

Poder Judiciário e conflitos fundiários urbanos: molduras processuais da disputa

Giovanna Bonilha MILANO*

RESUMO: O artigo tem por objetivo apresentar os resultados obtidos em pesquisa empírica acerca do perfil de atuação do Poder Judiciário nos conflitos fundiários urbanos. Considerado tal objeto foram analisadas 311 decisões proferidas por Tribunais de Justiça das cinco regiões brasileiras no período compreendido entre 2014 e 2015. A sistematização dos dados incluiu a caracterização da natureza das ações; o perfil dos sujeitos processuais; os fundamentos das decisões e as fontes do direito mobilizadas. Os resultados obtidos permitem compreender em profundidade o comportamento jurisdicional nessas demandas e, sobretudo, refletir criticamente sobre os mecanismos processuais nas reintegrações de posse, a concessão massiva de liminares e os institutos jurídicos aplicados. Além disso, projeta luz à incipiente justiciabilidade de categorias como função social da propriedade e direito à moradia.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; conflitos fundiários urbanos; reintegração de posse; função social da propriedade; direito à moradia.

SUMÁRIO: 1. Decisões jurisdicionais sobre conflitos fundiários: notas metodológicas 2. Molduras processuais da disputa; – 3. Os contornos normativos da reintegração de posse no ordenamento brasileiro; – 4. A posse jurídica como espelho das relações proprietárias.

TITLE: *Judiciary Power and Urban Land Conflicts: Procedural Frames of the Dispute*

ABSTRACT: *The article aims to present the results obtained in empirical research on the profile of the Judiciary in urban land conflicts. Considering this object, 311 decisions rendered by Courts of Justice of the five Brazilian regions in the period between 2014 and 2015 were analyzed. The systematization of the data included the characterization of the structure of the actions; The profile of the procedural subjects; The fundamentals of decisions and the sources of law mobilized. The results obtained allow us to understand in depth the jurisdictional behavior in these demands and, above all, to reflect critically on the procedural mechanisms in the reintegration of possession, the massive concession of injunctions and the legal institutes applied. In addition, it highlights the incipient justiciability of categories as the social function of property and the right to housing.*

KEYWORDS: *Judiciary Power; urban land conflicts; reintegration of possession; social function of property; right to housing.*

CONTENTS: *1. Jurisdictional decisions on land conflicts: methodological notes; – 2. Procedural frames of the dispute; – 3. The normative contours of the reintegration of tenure in the Brazilian legal order; – 4. The legal possession as a mirror of the proprietary relations.*

* Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil e Direito Urbanístico nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Positivo.

1. Decisões jurisdicionais sobre conflitos fundiários: notas metodológicas

O espaço urbano representa na atualidade palco privilegiado de disputas e conflitos que orbitam em torno de sua apropriação e das finalidades possíveis para o seu uso social. Os confrontos coletivos relacionados ao acesso à terra urbana para habitação emergem nesta arena como o resultado dos processos históricos de segregação socioespacial nas cidades brasileiras, representando situações-limite diante da ausência de realização material do direito fundamental à moradia adequada.¹

Em que pese a existência de arcabouço positivo substancial no que tange à proteção do direito à moradia - incorporado por meio dos pactos internacionais de direitos humanos, do texto constitucional ou de leis específicas infraconstitucionais - os conflitos fundiários urbanos apresentam-se como uma realidade crescente e insuficientemente investigada tanto na doutrina jurídica, quanto nos casos concretos submetidos à análise jurisdicional.

Nesse espectro, características constitutivas destes fenômenos sociais - como a dimensão coletiva e evidente repercussão social - aparentemente deixam de ser analisadas em suas peculiaridades. Em verdade, dão lugar a constritas elaborações processuais que operam a partir de categorias do direito privado clássico, por meio das quais se tem admitido a salvaguarda da propriedade privada e da segurança patrimonial do proprietário como os principais interesses motivadores da fundamentação decisória.

Indicação exemplar desta atuação jurisdicional pode ser encontrada no expressivo número de ações pertinentes a disputas territoriais urbanas que são decididas em sede liminar, cujo deferimento da reintegração de posse ao autor circunscreve-se tão somente a regularidade formal da titularidade do proprietário. No que tange a tutela dos direitos materiais colidentes, percebe-se que disposições fundamentais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro - como a segurança legal da posse, o direito fundamental à moradia adequada e a função social da propriedade - permanecem obscurecidas e, por vezes, sequer tornam-se objeto de ponderação na análise realizada pelos agentes do Poder Judiciário.

¹ A definição de conflito fundiário urbano adotada no trabalho corresponde aos termos da Resolução Recomendada n.87/2009, elaborada pelo Conselho Nacional das Cidades, qual seja: “disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade”.

Diante destes dados, o problema a ser enfrentado nessa pesquisa compreende o aprofundamento acerca da racionalidade pela qual vem sendo pautada a intervenção jurisdicional em casos de conflitos fundiários urbanos. O objetivo maior conforma-se na necessária investigação da forma com que o Poder Judiciário opera diante destes casos conflituosos, em decisões que repercutem diretamente sobre as dinâmicas de segregação socioespacial urbana. Inclui-se nesse problema, a reconstrução da trajetória de mobilização de determinados institutos jurídicos nas decisões judiciais, compreendendo o contexto de sua aplicação, e os possíveis (des)caminhos no olhar dispensado contemporaneamente aos confrontos coletivos sobre os territórios das cidades.

Para tanto, realizou-se pesquisa empírica dirigida a análise das decisões judiciais supramencionadas, com vistas a estabelecer um perfil típico de atuação do Poder Judiciário nestas questões. Em relação ao universo da amostra de decisões que serão abrangidas pela pesquisa, observou-se a conjugação de critérios como diversidade regional; densidade de situações conflituosas; abrangência temporal e definição das categorias jurídicas que se deseja averiguar. Diante desta síntese, a coleta das fontes primárias foi realizada nos Tribunais de Justiça dos estados das cinco regiões brasileiras que concentram o maior número de domicílios em assentamentos precários ou aglomerados subnormais², conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.³ Esta escolha se justifica na medida em que inexistem informações específicas sobre a ocorrência e a territorialidade dos conflitos fundiários urbanos brasileiros, restando, desta forma, a utilização das informações que versam sobre a irregularidade fundiária como potencial gerador dessas situações de disputa.

