

A TUTELA DA POSSE NA CONSTITUIÇÃO E NO NOVO CÓDIGO CIVIL = THE TENURIAL PROTECTION IN SIDE THE CONSTITUTION AND IN THE NEW CIVIL CODE

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Resumo: Neste artigo o pressuposto da análise reporta-se à assertiva de que a posse e a propriedade são instituições autônomas, tuteladas por princípios constitucionais distintos. Face à isto, o argumento principal assim se circunscreve: quando o princípio da propriedade e o da função social da propriedade, amparados por normas infraconstitucionais, aparecem circunstancialmente tencionados, deve-se procurar criar uma solução harmonizadora que resulte em concordância prática, com vistas à salvaguarda das disposições normativas constitucionais.

Palavras-chave: Posse. Conflitos possessórios. Constituição. Novo Código Civil.

Abstract: In this article the analysis turns to the positive statement that the tenure and the propriety are independent institutions, protected by the separate constitutional commencements. Due to that, the principal argument begins when the propriety principle and the social function of propriety, becomes into conflict, then we must have to creat a solution that results in a pratical agreement.

Key Words: Tenure. Tenurial Contest. Constitution. New Civil Code.

Introdução

Discorrer sobre a tutela da posse no atual sistema jurídico brasileiro pressupõe superar a noção, ainda corrente, de que ela representa, simplesmente, a exteriorização do direito de propriedade. É sabido que o instituto da propriedade, fruto de construção jurídica de

muitos séculos, teve seu caráter de inviolabilidade absoluta associado à influência de idéias fundadas no individualismo. Recebeu, mais modernamente, uma configuração relativizadora, inspirada sobretudo pelo princípio da *função social da propriedade*, do qual decorre um conjunto de limitações ao exercício daquele direito. Porém, tal princípio não está, de forma alguma, confinado a mero apêndice do direito de propriedade, a simples elemento configurador de seu conteúdo. É muito mais do que isso. Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à *utilização* dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades, são fenômenos da realidade. Direito - e, portanto, direito da propriedade - é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, *função social das propriedades*¹), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.

Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função "é mais evidente na posse e muito menos na

¹ Sobre o moderno conceito de propriedade como instituto plural ou como "pluralidade de institutos":

Pietro Perlingieri, *Introduzione alla problemática della "propriedade"*, Napole, Jovene Editore, Università degli Studi de Camerino, s.d., e Paolo Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un Análisis Histórico*, trad. De Angel M. Lopes y Lopes, Madrid. Civitas, 1992.

propriedade", observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social da *posse*.² A relação de pertinência entre posse e função social permeia-se, como se verá, no atual regime da Constituição e está evidente também na orientação adotada no novo Código Civil. Nesse Código, conforme o testemunho qualificado do presidente da comissão que elaborou o projeto, Miguel Reale: "foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade"³. Resulta assim plenamente justificada a tutela jurídica da posse como instituto autônomo, a merecer, independentemente de sua relação com o direito de propriedade, um trato especial, apropriado à sua vocação natural de instrumento concretizador daquele importante princípio constitucional.

Fenômenos jurídicos autônomos, posse e propriedade convivem, de um modo geral, harmonicamente, em relação de mútua complementaridade, refletindo, cada um deles, princípios constitucionais não excludentes, mas, ao contrário, também complementares reciprocamente. Direito de propriedade e função social das propriedades são, com efeito, valores encartados na Constituição como direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII) e como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), com força normativa de mesmo quilate e hierarquia. Vistos em sua configuração abstrata, representam mandamentos sem qualquer antinomia, a merecer, ambos, idêntica e plena observância. Entretanto, não há princípios constitucionais absolutos. E uma das manifestações mais comuns desta verdade fica patenteada nas situações em que, por circunstâncias de caso concreto, se mostra impossível dar atendimento pleno a dois princípios de mesma hierarquia. Nem sempre, por exemplo, o princípio da liberdade de informação pode ser atendido plenamente sem limitar o da privacidade, e vice-versa. Nem sempre o princípio da presunção da inocência pode conviver com o da

² Luiz Edson Fachin, *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 19.

