

A BUSCA POR BENS COMUNS URBANOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES⁷⁷

Renata Chiarinelli Laurino

INTRODUÇÃO

Este artigo parte da ideia de que o contorno clássico do direito de propriedade – assim definido como direito absoluto, oponível erga omnes e, portanto, exclusivo e perpétuo, se mostra insuficiente para enfrentar dilemas sociais contemporâneos, especialmente no sul global e marcadamente quando se trata da organização do espaço urbano para fins de moradia. Tal campo é marcado por disputa e desigualdade referentes à crescente concentração de títulos de propriedade, que representam o monopólio de acesso e proteção jurídica a detentores de prédios urbanos.

Embora muito se defenda o fomento a um único sistema formal de proteção à propriedade baseado na titularização como forma de garantia de segurança jurídica e desenvolvimento (DE SOTO 1989, 2000), além da inegável importância

⁷⁷Artigo revisado pela autora após apresentação e debates no “Seminário Internacional Propriedades em Transformação: expandindo a agenda de pesquisa - novos temas, outras disciplinas”, realizado em dezembro de 2019. Texto baseado na pesquisa desenvolvida durante o mestrado em Direitos Humanos, concluído em abril de 2020.

econômica, social e política do direito de propriedade⁷⁸, sua proteção jurídica condicionada ao registro pode servir à promoção e manutenção da desigualdade quando beneficia regras de proteção ao poder econômico. Como contraponto, há autores que apontam a permeabilidade de regras jurídicas para legitimar outras formas proprietárias por meio do tratamento dos bens comuns (SALOMÃO FILHO, 2012 e 2013; MORETTI, 2015), e, como aqui se defende, dos bens comuns urbanos (MATTEI e QUARTA, 2015; MARELLA, 2016; MICCIARELLI, 2015).

Embora, na origem, os bens comuns enquanto *common pool resources* (OSTROM, 1990) sejam comumente relacionados a bens naturais de importância e gestão coletiva de recursos naturais escassos, é possível estender o tratamento da doutrina a espaços e prédios urbanos especialmente devido à insuficiência de proteção conferida pelo paradigma público e privado em relação a conflitos sociais urbanos. A possibilidade de reinvenção de bens comuns urbanos no que diz respeito ao acesso, à gestão e à proteção dos bens da cidade vem sendo defendida por uma crescente doutrina.

No mais, o espaço urbano é, ao mesmo tempo, objeto de doutrina que defende a titularização e capitalização do direito de propriedade como forma de desenvolvimento e palco de diversas manifestações de normatividade e disputas características da doutrina do direito à cidade, que existem e resistem à proteção legal e, cada vez mais, significam resistência que pode levar à quebra do direito de propriedade tradicional e dar espaço à construção de formas alternativas, como se propõem os bens comuns urbanos.

Neste contexto, este artigo se divide em três partes, além desta introdução e conclusão. Na primeira, busca revisitar visões acerca do direito de propriedade e apresentar e criticar doutrina que prega a construção de um sistema único de proteção baseado na lógica registral e unitária (DE SOTO, 1989, 2000), desenvolvendo também o conceito de direito de propriedade como feixe de direitos hohfeldiano (PENNER, 1996), que valoriza a proteção do bem utilizado para moradia.

Na segunda e, para viabilizar esse propósito, apresenta doutrina que re-discute o espaço urbano, flexibiliza a proteção à propriedade e busca resposta

⁷⁸Julia Azevedo Moretti, em artigo deste livro, com o qual debatemos, aponta a diferença na literatura do conceito de direito *de* propriedade, como conjunto de garantias aos proprietários, e direito *à* propriedade, indicativo de expansão de acesso a um número maior de pessoas, no ponto 3. Neste artigo a menção à propriedade se refere à primeira concepção, ao direito do proprietário, formado especialmente por garantias jurídicas de proteção, condicionadas ao título ou registro.

dos dilemas das disputas urbanas no conceito de bens comuns e suas diferentes vertentes (o comum, os bens comuns, commoning) contextualizadas no direito à cidade (HARVEY, 2003 e 2012; DARDOT e LAVAL, 2015). Apresenta conceitos relativos ao uso do espaço urbano e criação de comuns na Itália (MARELLA, 2016; MICCIARELLI, 2015), à construção de bens comuns urbanos como resposta à gentrificação (BLOMLEY, 2008) e à experiência prática espanhola de elaboração de espaços de resistência ao comunalizar a cidade e redemocratizar seu uso público (DE ANDÉS, HAMOU, APARÍCIO, 2019).

Na terceira parte, o artigo busca por reflexos da doutrina dos bens comuns na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, analisando a presença de elementos relacionados à existência e formação de comunidades, ao respeito a normas socioambientais, ao papel do estado e do mercado, autogestão, entre outros, em decisões proferidas pelos tribunais superiores brasileiros nos últimos quatro anos que tratam do conflito entre propriedade e posse para fins de moradia.

O objetivo da análise é questionar se as mudanças sociais relativas ao direito de propriedade, frequentes na doutrina e na prática de diversos países, são verificáveis no tratamento jurisdicional dos conflitos fundiários urbanos por parte dos tribunais superiores, bem como, em curta síntese, analisar a permeabilidade do discurso e da prática de bens comuns na jurisprudência dos tribunais superiores em casos de conflitos urbanos que buscam a garantia de moradia. O que se busca, assim, é analisar possível caminho de estudo para a teoria e prática jurídica.

1. Concepções do direito de propriedade.

O direito de propriedade possui diversas facetas que se desenvolvem e cuja importância se alterna conforme o contexto histórico, econômico e político. Atualmente, trata-se a propriedade como direito fundamental vinculado às liberdades individuais, consolidado nas principais normativas internacionais e nacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 17), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 21) e a Constituição Federal brasileira (artigo 5º, entre outros).

O direito de propriedade também pode ser considerado como estrutura, tanto como ferramenta essencial à promoção de desenvolvimento (DE SOTO, 1989, 2000) quanto como objeto de estratégia para a redução de desigualdades (SALOMÃO FILHO, 2013). Mesmo considerando toda a complexidade que envolve, a grande parte da doutrina considera que a propriedade, em sua essência

e em breve síntese, diz respeito à relação entre uma pessoa, ou grupo de pessoas, e um bem, em que aquela expressa sobre este um exercício de poder e domínio.

O direito de propriedade foi, por longo período, considerado absoluto, construído como formação e proteção do patrimônio individual contra ações de terceiros. Neste sentido, Dardot e Laval apontam que as noções de indivíduo e do estado moderno, consolidadas com a revolução francesa, determinam a importância da construção do patrimônio individual e estatal, o que impacta o desenvolvimento do direito de propriedade marcado pelo forte sistema de proteção, reagindo ao tratamento anterior, coletivo, guiado por regras sociais diversas (DARDOT e LAVAL, 2015). Fernanda Lousada Cardoso destaca, ademais, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão equiparou a propriedade à liberdade em seu art. 2º, 10 ao tratar ambos como direitos naturais e imprescritíveis (CARDOSO, 2008).

A construção da propriedade e seus mecanismos de proteção não são tratados apenas pelo direito, mas perpassam outras disciplinas que se comunicam e intermediam, de forma que o tratamento jurídico da propriedade influencia e é influenciado por sua previsão em outras esferas.

No âmbito econômico há significativa corrente doutrinária, que há anos guia estudos e políticas públicas, baseada na obra de Hernando de Soto, economista peruano que defende a criação de um sistema único de proteção de propriedade construído de forma clara, unitária e impositiva, baseado na titularização uniforme dos bens como uma das principais ferramentas para o desenvolvimento, uma vez que possibilita o uso de bens subutilizados para a formação e o giro do capital (DE SOTO, 1989, 2000).

