dessa conjuntura pretende-se apresentar como aqueles que estão fora dos enquadramentos formais da justiça têm enfrentado questões como ausência de moradia, ocupação do espaço urbano a partir da Constituição de 1988 e do advento do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2002.

Maricato (2015, p. 61) comentando todo o processo de remoção da população de classes mais baixas do centro de São Paulo, destaca a importância do Estatuto da Cidade e o fato de que o direito à moradia é absoluto, situação que segundo a autora é ignorado pelo Poder Judiciário, tendo assim dito ela: “*O Judiciário parece esquecer-se de que o direito à moradia é absoluto em nossa Carta Magna, enquanto o direito à propriedade é relativo à função social.*”

As palavras de Maricato se contrapõem diretamente ao que dizem os juristas, que expressamente declaram que não existem direitos absolutos, afirmando Mendes et al acima citado, que *Decisões não podem ser contrárias à ordem de valores plasmada na Constituição*. Correlacionando as palavras deste autor com a de Fiuza, que a função social deverá ser buscada “*na medida do possível e quanto útil à coletividade*”, ou seja, para os Juristas o direito à moradia e função social da propriedade devem ser analisados a partir de uma ponderação valores e porque não dizer, de interesses envolvidos na disputa em questão. Partindo-se de tal ideia vislumbra-se claramente o vetor interpretativo dos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Aliás, a pesquisa demonstrou claramente que o direito à moradia não é absoluto para o Tribunal de Justiça de São Paulo, vindo ele a ser relativizado em reintegrações de posse referentes à imóveis particulares, públicos, integrantes de programas habitacionais, em disputas envolvendo meio ambiente, enfim na grande maioria dos casos analisados.

Fernandes (1998, p. 217) também afirma que o conceito constitucional de função social da propriedade é “vago” e que os juristas e os magistrados brasileiros

tem uma função conservadora, situação esta confirmada pelos entendimentos da Doutrina Jurídica acima citada que acaba por refletir no conteúdo das Decisões tomadas, culminando no esvaziamento da legislação vigente sem que se alcance seu fim. É importante não perder de vista que no contexto desta pesquisa observou-se que direito à moradia e função social da propriedade não são analisados de forma a alcançar seu fim, ou seja, dar utilidade a muitas propriedades e garantir moradia para outros.

Não se pode perder de vista que propriedade, função social da propriedade e moradia integram o binômio política-economia, e que cabe ao Direito realizar a mediação entre esses dois campos, conforme afirmam Santos et al (2008, p. 25). Esclarece o autor que a relação entre proprietário e propriedade não é algo estático, encontrando-se no seu interior uma série de relações jurídicas e econômicas, que não podem ser ignoradas, afirmando ele:

As condições econômicas e sociais do exercício do monopólio do acesso à terra tornado possível pelo vínculo da propriedade variam com o universo das relações jurídicas em que a propriedade fundiária se concretiza. Isto é a apropriação individual não é uma relação jurídica abstrata, estática e monolítica. É uma matriz estrutural, um horizonte jurídico no seio do qual diferentes relações jurídicas se podem constituir e, com elas diferentes critérios de racionalidade econômica, bem como diferentes relações de classe. (Santos et al, 2008, p. 60)

Em que pese as ponderações de autores como Maricato, que declaram o viés absoluto do mandamento constitucional, fato é que as relações envolvendo a propriedade, uso da terra, ultrapassam os ditames legais, não havendo dúvida, pelos resultados obtidos na pesquisa, que o Direito, aqui representado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apresenta, na maioria dos casos, uma postura conservadora, atendendo aos ditames da sociedade na qual está inserido, onde a dinâmica capital-política se faz presente, podendo ser citadas como exemplo as Ações de Reintegração de Posse de propriedades privadas.

