



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-008, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 19, n. 34 (jan./jun. 2020). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2019.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E ILÍCIO FUNCIONAL: UM ESTUDO A PARTIR DAS OCUPAÇÕES URBANAS NA LUTA POR MORADIA

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND FUNCTIONAL ILLUSION: A STUDY FROM URBAN OCCUPATIONS IN THE FIGHT FOR HOUSING

MARIA DO ROSÁRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

Advogada

Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

mrosariodeoliveira@gmail.com

RESUMO: Este trabalho versa sobre a função social da propriedade e o ilícito funcional no exercício do direito de propriedade: um estudo a partir das ocupações urbanas de luta por moradia. Busca-se responder a seguinte questão: é possível encontrar fundamento na legislação brasileira e na ciência jurídica para o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social para fins de moradia, tendo por base a premissa da função social da propriedade e a não tolerância do ilícito funcional? O objetivo é avaliar se o descumprimento da função social da propriedade pode ser considerado um ilícito funcional ou um abuso de direito que legitima o ato de ocupar propriedades que descumprem a função social, para fins de moradia. Para tanto, será necessário definir função social da propriedade e ilícito funcional, tratar da inclusão do Direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro e do ilícito funcional ou abuso de direito no exercício do direito de propriedade, concluindo, portanto, que o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social, para fins de moradia é legitimado¹ pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil brasileiro e pelo ordenamento jurídico como um todo, que traz a premissa da função social do direito e da não tolerância do ilícito funcional. Trata-se de pesquisa sob o método hipotético-dedutivo. Utilizaremos a Teoria dos Ilícitos Cíveis, de Felipe Peixoto Braga Neto, além de teorias críticas que tratam da função social da terra e da propriedade sob a perspectiva do marco teórico do Pluralismo Jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia; função social da propriedade; ilícito funcional; ocupações urbanas.

ABSTRACT: This work deals with the social function of property and the functional illicit in the exercise of property rights: a study based on the urban occupations of struggle for housing. It seeks to answer the following question: is it possible to find a basis in Brazilian law and legal science for the act of occupying private properties that disregard the social function for housing purposes, based on the premise of the social function of property and non-tolerance of the functional offense? The objective is to evaluate whether the noncompliance with the social function of the property can be considered a functional misdemeanor or an abuse of law that legitimizes the act of occupying properties that disregard the social function for housing purposes. To do so, it will be necessary to describe the social function of property and functional illicit, address the inclusion of the right to housing in the Brazilian legal system, and the functional offense or abuse of law in the exercise of property rights, concluding, therefore, that the act of occupying private properties that disregard the social function for housing purposes is legitimized by the Federal Constitution of 1988, by the Brazilian Civil Code and by the legal system as a whole that brings the premise of the social function of law and non-tolerance of the functional offense. It is research under the hypothetical deductive method. We will use the Theory of Civil Illegal, by Felipe Peixoto Braga Neto, as well as critical theories that deal with the social function of land and property under the perspective of the theoretical framework of Legal Pluralism.

1 A expressão "legitimidade" utilizada no presente texto tem a perspectiva do Pluralismo Jurídico, que reconhece distintas formas de produção de juridicidade.

KEYWORDS: Right to housing; social function of property; functional illicit; occupations.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Função social da propriedade e ilício funcional; 3. Inclusão do Direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Ocupações urbanas: o ato de ocupar para fins de moradia autorizado pela legislação brasileira, que tem como premissa a função social da propriedade e não tolera o ilício funcional; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo avaliar se o descumprimento da função social da propriedade pode ser considerado um ilício funcional ou um abuso de direito que legitima o ato de ocupar propriedades que descumprem a função social para fins de moradia. O estudo se dá a partir de pesquisas bibliográficas que priorizam a Teoria dos Ilícitos Civis, de Felipe Peixoto Braga Neto (2003), e teorias relacionadas à função social da terra e da propriedade sob a perspectiva do marco teórico do Pluralismo Jurídico.

Busca-se tratar dos conceitos e concepções de função social da propriedade e de ilício funcional, tentando demonstrar que o direito de propriedade ainda é tratado como um direito absoluto, embora o limite ao seu exercício não seja algo recente na história do Direito. A função social da propriedade tem sido desconsiderada pelo Executivo e até mesmo pelo Judiciário. O abuso desse direito não tem sido combatido, embora o limite ao direito de propriedade esteja presente, de algum modo, desde o Direito Romano arcaico e, no Brasil, esteja presente na Constituição, no Código Civil e em boa parte das ciências jurídicas, que afirmam a propriedade como um “direito-meio” e não como um fim em si mesma.