Em sua obra “O Mistério do Capital”, De Soto indica que bens imóveis possuem valor paralelo ou colateral que vai além de sua existência e uso físicos, com potencial de criação de capital por meio da alavancagem financeira, permitindo formas de financiamento de empreendimentos, aumento de investimentos e, portanto, fomento ao desenvolvimento (DE SOTO, 2000). Assim, para o autor, a melhor forma de fomentar o crescimento econômico de países subdesenvolvidos, que possuem imenso potencial financeiro em forma de bens subutilizados (como casas, terrenos e imóveis comerciais), é por meio da criação de um sistema único de proteção à propriedade baseado no título (DE SOTO, 2000).

A hipótese defendida por De Soto como ferramenta para o desenvolvimento, construída após pesquisa de práticas de diversos países e realidades, consiste na elaboração de um sistema único de titularização e proteção à propriedade, de modo a facilitar a financeirização de bens e suas transações comerciais, iden-

tificando os bens e seus donos de forma fácil; fugindo, portanto, de arranjos informais, ainda que reconhecendo, na elaboração, as particularidades locais – em detrimento da importação de modelos de proteção de países desenvolvidos (DE SOTO, 2000).

Para De Soto, a proteção insuficiente à propriedade e ao título representa a perda da possibilidade de uso de um bem como colateral, representando óbice ao desenvolvimento (nesse sentido, WILLIAMSON, 2011). Assim, o autor argumenta pela transformação de relações informais e não articuladas em um sistema de proteção escrito e formal, que seria conseguido através da titularização, que, por sua vez, implica a identificação, singularização e caracterização do bem dentro desse sistema predefinido e padronizado.

Embora majoritária, a corrente capitaneada por Hernando de Soto é contestada, total ou parcialmente, por parte da doutrina. Claudia Williamson, por exemplo, aponta que, apesar de comprovado em diversas práticas e na literatura a importância de um sistema forte de proteção à propriedade na busca pelo desenvolvimento, não é consenso que a titularização seja a melhor forma de alcançá-lo (WILLIAMSON, 2011), abrindo-se caminho ao reconhecimento de formas informais de organização.

Já David Kennedy aduz que o direito de propriedade é dinâmico e sua criação, proteção e distribuição devem refletir a organização político-social de determinada sociedade, considerando especialmente a disputa pela alocação de recursos, sob pena de se tornar mecanismo de concentração (KENNEDY, 2012). O autor define os direitos de propriedade como conjunto de relações recíprocas entre indivíduos e bens e os trabalha a partir da concepção hohfeldiana de feixes de direitos - composta pelo direito de usar, alienar, excluir, alugar o bem (KENNEDY, 2012, p. 12, traduzi).

Neste sentido, Calixto Salomão Filho defende a utilização da concepção de feixe de direitos (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 373) ao invés de uma noção única do direito de propriedade, de modo que as diversas capacidades que refletem o domínio sobre o bem permitam o tratamento diferenciado do direito. A propriedade, assim, não seria apenas direito único que garante a proteção absoluta frente a terceiros, mas miríade de direitos, o que permite a convivência, sem exclusão, com outros direitos e seus detentores. O autor também aponta que o direito de propriedade pode ser aplicado para beneficiar o poder econômico e assim gerar ou aprofundar a desigualdade, movimento que pode ser adereçado ao se incentivar a cooperação e o tratamento dos chamados bens comuns (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 369).

Assim, defendemos aqui que a proteção da propriedade, apesar de inquestionável importância para a segurança jurídica, deve ser também considerada como instrumento de produção de desigualdade. E isso se deve ao fato de que a proteção formal por vezes se mostra inacessível à parte da população que não possui recursos ou meios para a regularização de sua relação com determinado bem, o que pode significar a perda de acesso e de exercícios de direitos, como o de moradia.

Tratamos aqui especialmente de ocupações denominadas informais, comuns em países como o Brasil e outros do sul global. Nota-se, desde já, que o uso da palavra informal não busca desqualificar os arranjos dos locais, mas diferenciá-los daqueles em que há a observância das normas cogentes estatais. O que se intenta é reconhecer a normatividade própria dos arranjos locais, ou o que Étienne Le Roy denominou juridicidade (LE ROY, 2012; LAURINO, 2020).

Ainda, mesmo considerando intervenções do Estado para a regularização formal de espaços urbanos, muitas vezes as iniciativas são – estas sim – irregulares, marcadas por remoções e realocações forçadas ou até influenciadas pela valorização imobiliária por parte do mercado em relação aos bens locais a ponto de fomentar a gentrificação (ver, por exemplo, BLOMLEY, 2008).

E, segundo diagnóstico de Marcos Alcino de Azevedo Torres ao estudar demandas relativas a ações possessórias com atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, um dos maiores óbices à defesa da posse e da moradia irregular é a inexistência de documentação apta a provar a pretensão judicial (TORRES, 2015). Isso sem mencionar as dificuldades de obtenção de títulos de propriedade, representadas pelo alto custo de registro e por obstáculos locais à singularização do bem, identificar seus confrontantes e individualizar o proprietário ou grupo de proprietários.

Devemos considerar, também, que diversas comunidades em contextos urbanos organizam as relações entre pessoas e bens conforme dinâmica diversa da legal, o que dificulta o enquadramento em normas de proteção não próximas ao contexto local. Exemplo disso é o direito de laje, prática amplamente difundida em centros urbanos brasileiros e que apenas nos últimos anos foi inserida no ordenamento, com sua previsão incluída no Código Civil pela Lei 13.465/2017.

Neste artigo, portanto, iremos trabalhar as ramificações da garantia da proteção à propriedade, baseada no registro/título conforme prevista no ordenamento brasileiro, na tentativa de equilibrar a proteção à propriedade com a de outros direitos, considerando a tendência de organização e normatização local

próprias, especialmente em relação a populações de baixa renda e notadamente no contexto da disputa espacial urbana.

No Brasil, diversos são os autores que se debruçam sobre o direito de propriedade, sua evolução histórica, conceito e proteção. Mas, para fins desse breve estudo, nos interessa especialmente a definição de Tartuce e Simão:

[...] a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no artigo 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional (TARTUCE, SIMÃO, 2012).

Com base nesse conceito, diversos elementos podem ser analisados. Novamente o direito de propriedade é definido de forma relacional entre indivíduos e um bem determinado. No mais, é representado como um direito fundamental de status constitucional, porém, não mais absoluto, mas condicionado ao interesse difuso da coletividade e ponderado frente ao exercício de outros direitos.

A construção do direito constitucional à propriedade condiciona seu exercício à função social, reconhecendo a relevância desse instituto, que torna apta sua adaptação a contextos e permite que seja um instrumento para enfrentar diversas formas de injustiça e garantia de desigualdade. Para Comparato, a alteração do direito de propriedade de direito absoluto, excludente e perpétuo, a direito condicionado ao interesse da coletividade se deve à transformação do estado contemporâneo, servindo como mecanismo que leva à igualdade social e à solidariedade coletiva (COMPARATO, 1997).

A função social é, assim, vetor interpretativo e elemento constituinte do direito de propriedade (CARDOSO, 2008, p. 44). Essa concepção reconhece o contexto social em que os indivíduos e bens relacionados estão inseridos, além da lógica segundo a qual a propriedade é direito individual absoluto e oponível contra todos⁷⁹.

Especialmente com base na função social, há previsão de institutos que garantem a contextualização da propriedade para evitar que os formalismos da proteção jurídica levem a novas estruturas de exclusão. Como outro exemplo, citamos o desenvolvimento na doutrina e jurisprudência brasileiras, da função social da posse (ver TORRES e MOTA, 2013).

⁷⁹Para aprofundamento sobre a função social, recomenda-se a leitura do artigo de Julia Azevedo Moretti, que disserta sobre a funcionalização da propriedade enquanto abertura para o desenvolvimento da agenda de pesquisa sobre os bens comuns urbanos.

E, como forma de reconhecer a normatividade social e rever o instituto de propriedade, passa-se a estudar o conceito dos bens comuns.