Alfonsin (2013, p 50) também afirma o grau de abstração da legislação existente, declarando que na cultura existente é *“normal sua forma de ver sujeitos de direito e coisas, de forma abstrata”*, o que condiz com a Doutrina jurídica acima citada. No entanto ele também destaca que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem que o *“solo urbano sob domínio privado está todo ele direcionado para fins transcendentais ao titular por aquele direito”* (2013, p. 56). Retomando as palavras de Santos et al, acima citado, pode-se inferir que essa

abstração de conceitos é instrumento para que a implementação de direitos, como o da moradia, deixe de ser implementado, nos moldes como foi almejado por aqueles que pensaram a Reforma Urbana e conseguiram a inserção dos artigos que foram objeto de discussão nesta pesquisa, na Constituição Federal de 1988.

Aliás, a relação de conflito jurídico-político decorrente da escolha feita pelo julgador é algo previsível (Alfonsin e Fernandes, p. 49), o que nos leva a depreender que apesar da legislação apontar um caminho a ser seguido pela sociedade, politicamente a sua implementação está sujeita a uma série de pressões decorrentes do próprio sistema, que criam obstáculos. No caso, como já observado nas decisões, o Tribunal de Justiça reconhece e transfere para o Estado/Poder Executivo, na figura do ente municipal a implementação de direitos e garantia do cumprimento da função social da propriedade. Sobre esse diapasão é importante lembrar, como salientado em diversas Decisões encontradas, a competência pela regulação do solo urbano é dos Municípios (artigo 30, VIII), também incluindo entre elas o dever de junto com a União e Estados prover moradia (artigo 23, IX), ou seja, a disputa pelo solo urbano tanto do ponto de vista legal como político se faz no ente mais próximo, no Município.

Holston (2013, p. 268/269), assim como Nassar, afirma que há um distanciamento entre o Direito previsto e o aplicado, mas o autor completa dizendo que não pode ser ignorado que a lei é um *“sistema de poder”* e que *“múltiplos interesses informam sua aplicação”*, devendo para compreender a sua aplicação entender como *“um específico estado de direito se liga a um regime de cidadania”*. Para compreender o que subjaz àquilo que é dito por Holston é necessário se socorrer à Souza(2017) para quem toda a estrutura da sociedade brasileira está relacionada à *“dinâmica de classes, ou seja seus interesses e suas lutas”*, que não se relacionam apenas com a dimensão econômica, mas também com a dimensão sócio cultural, com a ideia de pertencimento. A partir de ambos os autores é possível considerar que políticas sociais relacionadas à moradia são articuladas de forma a não subverter a ordem estabelecida, ainda calcada numa forte visão escravagista, que relega aos pobres lugares específicos, distante daqueles a quem serve.

O cenário que se vislumbrou nesta pesquisa foi o de uma sociedade ainda fortemente permeada por uma visão de propriedade absoluta, onde o formalismo, a certidão de propriedade, o ato de aquisição e seu pagamento segundo a lógica do mercado são condições fundamentais para o uso da terra/espço, neste estudo, o

urbano, sendo este o cenário onde esta cidadania é exercida, o que também, reflete uma sociedade fundada em um distanciamento, um abismo separando as diversas classes sociais, os assim chamados “muros invisíveis”, o que explica as dificuldades de determinar o cumprimento da função social da propriedade.

Aliás Holston (2013) também destaca que o sistema legal brasileiro construído é “tortuoso” decorrente de um excesso burocrático que permite inclusive paralisar conflitos até que uma solução extrajudicial seja obtida, ou seja, o Poder Judiciário é utilizado como arena política, servindo aos interesses em disputa, no caso àqueles que tem a maior capacidade de sustentar as batalhas judiciais, sendo a lei utilizada “para o inimigo”. Dentro do contexto da pesquisa observou-se que muitas decisões transferiram a responsabilidade para os Municípios, quanto ao cumprimento da função social da propriedade, só viabilizada através da edição de Lei Municipal para tanto, o que envolve negociações políticas sugerindo que a própria lei federal que obriga o cumprimento da função social da propriedade, cria obstáculos à sua implementação, o que comprova que a própria lei que obriga o cumprimento da função social da propriedade, cria obstáculos à sua implementação.