Aborda-se o processo em que se deu a inclusão do direito à moradia na atual Constituição brasileira, o que só foi feito com a Emenda Constitucional 46 no ano de 2000, depois de muita pressão dos movimentos sociais de luta por moradia, mas tal direito continua não sendo efetivado. Por consequência, milhões de famílias, por não terem onde morar, não têm outra opção que não seja a ocupação de terras ou de prédios abandonados que não cumprem a função social para fins de moradia.

Por fim, buscam-se fundamentos na legislação brasileira e na ciência jurídica para saber se o ilícito funcional ou o abuso de direito no exercício do direito de propriedade (que não cumpre a função social) pode legitimar o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social para fins de moradia e se isso é legitimado pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil brasileiro e pelo ordenamento jurídico como um todo, que traz a premissa da função social do direito.

2. Função social da propriedade e ilícito funcional

Para falar da função social da propriedade e de ilícito funcional, aborda-se o limite ao direito de propriedade presente no Direito romano arcaico, e a sua evolução (ou não)² até o Direito contemporâneo. O limite ao direito de propriedade existe, de alguma maneira, desde o Direito romano arcaico, a despeito da concepção de propriedade como um direito absoluto. A Lei das XII Tábuas (450 a. c.) previa que o exercício da propriedade não podia prejudicar vizinhos, terceiros ou a sociedade. Em 1949, Ripert afirmava que “qualquer direito subjetivo não é absoluto, pois ele é determinado pela lei ou o contrato desde o seu objeto e limitado desde o seu exercício” (RIPERT, 1949, p. 196). Na contemporaneidade, Fábio Konder Comparato, no mesmo sentido, em 1997, afirma que “a propriedade é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais” (COMPARATO, 1997, p. 98).

2 Percebe-se pouca adesão dos tribunais brasileiros ao princípio da função social da propriedade. O Brasil é detentor de inúmeros latifúndios, urbanos e rurais, que não cumprem a função social da propriedade e de grandes e históricas lutas de movimentos que reivindicam o cumprimento de tal princípio. A função social da terra no país é algo constantemente negligenciado tantos pelos poderes públicos em suas esferas executivas e legislativas que não tomam medidas para impedir o abuso do direito, quanto na esfera judicial que, diante das inúmeras ações de reintegração de posse contra possuidores que ocupam para dar função social à terra, liminares são expedidas determinando a reintegração na posse sem a mínima observância do cumprimento ou não de tal princípio por parte dos supostos proprietários.

A terra transformada em propriedade privada é uma imposição da modernidade, que se universalizou com o modelo econômico capitalista de sociedade. A cultura moderna europeia, seus valores e saberes considerados científicos, se impuseram como universais, violentando e encobrindo a pluralidade de modos de vida, de cultura, de saberes, formas de economia e de convivência com a terra, como no caso, por exemplo, dos países do sul global, com experiências indígenas e de povos tradicionais que conviviam (e convivem) com a terra sobre outra ótica, que não a mercadológica e capitalista.

Em relação à modernidade, adota-se como referência a teoria de Enrique Dussel (1994), que a define nos seguintes termos:

[...] a modernidade se originou nas cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Porém “nasceu” quando Europa pode confrontar-se com “o Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo; quando pode definir-se como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da alteridade constitutiva da mesma modernidade. De todas maneiras, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas, sim, encoberto como “o Mesmo” que Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do “nascimento” da Modernidade como conceito, o momento concreto de “origem” de um “mito” de violência sacrificial muito particular e, ao mesmo tempo, um processo de “encobrimento” do não-europeu. (DUSSEL, 1994, p. 8, tradução nossa)³.

O desenvolvimento capitalista, segundo Carlos Frederico Marés, “transformou a terra em propriedade privada e a terra transformada em propriedade privada promoveu o desenvolvimento capitalista” (MARÉS, 2003, p. 81).

3 La modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, libres, centros de enorme creatividad. Pero “nació” cuando Europa pudo confrontarse con “el Otro y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un “ego” descubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma modernidad. De todas maneras, ese Otro no fue “descubierto” como Otro, sino que fue “en-cubierto como “lo Mismo” que Europa ya era desde siempre. De manera que 1492 será el momento del “nacimiento” de la Modernidad como concepto, el momento concreto del “origen” de un “mito” de violencia sacrificial muy particular y, al mismo tiempo, un proceso de “en-cubrimiento” de lo no-europeo (DUSSEL, 1994, p. 8).