2. Bens comuns urbanos e a disciplina da propriedade.

Peter Linebaugh, historiador norte americano, apresenta o conceito de comum como um verbo, *commoning*, refletindo a prática comunitária sobre recursos compartilhados em contexto de cooperação e base da economia do que identifica como “pessoas comuns”, prática frequente em diversas épocas históricas (LINEBAUGH, 2008). Hoje, entretanto, o uso da palavra comum, no contexto que se propõe este artigo, apresenta significados específicos e relevantes para o tratamento do direito de propriedade.

E, embora haja extensa literatura estrangeira sobre o tema e um crescente estudo no Brasil (como SALOMÃO FILHO, 2013; MORETTI, 2015; DA SILVEIRA, BORGES, WOLKMER, 2019, entre outros), ainda não há consenso sobre o termo *commons*, desenvolvido em inglês e por vezes usado no original. Como apontam Silveira e Savazoni, pode ser traduzido como bem comum, bens comuns ou mesmo comum (SILVEIRA e SAVAZONI, 2018). As diferentes terminologias, ainda que centradas em uma ideia similar, possuem peculiaridades que indicam a existência de correntes, que serão agora brevemente apresentadas.

O conceito dos bens comuns é baseado na teoria neoinstitucionalista de Elinor Ostrom (OSTROM, 1990), cuja obra reflete trabalho de décadas com pesquisa e trabalho com os chamados *common pool resources*, ou conjunto de recursos comuns, como aqueles referentes a recursos naturais ou feitos pelo homem que, por suas dimensões e pelo custo, apresentam dificuldade de exclusão de acesso a possíveis beneficiários de usufruir de tais recursos (OSTROM, 1990, p. 30, tradução livre)⁸⁰.

A pesquisa capitaneada pela autora revolucionou a tendência de trabalho com bens não regulamentados, marcados pela escassez e pela necessidade de uso e gestão comum. Em breve síntese, Ostrom refuta a presunção de que a cooperação entre indivíduos não é produtiva para a gestão de bens comuns e passa a estudar modelos de cooperação e analisar o que os leva a obter sucesso,

⁸⁰No supramencionado artigo de Julia Azevedo Moretti é feita a tradução direta como *bens comuns*. Ressaltamos aqui a construção inicial da terminologia na extensão dos bens comuns à cidade e aos bens urbanos e a centralidade da obra de Ostrom como pioneira das discussões que se dividem, atualmente, em correntes com objetivos e fundamentos teóricos distintos.

apontando, inclusive um instrumento legal – legal framework – para sua gestão (OSTROM, 1990)⁸¹.

Silveira e Savazoni apontam os princípios designados por Ostrom para o manejo desse conjunto de recursos que configuram os bens comuns são: fronteiras bem definidas do bem; coerência entre as regras de apropriação e provisão com as condições locais; arranjos de decisão coletiva, monitoramento do cumprimento das regras autogeradas; sanções graduais ao descumprimento, mecanismos de resolução de conflitos; reconhecimento mínimo de direitos de organização; e alinhamento e articulação intersetorial na gestão (SILVEIRA e SAVAZONI, 2018, p. 8).

Para De Andrés, Hamou e Aparicio, o elemento que constitui os bens comuns, ou comum, que deriva da obra de Ostrom pode ser definido como a forma de organização que gira em torno de três componentes: o recurso coletivo, o regime de gestão comunitário e a própria comunidade que o maneja (DE ANDÉS, HAMOU e APARÍCIO, 2019 p. 1 a 3). E, embora a vasta maioria da literatura – bem como a obra de Elinor Ostrom – tenha se baseado em vastos exemplos de recursos naturais como águas, parques e florestas, também é possível estender tal conceito à organização urbana (DE ANDÉS, HAMOU e APARÍCIO, 2019), com adaptações, como se verá.

E, conforme apontado pela autora (LAURINO, 2020, págs. 50 e ss), Theresa Enright e Ugo Rossi apontam a existência de duas principais vertentes que hoje trabalham com a noção ampla do comum: a análise neoinstitucionalista dos bens comuns baseada na obra de Ostrom e a vertente neomarxista capitaneada por David Harvey na prática do comum (ENRIGHT e ROSSI, 2018), que também tem como representantes Dardot e Laval, que apontam o comum como conceito que não necessariamente se opõe à propriedade pública ou privada, nem mesmo busca criar categoria própria, mas questiona na prática os efeitos do direito de propriedade e busca impor o uso comum do bem (DARDOT e LAVAL, 2015). O comum, dessa forma, é apresentado como verbo, commoning, pois relacional, e dotado de potência desestruturante.

Neste artigo, ainda que simpático ao conceito do reconhecimento de novas práticas de uso de um bem além da relação do título de propriedade com potência revolucionária, utilizam-se os princípios de Ostrom como potencial reestruturador da propriedade como apontado por Calixto Salomão Filho (SALOMÃO

⁸¹Para aprofundamento sobre o trabalho de Elinor Ostrom e o conceito de bens comuns por ela disseminado, recomenda-se a leitura do artigo por Julia Azevedo Moretti, especialmente págs. 3 e 4.

FILHO, 2013) e de reconhecimento de normatividades próprias da comunidade, de modo que se opta pelo uso da expressão bens comuns, notadamente, os bens comuns urbanos⁸².

Aplicado ao contexto das cidades, o conceito de bens comuns urbanos enquadra sistemas emergentes de organização e gestão que combinam cidades com elementos materiais e imateriais de comunidades que se auto-organizam e estabelecem mecanismos de gestão coletiva de bens e espaços. Este movimento pode levar a iniciativas de ocupação e reapropriação de praças, jardins, hortas coletivas e edifícios abandonados, mas também podem significar a luta por pertencimento à cidade e aos espaços muitas vezes dominados pela lógica do estado (ainda que público, com diversas regras) e regidos por regras do mercado e influenciados pela especulação imobiliária.

Assim, o direito de propriedade é tema central à discussão dos bens comuns. Blomley aponta que a construção do direito de propriedade pode levar a formas de injustiça uma vez que seu reconhecimento e proteção aumentam ao se aproximar do modelo privado, com título e dono determinado (BLOMLEY, 2008, p. 321). Para o autor, o comum urbano (urban commons) insere-se, assim, na discussão do direito à cidade, para o qual a propriedade é elemento central (BLOMLEY, 2008, p. 317).

Outrossim, Maria Rosaria Marella indica que, apesar de a literatura sobre o tema enquadrar com facilidade espaços públicos e de uso comum do povo, com práticas de sucesso diversas, deve-se considerar como bens comuns urbanos todo o espaço urbano, ou seja, a cidade como um todo, de modo a expandir a perspectiva de domínios e direitos à proteção de recursos urbanos à coletividade ao invés de a um dono individual como resistência à extração de valor dos produtos de cooperação social, a exemplo do defendido por Harvey (MARELLA, 2019, págs. 877 a 879).

A autora e professora italiana condiciona esta visão ampla dos bens comuns urbanos a um novo entendimento quanto à propriedade enquanto determinante para relações legais e sociais nas cidades, baseada na noção hohfeldiana de feixe de direitos, e sua alocação parcial a diferentes indivíduos, processo que denomi-

⁸²O artigo de Julia Azevedo Moretti utiliza a noção dos bens comuns presentes na obra de Elinor Ostrom aplicados à cidade de forma a ser considerado potencializador de outras lutas urbanas, baseado na interdependência compartilhada das dinâmicas individuais e coletivas na doutrina neoinstitucionalista de bens comuns e no espaço urbano especialmente no que diz respeito à apropriação. De forma complementar, este artigo também defende a aplicação dos bens comuns urbanos para bens privados utilizados para fins de moradia, especialmente quando estes possuem normatividade própria e gestão coletiva.

na de “desintegração da propriedade” (MARELLA, 2019, pg. 877, traduzi) e que, apesar de ser reflexo do sistema capitalista, pode aumentar o reconhecimento de domínios e usos coletivos ou acesso coletivo a recursos urbanos contra a gentrificação e enclausuramento de espaços urbanos (MARELLA, 2019, págs. 877, 878).