É importante considerar que a Constituição Federal ao determinar o cumprimento da função social da propriedade e atribuir aos Municípios o dever de garantir o seu cumprimento através do ordenamento do espaço urbano, deixou para a política a solução do problema, restando ao Poder Judiciário a função de “soldado de reserva”, função esta que esse Poder não se mostra propenso a assumir, ou seja, a de agente determinante no cumprimento daqueles anseios, pois reconhece expressamente que a implementação do direito à moradia e do cumprimento da função social da propriedade é tarefa dos Municípios. Maricato não tem ilusões sobre o que acontece na esfera municipal sendo taxativa ao falar sobre Plano Diretor:

Mas é preciso não perder de vista a natureza do poder municipal, que tem a especulação imobiliária (nem sempre capital, mas patrimônio) entre suas maiores forças. Há uma distância imensa entre discurso e prática entre nós. Invariavelmente os textos dos Planos Diretores são sempre muito bem-intencionados, afirmam uma cidade para todos, harmônica, sustentável e democrática. A implementação do Plano entretanto, tende a seguir a tradição: o que favorece a alguns é realizado, o que os contraria é ignorado. (MARICATO, 2014. P.101)

Contrapondo juristas e não juristas pode-se afirmar que o Tribunal de Justiça apenas reflete aquilo que o universo jurídico consagra, ou seja, não se perdeu de vista o caráter absoluto da propriedade, tanto que função social da propriedade é

colocado de forma totalmente abstrata, de forma dissonante com aquilo que falam os não juristas. Para os não juristas não há plano abstrato, ideal a ser alcançado em uma sociedade futura, pela implementação da ordem por outros, mas sim que isso é ordem primeira, que deveria ter sido cumprida já no primeiro dia da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Em princípio pode-se supor que Juristas não estejam em contato com a realidade brasileira, mas um olhar mais aprofundado para a questão pode levar a outro tipo de conclusão a de que as Decisões do Tribunal de Justiça Paulista atendem aos interesses da sociedade onde está inserido, que não consegue aceitar a ideia de que a terra, o espaço urbano produzido, tem que beneficiar a todos. Tanto que grupos sociais que lutam por moradia são vistos com párias dentro da sociedade e não como quem luta por algo elementar ao ser humano: o direito de morar. O Poder Judiciário, nestes termos, nada mais é que uma das engrenagens de todo o universo político brasileiro, que ainda vê o direito à moradia para as camadas mais baixas da população como um problema apartado das relações capitalistas da propriedade, esquivando-se da determinação Constitucional e que sua implementação não subtrairá direito de outros.

No entanto, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário do Estado de São Paulo reflete apenas o que é patente na sociedade brasileira: a extrema dificuldade de convivência em um mesmo espaço de pobres e ricos, considerando toda a estrutura da sociedade brasileira, mas no contexto de uma vida em sociedade, o ganho será para todos.

Não resta dúvida que urbanistas, ao acreditar que, pela lei, haveria toda uma transformação social se equivocaram, pois formalmente estaria se rompendo com a antiga ordem vigente e se adotando uma nova postura sobre o direito de propriedade, sem que a sociedade superasse a antiga visão. Santos et al (2008, p. 29) esclarecem que adotar uma ideia evolucionista e funcionalista de sociedade é um engano, pois essa ruptura só se dá ao longo do tempo, quando a ordem velha se mostra problemática e a ordem nova *“deixa de ser utópica para ser algo verossímil”*. Diante disso resta claro, como afirmado por Holston, que o Poder Judiciário ainda é uma das engrenagens dentro desta sociedade, que não viu motivos para romper com a ordem anterior vigente, consistente não apenas numa visão privatista de propriedade, mas sobretudo, individualista, onde o direito individual se sobressai ao direito coletivo.