O destaque para o uso e a ocupação da terra é algo que passa a história da humanidade. Desde os relatos bíblicos mais remotos, antes da era cristã, até os tempos atuais, a terra sempre esteve sob a mira de lutas e conquistas e apresentou-se como elemento indispensável para todos os povos e civilizações, mas nem sempre foi concebida como bem de valor econômico e mercadológico como impôs o modelo econômico capitalista.

Diversas culturas, sobretudo as culturas indígenas e de povos tradicionais, concebem a terra como uma divindade e a chamam de mãe, pachamama⁴, pátria e até mesmo de pai.

A terra, para a apropriação individual, exclusiva e absoluta, é uma construção do Estado e do Direito moderno, que tem seu marco a partir do século XVI com as colonizações impostas pelo mundo europeu. A Revolução Francesa (1793) é, nesse sentido, um marco jurídico dessa construção e, a partir disso, da elaboração das Constituições nacionais que trouxeram a ideia de organização do Estado, de direito único, universal e geral, legitimado por uma organização estatal e representante dos cidadãos (MARÉS, 2003, p. 81-142).

Importa saber quem era considerado cidadão para essa organização estatal; se todas as classes, raças, gêneros, identidades e povos eram considerados detentores deste direito que se pretendia universal ou se o conceito de “universal” é uma falácia do modelo econômico capitalista que, na América Latina, foi fundado a partir do extermínio dos verdadeiros habitantes e possuidores das terras, decretadas desocupadas por meio de violência legitimada pelo poder político, econômico e religioso europeu da época em que, em nome da “civilização”, povos originários e suas culturas foram violentados e exterminados.

Não é novidade que o dito Estado moderno utilizou-se da retórica de que veio para garantir igualdade, liberdade e propriedade – o

⁴ Pachamama, representada por uma mulher que leva no colo uma criança, é a forma como os povos indígenas quechuas chamam e concebem a terra.

terceiro tripé da revolução francesa - fraternidade - nem se fala -, mas, quem poderia ser proprietário? Só os detentores de liberdade (os homens livres), mas quem eram os homens livres? Os detentores de propriedade, mas não apenas detentores de propriedade. Os homens livres eram o *pater familias*, com autonomia e capacidade material e processual para todos os atos inerentes ao direito de propriedade. Detentor do poder patriarcal que acrescentou à sociedade moderna capitalista o ocultamento e a opressão às mulheres e aos considerados subalternos naquela sociedade.

Nesse sentido, a capacidade negocial dependia de personalidade jurídica e esta dependia de propriedade. Com a formação do capitalismo ocorre, em tese, a universalização dos conceitos de capacidade e de autonomia: todos passam a ser autônomos, todos são capazes, todos tem autonomia e, por fim, todos são proprietários, de bens ou de força de trabalho para negociar (com o patrão). A universalização do conceito de autonomia privada se dá como consequência da regularização da propriedade precedida da atribuição generalizada de capacidade (TORQUATO, 2014, p. 98). Diante disso, a liberdade pessoal não era um pressuposto filosófico abstrato, mas uma necessidade contratual e uma garantia do capital.

Com o avanço do capitalismo e a transformação agrária na Inglaterra, a concepção da terra como mercadoria e como direito absoluto espalhou-se pelo mundo em nome da “civilização” europeia com os “negócios” da colonização.

Contudo, no curso desses processos, sempre houve resistências de povos e culturas, muitas vezes ocultadas e violentadas, inclusive. É possível citar desde as resistências dos quilombos brasileiros contra as violências decorrentes da escravidão, as resistências das revoluções do século XX, como Canudos, na Bahia (1896-1897), Contestado, no Paraná (1912-1916) até as inúmeras lutas, nos dias atuais, pela socialização do direito à terra e do direito à moradia, como também pela própria libertação da terra, escravizada nas mãos dos latifúndios (rurais e urbanos), envenenada com os

agrotóxicos e pesticidas organoclorados utilizados pelo agronegócio, com a exploração de minérios, dentre tantas outras formas de escravidão contemporânea da terra e dos seres que nela habitam.

Tais processos de resistências são tentativas de libertar a terra e estabelecer limites ao exercício do direito de propriedade, mas também limites ao modo de utilização da terra e ao sistema econômico capitalista. Embora alguns limites estejam presentes desde o Direito Romano arcaico, como dito, a limitação nada mais era do que assegurar o pleno direito ao proprietário de não ser incomodado. A preocupação social avança com a vinculação da terra e sua produtividade à possibilidade de erradicar a fome, como no caso do Brasil, onde isso vem sendo defendido pelos movimentos de resistência e defesa da terra.