A autora, em seu artigo *The Commons as a Legal Concept*, vai além da classificação do espaço urbano como comum, mas advoga pela necessidade de incorporação do comum (aqui, tradução de commons) como mecanismo legal, inclusive ao reconhecer a existência de institutos aplicáveis, como a função social da propriedade, o tratamento como feixe de direitos e a diferenciação do tratamento público e privado (MARELLA, 2016, pp. 62 a 64). Ela define os bens comuns como aqueles capazes de satisfazer um direito fundamental (MARELLA, 2016, p. 68, traduzi), o que permite o enquadramento da disputa pelo espaço urbano e pela garantia de moradia digna desse contexto e passível, portanto, de ser objeto dessa regulamentação específica.

De modo geral, é possível defender a propriedade urbana, no contexto do direito à cidade como inserida na disputa por pertencimento e, assim, como bens comuns urbanos uma vez que o paradigma do público e privado e a proteção jurídica excludente baseada no título de propriedade não se mostram suficientes para lidar com conflitos sociais.

E, ao tratar do direito à cidade, notadamente ao se discutir a doutrina dos commons, é imperativo revisitar o trabalho de David Harvey⁸³, que aponta a expansão do capital e sua influência na formação da paisagem urbana, a qual se manifesta por meio da acumulação e que, ciclicamente, entra em crise (HARVEY, 2003, p. 66), explicando tendências na formação de centros urbanos de acumulação de bens nas mãos de poucos e excluir o uso de muitos, dificultando o acesso a direitos como o de moradia. No mais, ao trabalhar com o termo *accumulation by dispossession*, Harvey revisita a noção de acumulação de Marx para apontar que a acumulação não é capaz de controlar a crise que projeta e acaba por afetar negativamente e especialmente as comunidades tradicionais e a prática dos comuns (HARVEY, 2003, p. 74). Em sua obra “*Rebel Cities*”, Harvey também defende o espaço urbano no contexto de disputas por acesso e ocupação de bens e por pertencimento, e reforça a necessidade de se defender o comum (HARVEY, 2012, pp. 71/72).

⁸³Autor trabalhado também por Julia Azevedo Moretti, no artigo supramencionado, que apresenta a doutrina do direito à cidade como forma de revalorização e resgate da dimensão coletiva.

Defende-se aqui que, de Ostrom a Harvey, o elemento central do comum ou de bens comuns, a depender da doutrina a que se refere, é a adaptabilidade e a valorização da autogestão, de modo a poder alterar-se e se manter com o contexto de modo a se aumentar as chances de sucesso na gestão.

Como formas possíveis e práticas relacionais dos bens comuns urbanos – aqui próximas aos conceitos de *commoning*, de Andrés, Hamou e Aparicio apontam a criação de códigos comuns de experiências de apropriação de bens urbanos (ver DE ANDÉS, HAMOU e APARÍCIO, 2019, pg. 10 e ss.), marcados por uma dinâmica de reflexão e abertura para mudança, a exemplo de experiências de ocupação e discussão sobre moradia coletiva espanholas que refletem o movimento de desapropriação gerado pela bolha imobiliária daquele país e ocupam espaços e agem pela retomada do valor social da moradia. Apontam especialmente a importância da política municipal (local) em seu reconhecimento e mínima institucionalização (DE ANDÉS, HAMOU E APARÍCIO, 2019, p. 12).

Giuseppe Micciarelli, jurista italiano, também advoga com base em experiência napolitana do Asilo Filangieri, construção ocupada em que há manifestações de uso comum do espaço pela criação de modelos jurídicos que fortaleçam a auto-organização. O autor aponta que o bem comum não se subordina à disponibilidade econômica do bem, mas fomenta nova forma de seu governo coletivo (ver mais em MICCIARELLI, 2015).

Assim, considerando o conceito dos bens comuns urbanos e apresentada a flexibilidade da proteção teórica e legal à adaptação às necessidades sociais para a proteção da propriedade, será agora trabalhada busca na jurisprudência brasileira de modo a avaliar a possibilidade de identificação de elementos do comum que podem dar ensejo a uma construção jurídica dos bens comuns urbanos.

3. Controle judicial da função social da propriedade: análise empírica da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O presente capítulo busca dar concretude à proteção do direito de propriedade por meio da análise da jurisprudência dos tribunais superiores nos últimos quatro anos com o objetivo de procurar, em processos em que há disputa relacionada ao título de propriedade e à proteção de outros direitos traços de elementos da doutrina dos bens comuns urbanos.

E, considerando o papel do instituto da função social como condicionante do direito de propriedade e sua adequação social, conforme se analisou acima, a expressão foi selecionada como filtro da pesquisa de jurisprudência, consi-

derando-se mecanismo passível de rever a estrutura excludente do direito de propriedade.

3.1 Metodologia de pesquisa

A pesquisa de jurisprudência aqui proposta foi realizada com base em acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em um período de quatro anos, especificamente entre 10 de novembro de 2015 a 10 de novembro de 2019⁸⁴, data de finalização desse artigo.

A escolha pelos tribunais superiores se deve à relevância e amplitude de suas decisões, que, especialmente após a vigência do Novo Código de Processo Civil e a consolidação de mecanismos de vinculação de precedentes jurisprudenciais, influenciam decisões provenientes dos Tribunais de Justiça bem como, quando couber, os Tribunais Regionais Federais. Busca-se, assim, também, afastar-se de peculiaridades e entendimentos locais de modo a reportar uma visão nacional do tema.

Quanto ao tempo, a definição dos 4 anos se explica pela tentativa de se analisar jurisprudência recente, considerando, ademais, o objeto restrito desse artigo. A depender do resultado encontrado, não se impede que a pesquisa seja expandida para lapso temporal maior em outro momento, de modo a aprofundar as considerações formuladas.

Finalmente, para a definição do objeto de pesquisa, os filtros aplicados à jurisprudência desses Tribunais foram de duas ordens: primeiro, foram selecionados apenas acórdãos, excluindo-se, portanto, decisões monocráticas. Segundo, para se chegar aos acórdãos que dizem respeito apenas ao tema ora tratado, qual seja, a proteção à propriedade frente a disputas por espaço urbano focadas na moradia, estabeleceu-se como filtro para a busca a expressão “função social da propriedade”, uma vez que este instituto se mostra como mecanismo de atualização do direito da propriedade.

Determinado o enquadramento da pesquisa, os acórdãos foram selecionados por meio da ferramenta de busca de jurisprudência nos websites do STF e do STJ, respectivamente disponíveis nos endereços <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> e <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, utilizando como filtro de pesquisa de jurisprudência nos tribunais a expressão “função social da propriedade” e selecionado apenas os acórdãos,

⁸⁴A busca limitou-se ao período de quatro anos e incluiu acórdãos publicados até 8 de novembro de 2019, quando realizada a pesquisa, último dia útil antes do dia 10.

foram localizados 27 documentos no STF, acrescido de 1 acórdão em que foi reconhecida repercussão geral, bem como 26 acórdãos no STJ.

Com base nesse conjunto inicial, as ementas dos 54 acórdãos foram analisadas individualmente para definir quais os assuntos tratados pelos tribunais superiores quando é mencionada a função social, fazendo uma segunda seleção de modo a definir os acórdãos objeto da análise. Os temas encontrados nos 27 acórdãos selecionados no STF com base na expressão “função social da propriedade” encontram-se categorizados na Tabela 1, abaixo:

Tabela 2 – Temas prioritários de acórdãos proferidos pelo STF entre 2015-2019 com o filtro “função social da propriedade”.

Direito Contratual	Direito Penal	Código de Trânsito	Direito Ambiental	Seguro DPVAT	Direito Tributário	Direitos sociais	Telecomunicações	Con-fisco	Propriedade x Moradia	TO-TAL
1	1	1	4	1	8	5	1	1	4	27

Fonte: tabela elaborada pela autora com base na análise na jurisprudência selecionada do STF.