## **CONCLUSÃO:**

A partir dos objetivos propostos para esta pesquisa foi possível traçar o perfil decisório do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no tocante ao direito à moradia e à função social da propriedade, apresentando seus Acórdãos uma forte preponderância calcada em uma ideia de propriedade absoluta, presente no Código Civil de 1916, mas também, em uma postura de não assunção de agente de transformação com relação à implementação de políticas públicas habitacionais e urbanísticas, relegando aos Municípios tal dever. Em termos qualitativos os dados indicaram que as Companhias Habitacionais foram as maiores vencedoras e que em demandas envolvendo interesses difusos e coletivos, na atual política pública habitacional, a balança pende para esse lado, prestigiando a política governamental existente, combatendo veementemente os chamados “contratos de gaveta”, considerados nulos, mesmo sendo eles uma realidade brasileira, tanto que administrativamente as implementadoras dos Programas Habitacionais já tem regramento para a questão. Também se sagraram vencedoras em ocupações irregulares de imóvel, mesmo que esta situação tenha perdurado por anos sem qualquer oposição, conforme relatado em muitos Acórdãos analisados

Foi possível constatar ainda o ativismo do Ministério Público na busca pelo alcance do bem coletivo, concentrando-se suas vitórias, em questões relativas ao meio ambiente, saindo total ou parcialmente derrotado nas Ações relativas à loteamentos irregulares e clandestinos, que demonstrou um esforço interpretativo do Tribunal para conciliar a legislação com a situação existente.

Em termos qualitativos a análise dos Acórdãos apenas comprovou o que os dados quantitativos indicaram, ou seja, uma ação do Poder Judiciário de forma a prestigiar a política pública de fornecimento de moradias existente, rechaçando os chamados “contratos de gaveta” e ocupações de imóveis destas Companhias estatais.

Em percentuais, os maiores derrotados foram os Movimentos Sociais por Moradia e a Defensoria Pública. No entanto, quanto à Defensoria Pública é necessário fazer uma ressalva, pois é ela só identificada nas Ações Judiciais, como tal, quando age na defesa de interesses coletivos, vindo muitas vezes a intervir nos Processos representando os necessitados, hipossuficientes, identificados na pesquisa como “Particulares. É importante que se faça uma advertência quanto a

esta conclusão: não se pretende afirmar, categoricamente, que a população pobre seja a mais derrotada em decorrência de sua condição social, mas fica claro que a derrota decorre do direito em disputa, no caso direito à moradia em contraposição ao direito de propriedade, ao meio ambiente e na relação entre os poderes do Estado.

Também foi possível concluir que na disputa por direitos relacionados à ocupação do espaço urbano, o Município mereceu especial destaque, tanto quando ocupou o polo ativo das Ações, como quando ocupou o polo passivo, vindo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a reconhecer sua responsabilidade, poder/dever de regular e fiscalizar o espaço urbano, o que leva a concluir que esse mandamento constitucional é respeitado, determinando-se seu cumprimento nos Acórdãos objeto da análise. Aliás, muito se observou nas argumentações do Tribunal voltadas para a atribuição aos Municípios do dever de garantir direitos sociais e, também, do cumprimento da função social da propriedade, isentando os Particulares de tal atribuição.

Já em relação aos Particulares, assim entendidas as pessoas físicas, como já dito anteriormente, em termos quantitativos, não foi possível concluir que tipo de Decisão preponderou ante a diversidade de Ações Judiciais interpostas, o que nos fez considerar quem estava no outro polo da Ação, para se obter um indicativo de perfil decisório. Assim, quando se tinha no polo passivo um Movimento Social por Moradia, os particulares saíram vencedores. Quando havia, no polo ativo ou passivo, uma Companhia Habitacional a tendência foi de preponderar o interesse desta última. Quando o polo ativo era o Ministério Público e o direito discutido tinha como uma de suas vertentes o meio ambiente, o Tribunal decidiu em favor deste último, mas já quando havia um loteamento irregular ou ilegal consolidado, a tendência foi favorecer o particular, mesmo que parcialmente, de forma a compatibilizar a legislação com a situação existente.

Da análise dos fundamentos expendidos pelo Tribunal de Justiça em seus Acórdãos também fica clara a presença de uma ideia de propriedade absoluta, de que “não cabe ao particular” garantir moradia a outros, sendo essa função precípua do Poder Público e que função social da propriedade ambiental é algo consagrado, demonstrando claramente uma ação protetiva quanto à Serra do Mar, o que não se observou em Ações provenientes de outras regiões do Estado de São Paulo.