Sendo o direito de propriedade um direito presente em todas as constituições brasileiras, a Constituição de 1988 vinculou a este direito, de modo acentuado, a condição de cumprimento da função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988).

A função social, como limite ao exercício do direito de propriedade, e o reconhecimento de que seu descumprimento constitui um ilícito funcional ou um abuso de direito, nos moldes como estabelecido hoje no ordenamento jurídico brasileiro, são pautas fortes das reivindicações dos movimentos de luta pelo direito à/da terra e pelo direito à moradia. Contudo, a efetivação desses

instrumentos ainda são quase invisíveis por parte dos detentores do poder, seja no âmbito executivo, legislativo e do próprio judiciário. O direito de propriedade, sobretudo a propriedade da terra, ainda é concebido, no Brasil, na prática do dia a dia, como um direito absoluto.

No que se refere ao ilício funcional, importante considerar que o ilício é considerado uma categoria jurídica de importância tanto teórica quanto prática, necessária para a construção dos sistemas jurídicos, presentes em todos os ramos do Direito. Para abordar o tema dos ilícios e seus desdobramentos, na presente pesquisa, recorreremos à obra *Teoria dos Ilícitos Cíveis*, de Felipe Peixoto Braga Neto (2003).

O conceito de ilício funcional está vinculado à não tolerância do abuso de direito e à concepção de função social do Direito. As diretrizes constitucionais no Direito contemporâneo não admitem a utilização de um direito sem considerar o fim para o qual ele existe, ou seja, o seu fim social, como, por exemplo, no caso do Direito de propriedade, a violação à função social da propriedade pode caracterizar o cometimento de um ilício funcional ou de um abuso de direito.

O instituto do abuso de direito, de origem europeia⁵, é regulamentado no artigo 186 do Código Civil brasileiro, de 2002, nos seguintes termos: “também comete ato ilício o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Disso decorre que, nos termos da normativa jurídica, todo direito tem um fim social a ser cumprido, embora no presente trabalho estejamos tratando do limite ao direito de propriedade, imposto pelo fim social ou pela função social da propriedade.

5 Introduzido no Código Civil português, em seu artigo 334, nos seguintes termos: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Ilício funcional pode ser compreendido como

[...] ilício que surge do exercício dos direitos. Não haveria, aqui, a princípio, contrariedade ao direito, porquanto, o ato não figura entre aqueles vedados pelo ordenamento. A contrariedade surge quando há uma distorção funcional, ou seja, o direito é exercido de maneira desconforme com os padrões aceitos como razoáveis para a utilização de uma faculdade jurídica (BRAGA NETTO, 2003, p. 118).

A origem do abuso de direito está vinculada à teoria dos atos emulativos, segundo a qual o abuso do direito se configura quando o exercício do direito se separa da função social para a qual o direito foi criado. Para Marco Aurélio B. de Melo, “se houver compatibilidade entre a função social do direito e o seu exercício, estamos diante do exercício regular do direito. Caso contrário, o titular cometerá o ilício funcional do abuso do direito” (MELO, 2016, p. 3).

Em artigo com o tema “Por uma nova teoria dos Ilícitos Civis”, Cezar Fiúza afirma que ato jurídico ilício é toda ação humana, omissiva ou comissiva, que contraria o Direito. Trata-se de conduta antijurídica e os atos ilícitos estão presentes em várias esferas do Direito Civil e do Direito em geral, o que precisa ser combatido. Dentre as diversas modalidades de atos ilícitos, está o ilício funcional, também chamado de abuso de direito, já que, ao exercer um direito, seu titular extrapola os limites da boa-fé ou da função social (FIUZA, 2019, p.1). Exemplos disso são as cláusulas abusivas contratuais e o descumprimento da função social da propriedade.

Nesse sentido, não basta ter o direito e utilizá-lo de forma desarrazoada. Existem limites para seu exercício e a inobservância desses limites pode configurar ilício funcional, que “é um ilício que nasce da função dos direitos”. No caso do direito de propriedade, sua função é a função social. “Na sistemática do Direito Civil a função social atua de forma intensa. Nesse sentido, não só a propriedade imóvel, mas a propriedade de quaisquer bens,

sejam materiais ou imateriais, deve plasmar-se pelo princípio da função social” (BRAGA NETTO, 2003, p. 119).

O ilícito funcional é considerado uma cláusula geral destinada a manter o exercício do direito nos limites socialmente toleráveis.