Em um breve esclarecimento sobre os temas aqui encontrados, as categorias foram selecionadas com base na discussão principal do acórdão, dada a complexidade das discussões ali tratadas que, não raro, discutem mais de um tema.

Duas categorias merecem detalhamento: ao se tratar de direito tributário discussões relativas ao pagamento IPTU, especialmente devido à importância do IPTU progressivo como ferramenta de efetivação da função social. Não por acaso essa categoria foi a mais percebida na pesquisa.

Já entre os direitos individuais encontram-se discussões sobre direito à educação, direito à saúde, direitos da pessoa com deficiência, direito à maternidade e direito autoral. O 28º Acórdão do STF diz respeito à Repercussão Geral reconhecida em lide envolvendo discussão contratual.

A seguir, a Tabela 2 traz apresentação semelhante das categorias disponíveis na análise dos acórdãos selecionados STJ:

Tabela 3 – Temas prioritários de acórdãos proferidos pelo STJ entre 2015-2019 com o filtro "função social da propriedade"

Direito Tributário	Direito Empresarial	Direito Administrativo	Direito Ambiental	Direito Civil	Direito Agrário	Direito do Trabalho	Propriedade x Moradia	TOTAL
1	1	3	4	6	5	1	5	26

Fonte: tabela elaborada pela autora com base na análise na jurisprudência selecionada do STJ.

No que diz respeito aos acórdãos encontrados no STJ, a categoria de direito administrativo é composta por acórdãos em que se discutiu o instituto de desapropriação, e a de direito civil abarca ações cujo objeto trata de condomínio, vizinhança, servidão, doação, sucessão e usucapião (aqui entendido apenas como o preenchimento de requisitos legais para seu reconhecimento, excluído, portanto, da análise desse artigo).

Ressalva geral se faz quanto aos acórdãos cujo objeto é o direito ambiental, vez que essa discussão é central para a discussão desse artigo dada a importância da proteção socioambiental para a função da propriedade e sua utilidade para a caracterização dos bens comuns. Foram, contudo, excluídos da análise aqueles acórdãos que tratam apenas da matéria de direito ambiental, da proteção de áreas de reserva permanente, do cumprimento de obrigações referentes a direito ambiental, não sendo analisados, portanto, outros elementos sociais relacionados à moradia. Por fim, nas tabelas acima é possível identificar especificamente a jurisprudência pesquisada por Tribunal e sua respectiva categorização.

Com o novo filtro temático, qual seja, acórdãos centrados na discussão da função social da propriedade no contexto de conflitos entre propriedade e posse em que se discute a proteção ao direito de moradia, deparou-se com 4 acórdãos no STF e 5 no STJ, que formam o objeto de análise jurisprudencial desse artigo.

Nas tabelas 3 e 4, abaixo, os acórdãos do STF e STJ, respectivamente, foram individualizados e categorizados, selecionados em tom de cinza a amostra de análise do artigo.

Tabela 4 – Jurisprudência selecionada STF

N.	Decisão	Categoria
1.	ADI 4613	Código de Trânsito
2.	ADI 4988	Direito Ambiental
3.	ADI 1003	Seguro DPVAT
4.	ADC 42	Direito Ambiental
5.	ADI 4874	Direito social à Saúde
6.	RE 939556 AgR	Direito Tributário
7.	ADI 3357	Direito Ambiental
8.	ADI 4923	Telecomunicações
9.	ARE 957017 AgR	Propriedade x Moradia
10.	ADI 4269	Propriedade x Moradia
11.	ADI 4439	Direito Social: ensino religioso
12.	ADI 3937	Meio Ambiente e Direito à Saúde
13.	RE 630987	Propriedade x Moradia
14.	638491	Confisco
15.	RE 594015	Direito Tributário
16.	RE 787122 AgR	Propriedade x Moradia
17.	RE 635336	Confisco
18.	ADI 5062	Direito social: direito autoral
19.	ARE 956798	Direito Tributário
20.	ARE 956855 AgR	Direito Tributário
21.	ADI 5357	Direitos da pessoa com deficiência
22.	ARE 931016	Direito Tributário
23.	RE 778889	Direito social (maternidade)
24.	ARE 934916	Direito Tributário
25.	RE 601314	Direito Tributário
26.	HC 126292	Direito Penal
27.	RE 723651	Direito Tributário
1.	ARE 950787	Direito contratual

Fonte: elaborada pela autora, com base em acórdãos do STF

Tabela 5 – Jurisprudência selecionada STJ

N.	Decisão	Categoria
1.	REsp 1661975/SP	Direito Empresarial
2.	AgInt no REsp 1636012/MG	Propriedade x Moradia
3.	EREsp 1575846/SC	Direito Administrativo
4.	REsp 1775867/SP	Direito Ambiental
5.	REsp 1783076/DF	Direito Civil: condomínio
6.	REsp 1631278/PR	Direito Civil: doação
7.	REsp 1155547/MG	Direito Civil: sucessão
8.	REsp 1712900/SP	Direito Ambiental
9.	REsp 1545457/SC	Usucapião
10.	AgInt no AREsp 263.987/RS	Propriedade x Moradia
11.	REsp 1442440/AC	Propriedade x Moradia
12.	REsp 1341090/SP	Direito Ambiental
13.	AgInt no AREsp 295.300/SC	Direito Tributário
14.	AgInt no AREsp 711.233/DF	Propriedade x Moradia
15.	AgInt no REsp 1508606/SC	Direito Administrativo: desapropriação
16.	AgInt no REsp 1417662/PE	Direito Administrativo: desapropriação
17.	REsp 1276114/MG	Direito Ambiental
18.	REsp 1277085/AL	Direito Agrário
19.	REsp 1616038/RS	Direito Civil: vizinhança
20.	REsp 1566006/RS	Direito Agrário
21.	REsp 1336293/RS	Direito Agrário
22.	REsp 1447082/TO	Direito Agrário
23.	REsp 1455709/SP	Direito Agrário
24.	REsp 1260638/MS	Direito do Trabalho
25.	REsp 1302736/MG	Propriedade x Moradia
26.	REsp 1426239/RS	Direito Civil: servidão

Fonte: elaborada pela autora, com base em acórdãos do STJ

Como guia de interpretação, a análise do inteiro teor dos acórdãos buscou responder a duas perguntas principais:

O título da propriedade é elemento central para a resolução da lide na jurisprudência dos Tribunais Superiores?

Há elementos da doutrina dos bens comuns que permeiam as razões de decidir ou se representam no componente fático da lide?

Entende-se que a primeira pergunta é autoexplicativa, e sua resposta busca entender se há sobreposição, na jurisprudência selecionada, da proteção ao título de propriedade a elementos fáticos que caracterizam a função social.

Por outro lado, se mostra necessário esclarecer a segunda pergunta. Por meio dela foi investigada a presença de elementos da doutrina dos bens comuns, conforme apresentada no item acima. Será averiguada menção à presença de comunidade consolidada, à existência de regras próprias e de gestão do bem, seu reconhecimento ou não pelo estado, a relação com o mercado, a menção à função socioambiental do bem e seu uso alternativo para moradia ou para produção.

E, de modo a responder a essas perguntas, os acórdãos foram avaliados a partir de dois critérios, objetivo e subjetivo. O primeiro contém informações básicas sobre o processo, tais como sobre as partes (se públicas ou privadas, individuais ou coletivas), sobre o bem objeto de análise (se público ou privado) e sobre o resultado do processo (se foi reconhecida a proteção à posse qualificada ou à propriedade registral), buscando identificar se há correlação entre os temas e responder à primeira pergunta.

Já pelo critério subjetivo se busca avaliar a razão de decidir e a existência de elementos característicos da doutrina dos bens comuns, quais sejam, a presença de uma coletividade que administra o bem, a menção à sua produtividade e respeito a normas socioambientais e a relação do bem com o poder público e o mercado.