A análise de algumas formulações postuladas pela Doutrina Jurídica, fonte dos fundamentos dos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

também demonstrou que os Juristas apresentam noções abstratas do direito à moradia e função social da propriedade, o que leva a inferir que para eles tudo está no campo das ideias, de planos a serem alcançados e não de algo imediato, que deve ser aplicado, o contrário do que pensam os não juristas, em especial, os urbanistas, que buscam imprimir uma visão de sociedade na qual a aplicação dos ditames constitucionais é uma medida que se impõe, tomando a sua concepção como um mecanismo materializador dos seus princípios, em especial, do princípio da função social da propriedade. No entanto, o Tribunal não destoa dos não juristas ao atribuir ao Executivo o cumprimento da função social da propriedade e direito à moradia, pois estes reconhecem que a implementação do direito e do princípio está muito mais na esfera da política, no universo Municipal, sendo o Poder Judiciário apenas mais uma das arenas de disputa postas à disposição dos atores envolvidos.

Nesse contexto, as palavras de Santos et al (2008) se mostraram de especial importância na formação das conclusões desta pesquisa, já que como destacado por ele, o Poder Judiciário é apenas um instrumento de mediação entre política e capital e que as transformações sociais não se conseguem através de uma legislação progressista, mas são conquistadas ao longo do tempo, quando os antigos valores sobre os quais se funda a sociedade não satisfazem mais os interesses presentes. Não é a lei que determina a mudança, é a sociedade que vê na mudança a solução para continuar subsistindo e a partir daí busca novas perspectivas.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao decidir sobre direito à moradia e à função social da propriedade, tem fundamentado suas decisões em conceitos abstratos, decidindo na maioria dos casos em favor do proprietário ou, transferindo a responsabilidade pela sua concretização a outras esferas de Poder. Tome-se, por fim, como sintoma desta problemática o fato de não ter sido encontrada nenhuma Decisão relativa ao fenômeno da especulação da terra ou do não cumprimento de sua função por sua ociosidade, questão que tampouco é observada nas decisões proferidas contra a população que a ocupa, já que por sua natureza econômica, vale ressaltar, por Agravos exarados pela Suprema Corte, que esta é entendida eminentemente como geradora de riqueza. Se assim o é, parece certo concluir que no Brasil a terra como geradora de lucros é estrutural e perpassa todos os poderes, restando ao poder executivo, pelas decisões do Tribunal, concretizar as políticas habitacionais, sem

mexer na estrutura da propriedade. Ultrapassar todas estas fronteiras do pensamento sobre a terra urbana no Brasil dependerá, neste sentido, de reverter as atuais esferas do direito, por um lado, alargando, na prática, a conquista pela terra urbana e, por outro, disputando os discursos para que a erosão deste pensamento estreito acerca da realidade sobre a moradia no Brasil possa desabar.

A mudança de perspectiva sobre o uso da terra urbana, dependerá muito da capacidade da sociedade atual de superar antigas crenças, de forma que compreenda que viver em sociedade pressupõe buscar benefícios coletivos, de forma a evitar o “não uso” do espaço urbano, de favorecer a convivência pacífica entre as diversas classes sociais, de considerar sim a terra como geradora de riquezas, não só econômicas e para todos. Dentro dessa conjuntura, o Poder Judiciário pode exercer um importante papel, podendo determinar o cumprimento da Lei por Municípios, sob pena de aplicação de medidas sancionatórias, como fez quanto as políticas de saúde pública, notadamente, no fornecimento de medicamentos e na política educacional, mas para isso é preciso que assuma esse importante papel, o que não se vislumbrou nos dados indicados nesta pesquisa de mestrado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU. João Maurício Martins de. A construção histórica do modelo proprietário no Brasil: Uma hipótese sobre o direito à moradia. Revista Direito e Práxis. Vol. 5. n. 8. P 213/239.

ACQUAVIVA. Marcus Claudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. 11ª ed. Ampl., ver.e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALFONSIN, Jacques Távora. “Das Legalidades Injustas às (i)legalidades justas: Estudos sobre direitos humanos, sua defesa por assessoria jurídica popular em favor de vítimas do descumprimento da função social da propriedade. 1ª edição. Porto Alegre: Armazém Digital.2013.

