

SENHOR PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANO - CNDH

1. Por meio da Resolução nº 5, de 12 de maio de 2022, fui nomeada consultora *ad hoc*, para “[e]laborar parecer sobre condicionantes para cumprimento de ordem de despejos nos casos abrangidos pela ADPF nº 828, após o prazo de suspensão, para subsidiar manifestação do CNDH na ADPF”.

2. Como consta do próprio Termo, a presente consultoria tem por pressuposto situação em que não mais subsistam as decisões proferidas na ADPF 828 para suspensão dos despejos e a conseqüente iminência de ordem judicial determinando o cumprimento dos mesmos.

3. Portanto, a análise que essa consultoria faz sobre o objeto a ela proposto diz respeito ao papel do Poder Judiciário em conflitos coletivos que impliquem o despejo de um grupo de pessoas das áreas e/ou habitações em que se encontram. Para tanto, foram organizados os seguintes eixos temáticos: I – A ADPF 828: natureza da ação e dos pedidos; II – O Judiciário brasileiro e as ordens de despejo em meio urbano e rural; III – A disciplina dos despejos nos cenários internacional e regional; IV – A interpretação conforme à Constituição dos artigos 554, 557, parágrafo único, 561, 562, 563 e 565, todos do CPC: (a) função social da propriedade; (b) citação pessoal; (c) inspeção judicial; (d) audiência de mediação; V – O artigo 1228, § 4º, do Código Civil; VI – Conclusões

I – A ADPF 828: natureza da ação e dos pedidos

4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que veio a ser autuada sob número 828 teve por objeto central a suspensão de todos os processos, procedimentos ou quaisquer outros meios que visassem a expedição de medidas judiciais, administrativas ou extrajudiciais de remoção e/ou desocupação, reintegração de posse ou despejos enquanto perdurassem os efeitos da crise sanitária da Covid-19. Também deveriam ser suspensas as medidas judiciais, administrativas ou extrajudiciais porventura já expedidas. Adicionalmente, como o isolamento e

o distanciamento social foram as orientações fortemente recomendadas na emergência da pandemia, e o acesso à moradia passou a ser providência para assegurar os direitos à vida e à saúde de todas as pessoas, buscou-se também a elaboração, em todos os níveis federativos, de planos emergenciais de moradias populares em caráter provisório e de políticas públicas de moradias populares em caráter permanente.

5. Ainda que não tenha havido pedido específico de providências para o período pós-pandêmico, é característica do chamado “litígio estrutural” uma certa fluidez dos pedidos, em atenção às dinâmicas da própria estrutura que lhe serve de base. Essa Corte assim o entende, como é exemplo a ADPF 754, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Inicialmente proposta em face de omissões no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, em momento posterior foi requerida e deferida tutela de urgência para impedir que o Governo Federal fizesse uso do canal de denúncias “Disque 100” fora de suas finalidades institucionais, deixando de estimular envio de queixas relacionadas a restrições de direitos consideradas legítimas pelo próprio STF¹.

6. De resto, não pode haver dúvidas quanto ao fato de a ADPF 828 se inserir nessa categoria de “litígio estrutural”. Na década de 1970, Owen Fiss utilizou a expressão *structural reform* para traduzir uma atuação do Judiciário àquela altura não usual, de modo a concretizar valores constitucionais². A Corte Constitucional da África do Sul, no caso *Grootboom*, adotou essa técnica decisória ao afirmar a inconstitucionalidade da política pública habitacional e determinar a um órgão técnico independente a elaboração e implementação de um novo programa que contemplasse medidas de alívio imediato a pessoas miseráveis³. Também a Corte Constitucional da Colômbia, pródiga em adoção de decisões de diálogo com a burocracia estatal, tem um importante precedente no tema de despejos⁴. Na ADPF 828 está identificada uma violação sistêmica do direito à moradia, ainda que acentuada no período da pandemia, envolvendo não só a burocracia estatal, mas também o Poder Judiciário.

7. Em relação a esse último aspecto – objeto específico dessa consultoria – a inicial é enfática a respeito do papel central que o Judiciário brasileiro tem no tema de despejos. Não é razoável que a Suprema Corte, em um litígio estruturante, tenha evidências suficientes de que graves violações de direitos humanos ocorrem a partir de decisões judiciais, que determinam remoções, reintegração de posse e despejos de famílias e coletividades, e não cuide de estabelecer parâmetros para uma adequada atuação desse Poder. Há que se considerar, aqui, que sequer se trata de

¹ADPF 754-tpi-décima sexta-Ref. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 21/3/2022, publicação 26/5/2022.

² Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values. Structural reform – the subject of this essay – is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central – maybe the central – mode of constitutional adjudication. (FISS, Owen. *The Forms of Justice*. *Harvard Law Review*. Vol. 93. Nov 1971, n. 1, p. 2).

³Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19;2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/2004

diálogo entre instituições distintas do aparato estatal, mas de interpretação do direito de acordo com a Constituição e com tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. É caso, portanto, de função típica dessa Corte, com potencialidade enorme de cessação das violações, tendo em vista que a decisão a ser proferida nesse caso tem eficácia e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 102, § 2º).

II – O Judiciário brasileiro e as ordens de despejo em meio urbano e rural

8. A aglutinação das muitas lutas travadas no processo de redemocratização do Brasil possibilitou a Constituição de 1988 – a “Constituição Cidadã”, como foi cunhada pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães. Atravessada pela ideia de justiça social, a Constituição de 1988 vai redesenhar os espaços sociais no campo e na cidade, com muita ênfase no pluralismo.

9. É quase intuitivo que, num país marcado por históricas e persistentes desigualdades, os movimentos que lograram incluir as lutas por igualdade no espaço do Direito passassem a ser atores importantes no Poder Judiciário. Antonio Escrivão Filho, em tese de doutorado intitulada *Mobilização Social do Direito e Expansão Política da Justiça: análise do encontro entre movimento camponês e função judicial*⁵, demonstra que, pelo menos em meio rural, o acionamento da função judicial para a solução de conflitos possessórios e territoriais não ocorre por iniciativa dos movimentos sociais. Significa dizer que a provocação da justiça estatal não se orienta pela proteção ou afirmação dos direitos reivindicados pelos sujeitos sociais, mas sim para bloqueá-los. Como observa Escrivão Filho⁶, “no que se refere ao confronto direto com o movimento camponês, proprietários usualmente selecionam a via judicial como expressão da sua capacidade de transformar as desigualdades socioeconômicas e culturais em vantagens judiciais, notadamente criminalizando a semântica do ativismo camponês, e convertendo com grande êxito as ações possessórias em liminares de despejos forçados”.

10. Pesquisa em torno da temática possessória em meio rural, coordenada por Maria C. Vidotti Tárrega, analisando 95 ações judiciais em três estados distintos, verificou que em 4/5 dos casos (76 ações) foi concedida a liminar de reintegração de posse sem sequer possibilitar a manifestação das famílias sem terra⁷.

11. Relatório da Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, tornado público em 2009, verifica a existência de cerca de 220 processos de desapropriação paralisados na justiça federal “em decorrência de ações judiciais contrárias [à desapropriação] dos mais variados tipos”. Notícia

⁵ ESCRIVÃO FILHO, Antonio. *Mobilização Social do Direito e Expansão Política da Justiça: análise do encontro entre movimento camponês e função judicial*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB. Maio de 2017.