Toda utilização de um direito, portanto, que ultrapassar os limites do razoável, orçando pelo abuso, pelo perturbador, traz em si, de forma insofismável, a pecha da oposição aos valores que permeiam o sistema do direito civil brasileiro. Será, nesse contexto, contrário ao direito o ato ou omissão que implicar um estorvo social incompatível com a dimensão do direito fruído (BRAGA NETTO, 2003, p. 120-121).

Trata-se de um ilícito objetivo, pois para sua configuração independe de comprovação de culpa.

O ilícito funcional não depende de culpa. Basta a situação, objetivamente configurada, de oposição do exercício com o ordenamento, em seus vetores axiológicos. Quer dizer, não basta, abstrata e teoricamente, ter uma proteção jurídica assegurada. É preciso que a atuação concreta do direito não redunde em desconfortos sociais consideráveis, invertendo o polo da equação, subordinando o interesse coletivo ao individual [...] O direito civil, plasmado pelos conteúdos constitucionais, não aceita posições absolutas, onde o direito individual, ainda que formalmente assegurado, prepondere, de forma incontrastável, sobre quaisquer outros bens postos em conflito. (BRAGA NETTO, 2003, p. 121).

Diante disso, no que se refere à violação da função social da propriedade, ou abuso de direito no exercício do direito de propriedade, não se faz necessário comprovar a culpa de quem comete tal violação. Trata-se de ilícito objetivo e basta a comprovação de que a propriedade descumpria sua função social para que as medidas cabíveis possam ser tomadas e, em caso de omissão de quem tem o dever legal de agir, no caso a Administração Pública, entende-se que fica legitimado o ato de ocupar para fins de mo-

radia. É nesse sentido que bem afirma Marés: “aquele que ocupa uma terra que não está cumprindo sua função social, para fazê-la cumprir, age de acordo com a lei e o interesse social, merece prêmio, não sanção” (MARÉS, 2003, p. 134).

O fato de tentar comprovar o Direito unicamente pela via da escritura, de registro em cartório ou por outro meio, pela sistemática da Constituição brasileira e pelo Código Civil, não é suficiente se não comprovar o cumprimento da função social. O direito de propriedade não é mais um direito absoluto.

No direito civil é ilícito o ato cujo resultado funcional seja distorcido. Se há desvio funcional no exercício, ainda que esse exercício seja permitido pelo sistema, o ato é ilícito, mercê da repulsa do direito moderno pela utilização abusiva e imoderada dos direitos [...] Não basta, em termos estruturais, ter direito; é fundamental que seu exercício se dê em limites socialmente adequados. (BRAGA NETTO, 2003, p. 123).

Tal perspectiva adotada pela Constituição brasileira e pelo Direito Civil constitucional, no Brasil, nota-se que ainda está muito atrasada, ou talvez não seja questão de atraso, mas a decisão pela manutenção dos grandes latifúndios improdutivos que servem para a especulação imobiliária e para a negação de uma justa distribuição de bens e redução das desigualdades sociais. Constantemente, vê-se no judiciário decisões que desconsideram totalmente a função social da propriedade e afirmam a defesa da propriedade como um direito absoluto sem levar em consideração a dignidade da pessoa humana e questões relevantes de defesa ambiental. Tais decisões só são revertidas, em alguns casos, com base em muita resistência e luta de movimentos sociais e dos coletivos envolvidos. Em 2013, Maria do Rosário Carneiro, em entrevista concedida ao Adital – Instituto Humanitas Unisinos, afirmou:

Os precedentes ainda são poucos. Neste mesmo dia em que ocorreu o julgamento no processo da Comunidade Dandara, o

TJMG também manteve suspensa a reintegração de posse em favor de várias famílias de uma ocupação na cidade de Timóteo, Vale do Aço, Minas Gerais, também fruto da luta incansável de várias famílias e dos advogados populares que acompanham o caso [...] Note que, tanto no caso de Dandara como nos outros que citei tratam-se de decisões liminares, ou seja, ainda não são decisões definitivas. Não é comum encontrarmos jurisprudências no Brasil defendendo o direito constitucional, social e fundamental à moradia (CARNEIRO, 2013, p. 1).

Por ser o ilícito funcional um ilícito objetivo que, para sua comprovação, independe de culpa, não se pode falar de direito no caso de seu cometimento com relação ao direito de propriedade. Disso decorre que se a propriedade não cumpre a função social que alega não pode ser detentor do Direito de receber a proteção do Estado. Esta proteção deve ser assegurada a quem é de fato possuidor e lhe dá função social, como, por exemplo, os ocupantes das Ocupações rurais e urbanas no caso das propriedades de terras ocupadas para fins de moradia.