BASSUL, José Roberto. Reforma Urbana e Estatuto da Cidade. EURE (Santiago) V. 28, n. 84. Santiago. Sep. 2002. Disponível em [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0250-71612002008400008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612002008400008). Acesso em 14/05/2018.

AIZZA, Leila Eliane. SILVA, Monica Aparecida da Rocha. A pobreza enquanto questão social. In WANDER, Alcido Elenor. LUCENA, Andréa Freire de. CARVALHO, Claudia Regina Rosal. CUNHA, Cleyzer Adrian da (orgs). Pobreza e Recursos Naturais e Ambientais. Goiania: Editora Espaço Acadêmico. Editora PUC Goiás. 2015.

BEDESCHI. Luciana. Limites do Sistema Possessório: Conhecimento e a Prática do Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade Urbana no Tribunal de Justiça de São Paulo. 2018, 189 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Planejamento e Gestão do Território. Universidade Federal do ABC. São Bernardo do Campo. SP.

BERNARDINI, Sidney Piochi. Os processos de Urbanização recentes e suas interfaces com o planejamento territorial e urbano contemporâneos: o caso da região metropolitana de Campinas (1970-2006). Biblioteca Virtual da FAPESP. Disponível

em <https://bv.fapesp.br/pt/pesquisador/61626/sidney-piochi-bernardini/>. Acesso em 25/07/2019.

BONDUKI, Nabil. Origens da Habitação Social no Brasil – Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria. Ed. Estação Liberdade. 1998.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257 de 10 julho de 2001 - Estatuto da Cidade.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406 de janeiro de 2002 - Código Civil.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3071 de 01 de janeiro de 1916.

\_\_\_\_\_. Lei 6766 de 19 de dezembro de 1979. Lei de Parcelamento do Solo.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória 2200 de 28 de junho de 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. 3ª edição. Brasília: Secretaria de Documentação. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RE 1008.391.

CAFRUNE. Marcelo Eibs. Inadimplemento do Direito à Moradia e Legitimidade da Ocupação: o Caso Circo-Escola em São Paulo. Revista Direito e Práxis. Vol.5. n. 8.p 267/283.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Discurso do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>. Acesso em 11/05/2019.

CARCANHOLO, Reinaldo A..NAKATANI, Paulo. O capital especulativo parasitário: uma precisão teórica sobre o capital financeiro, característico da globalização. Ensaios FEE, Porto Alegre. V. 20. N. 1. P.284-384, 1999. Disponível em <https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1947/2323>.

CAMARGO, Candido Procópio Ferreira de et al. São Paulo 1975 crescimento e pobreza. São Paulo: Ed. Loyola.

CARNEIRO, Thiago Rodrigo Alves. Faixas Salariais X Classe Social. Disponível em <https://thiagorodrigo.com.br/artigo/faixas-salariais-classe-social-abep-ibge/>

CARVALHO, Ana Paula Soares. Reforma Urbana no Brasil: a intelligentsia e o Estatuto da Cidade. XXIII Congresso Brasileiro de Sociologia, 29 de maio a 1 de julho de 2007, UFPE (PE). Grupo de Trabalho “Cidades e Processos Sociais”. Disponível em

file:///C:/Users/Computador/Downloads/sbs2007\_gt02\_ana\_carvalho%20(2).PDF.

Acesso em 11/05/2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. 5ª Edição. São Paulo: Atlas 2013.

DENALDI, Rosana. BRAJATO, Dânia. SOUZA, Claudia Virgínia Cabral de. FROTA, Henrique Botelho. A aplicação do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios (PEUC). *urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana* [online]. 2017, vol.9, n.2, pp.172-186. Epub Feb 13, 2017. ISSN 2175-3369. <http://dx.doi.org/10.1590/2175-3369.009.002.ao02>. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2175-33692017000200172&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2175-33692017000200172&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 14/05/2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas. Volume 4. São Paulo: Saraiva. 31ª edição. 2018.