⁶ *Id.*, p. 237

⁷ TÁRREGA, M^a Cristina. MAIA, Cláudio. FERREIRA, Adgmar. *Observatório da atuação do poder judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupação de terra por movimentos sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso e Paraná (2003-2011)*. Goiânia-Belo Horizonte: FAFICH/Observatório da Justiça Brasileira- CES/AL, 2012.

veiculada pelo INCRA informava que “caso esses processos fossem concluídos, seria possível assentar mais de 11 mil famílias em todos o território nacional”⁸. O Relatório ainda identificou que, além das 220 ações de desapropriação, outras 200 ações de retomada de terras públicas da União estavam paralisadas na justiça federal por provocação de grileiros, madeireiros e posseiros, inclusive em área indígena⁹.

12. Em 2009, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça tornou pública a versão resumida de pesquisa denominada *Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade Urbana e Rural*, conduzida pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo¹⁰. A pesquisa abrangeu vinte anos de decisões dos tribunais analisados, a contar da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, focada exclusivamente na questão dos conflitos fundiários. Logo de início identificou nessas decisões falta de uniformização de conceitos corriqueiros, em especial a dificuldade em caracterizar demandas coletivas e reconhecê-las como tal. Em relação ao TJ/SP e TRF3, no contexto urbano, a pesquisa evidenciou que 75% das ações envolvendo conflitos possessórios são ações possessórias, tendo havido procedência total ou parcial do pedido em 71% dos casos com decisões baseadas em regularidade do título possessório (27%), esbulho possessório (20%) e comprovação de posse anterior do imóvel (17%). Entretanto, não foi identificada a razão determinante da decisão em 46% dos casos. Em 94% dos casos, não houve ou não consta tentativa de acordo amigável entre as partes, o que ficou confirmado pela ausência de qualquer homologação de acordo (0%). Analisando acórdãos do TJ/PR e do TRF4, também em meio urbano, foi verificado que, em relação à garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa, de 4 decisões em 1ª instância, apenas 1 decisão foi deferida após oitiva do réu. Quanto à fundamentação das decisões, “09 decisões atendem o princípio da segurança patrimonial, ou 64%, enquanto apenas 01 se fundamenta sobre o direito social da moradia. As decisões de segunda instância igualmente privilegiam a segurança patrimonial conforme constatado em 09 decisões pesquisadas (64% do total), enquanto apenas 01 decisão cita o direito à moradia como fundamento de sua decisão”. No meio rural, análises a partir de acórdãos do TJ/SP e TRF3 demonstram que, em 44% dos casos, não ficaram evidenciados os fundamentos jurídicos que sustentam as decisões. Em 17%, a segurança patrimonial foi o argumento principal. E a pesquisa conclui, “[s]e levarmos em consideração que em outros 17% dos casos o argumento utilizado foi a indisponibilidade do bem público, temos que, em sentido amplo, o domínio é o princípio fundamental nas decisões do tribunal para estes conflitos”. Também aponta a dificuldade para o reconhecimento da característica do litígio como uma situação coletiva. Quando o MST está envolvido (6 decisões), o réu é caracterizado como “movimento social”. No entanto, quando o litígio se refere a “assentamento rural+posse”,

⁸ ESCRIVÃO FILHO, Antonio. Ob. cit, p. 229.

⁹ *Id, ib.*

¹⁰ Coordenação Acadêmica: Nelson Saule Júnior, Daniela Libório e Arlete Inês Aurelli. Série Pensando o Direito nº 7/2009. 07Pensando_Direito3 PDF.

“áreas devolutas” ou “conflitos agrários”, os réus são pessoas físicas. De todas as ações possessórias analisadas, em apenas um caso houve a improcedência do pedido. Em suas considerações finais, a pesquisa volta a afirmar:

Há um total distanciamento entre os processos judiciais, suas decisões e as realidades que lhes são afetas. Foi possível detectar a ausência de terminologias técnicas com contornos conceituais claros para definir se o conflito fundiário refere-se, ou não, às questões coletivas. Também não fica claro, em momento algum, que a demanda judicial refere-se a um momento, ou permanência, de conflito e que natureza possui. A demanda judicial é construída pelas partes e suas competências técnicas e faz parecer que o magistrado não conduz de maneira clara a objetivos e parâmetros que podem ser extraídos do Texto Constitucional.

13. Foram sugeridas ao CNJ duas medidas: (i) adoção de resolução que oriente todos os Judiciários Estaduais e Federal a atentarem para o Comentário Geral nº 7, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, quando do cumprimento dos mandados de desocupação de imóveis rurais e urbanos: e (ii) adoção de resolução que oriente o Judiciário brasileiro, nos casos de ações judiciais com pedidos liminares de desocupação de imóvel urbanos e rurais, antes da apreciação de tais pedidos liminares: a) designar audiência de tentativa de conciliação, intimando os órgãos executivos estaduais, municipais e federal para comparecerem, além das partes, ministério público e defensoria pública; b) inspecionar o imóvel objeto do litígio; c) requisitar às partes e aos órgãos competentes comprovação documental de cumprimento da função social da propriedade.

14. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ¹¹, por meio da Portaria CNJ 491¹², de 11 de março de 2009, instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução dos conflitos fundiários rurais e urbanos, “com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais, e a prevenção de novos conflitos”.

15. Por ocasião da instalação do Fórum Nacional, foram eleitos cinco grupos temáticos para serem objeto de reflexão: (i) a especialização de órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público para dirimir questões agrárias; (ii) a regularização fundiária urbana e o Poder Judiciário diante das demandas de massas; (iii) o estatuto da cidade como instrumento de resolução de conflitos urbanos; (iv) o combate ao trabalho e condições análogas às de escravo e a função social da propriedade; e (v) a atual realidade fundiária brasileira – o Direito Agrário e os conflitos no campo.

16. Esses cinco grupos temáticos tiveram propostas especificadas no I Encontro do Fórum Nacional, ocorrido na cidade de Campo Grande, estado de Mato Grosso do Sul, em setembro de 2009¹³. Em relação ao grupo 5, que é o que imediatamente interessa ao tema, foram feitas as seguintes recomendações:

¹² Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 491, de 11 de março de 2009.

¹³

1. Recomendar o cadastro pelo CNJ de todas as ações judiciais que objetivam o cancelamento de matrícula dos títulos de terra.
2. Recomendar que o CNJ decida acerca da aplicação da Lei 6739/79 que versa sobre o cancelamento de títulos administrativamente, e, ainda, sobre o devido procedimento.
3. Recomendar o monitoramento das ações possessórias agrárias e de cancelamento de matrícula para controlar o tempo do processo.
4. Recomendar o monitoramento das liminares e decisões para verificar a efetividade destas.
5. Recomendar providência para o cumprimento da lei do georreferenciamento tanto no aspecto judicial e administrativo (art. 8 da MP 458/2009).
6. Recomendar que se amplie o diálogo com outros órgãos, além do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública e órgãos públicos: o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.
7. Ressaltar a necessidade do intercâmbio entre os órgãos na fase pré-processual e durante o curso do processo.
8. Recomendar atenção à compreensão do conceito multifacetário da posse: civil, agrária ambiental, quilombola e indígena.
9. Recomendar a prévia inspeção das áreas para a concessão da medida liminar.
10. Recomendar o chamamento da Defensoria Pública Agrária para a defesa dos réus, quando não constituírem advogado.
11. Recomendar o estudo aprofundado do conceito da posse agrária, posto que as decisões judiciais em sua maioria estão baseadas na posse civil.
12. Recomendar atenção ao cumprimento da função social da terra nas suas quatro dimensões para o efetivo cumprimento da posse agrária.
13. Recomendar a regulamentação administrativa pelo CNJ para priorização pelos Tribunais do cancelamento administrativo dos registros de imóveis irregulares.
14. Recomendar a efetivação da lei do georreferenciamento.
15. Recomendar que se exija o georreferenciamento para o registro de imóveis.
16. Recomendar a priorização das ações criminais com motivação fundiária (Direito Penal Agrário): grilagem, homicídios no campo e outros.