Quanto ao conteúdo das sentenças, a análise abarcou o desenvolvimento de uma tipologia de conflitos que compreende a existência ou não de sujeitos coletivos como parte no processo; os elementos constitutivos da ação (tipo de ação, autores, réus, pedido principal, pedido de liminar); dominialidade dos imóveis em litígio e os fundamentos da decisão. O período eleito para o exame em tela corresponde aos anos de 2014 e 2015.

² A terminologia é utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) desde 1987. Após uma série de ajustes de sentido atualmente o termo “aglomerados subnormais” corresponde “ao conjunto constituído por 51 ou mais unidades habitacionais caracterizadas por ausência de título de propriedade e pelo menos uma das seguintes características: irregularidade das vias de circulação e tamanho ou forma dos lotes e/ou carência de serviços públicos essenciais (coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública. Fonte:www.ibge.gov.br. Acesso em 17/09/2015. Note-se que, embora diga respeito aos setores censitários, a própria nomenclatura de “aglomerados subnormais” remete a descrição destes espaços a partir da falta, já que estariam abaixo da normalidade esperada.

³ Os estados que possuem o maior número de domicílios em aglomerados subnormais e que serão objeto da pesquisa são: Pará, Pernambuco, Distrito Federal, São Paulo e Rio Grande do Sul.

2. Molduras processuais da disputa

Na visão da doutrina processualista tradicional, “o processo é uma técnica para a solução imperativa de conflitos, criada a partir da experiência dos que operam nos juízos e tribunais”.⁴ Sua estrutura perpassa a organização de institutos, códigos e condutas específicas, “reservadas a profissionais especializados”⁵ e que variam de acordo com a posição que os sujeitos ocupem na relação processual. A função do processo é viabilizar por meio de procedimentos e técnicas particulares o exercício jurisdicional, ou seja, permitir a manifestação do poder do Estado por intermédio do Estado-juiz.

As molduras processuais no âmbito deste trabalho, todavia, não são tomadas apenas como técnica, mas como verdadeira contingência da tradução por meio da qual se reconstrói o conflito social no discurso conformado no percurso processual. Como nos lembra Antoine Garapon, “O processo é o enraizamento principal do direito na vida, é a experiência estética da justiça, esse momento essencial em que o justo ainda não se encontra separado do vivo e em que o texto do direito está ainda mais próximo da poesia do que da compilação jurídica”.⁶ O momento instituinte do julgamento que possui como primeiro gesto a delimitação arquitetônica e simbólica da justiça, incluindo os afazeres de “estipular as regras do jogo, estabelecer um objetivo e instituir actores [sic]”.⁷

Esse movimento ritualístico, peculiar em relação a todos os demais procedimentos de instituição do poder da sociedade, faz com que a análise da experiência jurisdicional só possa ser objeto de reflexão a partir de seu desenrolar “*in concreto*”.⁸ Assim, por meio da reflexão sobre a construção das decisões, almejamos promover a desnaturalização das práticas jurisdicionais nos casos em que o litígio se refira aos conflitos fundiários urbanos, colocando em questão os elementos principais que conformam sua estrutura e os ritos que informam os atos e os resultados processuais.

O espetáculo do processo dá ao mal um rosto — o do acusado — à violência um quadro

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 15.

⁵ *Ibidem*.

⁶ GARAPON, Antoine. *Bem julgar* - ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, s.d., p. 19.

⁷ *Ibidem*.

⁸ GARAPON, Antoine. *Bem julgar* - ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, s.d., p. 19.

— do confronto agonístico entre os argumentos da defesa e os da acusação — e à unidade um símbolo — a sentença. Ao reconstituir esses três movimentos — o caos, o confronto e a resolução —, leva à cena o próprio drama da vida política, do viver em conjunto. Ao mesmo tempo que dá uma existência à ordem social e jurídica, representando-a, o ritual judiciário torna-a desejável - ou detestável, pouco importa —, e confere-lhe consistência.⁹

Para bem compreender as saídas jurisdicionais para a “resolução do caos”, ou a incidência jurídica nas relações sociais conflituosas, importa-nos aqui, num primeiro momento, conhecer as regras do jogo e os atores em questão. Desta forma, a reconstituição desta tradução dos conflitos sociais no espaço judiciário nos remete a um campo de observação que diz respeito ao procedimento pelo qual transitam as ações que versam sobre a matéria em estudo.

Na pesquisa realizada, identificou-se que 82% das decisões analisadas derivaram de ações originárias classificadas como ações possessórias, com destaque para as ações de reintegração de posse (97%). A ação de reintegração de posse é, portanto, o instrumento jurídico preferencial mobilizado para tutela jurisdicional autorizadora dos despejos coletivos, sendo que no conjunto dessas decisões 52 % ocorreram em sede liminar ou pela via da tutela antecipatória.

Tabela 1 - Natureza da ação de origem

AÇÃO DE ORIGEM	NÚMERO DE CASOS
Reintegração de Posse	228
Obrigação de fazer e não fazer	19
Usucapião	8
Ação Civil Pública	5
Reivindicatória	4
Demolatória	2
Outros	18

No que diz respeito à representação processual da qualificação dos sujeitos que figuram como partes processuais, o perfil majoritário dos recorrentes corresponde à

⁹ Ibidem, p. 71.

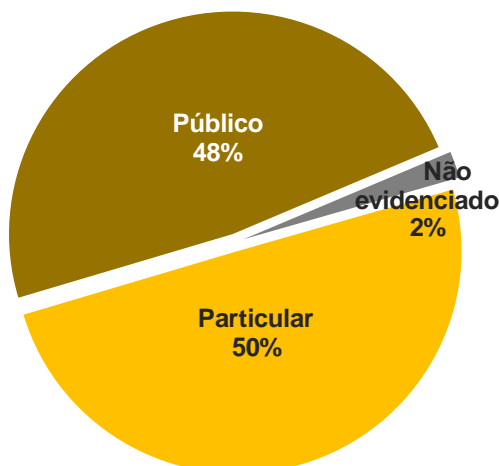
coletividades de moradores, sem identificação individualizada de cada um dos interessados e registro pouco expressivo de atores coletivos que os identifiquem de maneira unificada — como movimentos sociais urbanos, organizações não governamentais e cooperativas. Ademais, 64% dos recorrentes correspondem aos réus da ação originária, motivo pelo qual os pedidos recursais envolvem principalmente a tentativa de reforma das decisões do juízo originário que autorizaram o despejo por meio do deferimento da reintegração de posse.