³ Miguel Reale, *O Projeto do Novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 8.

segurança pública. Nem sempre o princípio da efetividade da jurisdição pode ser assegurado plenamente sem restrição ao da ampla defesa. Ora, nos casos em que, circunstancialmente, a realidade dos fatos acarretar fenômenos de colisão entre princípios da mesma hierarquia, outra alternativa não existe senão a de criar solução que resulte em concordância prática entre eles, o que somente será possível a partir de uma visão relativizadora dos princípios colidentes. Ou seja: a solução do caso concreto importará, de alguma forma e em alguma medida, limitação de um ou de ambos em prol de um resultado específico. Daí porque se afirma que os princípios têm força normativa, mas não absoluta. São, na verdade:

(...) mandados de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada do seu cumprimento depende não só das possibilidades práticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Sendo certo que "o campo das possibilidades jurídicas está determinado pelos princípios e regras que operam em sentido contrário"⁴.

Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. Não obstante sua inegável relação de complementaridade, vistos no plano normativo, sua natural aptidão para a convivência harmônica, pode ocorrer que, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro, ou vice-versa. É o que ocorre, por exemplo, quando, em relação a determinado bem, o detentor da titulação jurídica é omissos no desempenho da função social, a qual, todavia, vem sendo exercida por longo tempo e em sua plenitude por outrem, possuidor não-proprietário. Em tais casos, atender pura e simplesmente a eventual reivindicação do bem pelo proprietário representará, certamente, garantir seu direito de propriedade, mas

⁴ Robert Alexy, *Derecho y Razon Práctica*, trad. Manuel Atienza, México, DF, Distribuciones Fontanara, 1993, p. 14.

significará também, sem sombra de dúvida, comprometer a força normativa do princípio da função social. Já a solução contrária aos interesses do reivindicante operará em sentido inverso: atenderá a função social, mas limitará a força normativa do princípio norteador do direito de propriedade.

Para situações concretas dessa natureza, o legislador, como se verá, tem buscado soluções harmonizadoras, formulando regras de superação do impasse que, sem eliminar do mundo jurídico nenhum dos princípios colidentes, fazem prevalecer aquele que, segundo o critério de política legislativa, se evidencia preponderante em face do momento histórico e dos valores jurídicos e sociais envolvidos. As normas disciplinadoras das várias formas de usucapião representam exemplos paradigmáticos de mecanismos de solução de conflitos da espécie. Todavia, a lei, criada para atuar no futuro, nem sempre consegue intuir os múltiplos fenômenos de colisão de princípios, até porque a vida é dinâmica, apresentando a cada dia novidades que o legislador, que atuou no passado, não imaginava pudessem surgir. Ora, nesses casos, em que há falta ou insuficiência de regra legal de harmonização de princípios colidentes, cumpre ao juiz, ele próprio, criar a norma apta para eliminar o conflito. A chamada desapropriação indireta constitui, conforme se demonstrará, fórmula tipicamente pretoriana de resolver o fenômeno concreto de colisão entre o princípio garantidor do direito de propriedade e o que impõe às propriedades uma destinação compatível com a função social.

A luz dessas premissas fundamentais, melhor se compreenderá (a) a dimensão constitucional da tutela da posse e (b) a legitimidade dos novos institutos a ela relacionados, constantes do Código Civil, temas da primeira parte destas considerações. São premissas que, ademais, fornecem base sólida para compreender e legitimar soluções pretorianas de antigos e novos conflitos possessórios, temas que serão enfrentados na segunda parte.

1. A tutela da posse na Constituição e no Código Civil

1.1. Posse na Constituição:

a) Autonomia pela funcionalidade:

A Constituição Federal, que estabelece enfaticamente ser "garantido o direito de propriedade" (art. 5º, XXII), não tem dispositivo semelhante em relação à posse. A disciplina da posse e a correspondente tutela jurídica, dá-se implícita e indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades. Com efeito, já se afirmou que tal princípio diz respeito à utilização dos bens e, como tal, refere-se a comportamentos das pessoas - proprietários ou não proprietários - que detém o poder fático, a efetiva disposição dos bens, assim considerados no seu mais amplo sentido. Ou seja: é princípio que se dirige ao possuidor, independentemente do título da sua posse.