17. Posteriormente, pela Resolução CNJ 110¹⁴, de 6 de abril de 2010, foi criado, “como instituição nacional e permanente, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum de Assuntos Fundiários, destinado ao monitoramento das ações e à resolução de questões que tenham por objeto assuntos de natureza fundiária, conflituosas ou não, que possam colocar em risco a segurança no campo e nas cidades e exijam ações concretas para assegurar o acesso à moradia e à distribuição da propriedade rural”.

18. Alguns avanços significativos se produziram a partir desse espaço, como a criação das varas especializadas em matéria agrária, cumprindo o disposto no art. 126 da Constituição Federal, segundo o qual “para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias”. Na sequência vieram as promotorias especializadas e as defensorias públicas especializadas. No entanto, o Fórum de Assuntos Fundiários foi extinto pela Resolução CNJ 384¹⁵, de 26/3/2021, que revogou a

NJConclusOES.pdf&cLen=24054&chunk=true

¹⁴ Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 110, de 6 de abril de 2010.

¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 384, de 26 de março de 2021.

Resolução CNJ 110/2010, sem que grande parte das recomendações produzidas no I Encontro Nacional de 2009 tenha sido cumprida.

19. Em julho de 2013, uma nova pesquisa veio a público, também encomendada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça sob o título *Soluções Alternativas para Conflitos Fundiários Urbanos*¹⁶, cujos objetivos específicos seriam: (i) definir conceitos e critérios capazes de identificar situações de conflito fundiário; (ii) construir uma tipologia adequada à caracterização da espécie do conflito; (iii) construir, com base nos critérios e na tipologia desenvolvida, uma metodologia adequada ao mapeamento dos conflitos fundiários. (iv) identificar, com base em experiências existentes e na legislação vigente, o repositório de possibilidades de atuação do Estado em conflitos fundiários; (v) criar um campo de amostra de conflitos fundiários significativamente importantes, contendo cinco exemplos referenciais; e (vi) propor soluções de ordem processual e procedimental que proporcionem a solução adequada para casos de conflitos fundiários urbanos.

20. O seu ponto de partida são exatamente as conclusões da pesquisa de 2009, particularmente quanto ao fato de que “a legislação processual civil é o grande guia das decisões judiciais sobre os conflitos fundiários, em detrimento das normas constitucionais e de toda uma legislação pátria garantidora do direito à moradia digna e à cidade”. Dentre vários atos normativos, toma como apoio a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, e propõe a mediação como método de solução alternativa de conflitos, na medida em que é uma incentivadora aos atores sociais como sujeitos ativos de seus direitos. Além disso, dentre outras recomendações propostas para a solução dos conflitos possessórios coletivos de imóveis urbanos, estão: (i) garantia ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa; (ii) realização de audiência prévia à decisão sobre o conflito; (iii) o juiz fazer-se presente na área do conflito coletivo pela posse da terra rural e urbana, acompanhado de representante do Ministério Público; (iv) o juiz, antes da decisão liminar, requisitar aos órgãos da administração direta ou indireta dos Municípios, Estados e União que forneçam as informações fiscais, previdenciárias, ambientais, fundiárias e trabalhistas referentes ao imóvel; (v) concessão de liminar somente após a averiguação do cumprimento da função social da propriedade; (vi) no caso de cumprimento de mandado de reintegração de posse em conflito possessório que envolva população de baixa renda, sejam atendidas as exigências previstas no Comentário Geral nº 7, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sobre os despejos forçados.

21. Em 2021, atendendo ao Edital nº 2 do Conselho Nacional de Justiça, o Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa e o Instituto Pólis apresentaram a pesquisa *Conflitos Fundiários Coletivos Urbanos e Rurais: uma visão das ações*

¹⁶ Coordenadores: Nelson Saule Júnior e Daniela Campos Libório Di Sarno. Pesquisa_solucoes_alternativas_de conflitos PDF

*possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil*¹⁷. Em 2015, o novo CPC introduziu uma série de modificações na regulação das ações possessórias – as quais passaram a entrar em vigor em 2016 – sendo que a principal delas foi o reconhecimento da tutela coletiva da posse, além de estimular a resolução autocompositiva dos conflitos, por meio de audiências de mediação. A pesquisa investiga decisões de seis Tribunais de Justiça com maior incidência de conflitos fundiários, os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª, 4ª e 5ª Região, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. O primeiro achado da pesquisa, que parecia ser uma dificuldade metodológica, é que “o próprio Judiciário não faz diferenciações substantivas entre conflitos de natureza individual e conflitos de natureza coletiva nas ações possessórias de bens imóveis. A partir de tipologias elaboradas para acessar os conflitos de fundo dessas ações possessórias, foi possível também identificar que o conflito social que deu origem à ação não foi considerado em sua especificidade por julgadores e julgadoras, ou seja, este é um sinal contundente da baixa permeabilidade das decisões judiciais aos conflitos concretos. Por meio dos metadados do DataJud, foi possível chegar à informação de que mais de 20% das ações classificadas como coletivas têm partes indeterminadas (“Fulano de tal”, “José de tal” ou simplesmente “grupo de pessoas desconhecidas”), o que indica um quadro bastante grave do ponto de vista do devido processo legal e da ampla defesa. Um pouco mais de 5% possuem partes organizadas no polo passivo, havendo referência a movimentos, grupos e associações. Mesmo nesse caso, quem assim os designa é o autor da ação possessória, sem que haja garantia de que (i) a designação da coletividade corresponda aos fatos; (ii) aqueles a quem se atribui esbulho ou turbacão estejam cientes de que figuram no polo passivo; e (iii) os interesses coletivos estejam adequadamente representados no processo, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nos processos analisados por Giovanna Bonilha Milhano¹⁸, em 52% dos casos os réus não foram determinados:

‘Invasores desconhecidos’; ‘ocupantes inominados’; ‘réus não conhecidos’; ‘ignorados’; ‘famílias carentes’; ‘outros indivíduos com identidade indeterminada’; ‘pessoas ditas sem terra’; ‘grupos de pessoas denominadas invasores’; ‘ocupantes ilegais e injustos’; ‘terceiros desconhecidos que invadiram o imóvel’. São essas as 185 denominações utilizadas na argumentação processual para mencionar os sujeitos destinatários do despejo. Em alguns casos a designação se dá pelas denominações genéricas que enumeramos acima. Em outras situações, há a indicação nominal de um dos moradores acrescida da qualificação “e outros”, como sinal de que outros réus não singularizados também integram a relação processual.