Em relação ao perfil dos recorridos (em geral autores das ações de despejos em primeira instância) referem-se principalmente a pessoas físicas, embora seja significativa a presença de pessoas jurídicas de direito público, especialmente municipalidades. De igual maneira, as áreas que estão sob disputa correspondem em sua maior parte a imóveis privados, ainda que a pequena diferença numérica permita afirmar que os conflitos ocorrem com intensidade semelhante entre imóveis públicos e privados. Em relação à menção ao interesse ambiental ou cultural na área, tal característica foi identificada em 10% das ocorrências.

A atuação da Defensoria Pública Estadual e do Ministério Público Estadual se mostrou pouco expressiva tanto no polo ativo quanto no polo passivo das ações.

Tabela 2 - Qualificação dos sujeitos

QUALIFICAÇÃO DOS SUJEITOS	AUTOR: NÚMERO DE CASOS	RÉU: NÚMERO DE CASOS
Pessoa Física	187	115
Empresas	22	44
Município	25	66
Estado	14	34
Defensoria Pública Estadual	13	3
Ministério Público Estadual	1	4
Associações, Cooperativas e Movimentos Sociais	14	17
Outros	5	8

Figura 1 - Gráfico 04: Dominialidade dos imóveis em litígio

3. Os contornos normativos das reintegrações de posse no ordenamento brasileiro

Para que essas características gerais sobre o perfil dos casos judicializados possam ser submetidas à análise crítica, é necessário tecer breves observações acerca do conteúdo jurídico que informa o trâmite dessas ações. A proteção possessória é garantida pelo ordenamento jurídico brasileiro em suas dimensões materiais e processuais. Isso significa que o Código Civil dedica-se a preservar os efeitos da posse, conferindo ao possuidor o “direito a ser mantido na posse em caso de turbacão, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.¹⁰

Como esclarece Orlando Gomes, é por meio do chamado “direito aos interditos” que o possuidor que se encontrar em uma das situações acima descritas poderá defender sua condição possessória.¹¹ As pretensões de direito material, por sua vez, são transcritas ao âmbito do direito processual por meio das chamadas ações possessórias¹², cujo procedimento

¹⁰ Art. 1210 do Código Civil.

¹¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 93.

¹² Em relação à relevância de se compreender adequadamente a transposição do direito material à moradia ao âmbito da tutela de sua efetividade pela via processual, precisas as seguintes considerações: “Cabe diferenciar direito material e direito processual. Enquanto o primeiro deles estipula direitos e deveres, o segundo trata das regras procedimentais que serão seguidas em uma ação judicial para a realização dos direitos ou o cumprimento dos deveres, e geralmente são organizados em um código processual, como é o caso do próprio CPC. Sem regras processuais que os garantam, os direitos materiais dificilmente alcançam sua efetividade jurídica. Vê-se que os movimentos envolvidos com a luta pela democratização da moradia claramente modificaram suas estratégias legislativas. Deixaram de exigir que o direito à moradia seja repetido em inúmeros documentos legais, e passaram a exigir modificações nas regras processuais garantidoras de um processo judicial capaz de concretizar o aludido direito” (CARVALHO, Cláudio Oliveira de; RODRIGUES, Raoni. O Novo Código de Processo Civil e as ações possessórias - novas perspectivas para os conflitos fundiários coletivos? *In Revista de Direito da Cidade*. vol n° 7, n° 4. Número Especial).

— incluído no rol dos procedimentos especiais — é definido no Código de Processo Civil.¹³

Na literalidade da orientação legislativa, o autor das ações de manutenção ou reintegração de posse deverá provar três elementos: i) a posse; ii) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu e sua respectiva data; iii) a continuação da posse, apesar da turbação (na ação de manutenção de posse) ou a perda da posse (na ação de reintegração de posse). Reunidos tais requisitos na petição inicial, a norma processual permite a expedição de mandado liminar de manutenção ou reintegração de posse, sem a necessidade de oitiva do réu. Na hipótese de ausência de convencimento do juízo sobre algum dos itens requeridos, deverá o magistrado determinar ao autor que justifique suas alegações, citando o réu para comparecimento em audiência a ser designada, sob a denominação “audiência de justificação”.

Nessa oportunidade, caso o juiz entenda pela procedência da justificação apresentada pelo autor, poderá determinar a expedição imediata do mandado de reintegração ou manutenção da posse. E independentemente da concessão ou não do mandado liminar, o réu deverá ser citado nos 5 (cinco) dias subsequentes para apresentar contestação.¹⁴ Isso, com a ressalva de que, em se tratando de ações em que figurem pessoas jurídicas de direito público no polo passivo, não poderá haver a concessão de medida liminar sem a prévia audiência com a presença dos respectivos representantes.

Esse é o procedimento que regula o tratamento jurisdicional das ações possessórias no Código Processual Civil de 1973; diploma pelo qual foram conduzidos e decididos os casos de conflitos analisados neste trabalho. O Código Processual Civil de 2015, ora vigente, manteve fundamentalmente a estrutura descrita, com o acréscimo de certos dispositivos que são especialmente relevantes pela mudança que podem vir a introduzir na intervenção jurisdicional sobre os casos de conflitos coletivos.

A primeira das transformações refere-se à inclusão de dispositivo normativo que impõe ao juiz o dever de designar audiência de mediação previamente a concessão de medida liminar, sempre que se tratar de litígio coletivo pela posse do imóvel em que o esbulho ou turbação tenham ocorrido há mais de ano e dia.¹⁵ No mesmo sentido, deverá o juiz

¹³ As ações possessórias estavam previstas nos artigos 920 a 933 no Código de Processo Civil de 1973. No Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015, o procedimento especial para o trâmite das ações possessórias está previsto nos artigos 554 a 568.

¹⁴ O prazo para apresentar contestação é de 15 dias.