No mais, foi analisado se houve, nas Cortes Superiores, alteração do entendimento do tribunal de origem.

3.2 Sistematização dos dados encontrados.

Nesta etapa da pesquisa, e conforme se explicou acima, encontram-se os resultados da pesquisa dos acórdãos conforme a metodologia apresentada. Resaltamos que nos anexos a este artigo a análise encontra-se sistematizada, com as ementas respectivas, para maior detalhamento e conferência na interpretação dos dados.

Sobre o critério objetivo:

Quanto aos acórdãos do STF, a análise apresentou uma peculiaridade devido à natureza do referido tribunal e às ações de controle concentrado de constitucionalidade. Foram selecionados dois Recursos Extraordinários (RE), uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e um Agravo em Recurso Extraordinário (ARE). No que diz respeito à ADI, nota-se que não há como limitar as partes ou o bem objeto da lide, centrando a análise em seu conteúdo.

Quanto às partes, os demais acórdãos trataram todos de disputas entre parte pública e privada. E, apenas no ARE houve disputa entre partes individuais, nas demais uma das partes era formada por uma coletividade.

No que diz respeito ao resultado, os três recursos mantiveram a decisão recorrida, porém em nenhum deles foram analisados elementos fáticos e uma vez que, não preenchidos requisitos de natureza processual, foi negado provimento aos recursos.

Ao se tratar dos acórdãos do STJ, há semelhante conclusão. No que diz respeito à natureza jurídica das partes, 4 dos 5 acórdãos dizem respeito a lides que envolvem um ente público em ao menos uma das partes. Quanto à presença de coletividade, em todos os 5 acórdãos a controvérsia se deu com uma coletividade no polo passivo como ocupante do imóvel sem o título de propriedade.

Já quanto ao bem objeto da discussão, em um dos acórdãos essa informação não foi informada, em três deles trata-se de bem privado e em um, de bem público. E, quanto à decisão, todos os recursos foram desprovidos e os acórdãos iniciais, mantidos. Dois deles limitaram-se a discussão processual e determinaram o retorno dos autos ao Tribunal de origem.

Sobre o critério subjetivo:

Apesar das limitações processuais, especialmente no STJ, em que dois acórdãos foram proferidos no sentido de devolver a apreciação ao Tribunal de origem, nota-se que em nenhum dos acórdãos, quer por força da decisão dos tribunais superiores, quer por força do tribunal de origem, foi declarada, mantida ou deferida qualquer ordem de reintegração de posse.

Constatou-se que, embora a propriedade seja digna de proteção, a reintegração não foi a escolha nesta amostra de jurisprudência, sendo mais frequente a aplicação da indenização ao proprietário, ou seja, utilizada compensação monetária pela perda da propriedade, que fica, assim, reconhecida, ainda que para este fim.

Em relação à presença de características da doutrina dos bens comuns nos elementos de decisão, passemos a analisar as seguintes ementas, representativas das conclusões abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. INVASÃO DO IMÓVEL POR MILHARES DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA. OMISSÃO DO ESTADO EM FORNECER FORÇA POLICIAL PARA O CUMPRIMENTO DO MANDADO JUDICIAL. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO E OCUPAÇÃO CONSOLIDADA. AÇÃO REINTEGRATÓRIA. CONVERSÃO EM INDENIZATÓRIA. POSTERIOR EXAME COMO DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL SOBRE O PARTICULAR. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. JUSTO PREÇO. PARÂMETROS PARA A AVALIAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CÁLCULO DO VALOR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. (...)2. Hipótese em que a parte autora, a despeito de ter conseguido ordem judicial de reintegração de posse desde 1991, encontra-se privada de suas terras até hoje, ou seja, há mais de 2 (duas) décadas, sem que tenha sido adotada qualquer medida concreta para obstar a constante invasão do seu imóvel, **seja por ausência de força policial para o cumprimento do mandado reintegratório**, seja em decorrência dos inúmeros incidentes processuais ocorridos nos autos ou em face da **constante ocupação coletiva ocorrida na área, por milhares de famílias de baixa renda. (...) não há dúvida de que os danos causados à proprietária do imóvel decorreram de atos omissivos e comissivos da administração pública**, tendo em conta que **deixou de fornecer a força policial necessária para o cumprimento do mandado reintegratório**, ainda na fase inicial da invasão, permanecendo omissa quanto ao surgimento de novas habitações irregulares, além de ter realizado obras de infraestrutura no local, com o objetivo de garantir a função social da propriedade, circunstâncias que ocasionaram o **desenvolvimento urbano da área e a desapropriação direta de parte do bem (...)**”é fato público e notório que a área sob julgamento, atualmente, corresponde a pelo menos **quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, as quais concedem função social às terras em litígio, exercendo seu direito fundamental social à moradia**”. (REsp 1442440/AC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/02/2018). (Grifos nossos).

Neste Recurso Especial é possível apreender que o papel do poder público exerce central importância para a consolidação de uma comunidade em terreno cuja propriedade é de terceiro. Aqui, a propriedade não é desconsiderada, uma vez que haverá indenização do particular, porém o exercício da função social, do direito fundamental social à moradia e o reconhecimento e atuação do poder público foram predominantes para o deslinde da ação.

No que diz respeito à única ADI, a análise diz respeito à revogação de dispositivos legais que ameaçavam a proteção a terras de domínio da Amazônia

legal especialmente em referência a terras quilombolas e de outras comunidades tradicionais, sendo possível o reconhecimento dessa formulação como presença da doutrina dos bens comuns.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS TERRAS DE DOMÍNIO DA UNIÃO NA AMAZÔNIA LEGAL. IMPUGNAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, §2º, 13, 15, INCISO I, §§ 2º, 4º E 5º, DA LEI Nº 11.952/2009. PREJUÍZO PARCIAL DA ACÇÃO. **ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL E REVOGAÇÃO DE DISPOSITIVOS PROMOVIDA POR LEI SUPERVENIENTE. ADEQUADA PROTEÇÃO ÀS TERRAS QUILOMBOLAS E DE OUTRAS COMUNIDADES TRADICIONAIS AMAZÔNICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO QUE CONCEDE ESSAS TERRAS A TERCEIROS.** INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ARTIGOS 216, INCISO II, DO TEXTO CONSTITUCIONAL E 68 DO ADCT. AUSÊNCIA DE VISTORIA PRÉVIA NA REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS DE ATÉ QUATRO MÓDULOS FISCAIS. PROTEÇÃO DEFICIENTE AO MEIO AMBIENTE SE DESACOMPANHADA DE MEIOS EFICAZES PARA FISCALIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE INGRESSO NO PROGRAMA TERRA LEGAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. RESPEITO AO ARTIGO 225, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. (ADI 4269, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019). (Grifos nossos).

Assim, o que se vê é uma proteção do direito à propriedade das comunidades tradicionais, protegendo-as de terceiros e evitando que haja uma supressão da proteção que lhes cabe. Aqui se trata de um exemplo contrário do que se propôs no artigo, em que a proteção rígida do direito de propriedade reforçou a garantia de direitos da comunidade afetada, caso em que eventual maleabilidade ou adaptação da proteção à situação fática representaria a perda de direitos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ACÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. **IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA.** FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. **É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no**

interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. (...) No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1302736/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016). (Grifos nossos).

Neste REsp se percebe que a organização urbana do imóvel o qualifica para fins de preenchimento de função social, havendo a menção à formação de uma comunidade, existência de serviços e produtividade, deixando claro que o imóvel teve sua destinação alterada, com a nova função reconhecida e apoiada pelo poder público. Elemento interessante dessa decisão em especial é a menção à “herança cultural e histórica” no local e o tratamento da “inadequação” da ordem de reintegração.