22. Após citar que mesmo antes do CPC/15 a jurisprudência já dispensava a apresentação dos dados dos demandados em ações possessórias coletivas de bens imóveis, a pesquisa Insuper/Pólis/CNJ observa:

De maneira geral, processos coletivos apresentam uma estrutura assimétrica, na medida em que um dos polos é conformado por um grupo, nem sempre homogêneo ou estruturado, que exigirá a intermediação de um representante da multiplicidade de pessoas que o compõem.

¹⁷ Relatorio-Final-INSUPER PDF

¹⁸ MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário*. Curitiba: Íthala, 2017ª. *Apud* pesquisa Insuper

Coletivos carregam um ônus de coordenação que agentes unitários não possuem. Nos casos em que as coletividades figuram no polo passivo, como nas possessórias, a assimetria se aprofunda ainda mais. Como são, em regra, pessoas vulneráveis sem organização formal, expressar interesses de maneira conjunta não é tarefa simples. Além disso, a possibilidade de designação genérica e indeterminada, estabelecida pela citação por edital, cria uma desigualdade informacional substantiva: o Código de Processo Civil abre a possibilidade de que grupos de ocupantes fiquem sabendo que integram o polo passivo de uma ação possessória quando a decisão liminar já foi proferida, sem que tenha havido espaço institucional adequado para ouvir os réus. Mesmo nos casos em que o CPC/15 prevê a necessidade de realização de audiência de mediação – apenas para casos de posse velha, com mais de ano e dia –, o ônus de organização de pessoas que muitas vezes possuem vínculos apenas de fato, e não de direito, é bastante grande.

23. A pesquisa conclui, nesse ponto que a indeterminação das partes e a citação por edital são evidência suficiente do desconhecimento da realidade das famílias e do conflito em julgamento.

24. A respeito da inspeção judicial, instrumento processual cujo propósito é a aproximação do juiz das pessoas ou coisas envolvidas na lide, apesar de fundamental nas ações possessórias coletivas por levar conhecimento do conflito de fundo para a decisão judicial, foi verificado um número baixíssimo de menção a ela em todos os tribunais, da ordem de menos de 2% do todas as ações pesquisadas.

25. Também baixíssima é a mobilização de expressões relativas a idosos e crianças em todos os tribunais, indicativo do desconhecimento da questão de fundo, bem como da indeterminação das partes coletivas nas ações possessórias.

Nesse ponto, a pesquisa observa:

A questão tem pertinência porque se sabe que as ocupações de imóveis, sejam eles urbanos, sejam rurais, apresentam diversidade etária no perfil das pessoas ocupantes, com presença de gestantes, crianças de todas as idades, adolescentes, adultos e idosos. Na medida em que as famílias ocupam o imóvel e quanto maior o tempo de permanência, a tendência é de vinculação a políticas públicas ou serviços no próprio território, como matrícula de crianças e adolescentes em escolas próximas à ocupação, atendimento nas unidades básicas de saúde, vinculação ao programa de saúde da família da região, atendimento pelo sistema de assistência social, entre outros. A determinação judicial de reintegração na posse e a conseqüente retirada das famílias do imóvel tem, portanto, um forte potencial de ruptura do atendimento e de agravamento da situação de vulnerabilidade dessas coletividades.

(...)

Esses fatores indicam que as decisões nas ações possessórias coletivas, ainda que tratem de um conflito sobre a posse de imóvel, afetam de forma significativa outros direitos e, em geral, de grupos social vulnerabilizados.

No entanto, ao analisar o conjunto dos processos investigados, os dados sobre menções a direitos de crianças e idosos nas decisões judiciais revelaram-se baixos, como mostramos anteriormente.

26. Apesar de muitos conflitos de fundos discutidos em ações possessórias serem disputas em torno do descumprimento da função social da propriedade, também aqui seguem baixíssimas as menções a esse argumento – mesmo a pesquisa considerando o seu uso no léxico da decisão, seja para negar ou aceitar o argumento da função social da propriedade.

27. Ainda que a pesquisa tenha percebido um aumento de menções a audiências de conciliação e de mediação após a vigência do CPC/15, os percentuais correspondem a menos da metade dos processos analisados – também aqui considerada a mera menção, sem que se possa concluir se a audiência tenha resultado em acordo.

28. Dados obtidos em entrevistas ainda revelam que volume significativo de decisões liminares e sentenças proferidas em ações de reintegração de posse tem como meio de prova suficiente o registro da propriedade imobiliária, comportamento que já se verificava antes do CPC/15 e que não foi por ele impactado. Nesse ponto, a pesquisa chama a atenção para estudos anteriores que identificam que a linha argumentativa mais comum nas decisões judiciais é aquela que parte das categorias civilistas de posse e propriedade. Não foram identificados casos significativos em que as decisões cotejam as posses em disputa e avaliam qual delas seria a mais merecedora de proteção jurídica, especialmente em relação à função social da propriedade.

III – A disciplina dos despejos nos cenários internacional e regional

29. O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão de monitoramento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹, em seu Comentário Geral nº 4²⁰, afirmou a necessidade de garantir a todas as pessoas “moradia adequada”, considerando que esse direito tem alguns aspectos que devem ser necessariamente levados em conta, independentemente de qualquer contexto determinado. O primeiro deles – e o mais pertinente ao objeto dessa consultoria – é a segurança jurídica da posse, a qual pode assumir uma variedade de formas, como o aluguel (público e privado), a moradia em cooperativa, o arrendamento, a ocupação pelo proprietário, a moradia de emergência e os assentamentos informais, incluída a ocupação de terra ou propriedade. O Comitê enfatizou que, seja qual for o tipo de posse, todas as pessoas devem gozar de um certo grau de segurança de posse que as assegure uma proteção legal contra o despejo, a fustigação ou outras ameaças. Considerou ainda, no item 18 desse Comentário Geral, que os despejos forçados são *prima facie* incompatíveis com os requisitos do Pacto e só poderiam ser justificados em circunstâncias excepcionais e de conformidade com os princípios pertinentes do direito internacional.

30. Posteriormente o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais voltou ao tema no Comentário Geral nº 7²¹, agora mais especificamente quanto ao tema das remoções e despejos forçados. Começa observando que a expressão “remoções forçadas” pode induzir equivocadamente a uma aproximação com o senso comum de arbitrariedade ou ilegalidade. Daí explicitar que o termo foi usado nesse Comentário Geral de modo a definir a

¹⁹ Promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

²⁰ CESCR General Comment nº 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant), Adopted at the Sixth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 13 December 1991. E/1992/23

²¹ CESCR General Comment nº 7: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant): Forced evictions. Adopted at the Sixteenth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 1997. E/1998/22

remoção permanente ou temporária contra a vontade de indivíduos, famílias e/ou comunidades das casas ou terras que estejam ocupando, sem a provisão e o acesso a formas legais apropriadas ou outras proteções. Observa no item 5 que a proteção processual adequada e o devido processo legal são aspectos essenciais de todos os direitos humanos, mas particularmente pertinentes em relação a temas como remoções forçadas, que diretamente envolvem um grande número de direitos reconhecidos pelos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comitê considera que as medidas processuais que devem ser aplicadas em relação às remoções forçadas incluem: (i) necessária consulta às pessoas afetadas pelas remoções; (ii) prazo suficiente e razoável de notificação a todas as pessoas afetadas antes da data prevista para a remoção; (iii) informação clara a todos os interessados sobre os fins a que se destinam as terras ou as moradias objeto da ação; (iv) presença de funcionários do governo devidamente identificados; (v) garantia de oferecimento de assistência jurídica; e (vi) não ocorrência em mau tempo e/ou período noturno, dentre outras. De resto, sob nenhuma circunstância, os despejos devem resultar em acréscimo no número de pessoas em situação de rua.