¹⁵ Código de Processo Civil, Art. 565. “No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º”.

designar audiência de mediação nos casos em que tenha havido concessões de liminar que não foram executadas no prazo de 01 (um) ano a contar de sua distribuição.¹⁶ Nas audiências convocadas com a finalidade de mediação do conflito haverá intimação para comparecimento do Ministério Público e também da Defensoria Pública, nos casos em que uma das partes for beneficiária da justiça gratuita. Serão também intimados os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana do ente federativo em que se localize a área objeto da disputa, para que manifestem seu interesse no processo e apresentem proposta de solução do conflito em litígio. Além disso, a nova redação do código processual prevê expressamente a possibilidade de comparecimento do juiz à área do conflito “quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional”.¹⁷

As mudanças operadas no novo código processual civil acerca do procedimento das ações possessórias são resultado de um intenso percurso de articulação dos movimentos sociais urbanos e seus apoiadores, e foram parcialmente bem-sucedidas na incidência sobre aspectos fundamentais dos despejos que puderam ser identificados nesta pesquisa. Desde a proposição inicial até o texto final, aprovado na Lei nº 13.105/2015, inúmeras emendas modificativas dos artigos concernentes aos conflitos fundiários urbanos e rurais foram apresentadas por parlamentares aliados dos grupos sociais organizados, que atuam diretamente na temática. O resultado final representa avanços tímidos em relação à pauta inicial proposta pelo Fórum Nacional de Reforma Urbana, sendo que as inclusões e também as ausências indicam o estado da correlação de forças diante da concentração fundiária e as consequentes barreiras políticas que puderam ser flexibilizadas e, outras, que permaneceram intransponíveis.

Dentre os avanços estão a vedação à concessão de liminares previamente à realização de audiência de mediação com a participação de autor e réus da reintegração. Como dito, nas decisões analisadas nesta pesquisa, foi expressivo o número de despejos autorizados em sede liminar, sem que houvesse sequer a oitiva dos réus. De acordo com a técnica processual, as decisões liminares podem ser proferidas quando o juiz, no caso concreto, evidenciar os pressupostos de “perigo na demora” e “fumaça de bom direito”, ou seja,

¹⁶ Código de Processo Civil, Art. 565, §1º: “Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo”.

¹⁷ Código de Processo Civil, Art. 565: “§2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. §3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. §4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório”.

quando a espera pela cognição exauriente dos direitos em conflito colocar em risco a integridade do direito que se pretende tutelar por meio da ação proposta.

Especificadamente nos casos de conflitos fundiários urbanos, a execução do mandado de reintegração de posse, autorizada em sede liminar, não apenas assegura o direito ameaçado do autor — a alegada perda da posse da área — como também produz efeitos definitivos em relação à eliminação do conflito social subjacente. Ou seja, uma vez que a reintegração de posse seja permitida pelo magistrado, e executada pelas forças competentes, ainda que posteriormente venha a se reconhecer a possibilidade de manutenção dos moradores despejados na área, a recomposição do estado de coisas anterior à decisão se mostra infactível.

A eliminação do local de moradia dos réus ocasiona a dispersão dos sujeitos em busca de soluções paliativas de moradia que tornem possível a sobrevivência, ocasionando a desintegração do grupo que anteriormente residia na área. O tempo das dinâmicas socioespaciais é interrompido pelo tempo do direito, antecipado no afazer jurisdicional pela via liminar.¹⁸ Com isso, tem-se que grande parte dos conflitos fundiários urbanos sequer é submetido a uma análise mais detida no Poder Judiciário porquanto a concessão massiva de despejos liminarmente esvazia o conteúdo material da disputa.

A produção de prova exigida pelo código processual para concessão de liminares nas ações de reintegração de posse abrange, como dito, a comprovação da posse pelo autor; do esbulho praticado pelos supostos “invasores”; e a consequente perda da posse pelo possuidor original. Nos casos analisados, os meios de prova mais frequentemente apresentados pelos autores para comprovar tais requisitos perpassaram pela apresentação do título de propriedade; a existência de boletim de ocorrência noticiando o alegado esbulho; e, em alguns casos, a existência de imagens do local ou de reportagens jornalísticas que retrataram as alegações. E a partir desses elementos, em 42% dos casos, entendeu-se pela confirmação da reintegração de posse sob a fundamentação de que o autor haveria comprovado suficientemente os requisitos exigidos pela lei. Atente-se para o fato que, em se tratando de ações possessórias, não é permitida a discussão do domínio sobre a área em litígio, mas tão somente da “melhor posse”, na acepção jurídica do termo.

¹⁸ Ao debruçar-se sobre o “tempo judiciário”, Antoine Garapon comenta: “(...) Na época atual, assiste-se à multiplicação das decisões urgentes, preparatórias ou conservatórias, ou, ao invés, das medidas de execução e de aplicação. Crescem igualmente as instâncias modificativas, cujo objetivo passa por uma melhor adequação da justiça à realidade, mas que a fazem perder grande parte da sua substância no debate judiciário. (...)” (GARAPON, Antoine. *Bem julgar* — ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, s.d., p. 69).

Tabela 3 - Fundamentos das decisões

FUNDAMENTOS DAS DECISÕES	NÚMERO DE CASOS
Comprovação suficiente dos requisitos para reintegração de posse	117
Obstáculos processuais	38
Ocupação em área pública que não gera efeitos possessórios	22
Demolição das moradias existentes no local	18
Esbulho, posse de má-fé, mera detenção	17
Ausência dos requisitos que autorizam a liminar ou antecipação de tutela	14
Negativa sobre a necessidade de individualização dos réus	8
Direito à moradia, função social da propriedade e boa-fé	8
Suspensão da reintegração de posse	6
Cabimento de audiência de justificação ou perícia	4
Outros	32

No entendimento registrado nas decisões, a melhor posse é aquela que deriva do direito de propriedade, desvinculadamente de aferições focadas no uso ou na funcionalidade que o proprietário tenha ou não dado ao imóvel. Essa conclusão se baseia na construção probatória mais bem aceita em juízo, conforme os casos estudados. Primeiramente em relação aos boletins de ocorrência, trata-se de relatos unilaterais, nos quais a suposta vítima relata o crime cometido e invoca a atuação do Estado para investigação e aplicações das sanções cabíveis. De toda maneira, corresponde essencialmente a uma declaração — parcial e intencionada — que neste caso diz respeito à declaração emitida pelo proprietário sobre eventual presença de “invasores” em sua área.

No mesmo sentido, a utilização de fotografias como prova do esbulho permite ao magistrado tão somente conhecer o retrato estanque de um momento do conflito que se está a discutir, sem a percepção de seu desenvolvimento histórico tampouco de sua dinâmica socioespacial. Portanto, sem a exposição de indícios que informem ao juízo as influências que conduziram a ocupação e sua consolidação na área em litígio. Isso sem mencionar a parcialidade de todo registro fotográfico, por sua própria concepção como

o produto derivado de um olhar específico sobre um fragmento da realidade.