Nesse sentido, a própria Constituição de 1988, com o instituto da desapropriação, apesar de pouco utilizado porque a regra costuma ser colocar as pessoas nas ruas quando ocupam áreas que não cumprem a função social, é um instituto que termina por premiar quem descumpra a lei ao violar a função social da propriedade, com a compra da área (o Estado paga pela terra). Não podemos deixar de trazer a crítica a tal instituto que, no Brasil, representa uma afirmação do conceito liberal de propriedade, pois nada mais é do que a premiação pelo descumprimento da função social, uma espécie de premiação com recurso público ou uma costura política para atender aos interesses dos latifundiários e grandes proprietários que mantinham suas propriedades com abuso de direito, quando da promulgação da Constituição de 1988.

Embora se reconheça o pouco avanço do Judiciário na defesa da função social da propriedade da terra, é preciso lembrar que na

ADI N. 2213 de 2002, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “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, V, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada”.

Há, portanto, o reconhecimento, pelo STF, do ilícito funcional no exercício do direito de propriedade, ao afirmar que o cumprimento da função social é requisito indispensável à titularidade e proteção do direito à propriedade da terra.

A inobservância desse preceito, tanto por quem se diz titular do direito quanto por parte do Estado que tem o dever legal de agir, legitima os coletivos de sem-terra e de sem-teto a ocuparem as propriedades para dar-lhes a função social por meio da produção de moradias, produção de alimentos, construção de comunidades, etc., efetivando, além da função social da propriedade, a própria constituição no que se refere aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja o de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, III) e aos fundamentos, também da República, de respeito à dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais.

3. Inclusão do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 6º, assegura o direito à moradia como um direito humano fundamental e social, mas não foi assim desde sua promulgação. Com grande insurgência dos movimentos sociais de luta pela reforma urbana, quando da promulgação, a Constituição apenas inseriu um capítulo sobre a política urbana (arts. 182 e 183), mas não trouxe o direito à moradia de forma tão explícita como deveria.

O direito à moradia foi inserido no artigo 7º, que tratava do salário mínimo, em uma lógica de mercado feita exatamente para não ser efetivada. Referido artigo, para o trabalhador, garante um salário mínimo que deve dar para comprar suas necessidades vitais básicas e as de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (BRASIL, 1988).

O artigo 7º da Constituição trouxe a lógica da financeirização da política de moradia (se quiser tem que comprar com o salário mínimo). Diante de tamanha precariedade em que viviam as famílias sem-teto por todo o Brasil, movimentos reforçaram suas organização em defesa desse direito e em 1991, os movimentos de luta por moradia, após reunirem 1,5 milhão de assinaturas de eleitores, foram em caravana para manifestação em Brasília onde apresentaram o 1º projeto de lei de iniciativa popular com o objetivo de criar um Fundo Nacional de Moradia Popular.

Decorre da luta que se instaurou no país na década de 1990, com o aumento de ocupações urbanas nas principais capitais do país, no ano de 2.000, a Emenda Constitucional nº. 46 que incluiu no artigo 6º da Constituição a moradia no rol dos direitos fundamentais sociais, o que pode ser concebido como um novo direito.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2000).

No ano seguinte, em 2001, o Estatuto da Cidade, lei nº 10.257, regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu diretrizes gerais para a política urbana. Importante lembrar que antes disso o Brasil já era signatário de diversos tratados internacionais que o obrigavam a efetivar o direito à moradia.

Sobre o processo de mobilização e organização dos Sem Teto e seus movimentos que forjaram o Estatuto da Cidade, Betânia Alfonsin escreveu: “foi desse quadro urbano de exclusão socio-territorial que se forjou o marco jurídico do Estatuto da Cidade” (ALFONSIN, 2004, p. 283).

Apesar de o Estado brasileiro já ter se comprometido com a efetivação do direito à moradia em diversos tratados internacionais dos quais é signatário, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto San José de La Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC - 1996), dentre outros, a luta dos movimentos continuam sendo o grande motor para a efetividade do direito à moradia, revelando que a grande problemática da terra no país ainda é uma forma concreta de colonização.

Com o enorme déficit habitacional, acima de 6 milhões de famílias, conforme dados da Fundação João Pinheiro (FJP) de 2014, milhões de pessoas no país vivem em situação de extrema vulnerabilidade, o que optamos chamar por injustiça social nos moldes da premissa do artigo 170 da Constituição brasileira.