31. Em 2014, publicação da ONU Habitat e do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos sobre remoções forçadas²² reforça que os despejos forçados constituem uma grave violação de direitos humanos, especialmente o direito à moradia adequada, e que com frequência dão lugar a outras violações. Os despejos forçados costumam levar as pessoas à pobreza extrema, por conta das situações de risco a que as vítimas ficam submetidas, uma vez que, na maioria das vezes, perdem o acesso a alimentos, à educação, à atenção à saúde, ao emprego e outras oportunidades de subsistência. Retomando a definição de despejos forçados constante do Comentário Geral nº 7, acima referido, aponta os elementos que, juntos ou separados, definem o despejo forçado: (i) uma separação permanente ou provisória da moradia, da terra ou de ambas; (ii) a separação se leva a cabo contra a vontade dos ocupantes, com ou sem o uso da força; (iii) é conduzida sem a provisão de moradia adequada alternativa ou realocação, indenização adequada e/ou acesso a terras produtivas, a depender do caso; (iv) se leva a cabo sem a possibilidade de impugnar a decisão ou o processo de despejo, sem as devidas garantias processuais e sem ter em conta as obrigações nacionais e internacionais do Estado. A publicação observa, na linha da jurisprudência formada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que uma decisão judicial, por si só, não se traduz necessariamente em despejo legal ou justificado, se deixarem de ser cumpridas as normas internacionais de direitos humanos e as obrigações do Estado a respeito. Prossegue dizendo que as violações de direitos humanos decorrentes de despejos forçados podem ser atribuídas, direta ou indiretamente, a: a) à forma como se decidem os despejos (por exemplo, sem consulta ou participação, sem informação, sem mecanismos de recurso); b) à forma como se planejam os despejos (por exemplo, sem notificação, sem realocação disponível, não

²² ONU. *Forced Evictions*. New York and Geneva, 2014. Fact Sheet nº 25/Rev. 1

se oferece indenização ou a atrasa ou a submete a condições injustificadas); c) à forma como se levam a cabo os despejos (por exemplo, à noite ou com mal tempo, sem proteção às pessoas ou a seus pertences); c) o uso de fustigação, ameaças, violência ou força (por exemplo, obrigar as pessoas a firmar acordos, utilizar escavadeiras enquanto as pessoas seguem tentando salvar seus pertences); d) o resultado do despejo (por exemplo, interrupção da educação das crianças, interrupção dos tratamentos médicos, trauma mental, perda de postos de trabalho e meios de vida, impossibilidade de votar devido à falta de domicílio, falta de acesso aos serviços básicos ou à justiça, porque os documentos de identidade e os títulos de propriedade foram destruídos durante os despejos, etc.). Insiste em que, mesmo nos casos em que os despejos sejam inevitáveis, como é o caso de deslocamento de pessoas de edifícios em ruínas ou zonas de risco, por exemplo, os despejos devem ser conduzidos com plena conformidade às normas de direitos humanos, evitando ou mitigando qualquer consequência negativa. A respeito das decisões de despejos baseadas em justificativas tais como “interesse público”, “bem-estar geral”, “bem-estar público”, “bem público”, “interesse do Estado”, “interesse nacional”, estas devem cumprir uma série de requisitos para proteger os direitos humanos e o estado de direito, por exemplo: (i) só circunstâncias excepcionais justificam o argumento do “interesse público”; (ii) devem ser “razoáveis” [em seu sentido técnico-jurídico] e levadas a cabo como último recurso quando não haja outra possibilidade; (iii) ser “proporcionais” (avaliação do efeito da decisão em diversos grupos e possíveis benefícios para ele, em particular mediante a avaliação do efeito do despejo); (iv) necessidade de promover o bem-estar geral e demonstrar o resultado; (v) não discriminatórias na legislação e na prática; (vi) definidas na lei e “previsíveis”; (vii) sujeitas a controle para avaliar a sua conformidade com a Constituição e as obrigações internacionais do Estado; (viii) necessidade de que a informação sobre as decisões e os critérios para sua justificação sejam públicos e transparentes; (ix) sujeitas a consulta e participação; (x) existência de mecanismos eficazes de recurso para os direta e indiretamente afetados. Observa ainda que não devem ser separados os membros da mesma família extensa e, na medida do possível, tampouco devem ser separadas as comunidades, a fim de se manter a sua coerência e suas redes sociais. É também importante assegurar que as minorias e os povos indígenas gozem de seus direitos coletivos à identidade, ao idioma, à cultura e à religião.

32. Dentre os muito informes produzidos pela relatoria especial sobre moradia adequada, deve ser referido, pela sua atualidade, aquele apresentado no 43º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas pela então relatora Leilani Farha²³. A Diretriz nº 6 tem o título: “Proibir os despejos forçados e impedir os despejos sempre que seja possível” e consigna:

Para que um despejo cumpra com o direito internacional dos direitos humanos, deve satisfazer uma série de critérios, entre os quais se incluem a colaboração substantiva com os afetados, a exploração de todas as alternativas viáveis, a realocação em uma moradia adequada aceita pelas pessoas afetadas para que ninguém fique sem lar, o acesso à justiça para garantir a equidade processual e o cumprimento de todos os direitos humanos. Quando não se cumprem esses critérios, considera-se

²³ Human Rights Committee. Forty-third session (24 February-20 March 2020). *Guidelines for the Implementation of the Right to Adequate Housing*. A/HRC/43/43

que os despejos foram forçados e constituem uma violação do direito à moradia²⁴

33. Em relação às leis nacionais que regulam os despejos, a Diretriz indica que elas devem cumprir as normas de direitos humanos, incluídos o princípio de respeito à dignidade humana e os princípios gerais de razoabilidade, proporcionalidade e devidas garantias processuais, com aplicação a todas as pessoas, sejam as que vivem em acampamentos, sejam as que estejam sem lar. O acesso à justiça deve ser garantido durante todo o processo, e não só quando o despejo seja iminente.

34. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sentenças importantes sobre direito à moradia e proibição de despejos forçados²⁵, mas o precedente que merece destaque é relativo ao direito de acesso à justiça²⁶ (artigos 8 e 25, Convenção Americana de Direitos Humanos), onde se enfatiza que a existência de uma medida judicial efetiva contra atos violadores de direitos fundamentais pressupõe que dê resultados ou respostas às violações de direitos contemplados seja na Convenção, seja na Constituição, seja em leis.

IV – A interpretação conforme à Constituição dos artigos 554, 557, parágrafo único, 561, 562, 563 e 565, todos do CPC

35. A essa altura, parece suficientemente claro que o Judiciário brasileiro não só é indiferente aos conflitos coletivos em meio rural e urbano, mas também um agente importante na manutenção das abissais desigualdades que atravessam a sociedade brasileira.