A utilização de reportagens jornalísticas também constitui um meio de prova bastante frágil em relação à exposição das dimensões do conflito. O tratamento enviesado dos conflitos urbanos pela mídia, e especialmente dos conflitos fundiários, é objeto de investigações acadêmicas que retratam a construção caricatural e politicamente interessada desses fenômenos.¹⁹ Em todos os casos são relatos de uma só voz que traduzem ao processo tão somente a versão do autor do pedido de reintegração de posse e amparam a construção de um imaginário desespacializado que influencia sobremaneira nos resultados das decisões.²⁰

Dada a fragilidade dos elementos probatórios acima descritos, o fiel da balança na concessão das liminares para os despejos coletivos recai sobre a apresentação do título de propriedade pelo autor. Um contrassenso, já que no âmbito das ações possessórias a

¹⁹ A representação negativa da mídia em relação às ocupações informais urbanas, e sua utilização como fonte para a ação repressiva das agências institucionais, foi objeto de análise de Rose Compans. O ponto de partida refere-se a uma série de reportagens sobre as favelas cariocas, veiculadas pelo jornal *O Globo*, em 2005: “A primeira reportagem da série *Ilegal*. E daí? chamou a atenção para o crescimento vertical e horizontal da Rocinha, comprovado pelo expressivo número de prédios de apartamentos em construção e por cerca de setenta imóveis erguidos fora dos Eco-limites cercas de aço de isolam a favela das áreas verdes. Sob o título “Vale tudo na Rocinha”, a matéria enfatizava o desrespeito às regras urbanísticas e o não pagamento de impostos, ambos exigidos pelo poder público dos demais cidadãos. Embora se tenha dado muita ênfase inicialmente às favelas da zona sul, no decorrer do tempo foram relatados processos semelhantes que estariam ocorrendo em outras regiões e em outros municípios. (...)”. Já na segunda reportagem da série, o Ministério Público Estadual foi entrevistado e manifestou-se pela “(...) abertura de inquérito civil para investigar a responsabilidade da Prefeitura pela expansão de cinco favelas, todas na zona sul, área mais valorizada da cidade: Rocinha, Vila Alice, Babilônia, Chácara do Céu e Julio Otoni. O promotor sugere a demolição imediata dos imóveis vazios - já que os ocupados necessitam de autorização judicial -, baseado na informalidade dos mesmos (...)”. Ainda, segundo o promotor entrevistado, “Todas as construções em favelas são ilegais e, portanto, sujeitas a demolição” (COMPANS, Rose. *A cidade contra a favela: a nova ameaça ambiental*. In *Anais do XII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional*. Belém: 2007).

²⁰ Um sentido contramajoritário sobre a distribuição da produção de provas pode ser identificado na decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo em ação civil pública ajuizada pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica de SP com o intuito de promover a remoção de ocupação irregular constituída na APA do Rio Tietê. O juiz originário indeferiu o pedido de antecipação de tutela para reintegração, sob a argumentação de que estariam ausentes os requisitos legais da antecipação, nos moldes do Art. 273 do CPC, imputando ainda à parte autora o dever de elaborar relatório sobre a composição da ocupação e a situação das famílias residentes. Em sede de agravo de instrumento, interposto pela parte autora, o magistrado manteve a decisão do juiz de primeiro grau tanto em relação ao indeferimento da antecipação de tutela para reintegração, quanto à possibilidade jurídica de se imputar ao Departamento de Águas e Energia Elétrica o dever de apresentação de relatório acerca das condições sociais da área que se almeja despejar. Destacou a importância da distribuição da produção da prova quando esta se fizer imprescindível ao convencimento do juízo, nos seguintes termos: “(...) Dessa forma, certo que a finalidade da prova é formar a convicção do juiz, seu principal destinatário, quanto à existência dos fatos da causa, é plenamente admissível e adequado, diante dos poderes que lhe são conferidos, determinar as provas necessárias à instrução do feito, como no caso em tela, em que foi determinada a apresentação de relatório pormenorizado acerca das famílias ocupantes da área em questão, o número atual de moradores, bem como a quantidade de crianças, idosos e pessoas portadoras de necessidades especiais. Ora, diferentemente do quanto sustentado pela agravante, tal providência não se afigura inútil ou desnecessária, consistindo em mais um elemento para a formação da convicção do magistrado a respeito dos impactos ambientais ocasionados no terreno em questão em razão da ocupação da área, bem como das condições e composição das famílias que habitam referido terreno. (...)” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2154437-43.2015.8.26.0000. Relator: J.F.M.V. Julgado em 10 de dezembro de 2015, p. 8).

priori não são permitidas discussões que problematizem a propriedade das áreas em disputa, mas tão somente façam menção à condição possessória dos sujeitos sobre estas. Nessa aparente contradição, é que se encontra uma chave explicativa da maior importância para a compreensão da seletividade que opera na atuação jurisdicional dos conflitos fundiários urbanos.

De um lado, o argumento reiterado nas contestações dos réus que aponta para o descumprimento da função social da propriedade pelo autor da ação é sumariamente afastado pela incompatibilidade da alegação da matéria no âmbito possessório. E, ao mesmo tempo, é por meio do documento formal de registro da propriedade que se decide sobre a melhor posse a ser tutelada pelo Estado-juiz. Isto é, embora não se possa discutir a validade, legitimidade e qualidade do exercício proprietário, é o título de propriedade que se torna o dispositivo autorizador para remoção pretendida.

Nos casos em que a área em conflito corresponde à dominialidade pública o resultado não é diferente. Ao contrário, em tal hipótese a discussão sobre a função social da propriedade pública também não é realizada, sob o argumento de que a ocupação de bens públicos não gera efeitos possessórios por se tratar de mera detenção. Portanto, nos conflitos que envolvem ocupação em área pública sequer há o reconhecimento da posse dos ocupantes nas decisões, sendo este o mote para afastar, por exemplo, o pleito pela indenização das benfeitorias realizadas pelos possuidores durante o período de permanência na área.²¹

5. A posse jurídica como espelho das relações proprietárias

Este conjunto de constatações nos remete ao questionamento acerca do conteúdo jurídico da posse no direito brasileiro, suas distinções em relação ao uso dos bens e também ao direito de propriedade. Para que esses elementos possam ser bem compreendidos, é preciso abrir um breve parêntese para situar a distinção destas categorias na literatura e no ordenamento jurídico positivo. A caracterização da posse é um dos temas mais controvertidos do direito civil, provavelmente pelo desconforto que causa ao explicitar o não lugar jurídico das experiências espaciais concretas, diante da