DOWBOR. Ladislau. A era do capital Improdutivo. São Paulo: Autonomia Literária. 2017.

FERNANDES, Edésio (org.). Direito Urbanístico. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. O Estatuto da Cidade e a Ordem jurídico urbanística. In CARVALHO, Celso Santos. ROSSABACH, Anaclaudia (orgs), Estatuto da Cidade Comentado. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades. 2010. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/21022903/o-estatuto-da-cidade-fernandes-edesio>. Acesso em 13/05/2019.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Cidade: razão de descrença ou otimismo? Adicionando complexidades à reflexão sobre a efetividade da lei. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29672>. Acesso em 14/05/2018.

FERNANDES. Florestan. A Revolução Burguesa no Brasil. Editora Globo. 1974.

FREYRE. Gilberto. Ordem e Progresso. Ed. Global.

\_\_\_\_\_. THOMAZ, Omar Ribeiro org. Interpretação do Brasil. Companhia das Letras.

FURTADO, Celso. Brasil: Tempos Modernos. Ed. Paz e Terra.

\_\_\_\_\_. Perspectivas da Economia Brasileira. Ed. Ministério da Educação Cultura. 1958.

FIUZA. Cesar. Novo Direito Civil Completo de acordo com o Código Civil de 2002. 6ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: Curso Completo. 18ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOBBI. Leonardo Delfim. Urbanização Brasileira. Disponível em <http://educacao.globo.com/geografia/assunto/urbanizacao/urbanizacao-brasileira.html>.

GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil 2. Contratos em Espécie, Direito das Coisas. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. Direito Civil Brasileiro. volume 5: direito das coisas. 14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

GUIMARÃES. Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. Atualização de Ana Cláudia Schwenck dos Santos. 19ª ed. São Paulo: Rideel, 2016.

HARVEY, David. A Produção Capitalista do Espaço. São Paulo: Annablume. 2005.

\_\_\_\_\_. Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. trad. Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

HOLANDA. Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. Livraria José Olympio Editora S.A.

HOLSTON. James. Cidadania Insurgente. Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil. Trad. Claudio Carina. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo. disponível em [https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default\\_resultados\\_universo.shtm](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_resultados_universo.shtm). Acesso em 10/03/2018.

\_\_\_\_\_. Censo. <http://www.brasil.gov.br/governo/2010/12/numero-de-casas-vazias-supera-deficit-habitacional-do-pais-indica-censo-2010>. Acesso em 08/05/2018.

IANNI, Octávio. Pensamento Social no Brasil. EDUSE – ANPOCS. Bauru. SP. 2004.

LEFEBVRE. Henri. O Direito à Cidade. Trad. Eduardo Rubens Frias. São Paulo: Centauro. 2001.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição. São Paulo: Saraiva.

KOVARICK, Lúcio. A Espoliação Urbana. 2ª Edição. Ed. Paz e Terra, 1979.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

MARICATO, Erminia. Para entender a Crise Urbana. 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular: 2015.

\_\_\_\_\_. O Impasse na Política Urbana no Brasil. 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes:2014.

\_\_\_\_\_. Brasil, Cidades- Alternativas para a crise urbana. Petrópolis, RJ: Vozes Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. Habitação e Cidade. São Paulo:Ed. Atual, 1997.

MAUTNER, Yvonne. A Periferia como Fronteira do Capital. In DEAK, Csaba. SCHIFFER, Sueli Ramos (orgs).O Processo de Urbanização no Brasil.São Paulo: Edusp. 2004);

MATTOS, Liana Portilho (2001). Limitações Urbanísticas à propriedade. In FERNANDES E. (org). Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Belo Horizonte. Editora Del Rey. P. 55-75.

MEMORIA DA MÍDIA. 1988: o ano em que nasceu a SET. disponível em <https://www.memoriadamidia.com.br/1988-o-ano-em-que-nasceu-a-set/>. Acesso em 25/07/2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocencio Mártires. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MILANO. Giovana Bonilha. Conflitos Fundiários Urbanos no Poder Judiciário: Estratégias Discursivas no Fundamento das Decisões. Revista de Direito da Cidade. vol,09, n. 04. P.2047/2070.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios do IPTU Progressivo no Tempo: Regulação e Aplicação. Série Pensando o Direito n. 56. Disponível em

[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD\\_56\\_web1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD_56_web1.pdf). Acesso em 14/05/2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manual Prático da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. Ministério Público do Estado de São Paulo: 2005.