36. As pesquisas trazidas a exame evidenciam que nem um único parâmetro apontado pela jurisprudência internacional como necessário para descaracterizar a figura dos “despejos forçados” é observado nas decisões judiciais: como regra, as pessoas e os grupos não são ouvidos e sequer têm informações do objeto do processo; não se busca providenciar o acesso à justiça do coletivo, com a simples providência de intimação da Defensoria Pública; o fundamento das decisões, em grande parte dos casos, sequer é identificado e, quando o é, revela o pouco conhecimento judicial sobre as demais categorias de posse, como a agrária, a indígena, a quilombola, a popular, entre outras, e a persistência de uma concepção exclusivamente civilista do Direito, sem recurso algum a temas de direitos humanos e direitos fundamentais; não há preocupação em identificar as particularidades do coletivo, tais como idade, raça, etnia, gênero, incapacidade, de modo a enfrentá-las adequadamente por ocasião dos despejos; os despejos, no Brasil, resultam em multidões de pessoas sem terra e sem teto, com crianças perdendo o calendário

²⁴ Tradução livre

²⁵ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n° 148; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n° 252.

²⁶ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C n° 198.

escolar e idosos sem qualquer tipo de assistência à saúde.

37. A pesquisa Insuper/Pólis/CNJ²⁷ é um desalento para todas as pessoas que depositaram expectativas em relação à disciplina inaugurada pelo CPC de 2015 sobre o processo coletivo nas ações possessórias. A citação por edital é a forma simples e rápida de invisibilizar o polo passivo da ação, seja coletivamente, seja individualmente. Desse modo, o acesso à justiça passa a ser um privilégio exclusivo de quem tem um título de propriedade, propriedade essa que sequer é indagada quanto à sua função social.

38. As decisões proferidas na ADPF 828, suspendendo desocupações, despejos e reintegrações de posse no período da pandemia da covid-19, revelam muito desse cenário de indiferença judicial aos dramas individuais e coletivos que emergem no contexto de um conflito possessório. A Campanha Despejo Zero, partindo apenas das reclamações que chegaram ao Supremo Tribunal Federal por descumprimento da decisão liminar do Ministro Luís Roberto Barroso e das suas respectivas prorrogações, revelou o número de 14.600 pessoas momentaneamente livres de ordens de despejo²⁸. O Insuper também elaborou uma nota técnica sobre essas reclamações²⁹: até 30 de novembro de 2021, havia 66 decisões monocráticas com base na ADPF 828, referentes a 59 reclamações, protegendo 19.923 pessoas de despejos, remoções e reintegrações de posse. Significa que, mesmo em face de decisão do Supremo Tribunal Federal e de uma pandemia onde a principal recomendação sanitária era o recolhimento em casa, juízes continuaram mandando pessoas para as ruas.

39. A Suprema Corte pode solucionar em grande parte essa gravíssima violação de direitos humanos se, à vista da realidade empírica, der interpretação conforme à Constituição dos dispositivos que disciplinam o processo possessório coletivo no Código de Processo Civil de 2015.

(a) função social da propriedade

40. O Código de Processo Civil de 2015, ao regular as ações possessórias coletivas em seus artigos 554 a 568, não faz menção à função social da propriedade. Concorde-se que, em princípio, é razoável a omissão, uma vez que nos conflitos possessórios a alegação de propriedade não deveria ter qualquer peso. É o que dispõe, inclusive, o parágrafo único do art. 557 do CPC/15³⁰.

41. No entanto, todas as pesquisas demonstram que: (i) em índices que superam 70%, o fundamento da decisão é a matrícula do imóvel no registro civil; (ii) a questão subjacente à maioria dos conflitos é exatamente a função

²⁷ Relatório-Final-INSPER PDF

²⁸ <https://www.campanhadespejzero.org/>

²⁹ https://www.researchgate.net/publication/356696223_Nota_Tecnica_Acao_de_Descumprimento_de_Preceito_Fundamental_n_828

³⁰ Art. 557 (...)

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

social da propriedade.

42. O conceito de “propriedade” está longe de ser unívoco, sujeitando-se a contextos histórico-legais e sociopolíticos. Costuma-se atribuir a Locke o desenvolvimento da ideia do “direito natural à propriedade”³¹. O Estado, de acordo com essa visão, foi fundado primariamente para ratificar e proteger os direitos territoriais adquiridos pela lei natural. Na Europa, o direito natural à propriedade foi codificado no artigo 17 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e depois incorporado no Código Napoleônico de 1804, sempre com a ideia de ser um direito inviolável e sagrado, do qual nenhuma pessoa podia ser privada, salvo no caso de necessidade pública, legalmente investigada, claramente requerida e mediante o pagamento de prévia e justa compensação.

43. No final do século XIX e início do século XX, começam a surgir reações ao conceito absoluto de propriedade inscrito nesses documentos, exatamente pelas iniquidades dele decorrentes. Léon Duguit, apoiando-se no pensamento de Augusto Comte, segundo o qual as pessoas em sociedade só têm deveres umas para com as outras, introduz a noção de “função social da propriedade”. Na compreensão de Duguit, não há um direito subjetivo à propriedade que nasce ilimitado e, posteriormente pode ser modelado por uma função social, que operaria como limite externo a ele. Ao contrário, o direito de propriedade já nasce conformado pelo atributo de sua função social.

44. No Brasil, a função social da propriedade está prevista de forma expressa em textos constitucionais desde 1967 (art. 157, III³²), e a Constituição de 1934 já condicionava de alguma forma aquele direito a um interesse social ou coletivo³³. Em 1942, ao analisar a constitucionalidade do até hoje vigente Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que regula o instituto do tombamento, o STF já considerava legítima a redefinição do conteúdo do direito de propriedade³⁴. Em seu voto, o Ministro Relator Castro Nunes destacou que o direito de propriedade tem o

³¹ O esboço histórico objeto desse capítulo foi colhido em artigo: Tierra y Libertad: The Social Function Doctrine and Land Reform in Latin America .<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1287&context=facultypub>

³² “Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

³³ “Art. 113 (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”. A Constituição de 1937 previu que o conteúdo da propriedade seria delimitado pela lei, porém o dispositivo (art. 122, 14) foi suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional. A Constituição de 1946, por sua vez, estipulou, em seu art. 147: “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação 7.377. Rel. Min Castro Nunes. Julgada em 17.06.1942. RDA v. 2, n. 1, 1945, p. 109. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8121/6938>> Acesso em 11 nov. 2017.

conteúdo delimitado na lei: “[e]stão nas tendências contemporâneas refletidas nas legislações de todos os povos restrições extensas, desconhecidas da concepção clássica do direito de propriedade, com base no Código Civil Francês, restrições que o espírito jurídico vai consentindo e que, como observa Brugi, vão crescendo de dia para dia por efeito de uma maior valorização do interesse público”.

45. Em 30 de novembro de 1964, é promulgada a Lei 4.504, o Estatuto da Terra, que agrega a função social ao conceito de propriedade. Confirma-se a literalidade do texto:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

46. A Constituição de 1988, como Constituição social que é, além de seguir a linha das suas predecessoras, vai cobrar intervenção do Estado para garantir a função social da propriedade na perspectiva dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Dessa forma, passa a alcançar também o meio urbano.

47. A função social da propriedade rural, nos termos do art. 186 da CF, é cumprida quando se atendem, simultaneamente, os seguintes critérios: (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 trabalhadores. E, em seu art. 184, a Constituição determina que o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social seja desapropriado para fins de reforma agrária.