²¹ “O fato de o particular deter imóvel de natureza pública há expressivo lapso temporal ante a leniência do Poder Público, não chegando, contudo, a ser contemplado com autorização formal para ocupá-lo, não lhe irradia a qualificação de possuidor, determinando que, apurado que o ente público é o efetivo detentor do domínio, seja imitado na posse direta da coisa, não assistindo ao detentor, sob essa moldura, direito a indenização ou retenção se as acessões não se qualificam como necessárias, pois impassível de ser reputado possuidor de boa-fé de forma a auferir qualquer compensação derivada da proprietária se jamais anuíra ou autorizara a ocupação (CC, arts. 1.219 e 1.220)” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n.º 20140110716770. 1ª Turma Cível. Relator: Desembargador T.C. Brasília (DF), 4 de março de 2015, p. 4).

abstração e do formalismo característicos da formação da cultura jurídica moderna.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 ocupou-se da definição da posse jurídica. Não com a explicitação de seus atributos essenciais, mas por meio da qualificação do sujeito que lhe é titular. Assim, “considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.²² Em meio ao contexto internacional de intenso debate teórico acerca do fenômeno possessório²³, centrado na experiência liberal europeia dos séculos XVIII e XIX, a codificação brasileira alinhou-se à chamada teoria objetiva da posse, desenvolvida por Rudolf von Ihering. Posição mantida e replicada pelo Novo Código Civil de 2002, pela qual “a posse não é, como parece aos partidários da *teoria subjetiva*, o *poder físico* da pessoa sobre a coisa, mas, sim, a *exterioridade da propriedade*”.²⁴ Por esse critério, a diferenciação entre posse e propriedade reside na identificação da posse ao “poder de fato” sobre a coisa, ao passo que à propriedade seria devido o “poder de direito”.²⁵

Em situações em que posse e propriedade estão reunidas no mesmo sujeito, tal distinção carece de utilidade. Todavia, quando possuidor e proprietário tratarem-se de pessoas distintas, duas situações podem ocorrer: ou o proprietário transfere seu poder de fato a um terceiro — o possuidor; ou alguém exerce sobre a coisa este poder sem que o proprietário tenha lhe transmitido tal atributo. Em consonância com a teoria objetiva, no primeiro caso a transferência do poder de fato por meio de vínculos jurídicos — como a locação, o usufruto, o comodato, dentre outros — faz com que se constitua a denominada “posse justa”, que confere ao possuidor um direito: o direito de possuir. Por outro lado, quando a relação entre o sujeito e a coisa se estabelece sem que a transferência do poder de fato pelo proprietário tenha ocorrido, fala-se em “posse injusta”, incapaz de elevar a situação fática ao

²² BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil. Art. 485.

²³ O debate em torno do fenômeno possessório articulou fundamentalmente duas posições desenvolvidas por Friedrich Carl von Savigny (teoria subjetiva da posse) e Rudolf von Ihering (teoria objetiva da posse). O cenário político em que tais desenvolvimentos teóricos se desenrolaram corresponde ao liberalismo europeu do século XIX, portanto alheio às imensas peculiaridades latino-americanas acerca das relações entre os homens e as coisas, especialmente a terra. Com explícita raiz romanista, na obra de Savigny “(...) a posse resulta da conjugação de dois elementos: o *corpus* e o *animus*. O *corpus* é o *elemento material* que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o *elemento intelectual*, representa a vontade de ter essa coisa como sua. Não basta o *corpus*, como não basta o *animus*. (...) Se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá simples *detenção*. É o que se chamava de *naturalis possessio*, que não sendo verdadeiramente posse pela ausência de *animus* não produziria efeitos jurídicos. A essa posse desfigurada, contrapõe-se a *posse civil*, resultante da conjunção dos elementos *corpus* e *animus*” (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20ª edição. Atualizada por Luiz Edson Fachin - Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 32).

²⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20ª edição. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35. Menciona o Art. 1196, do Código Civil Brasileiro: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

²⁵ *Ibidem*, p. 33.

plano protetivo da relação jurídica.²⁶

Assim, o critério de justiça que qualifica a posse deriva imediatamente de sua identificação com a propriedade. Quando a relação entre o indivíduo e os bens não corresponder ao poder adquirido por “justo-título”, ou seja, decorrer da propriedade, então esta será tomada como injusta. Tanto o é, que o código civil vigente qualifica como justa “a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.²⁷ E esses atributos são considerados tomando-se como base, evidentemente, o instituto proprietário. Para os conflitos fundiários urbanos essa diferenciação produz relevantes consequências práticas. Isso porque os espaços informais de moradia se constituem, em sua maioria, por meio de um vínculo direto que conecta os ocupantes e a área ocupada, sem a intermediação de qualquer título derivado da propriedade. Nessas situações, a dimensão que ganha destaque é o uso — critério posicionado à sombra na gramática do direito formal moderno.

Em que pese tenha sido incorporada à legislação civil vigente e seja hegemônica na dogmática civilística tradicional, a estatura jurídica da posse como exterioridade da propriedade não é blindada de críticas. Um primeiro viés de problematização diz respeito à análise sociológica da posse e sua conexão imediata com o plano das necessidades, que orbitam em torno dos vínculos estabelecidos entre os sujeitos e a terra. Nesse sentido, Hernández Gil, em sua obra “Función Social de la Posesión” argumenta a insuficiência da tutela jurídica moderna da posse para dar conta do que chama por “densidade social” do instituto, atentando para a autonomia da posse fundada sociologicamente e à contrapelo da maneira como é tratada pela técnica jurídica.²⁸

Em reforço a esse conteúdo autônomo da posse, justificado pelo uso, encontramos a noção de “segurança legal da posse” como um dos elementos que compõem o conteúdo do direito à moradia adequada. Nessa perspectiva, a posse é compreendida de maneira ampliada, como “um conjunto de relações referentes à moradia e à terra, estabelecida no direito codificado ou consuetudinário, ou mediante acordos não oficiais ou híbridos, que

²⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 20ª edição. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 33-34.