NASSAR, Paulo André Silva. Judicialização do Direito à Moradia e Transformação Social: análise das Ações Civas Públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2011. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2018.

OLIVEIRA, Francisco. Crítica à Razão Dualista – O Ornitorrinco. Boitempo Editorial. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. IV; 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

\_\_\_\_\_. Código Napoleão – Influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. N. 32. 1989. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003/937>. Acesso em 10/03/2020.

RIPERT, Georges. Frases. Disponível em <https://kdfrases.com/usuario/RSMORCERF/frase/9006f>. Acesso em 23/03/2020.

ROLNIK, Raquel. A Cidade e a Lei: legislação, política urbana e territórios da cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel: FAPES, 2007.

\_\_\_\_\_. CYMBALISTA, Renato. NAKANO, Kazuo. Solo Urbano e Habitação de Interesse Social: A Questão Fundiária na Política Habitacional e Urbana do País. Disponível em <https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2013/04/solo-urbano-e-his-rolnik-nakano-cymbalista.pdf>. Acesso em 08/05/2018

ROZAS, Luiza Barros. Direito à Moradia: Âmbito, Limites e Controle no Ordenamento Jurídico Nacional. 2016. 217f. Teses. (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o Político na Pós-Modernidade. 14ª edição: São Paulo: Cortez, 2013.

\_\_\_\_\_. O Estado, o direito e a questão urbana. in FALCÃO, Joaquim (org.) Invasões Urbanas, Conflito de Direito de Propriedade. 2ª edição. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2008.

SANTOS, Milton. A Natureza do Espaço. Edusp.

\_\_\_\_\_. A Urbanização Brasileira. Edusp. 2013.

SAULE JUNIOR, Nelson. UZZO, Karina. A trajetória da Reforma Urbana no Brasil. Disponível em <http://www.redbcm.com.br/arquivos/bibliografia/a%20trajectoria%20n%20saule%20k%20uzzo.pdf>.

\_\_\_\_\_. SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil – Território e Sociedade no início dos Sec.XXI. Ed. Record.

SCHWARZ. Roberto. As Ideias Fora do Lugar. Penguin e Companhia das Letras. 2001.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA. José Borzacchiello da. O Estatuto da Cidade e a Reforma Urbana no Brasil. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/123590/119830>

SIMIONI, Rafael Lazzaroto Simioni. A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n66/29086.pdf>.

SINGER. Paul. O capitalismo, sua evolução, sua lógica e dinâmica. Ed. Moderna.

\_\_\_\_\_. Dominação e Desigualdade. Ed. Paz e Terra.

\_\_\_\_\_. Social Exclusion in Brazil. 1997

SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STRECK. Lenio Luiz. ROCHA. Leonel Severo. ENGELMANN. Wilson (orgs). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

TATAGIBA, Luciana. Desafios da Relação entre Movimentos Sociais e Instituições Políticas: O caso do Movimento de Moradia da Cidade de São Paulo. In Primeiras Reflexões. Colombia Internacional 71, enero a junio de 2010, 63-83. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n71/n71a04.pdf>. Acesso em 11/05/2018.

\_\_\_\_\_. TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. Movimentos Sociais e Sistema Político. São Paulo: Instituto Polis/PUC-SP. 122 p. disponível em <http://polis.org.br/publicacoes/movimentos-sociais-e-sistema-politico-os-desafios-da-participacao/>. Acesso em 11/05/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?>

VILLAÇA, Flávio. O que todo cidadão precisa saber sobre habitação. Global Editora.

\_\_\_\_\_. Espaço Intra-urbano no Brasil. Studio Nobel.

\_\_\_\_\_. Reflexões Sobre as Cidades Brasileiras. Studio Nobel.2012.