O direito à propriedade é um direito fundamental assegurado no artigo 5º, XXII da Constituição brasileira de 1988. Contudo, como já foi dito, não se trata de um direito absoluto. A Constituição de 1988, também no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, como requisito do alcance da justiça social, como mencionado acima, estabeleceu como condição para o exercício de tal direito, o cumprimento da função social. Na mesa linha estão os artigos

182 e 186 da referida Carta, que determinam que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, bem como o cumprimento da função social da propriedade rural.

O Estatuto da Cidade, lei 10.257 de 2001, como dito, fruto de grandes reivindicações nacionais dos movimentos de luta por moradia em toda década de 1990, visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição brasileira e estabelecer diretrizes gerais da política urbana, reafirmou a exigência constitucional do cumprimento da função social da cidade e da propriedade.

O Código Civil brasileiro, de 2002, no parágrafo 4º do artigo 1.228, determina a perda da propriedade quando da não destinação social. Ademais, o artigo 187 deste mesmo Código prevê o que foi consagrado pela doutrina como ilícito funcional ou abuso de direito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Portanto, pode-se dizer que o não cumprimento da função social da propriedade configura um ilícito funcional ou abuso de direito que, além de violar a Constituição brasileira, viola também o Código Civil.

Diante das premissas constitucionais, legais e doutrinárias que asseguram a função social da propriedade e diante da total ausência de uma política que assegure o acesso ao direito fundamental e elementar à moradia, inclusive para que seja possível o respeito à dignidade humana, é que hoje, no Brasil, milhares de famílias ocupam terras abandonadas, para, de forma autogestionária, construir moradias e produzir alimentos, comunidade, “vida boa” e “bem viver”.

Com base no direito de resistência, insurgem estes coletivos, apoiadas por movimentos sociais, advogados e advogadas populares e

apoiadores(as) das mais diversas áreas dos saberes, forjando a efetivação da constituição e da justiça social. Como garantiu o artigo 35 da Declaração dos Direitos do Homem [da mulher] e do Cidadão, de 1793, “quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é, para o povo e para cada parcela do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”. É dessa insurgência que novos direitos e novos sujeitos de direitos são construídos no curso da história, como, por exemplo, foi o direito à moradia.

4. Ocupações urbanas: o ato de ocupar para fins de moradia autorizado pela legislação brasileira que tem como premissa a função social da propriedade e não tolera o ilícito funcional

Ocupar, verbo de ação cujo conceito, quando se refere às ocupações urbanas para fins de moradia, vem se construindo a partir de uma prática que tem possibilitado significados à vida e ao Direito. Diferente de invadir, que supõe violência e expulsão de pessoa ou de grupo de pessoas, ocupar é agir com o intuito de acessar direitos, mas também com o objetivo de libertar a(s) terra(s) do abandono, da especulação imobiliária e possibilitar que ela cumpra sua finalidade ou sua função social. Ocupar, portanto, diz respeito à posse, à função social, ao exercício de um direito legítimo e fundamental que é o direito à moradia digna.

A questão da terra no Brasil, dos conflitos possessórios e desigualdade social, está vinculada aos problemas dos países latinoamericanos que sofreram violentos processos de colonização, cuja colonialidade ainda se faz presente com nomes distintos: a concentração de latifúndios, as injustiças agrárias e urbanas são alguns deles.

Ao tratar das desigualdades sociais na América Latina, destaca Letícia Marques Osório:

[...] não é possível dissociar a questão do direito à moradia – ou da falta de moradia adequada – da sistêmica e endêmica falta

de acesso à terra pelas populações pobres da América Latina, resultado da concentração e especulação imobiliária nas mãos de poucos proprietários e da ausência das reformas agrária e urbana na maioria dos países (OSÓRIO, 2004, p. 41).

As grandes cidades brasileiras foram historicamente formadas por ocupações. Com o êxodo rural, pessoas expulsas do campo pelo agronegócio, e que em geral não tinham casa própria, se instalavam em terrenos vazios nas cidades brasileiras, nas periferias das cidades e/ou nas favelas. Com a imposição do capitalismo industrial, o processo produtivo nas fábricas demandou a existência, nas cidades, de um operariado cuja maioria não tinha moradia própria e digna. Na segunda metade do século XX, o Brasil passou a ser um país predominantemente urbano e, de lá para cá, cada vez mais urbano.

Embora o direito à propriedade no país não seja um direito absoluto, muitos latifúndios urbanos e rurais não cumprem a função social. A realidade que se apresenta é a da financeirização do direito à moradia nos centros urbanos e a da propriedade a serviço da especulação imobiliária.