²⁷ Código Civil, Art. 1.200. “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

²⁸ GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión* (Ensayo de teorización sociológico-jurídica). Madrid: Alianza Editorial, 1969.

permitem viver no próprio lugar em condições de segurança, paz e dignidade”.²⁹

Essa concepção enfrenta o reducionismo do conceito civilístico ao sustentar que a posse derivada da propriedade seria apenas uma das modalidades de pertencimento possíveis, ao lado de direitos de posse sem propriedade, direitos de uso, aluguel e arranjos coletivos de moradia.³⁰ Ou seja, nessa linha, defendida no Relatório temático sobre segurança da posse apresentado no Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, o epicentro de tutela jurídica está na função habitacional do vínculo de pertencimento à terra, deslocando-se da sobrevalorização do título formal.

Em abordagem complementar, encontram-se os autores que irão defender a necessária subordinação da tutela possessória aos princípios de índole constitucional, especialmente a função social da propriedade, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Fundada na “constitucionalização” das relações interprivadas e “repersonalização” das relações jurídicas, esta perspectiva interpretativa incide diretamente sobre esfera das titularidades, propugnando a incorporação do conteúdo da função social como substantivo do direito de propriedade.³¹ Decorre daí a defesa de que nos casos concretos de conflitos fundiários, em não havendo comprovada função social do imóvel em litígio, estaria perdida a justificativa de titularidade por aquele que a detivesse.

Disso decorre que se uma determinada propriedade não cumpre sua função social, perde o seu título justificativo. De fato, se a função social é noção que surge exatamente na busca de uma legitimidade da propriedade privada, não seria excessivo afirmar que, na sua ausência, seja retirada a tutela jurídica dominical, em situações concretas de conflito, para privilegiar a utilização do bem que, mesmo desprovida do título de propriedade, condiciona-se e atende ao interesse social.³²

Nessa ótica, baseada na eficácia horizontal da principiologia constitucional em relação às titularidades, aponta-se para a superação da propriedade imobiliária clássica e sua ascensão

²⁹ Tradução livre. Cf. NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik. A/HRC/25/54 (30 de diciembre de 2013) p. 4. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?page_id=18335&lang=pt> Acesso em 20/2/2016. A segurança legal da posse foi objeto de relatório temático da Relatoria Especial para o Direito à Moradia Adequada da ONU, durante o mandato da arquiteta e urbanista Raquel Rolnik. No documento, a relatora apresenta diretrizes para o enfrentamento da insegurança legal da posse em zonas urbanas, que foram elaboradas a partir de consulta pública com a contribuição de 31 países.

³⁰ Ibidem, p. 4.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. Homens e mulheres do chão levantados. In *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

³² TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. O Papel do Poder Judiciário na Efetivação da Função Social da Propriedade. In STROZAKE, Juvelino José. (org.). *Questões agrárias*. Julgados, comentários e pareceres. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 40.

ao plano da coexistencialidade e da solidariedade social.³³ Em rumo ainda mais dedicado à construção de “um contraponto humano e social” a uma “propriedade concentrada e despersonalizada”, defende Luiz Edson Fachin a autonomia da posse perante a propriedade e a não redução de seu conteúdo a constrições jurídicas que percam de vista sua vocação para satisfação de necessidades.³⁴

Ao observarmos o tratamento jurisdicional dispensado às situações de conflito fundiário urbano, entretanto, deparamo-nos com um cenário composto por mais continuidades do que rupturas. Nas decisões pesquisadas, o divórcio entre as mudanças interpretativas do fenômeno possessório e a aplicação dos tribunais se mostrou contundente. A autorização da reintegração de posse sob a fundamentação do “cumprimento satisfatório dos requisitos legais” foi amplamente a mais utilizada. E as fontes do direito que permitiram a construção argumentativa do posicionamento corresponderam principalmente à jurisprudência (169 casos), seguida pela legislação (168 casos) e pelos posicionamentos doutrinários (82 casos).

Em relação à legislação utilizada, dentre as 168 decisões que utilizaram a lei como fonte do direito em sua fundamentação, foi identificada uma única menção aos diplomas internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é Estado signatário.³⁵ Podemos supor que tal comportamento corresponda à descrença do Poder Judiciário no que tange à aplicabilidade direta e à força normativa dos direitos humanos, em paradigma superado com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que conferiu aos tratados e às convenções de direitos humanos status de norma constitucional.³⁶

Entretanto, ao verificarmos as fontes legislativas mobilizadas nas sentenças, veremos que mesmo as normas constitucionais são pouco invocadas como subsídio das razões de decidir. Apenas 16,5% das decisões fizeram menção a artigos da Constituição Federal, com especial ênfase ao Art. 5º, XXXV, que garante

³³ FACHIN, Luiz Edson. Homens e mulheres do chão levantados. In *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 65.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Função social da posse e a propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21. Para um maior aprofundamento sobre o tema da autonomia da posse e sua função social, consultar: GIL, Antonio Hernández. *La función social de laposesión* (Ensayo de teorización sociológico-jurídica). Madrid: Alianza Editorial, 1969.

³⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2145482-23.2015.8.26.0000. Relator: M.C. Julgado em 21 de setembro de 2015. p. 9.

³⁶ Sobre a justiciabilidade dos Direitos Humanos no Poder Judiciário, consultar: CUNHA, José Ricardo (org.) *Direitos Humanos e Judiciário no Brasil*. Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Edição FGV Direito Rio, 2013.

o direito de propriedade ou mesmo ao Art. 6º e ao Art. 182, que se referem respectivamente à moradia e à política urbana, mas sob argumentação de que a reintegração de posse não violaria os direitos constitucionalmente previstos. Portanto, é possível afirmar que os valores e as normas constitucionais possuem baixa permeabilidade nos conteúdos argumentativos das decisões, ainda que a matéria sob judice tenha recebido tratamento expresso pelo constituinte.³⁷

O núcleo dos fundamentos legislativos apontados pelos magistrados corresponde ao Código Civil (18%) e, especialmente, ao Código de Processo Civil (61%), com majoritária menção aos artigos 927 e 928 deste diploma legal. O Estatuto da Cidade, por sua vez, foi citado em apenas 7,3% das decisões, e em grande parte dos casos com o objetivo de afastar sua aplicação diante da situação concreta. O mesmo ocorreu com outras normas infraconstitucionais que versam sobre outras formas de acesso e garantia do direito à moradia, a exemplo da Concessão Especial de Uso para fins de Moradia (CUEM), prevista na Medida Provisória nº 2220/2001 e citada em seis decisões, mormente com o sentido de fundamentar a inviabilidade de sua aplicação no caso discutido.