Tal elemento demonstra que há, no caso, reconhecimento que a mera proteção ao direito à propriedade do titular, como seria absoluta no termo clássico, deu espaço ao reconhecimento da realidade fática.

3.3 Análise da jurisprudência selecionada.

Conforme relatado, foram inicialmente levantados 25 acórdãos do STJ e 27 do STF utilizando-se o filtro da função social da propriedade. Após novo filtro que buscou selecionar apenas os acórdãos que tratam da disputa entre posse e propriedade para fins de garantia da moradia, chegou-se ao número de 4 acórdãos do STF e 5 do STJ em que é analisada essa relação com a propriedade.

Ressalta-se que, diante do baixo número de decisões encontradas e do breve período analisado, não se busca afirmar qualquer tendência à proteção de ocupações, baseadas na função social, em detrimento de títulos, especialmente considerando pesquisas mais longas e aprofundadas sobre o tema que indicam o contrário⁸⁵.

⁸⁵Aqui se ressalta o apontado por Julia Azevedo Moretti no supramencionado artigo, especialmente o reconhecimento da dificuldade do tratamento da função social enquanto mecanismo de democratização de acesso à terra em lides que envolvam conflitos possessórios, citando extensa bibliografia de estudos comprobatórios.

Porém, ressalta-se que o objetivo do artigo é a busca, na jurisprudência recente, de elementos da doutrina dos bens comuns urbanos enquanto instrumento de reconhecimento de práticas alternativas de uso dos bens e consequente alteração da estrutura excludente da proteção à propriedade, o que corrobora a utilidade da extensão desta doutrina a estudos jurídicos urbanos e defende sua difusão na agenda de pesquisa na temática.

No mais, enfrentou-se dificuldade na análise dos elementos fáticos da decisão, uma vez que nos Tribunais Superiores não são analisados novamente tais elementos, nem mesmo as provas produzidas, conforme estabelecido na Súmula 279 do STF (que dispõe que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), limitando-se a análise do recurso a elementos da legislação federal, no caso do STJ, e do texto constitucional, quando se trata do STF.

Outro óbice encontrado é que em alguns acórdãos houve óbice processual para a apreciação do mérito, por exemplo, por conta da ausência de prequestionamento, inadequação do meio processual, entre outras. Em dois dos acórdãos analisados deles foi determinado o retorno ao Tribunal de origem para a correção de determinada informação ou análise de competência originária.

Superadas essas dificuldades, mesmo o limitado número de acórdãos filtrados que impede que as conclusões sejam representativas em termos quantitativos, quanto a termos qualitativos foi possível chegar a conclusões importantes para o âmbito desta pesquisa.

Primeiro, aponta-se que na jurisprudência analisada houve grande preocupação e menção maior à atividade do estado (ação ou omissão) para a consolidação de ocupação dos espaços. E, mesmo em terras públicas, notou-se o tratamento relevante aos elementos fáticos que caracterizam a função social e justificam a permanência das pessoas que ocupam aquele bem, desautorizando a reintegração a qualquer custo, ainda que a propriedade continue a ser protegida em outros termos, com o reconhecimento do direito do titular e sua indenização, por exemplo.

Assim, não se notou a desconstrução ou desconsideração do direito de propriedade, mas uma interpretação conforme desse direito quando em conflito com outros de alto interesse social. Na totalidade dos acórdãos analisados notou-se a consolidação de uma comunidade no local, qualificada por serviços públicos em respeito às normas socioambientais e que serviu como fundamento à não reintegração e à conversão de ações de reintegração de posse (aqui usada em sentido amplo), mas geraram também uma indenização ao proprietário. Assim, não se trata de uma escolha excludente e absoluta em termos de tudo ou nada

(entre o reconhecimento da propriedade registral ou das propriedades fáticas), mas de uma aplicação principiológica de ponderação.

Sobre as perguntas inicialmente formuladas, após a leitura e discussão de jurisprudência recente dos Tribunais Superiores, é possível chegar às seguintes conclusões: nota-se com clareza que o direito de propriedade não possui, nesta breve e ilimitada análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores dos últimos quatro anos, uma proteção absoluta e excludente.

Porém, apesar da pequena e limitada amostra analisada, nota-se que há elementos para a construção de teses jurídicas baseadas em elementos dos bens comuns, tais quais a formação de uma comunidade própria, o reconhecimento, aceitação e não intervenção por parte do poder público, a autogestão comunitária e o respeito a normas socioambientais.

Deve-se desde logo apresentar uma ressalva em relação a esta conclusão à primeira vista otimista. Não se pretende discordar ou debater com pesquisas mais detalhadas e referentes a períodos mais longos (entre vários, recomenda-se MILANO, 2016, 2017), que buscam estudar a permeabilidade da função social da propriedade de modo a valorizar ocupações em detrimento de títulos, mas demonstrar que elementos constitutivos dos bens comuns estão presentes nas decisões que concernem ao espaço urbano, abrindo espaço para estudos aprofundados e para a criação de teses que o envolvam à proteção de usos alternativos dos bens frente à exclusão da proteção do título de propriedade.

CONCLUSÃO

Neste artigo procurou-se apontar que o direito de propriedade, centrado na proteção ao título, enquanto direito absoluto, perpétuo e excludente é mecanismo de perpetuação da desigualdade, defendendo sua adequação às necessidades coletivas. E, dado que no contexto do direito à cidade, marcado pela disputa pelo espaço urbano, a proteção da propriedade (pública e privada) como direito excludente e erga omnes pode significar a inibição de acesso a outros direitos, como a moradia, inibir o acesso e uso a bens por quem não detém seu título e acesso à proteção e representar mecanismo de perpetuação da desigualdade, essa adequação social se torna necessária.

Defendemos que os bens comuns urbanos podem representar meio para tal adequação e gerar mudança do paradigma clássico da propriedade por ser ferramenta de revisão do tratamento dos bens e do direito, na esteira de evoluções recentes materializadas pela função social e pela adequação às necessidades co-

letivas do uso dos bens. Propõe-se, nesse sentido, a aplicação de tratamento coletivo e reconhecimento de práticas comunitárias de uso, acesso e gestão do bem com base na doutrina dos bens comuns aplicada à disputa pelo espaço urbano.

Por isso, após contestar o fomento a uma formação única do direito de propriedade cuja proteção é centralizada no título e desenvolver o conceito dos bens comuns urbanos, nos propusemos a realizar a busca pela permeabilidade desta doutrina em elementos decisórios que constam na jurisprudência proferida nos últimos quatro anos e que envolvem conflitos fundiários e disputa pelo espaço urbano, especialmente para fins de moradia pelo STF e STJ.

Podemos concluir que elementos da doutrina dos bens comuns urbanos estão presentes, ainda que de modo difuso e não expreso, na jurisprudência recente dos Tribunais Superiores e que, mesmo com a ausência de regulamentação específica, a situação do imóvel urbano, isto é, a existência de uma comunidade que o ocupa para fins de moradia e produção, se há respeito a diretrizes socioambientais e a relação de reconhecimento e apoio do poder público são elementos relevantes para a tomada de decisão, abrindo espaço para a construção de instrumentos jurídicos que permitam o reconhecimento desses elementos como qualificadores da função social e, quem sabe, para a construção jurídica dos bens comuns.

Desta forma, é possível utilizar-se dessa estratégia como forma de advocacy em prol dessa forma de organização, recomendando-se a expansão desta agenda de pesquisa, aprofundando o estudo dos casos apontados e, quem sabe, criando-se, até mesmo, categoria jurídica que permite a análise da produtividade e da função social da propriedade por meio de elementos dos bens comuns como revisor de estruturas excludentes da proteção ao direito de propriedade em contexto de disputa pelo espaço urbano.

REFERÊNCIAS

BLOMLEY, Nicholas. Enclosure, common right and the property of the poor. *Social legal studies* 17: 311-311. 2008.

CARDOSO, Fernanda Lousada. Propriedade Urbana no Ordenamento Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 98-125, jan. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41549>. Acesso em: 10 nov. 2019.