A falta de moradia digna levou milhões de famílias a ocupar e a construir em espaço vazios. Diante do déficit habitacional no país que, segundo dados da Fundação João Pinheiro, em 2014, já era de 6,1 milhões de famílias, da ausência ou ineficiência das políticas e dos inúmeros imóveis a serviço da especulação imobiliária, a população trabalhadora não encontrou alternativa que não fosse se organizar e ocupar para construir e morar. Disso surgiu a máxima dos movimentos de luta por moradia, que é: “tanta gente sem casa e tanta casa sem gente”. E um lema: “Enquanto morar for um privilégio, ocupar é um direito”.

No que se refere aos vazios urbanos, o que demonstra um abuso de direito, a Fundação João Pinheiro, em 2005, já apontava que, no Brasil, 5.890.139 famílias moravam em estruturas improvisadas, compartilhavam a mesma habitação ou viviam em moradias

rústicas, impróprias ao uso. Em contrapartida, 6.029.756 domicílios permaneciam vazios, apesar de apresentarem condições de ocupação. Se todos eles fossem ocupados pelas famílias que compõem o déficit habitacional quantitativo, ainda teríamos um saldo de 139.617 domicílios vagos.

Fábio Konder Comparato defende que as propriedades em descumprimento da função social não podem, inclusive, serem desapropriadas pelo estado com possível indenização. Alega o autor que nestes casos não existem direitos a serem protegidos pelo Estado.

Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia de liberdade humana, mas bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação (COMPARATO, 1997).

Ou seja, como a propriedade não é um fim em si mesma, o fim social para o qual ela existe deve ser cumprido. Caso isso não ocorra, o direito não pode receber proteção estatal. A desapropriação, nestes casos, seria uma espécie de pagamento pelo descumprimento da lei, o que é uma lógica contrária a todo ordenamento jurídico brasileiro.

5. Considerações finais

As ocupações urbanas de luta por moradia demonstram a continuidade das resistências na defesa da terra, travadas no curso da história e significam, de certo modo, uma ruptura com toda forma de colonização e de escravidão⁶, mas também uma for-

6 É muito comum ouvir das pessoas que moram nas ocupações a expressão de que “se libertou da cruz do aluguel”.

ma de construção coletiva de direitos e de sujeitos de direitos, de questionamento e denúncia concreta à concepção do direito de propriedade como um direito absoluto. Estas ocupações são também uma tentativa de superação do patriarcado e da colonialidade contemporânea e uma forma concreta de insurgir na evolução do Direito para que este possa estar à serviço da justiça.

Pode-se concluir que o ato de ocupar propriedades privadas que descumprem a função social, para fins de moradia, é legitimado pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil brasileiro e pelo ordenamento jurídico como um todo, que traz a premissa da função social do direito. Estando estas propriedades abandonadas e sob a inércia do Estado, que nada faz apesar de ter o dever legal de impelir o ilícito funcional, a ocupação pela sociedade civil organizada para fins de direito fundamental à moradia, à produção de alimentos e de vida com dignidade é, claramente, o cumprimento da Constituição brasileira, de seus princípios e fundamentos e uma forma de garantia do respeito à dignidade humana, do meio ambiente protegido e da redução das desigualdades sociais, como preceitua seu artigo 3º. Como afirma Milagres, “o fundamento primeiro do direito de propriedade é o emprego da coisa na satisfação das necessidades existenciais” (MILAGRES, 2011, p. 45). O descumprimento disso, no exercício do direito de propriedade, configura o ilícito funcional ou o abuso de direito, o que não é permitido na sistemática jurídica e na jurisprudência brasileiras.

6. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para Além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2213 DE 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 23 fev. 18.

CARNEIRO, Maria do Rosário de Oliveira. Ocupação Dandara: quem está usufruindo e dando função social é o legítimo dono. Entrevista especial com Maria do Rosário de Oliveira Carneiro. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/518045-ocupacao-dandara-o-imperativo-etico-de-se-rebelar-contra-um-estado-violentador-dos-direitos-humanos-entrevista-com-maria-do-rosario-de-oliveira-carneiro>>. Acesso em: 23 fev. 18.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, v. 1, n. 3. set-dez. 1997. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso em: 5 fev. 17.

DRESCH, Rafael de Freitas Vale. *Fundamentos do Direito Privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013.

FIUZA, César. Por uma Nova Teoria do Ilícito Civil. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1404>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à Moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Rio Grande do Sul: Editor Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Abuso do Direito. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/19/abuso-do-direito/>>. Acesso em: 10 jul. 19.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia Adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RIPERT, Georges. *Le Declin du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

Artigo recebido em 15/5/2018

Artigo aprovado em 10/1/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200006