48. Já em meio urbano, além da menção, no *caput* do art. 182 da CF, de que a política de desenvolvimento urbano “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, o § 2º do mesmo dispositivo estatui que “[a] propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ainda, no § 4º seguinte, faculta ao poder público municipal exigir “do proprietário do solo urbano não edificado subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (i) parcelamento ou edificação compulsórios; (ii) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; (iii) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

49. Por outro lado, a despeito da localização topográfica do direito de propriedade no título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* da Constituição, mesmo com a sua conformação atual de observância à função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII), há muita controvérsia sobre se tratar de um direito fundamental, concorrente com os demais. Ferrajoli³⁵ aponta diferenças estruturais entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais.

50. A primeira diferença consistiria no fato de que os direitos fundamentais – nos quais se inclui tanto os direitos à liberdade, à identidade e à vida, como o direito a adquirir e dispor dos bens objeto de propriedade – são direitos universais (*omnium*), no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que são seus titulares; já os direitos patrimoniais são direitos singulares (*singuli*), no sentido, também lógico, de que para um deles existe um titular determinado, com exclusão de todos os demais. Assim, os primeiros são reconhecidos a seus titulares em igual forma e medida, enquanto os segundos pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela qualidade quanto pela quantidade.

51. A segunda diferença é que os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimos. Ao contrário, os direitos patrimoniais são disponíveis por natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam; aqueles permanecem invariáveis. Não é possível, juridicamente, ser mais livre, mais eu, ter direito a mais vida. No entanto, a ordem jurídica consente em que alguém seja mais rico.

52. A terceira diferença está em que os direitos patrimoniais, exatamente porque disponíveis, estão sujeitos a eventualidades, i.e., destinados a ser constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos. Já os direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei. Assim, enquanto os direitos fundamentais são normas, os direitos patrimoniais são predispostos por normas. Aqueles decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional, enquanto estes dependem da intermediação de um ato (a aquisição da propriedade, por exemplo, depende de registro imobiliário).

53. De modo que esses direitos, a par de não serem equivalentes, têm, entre si, relação óbvia de hierarquia, homologada pelo próprio texto constitucional.

54. O que constituições de países capitalistas inscrevem como direito fundamental é o direito de todos a serem proprietários. Nesse sentido, não há como se recusar o caráter universal e indisponível de tal direito. Diferentemente, contudo, é o direito de propriedade em si, que, por sua própria natureza, não pode ser concebido, logicamente, como fundamental e, portanto, universal.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001

55. Também no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o direito de propriedade não se encontra reconhecido nem no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nem no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

56. E, a despeito de previsto no artigo 21 da Convenção Americana, junto com a sua função social, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos publicou texto³⁶, onde consigna:

Sem pretender negar sua importância ou sua função na estrutura da sociedade, a propriedade é um direito que, assim como muitos outros direitos, não corresponde à essência dos direitos humanos, enquanto direitos inerentes à pessoa como tal, que não dependem de um título de propriedade e que não podem ser renunciados e alienados, como pode ser a propriedade; este é um direito que não tem que ver com a dignidade intrínseca do ser humano, com o qual nem todos nascemos e que é desconhecido por milhões de despossuídos. Se trata de um direito que não deriva da condição de ser humano, sim do fato de ter ou possuir determinados bens, cuja incorporação em um catálogo de direitos humanos tende a trivializar a importância e a hierarquia desses direitos.

57. A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o Parecer Consultivo OC-22, sobre a impossibilidade de acesso de pessoas jurídicas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos³⁷, deixando claro que a atuação da Corte em defesa do direito à propriedade só seria justificada à vista da figura do “mínimo existencial”, ou seja, sempre que restrições a este direito comprometessem necessidades básicas indispensáveis à manutenção da existência digna.

58. Considerando toda essa disciplina, não é possível afastar das ações possessórias que envolvam conflitos coletivos a análise da função social da propriedade antes de proferida qualquer decisão liminar. Desse modo, numa interpretação conforme à Constituição, o art. 561 do CPC deve incluir um outro requisito, além dos quatro já previstos, que incumbe ao autor provar: a função social da propriedade. Também o parágrafo único do art. 557, transcrito na nota de rodapé nº 30, deve ser interpretado com a ressalva da função social da propriedade de modo a garantir direitos fundamentais, em especial o direito à moradia (art. 6º, *caput*, CF) e o direito à reforma agrária (art. 184, CF).

(b) acesso à justiça e contraditório

b.1) Os artigos 562, 563 e 564 do CPC/15

59. Os dispositivos acima enunciados têm a seguinte redação:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

³⁶ https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.interno/BD_125911109/SI_proteccion_ddhh_3e.pdf

³⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_caldas_22_esp.docx

Parágrafo único [...]

Art. 563. Considerada suficiente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

Art. 564. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação que deferir ou não a medida liminar.

60. Em interpretação conforme à Constituição, os artigos 562, 563 e 564 não podem ser aplicados às ações possessórias que envolvam conflitos coletivos, em especial aqueles que contam com grupos e pessoas vulnerabilizadas.

61. Como largamente exposto em momento anterior, as remoções, os despejos e as reintegrações de posse que afetam esses segmentos estão associados a um quadro anterior de precariedade e são em si ilegítimos se não asseguram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com assistência jurídica integral sempre que necessário (art. 5º, incisos LIV, LV, LXXIV, CF).

62. Uma das maiores violações de direitos humanos, nesse contexto, é exatamente o silenciamento do polo passivo da relação processual. Marinoni e Mitidiero³⁸ observam:

Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com esta nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão-somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.

Consequência desta nova impostação da matéria é que a dinâmica do processo é alterada significativamente. Por força desta nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em que todas as decisões do juízo se apoiem tão-somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes.

63. As pesquisas citadas ao longo dessa consultoria evidenciam que o problema central identificado nas ações possessórias pertinentes a conflitos coletivos, e não superado com o advento do CPC/15, é a concessão de liminares sem a oitiva dos réus, implicando decisões com escasso conhecimento do conflito e da coletividade que se situa no polo passivo da relação processual.

64. Decisões amadurecidas pelo embate de ideias permitem não apenas soluções mais justas, mas são um imperativo de “democratização do processo” e um reforço na confiança do cidadão comum no Poder Judiciário³⁹. Assim

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Direito de Ação, Contraditório e Motivação das Decisões Judiciais. *In Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Coord: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 560

³⁹ *Id.*, p. 561

também o compreende o próprio Supremo Tribunal Federal, como ficou exposto no voto do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança nº 25.787-3/DF⁴⁰

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n 1, 1969. T. V, p.234*).

[...]

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehor* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã *BVerfGE* 70, 288-293; sobre o assunto, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*). (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).

65. Tendo em conta o ônus excessivo suportado pelos réus nas ações possessórias coletivas, especialmente segmentos mais vulnerabilizados, em face de liminares sem que sejam previamente ouvidos, e em observância ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, os artigos 562, 563 e 564 do CPC/2015 não se aplicam nessa hipótese.

b.2) o artigo 554 do CPC/15

⁴⁰ MS 25.787-3 Distrito Federal, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ 14/9/2007, Ementário nº 2289-2

66. O dispositivo está assim redigido:

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados. §1º - No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§2º - Para fim de citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§3º - O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

67. Considerando que os conflitos possessórios coletivos envolvem, em praticamente todos os casos, grupos e indivíduos hipossuficientes em termos econômicos, a primeira providência a ser adotada quando da propositura da ação é a intimação da Defensoria Pública, para que possa acompanhar, desde o início, a citação dos réus. Se não for caso de hipossuficiência econômica, a Defensoria Pública assim o informará de forma fundamentada.