COMPARATO, F. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ, América do Norte*, 112 12. 1997.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição do comum. *Tempo Social*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 261-273. 2015.

DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni, BORGES, Gustavo, WOLKMER, Maria de Fatima Schumacher, (org.). *O comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios*. Ebook. Caxias do Sul, RS: Educus, 2019.

DE ANDÉS, A.M.; HAMOU, David, APARICIO, Marco. Códigos Comunes Herramientas jurídicas para comunalizar la ciudad y democratizar lo público. 2019. *In*: <http://observatoridesc.org/es>. Acesso em 08.09.2019.

DE SOTO, Hernando. *The other path*. New York. Harper & Row Publishers. 1989.

DE SOTO, Hernando. *The mystery of capital*. New York. Basic Books. 2000.

ENRIGHT, Theresa, ROSSI, Ugo. Ambivalence of the urban commons from: *The Routledge Handbook on Spaces of Urban Politics*. Routledge. 2018. Disponível em <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9781315712468-5>. Acesso 08.2020.

HARVEY, David. O “Novo Imperialismo”: acumulação por desapossamento. *Social Register*. 2003.

HARVEY, David. *Rebel Cities: From the Right to the City to the Urban Revolution*. London: Verso. 2012.

KENNEDY, David. Some Caution about Property Rights as a Recipe for Development in KENNEDY and STIGLITZ (editores), *New Policy Approaches to Chinese Economic Development*, 2012.

LAURINO, Renata Chiarinelli. *Disciplina alternativa da propriedade para fins de moradia popular: caminhos possíveis a partir das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2020. 170 fls. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum* – Belo Horizonte – v. 7 – n. 2. 2012.

LINEBAUGH, Peter. *The Magna Carta Manifesto Liberties and Commons for All*. University of California Press. 2008.

MARELLA, Maria Rosaria. *The Commons as a legal concept*. Springer, 2016. In *Law Critique* 28: 61. 2016.

MARELLA, Maria Rosaria. *The Law of the Urban Common(s)*. *South Atlantic Quarterly* 1; 118 (4): 877–893. doi: <https://doi.org/10.1215/00382876-7825672>. October 2019.

MATTEI, Ugo. QUARTA, Alessandra. *Right to the City or Urban Commoning? Thoughts on the Generative Transformation of Property Law*. *The Italian Law Journal* n. 2. 2015. Disponível em <https://www.theitalianlawjournal.it/mattei-quarta/>. Acesso em 15.01.2020.

MICCIARELLI, Giuseppe, *Pratiche di commoning nel governo dei beni comuni: il caso dell'ex Asilo Filangieri*. *Il Tetto*, Nº. 306-307. 2015.

MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos Fundiários Urbanos no Poder Judiciário: Estratégias discursivas no fundamento das decisões*. In: *Revista de Direito da Cidade* vol. 09, nº 4. ISSN 2317-7721/2047-2071 2047. 2017.

MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos fundiários urbanos e poder judiciário. Decisões jurisdicionais na produção da segregação socioespacial / Giovanna Bonilha Milano — Curitiba, 250f. Tese (Curso de Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR*. 2016.

MORETTI, Julia Azevedo. *A terra urbana e os bens comuns: uso social e acesso à terra - usucapião urbana coletiva e a teoria dos bens comuns*. 2015. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

OSTROM, Elinor: *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.

PENNER, J. E., *The Bundle of Rights Picture of Property*. 43 *UCLA L. REV.* 711. 1996.

SILVEIRA, Sergio Amadeu; SAVAZONI, Rodrigo Tarchiani, *O conceito do comum: apontamentos introdutórios*. In *LIINC Revista*, v. 14, n. 1. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito? *Revista Dos Tribunais*, Vol. 926/2012, p. 533-547. Dez/2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*, vol 4: *Direito das Coisas*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Método. 2012.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Das ações possessórias e a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, p. 1359-1392. 2015.

TORRES, M. A. A., MOTA, Maurício. A Função Social da Posse no Código Civil. *In: Revista de Direito da Cidade* vol.05, nº 01. ISSN 2317-772. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9731/7630>. Acesso em 11.11.19. 2013.

WILLIAMSON, Claudia R., *The Two Sides of De Soto: Property Rights, Land Titling, and Development* (October 7, 2011). *THE ANNUAL PROCEEDINGS OF THE WEALTH AND WELL-BEING OF NATIONS*, p. 95, Emily Chamlee-Wright, ed., Beloit College, 2010.

ANEXO I

Tabela 6 – Tabela de análise Critérios Objetivos STF

Decisão	EMENTA	Critério Objetivo						Resultado TJ	
		Pública	Privada	Partes Individuais	Coletiva	Objeto/Bem	Pedido		Decisão
ARE 957017 AgR	DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, USUCAPIÃO. REQUISITOS. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA A REAPRECIÇÃO DOS FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO. SÚMULA 283/STF. 1. A solução da controvérsia demanda a reapreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), procedimento inviável nesta fase recursal. 2. A parte agravante deixou de impugnar o fundamento do acórdão recorrido referente ao exercício da posse em sentido contrário ao atendimento da função social da propriedade. Incide, dessa forma, a Súmula 283/STF. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 957017 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARRÓSO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 13-11-2017 PUBLIC 14-11-2017)	Réu	Autor	Sim	Não	Não informado	Usucapão	Nega provimento	Mantido
ADI 4269	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS TERRAS DE DOMÍNIO DA UNIÃO NA AMAZÔNIA LEGAL. IMPUGNAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, §2º, 13, 15, INCISO I §§ 2º, 4º E 5º, DA LEI Nº 11.952/2009. PREJUIZO PARCIAL DA AÇÃO. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL E REVOGAÇÃO DE DISPOSITIVOS PROMOVIDA POR LEI SUPERVENIENTE. ADEQUADA PROTEÇÃO ÀS TERRAS QUILOMBOLAS E DE OUTRAS COMUNIDADES TRADICIONAIS AMAZÔNICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO QUE CONCEDE ESSAS TERRAS A TERCEIROS. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ARTIGOS 216, INCISO II DO TEXTO CONSTITUCIONAL E 68 DO ADCT. AUSÊNCIA DE VISTORIA PRÉVIA NA REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS DE ATÉ QUATRO MÓDULOS FISCAIS. PROTEÇÃO DEFICIENTE AO MEIO AMBIENTE. SE DESACOMPANHADA DE MEIOS EFICAZES PARA FISCALIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE INGRESSO NO PROGRAMA TERRA LEGAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. RESPEITO AO ARTIGO 225, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. (ADI 4269, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)	Sim	-	-	-	Não aplicável	Declaração de Inconstitucionalidade	Parcial	-
RE 630987 AgR	AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 18.8.2014. ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PREJUIZO NÃO DEMONSTRADO. DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO NO CONJUNTO PROBATÓRIO E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTES. SÚMULA 279 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (RE 630987 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 18-09-2017 PUBLIC 19-09-2017)	Autor	Réu	Coletiva	Coletiva	Pública	Reversão da decisão	Proteção dos possuidores em desfavor do INCRA	Mantido
RE 787122 AgR	AGRÁRIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO NO CONJUNTO PROBATÓRIO E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 279 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ausente demonstração de prejuízo pela ausência de manifestação prévia do Ministério Público Federal no recurso extraordinário, afasta-se a pretensão de anulação do julgamento. 2. Nos termos da orientação sedimentada nesta Corte, não cabe recurso extraordinário quando a verificação da alegada ofensa à Constituição Federal depende de análise prévia da legislação infraconstitucional pertinente à matéria em discussão. 3. A análise de alegação que deva ser contrastada com elementos probatórios trazidos aos autos esbata no óbice da Súmula 279 do STF. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (RE 787122 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017)	Réu	Autor	Coletiva	Coletiva	Pública	Reversão da decisão	Manutenção	Mantido