Tabela 4 - Fontes do direito mobilizadas

FONTES DO DIREITO MOBILIZADAS	NÚMERO DE CASOS
Legislação	63
Jurisprudência	15
Doutrina	3
Legislação e jurisprudência	94
Legislação e doutrina	19
Jurisprudência e doutrina	5
Legislação, jurisprudência e doutrina	55
Não evidenciado	30

³⁷ As estratégias argumentativas utilizadas pelos magistrados na exposição das razões da decisão serão abordadas em maior profundidade no item 4.3.

Tabela 5 - Legislação mencionada

FONTES DO DIREITO MOBILIZADAS	NÚMERO DE CASOS
Constituição Federal	47
Estatuto da Cidade	21
Código Civil	53
Código de Processo Civil	176
Normas Internacionais de Direitos Humanos	1
Outros	66

Nos casos em que se identificou o recurso à jurisprudência e à doutrina como suporte de justificação da solução jurisdicional, os autores e entendimentos dos tribunais levados à decisão servem à legitimação do posicionamento adotado pelo magistrado. É o que José Rodrigo Rodriguez denomina um modelo de racionalidade judicial centrado no argumento de autoridade. A justificação da decisão com o auxílio do recurso do argumento de autoridade “não tem o dever de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinadores que cita. Com efeito, ela não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo (...)”. O objetivo deste formato de justificação da decisão é tão somente o de apresentar uma solução que se mostre convincente pela reiterada indicação de fontes que legitimem o ponto de vista defendido, independentemente da fundação argumentativa que lhe dê suporte.³⁸ Esse percurso é evidenciado na indicação de entendimentos jurisprudenciais pretéritos, em que não raro os magistrados utilizam trechos de decisões proferidas em contextos diversos do caso concreto que está sob análise, mas cujo resultado final converge àquele que se deseja alcançar.

Na invocação das posições doutrinárias, o caminho não é diferente e desnuda o caráter opinativo, que também compõe o perfil decisório no judiciário brasileiro. A fundamentação apoiada em argumentos de autoridade, com a reprodução de trechos de obras da literatura jurídica, sem o cotejo com a situação concreta que está sendo enfrentada, contribui mais para a legitimação da opinião pessoal do magistrado do que fornece elementos para a

³⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 73.

reconstrução argumentativa acerca da justificação eleita para solução do conflito.³⁹ Com isso, não se está a idealizar uma possível neutralidade no convencimento do juízo, mas, ao contrário, se evidencia a ausência de justificativas que enfrentem o ordenamento jurídico de maneira sistemática para sua fundamentação.

Nas reformas levadas a cabo no procedimento especial das ações possessórias do Novo Código de Processo Civil, os elementos descritos foram mantidos. Apesar dos esforços de mobilização empreendidos pelos movimentos populares, a função social da propriedade como condição para tutela possessória não foi incluída. E mesmo o avanço em relação à realização de audiência de mediação previamente à concessão de liminares se circunscreveu tão somente aos casos em que o conflito corresponda a ocupações de “posse velha”, ou seja, àquelas que tenham mais de um ano e um dia de duração. Esse critério foi incluído no diploma processual de 2015, como resultado político das negociações realizadas no processo de elaboração legislativa, embora o próprio Código Civil de 2002 tenha abandonado a distinção entre posse nova e posse velha. Mais importante é perceber que a manutenção da compreensão da posse como manifestação da condição proprietária e o afastamento da discussão da função social da propriedade nestas modalidades de ação mantêm a disparidade de armas entre autores e réus nos conflitos fundiários judicializados.

Uma vez apresentado o título formal de propriedade, a produção de prova pelos ocupantes da terra se torna praticamente impossível, já que a situação jurídica de não proprietários, ou de invasores, já os qualifica como clandestinos, violentos e precários. A posse, tomada como injusta, não pode se converter como justa. Isso não apenas lhes retira o lugar de fala no contraditório processual como também influi decisivamente no resultado da decisão.

Na tradução processual do conflito social fundiário ser invasor é estar instituído de um estigma jurídico de difícil desconstituição, por meio do qual os despejos coletivos aparecem como resultados tomados judicialmente como inevitáveis. A seletividade que perpassa esse xadrez de peças marcadas se inicia no texto da lei, se fortalece na reprodução acrítica da doutrina e produz efeitos a partir da atuação do Poder Judiciário.

³⁹ Em relação à fundamentação decisória justificada por argumentos de autoridade e o caráter opinativo da atuação jurisdicional, define RODRIGUEZ: “Uma argumentação fundada em argumentos de autoridade tem um perfil muito diferente. Ela não tem o dever de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinadores que cita. Com efeito, ela não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo. Seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratégia. O que importa é a obtenção de uma solução. de uma decisão e não o padrão argumentativo que a fundamente. Neste tipo de argumentação a pessoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela. Ao argumentar, a pessoa da autoridade expõe os motivos pelos quais foi convencida de determinada solução jurídica (...)” (Ibidem, p. 73-74).

Referências bibliográficas

CARVALHO, Cláudio Oliveira de; RODRIGUES, Raoni. O Novo Código de Processo Civil e as ações possessórias - novas perspectivas para os conflitos fundiários coletivos? *Revista de Direito da Cidade*. Vol. n° 7, n° 4. Número Especial.

COMPANS, Rose. A cidade contra a favela: a nova ameaça ambiental. *In Anais do XII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional*. Belém: 2007.

CUNHA, José Ricardo (org.) *Direitos Humanos e Judiciário no Brasil*. Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: Edição FGV Direito Rio, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Função social da posse e a propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Homens e mulheres do chão levantados. *In Questões do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar* - ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget.

GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión* (Ensayo de teorización sociológica-jurídica). Madrid: Alianza Editorial, 1969.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Raquel Rolnik*. A/HRC/25/54 (30 de diciembre de 2013) p. 4. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?page_id=18335&lang=pt> Acesso em 20/2/2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito* (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. O Papel do Poder Judiciário na Efetivação da Função Social da Propriedade. *In STROZAKE, Juvelino José. (org.). Questões agrárias*. Julgados, comentários e pareceres. São Paulo: Editora Método, 2002.

civilistica.com

Recebido em: 13.10.2017

Aprovado em:

01.09.2017 (1º parecer)

15.10.2017 (2º parecer)

Como citar: MILANO, Giovana Bonilha. Poder Judiciário e conflitos fundiários urbanos: molduras processuais da disputa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/poder-judiciario-e-conflitos-fundiarios-urbanos/>>. Data de acesso.