68. A segunda medida é a prevista no § 3º do art. 554, de modo a permitir que a coletividade que está no polo passivo tenha ciência da ação antes de sua citação e, desse modo, possa organizar os indivíduos e viabilizar a citação pessoal de todos eles. Como apontado na pesquisa Insper/Pólis/CNJ, grupos e coletivos têm dificuldades adicionais para gerar conhecimento sobre si próprio e tornar-se inteligível para os demais. Desse modo, a ampla publicidade sobre a propositura da ação pode ser um elemento catalisador para que o polo passivo da relação processual se apresente de modo mais adequado.

69. A terceira providência, antes da citação pessoal dos réus, é o envio de oficial de justiça, acompanhado da Defensoria Pública, para fazer levantamento das pessoas que integram o coletivo, identificando-as da melhor maneira possível e anunciando dia e hora em que se dará a citação pessoal. Só depois dessa medida é que se adotará a forma prevista no § 2º do art. 554.

70. Trata-se aqui, reitera-se, de um imperativo de acesso à justiça com paridade mínima de armas. Todas essas providências devem estar documentadas e constar de forma detalhada no relatório e na fundamentação da sentença.

b.3) o artigo 565 do CPC/15

71. Está assim enunciado no dispositivo:

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão

de liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º - Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º e 4º deste artigo.

§ 2º - O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º - O juiz poderá comparecer à área do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º - Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º - Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade do imóvel.

72. Há aqui duas providências que, se somadas às medidas para assegurar, com a máxima eficácia possível, a citação pessoal dos ocupantes e à proibição de concessão de liminar sem sua oitiva, têm a potencialidade de tornar esse litígio coletivo um pouco mais justo: a mediação e a inspeção judicial.

73. No entanto, uma ressalva precisa ser feita. É que o dispositivo reserva ambas as medidas para a chamada “posse velha”, ou seja, aquela que data de mais de ano e dia. Esta é uma categoria do Direito Civil que não dá conta das muitas implicações que uma ocupação tem no plano do direito constitucional, como é o caso da função social da propriedade, do direito à moradia, do direito às terras tradicionalmente ocupadas e do direito à reforma agrária, dentre outros.

74. Tanto a mediação como a inspeção judicial permitem solução do litígio mais compatível com o regime dos direitos fundamentais e possibilitam ao juiz uma aferição, mesmo que inicial e ligeira, sobre a função social da propriedade. Por isso, devem ser pensadas como regra em todos os casos, independentemente do tempo do esbulho e da turbacão, e as exceções a ela, devidamente fundamentadas na sentença. Também deve ser regra a intimação dos órgãos responsáveis pelas políticas agrária e urbana dos entes federados competentes, ou para garantir a função social da propriedade, ou para garantir às pessoas despejadas ou removidas algum tipo de moradia digna, ainda que provisória.

75. A interpretação conforme à Constituição ora proposta, dos dispositivos do CPC/2015 sobre conflitos possessórios coletivos, sequer gera para o autor um ônus severo. Trata-se apenas de assegurar que ambas as partes estejam em uma relação minimamente simétrica, o que é papel fundamental do Poder Judiciário. E para isso, é preciso dar voz e cara ao polo passivo dessa relação. Como observa Geertz⁴¹, “as formas do saber são sempre e inevitavelmente locais, inseparáveis de seus instrumentos e de seus invólucros”. Ou seja, há muitos mundos e se há pretensão de examinar um destes tem que ser a partir dos que nele habitam e que dele falam. Geertz ainda chama a atenção para o fato de que “[a]ssim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também

⁴¹ GEERTZ, Clifford. “O Saber Local – Novos ensaios em antropologia interpretativa”, 11ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009, p. 11

são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local”⁴².

V – O ARTIGO 1228, § 4º, do CÓDIGO CIVIL

76. Esse dispositivo conta com a seguinte redação: “[o] proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”. A seguir, no § 5º, está estabelecido que o juiz deve fixar o valor da indenização devida ao proprietário e, uma vez pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

77. A despeito da importância dessa disciplina no sentido de justiça social, são quase desconhecidas as iniciativas judiciais de implementá-la, tanto que a pesquisa promovida pelo Insper/Pólis/CNJ sequer faz referência ao tema.

78. Desse modo, é imperativo que, nos conflitos possessórios em que haja posse coletiva por prazo superior a cinco anos, o juiz leve em consideração o § 4º do art. 1228 do Código Civil e fundamente a sentença no particular, seja negando ou promovendo a desapropriação judicial.

VI – CONCLUSÕES

79. As conclusões a que chega essa consultoria são tímidas se confrontadas com a Resolução nº 10, de 17 de outubro de 2018, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, que “dispõe sobre soluções garantidoras de direitos humanos e medidas preventivas em situações de conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais”. Aqui, sim, se conferiu total atenção aos parâmetros internacionais de direitos humanos no que diz respeito ao tema “despejos forçados”.

80. O propósito perseguido foi apenas dar à disciplina legal da matéria, em si ainda insuficiente, uma interpretação mais condizente com a Constituição Federal e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário. Convém apontar que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil têm status normativo supralegal⁴³.

⁴² *Id, ib.,*p, 249

⁴³ RE 349.703, Tribunal Pleno, relator Min. Carlos Britto, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento: 3/12/2008, publicação: 5/6/2009; ADI 5240, Tribunal Pleno, relator Min Luiz Fux, julgamento: 20/8/2015, publicação: 1/2/2016

81. Desse modo e resumidamente, os artigos 554, 557, parágrafo único, 561, 562, 563 e 565, todos do CPC, em interpretação conforme à Constituição, não podem permitir que, nos conflitos possessórios coletivos, haja concessão de liminar sem que, previamente: (i) seja analisada a função social da propriedade em todos os seus atributos, devendo o juiz requisitar aos órgãos competentes as informações fiscais, previdenciárias, ambientais, fundiárias e trabalhistas referentes ao imóvel; (ii) se assegure aos réus acesso à justiça e ao contraditório, mediante intimação inicial da Defensoria Pública, ampla publicidade da ação, levantamento dos ocupantes do imóvel, identificando-os de modo a permitir a sua citação pessoal e informando-os sobre dia e hora de realização do ato; (iii) inspeção judicial na área ocupada; e (iv) audiência de mediação, em que se façam também presentes os órgãos responsáveis pelas políticas urbana e agrária, de modo a facilitar ou a conclusão sobre a função social da propriedade, ou o alcance de solução condizente com a garantia aos réus de moradia adequada, ainda que em caráter provisório. Todos esses aspectos devem estar circunstanciados e fundamentados em eventual decisão liminar e na sentença.

82. Da mesma forma, o art. 1228, § 4º, do Código Civil, deve ser enfrentado pelo juiz nas ocupações coletivas com prazo superior a cinco anos, fundamentando a sua incidência ou a respectiva recusa no caso concreto.

83. O Supremo Tribunal Federal, volta-se a insistir, está diante de um problema sistêmico no Judiciário brasileiro, relativo aos conflitos possessórios coletivos, e tem possibilidade de enfrentá-lo minimamente, não só de maneira transitiva, mas sim definitiva, até que venha lei mais atenta ao sofrimento dos muitos e variados excluídos que lutam por justiça.

Brasília, 6 de junho de 2022.

Deborah Duprat
OAB-DF 65.698