Sob tal ponto de vista, é possível detectar no ordenamento constitucional diversas maneiras de tratamento do tema: tutela da posse que importa limitação ao direito de propriedade, tutela da posse paralelamente ao direito de propriedade e, finalmente, tutela da posse como modo de aquisição do direito de propriedade. Veja-se, por exemplo, a disciplina do meio ambiente, estabelecida no artigo 225. Definido como direito de todos, *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida* o meio ambiente é tutelado pela Constituição mediante regras destinadas a *preservá-lo para as presentes e futuras gerações*, que são impostas como deveres do Poder Público e da coletividade. Portanto, são limitações, não ao direito de propriedade, mas à utilização das propriedades, e têm como destinatários todos os possíveis usuários dos recursos ambientais, vale dizer, todos os que estejam, de alguma forma, habilitados a utilizá-los, a *possuí-los*, independentemente da sua condição de proprietário. No seu parágrafo 4º, o dispositivo constitucional trata especificamente da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do

Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira, definidos como patrimônio nacional, cuja utilização deve ocorrer dentro de condições que assegurem a preservação ambiental. Não é despiciendo insistir, inclusive pelas repercussões práticas que daí advém, que se trata ali de forma especial de disciplina do uso do bem, da posse em sentido lato, e não do direito de propriedade, dessas extensas áreas do território nacional. As conseqüências práticas dessa distinção são percebidas, por exemplo, nas inúmeras questões judiciais, relativas ao Parque Estadual da Serra do Mar, no Estado de São Paulo, envolvendo o Poder Público e os proprietários, estes reclamando indenizações milionárias, por suposta *desapropriação indireta* em face das limitações visando a preservação da área⁵.

Significativa, também, a disciplina constitucional dada às terras ocupadas pelos povos indígenas, cuja propriedade é da União (CF, art. 20, XI): "As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes" (art. 226, § 4º), sendo vedada a sua remoção daqueles locais, "salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe que ponha em risco a sua população, ou no interesse da soberania do País, após a deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco" (§ 5º). É modo especialíssimo de tutela da posse em favor de não-proprietário, e paralelamente ao direito de propriedade, com a finalidade de atingir a peculiar função social por ela desenvolvida, já que se trata de condição indispensável para preservar e assegurar aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, compromisso decorrente do artigo 226 da Constituição.

b) Casos de proteção específica

⁵ Sobre o tema: Manoel de Queiroz Pereira Calças, "Desapropriação indireta e o Parque Estadual da Serra do Mar", Revista de Direito Ambiental, n. 6, p. 62.

Além da tutela da posse com a finalidade de concretizar objetivos expressamente enunciados, como nos exemplos acima, a Constituição estabeleceu duas hipóteses específicas de tutela do possuidor em face do proprietário, viabilizando, por meio dela, aquisição do direito de propriedade. São formas especiais de usucapião. Num primeiro caso, a posse é tutelada para valorizar a função social representada pelo trabalho rural e pela moradia do pequeno agricultor. É a usucapião pró-labore, prevista no artigo 191:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Com semelhante finalidade, agora para fazer preponderar, contra o direito de propriedade, o princípio da função social representado pela posse do bem utilizado como moradia de pessoa carente, é a espécie de usucapião de que trata o artigo 183:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Evidencia-se, do exposto, que a tutela constitucional da posse opera-se pela funcionalidade, vale dizer, em vista da obtenção de objetivos especiais, enunciados de forma expressa ou compreendidos, genericamente, no princípio da função social das propriedades. Este mesmo desiderato está presente no Projeto do novo Código Civil, como adiante se verá.

1.2. Posse no Código Civil:

a) Posse simples:

As regras sobre posse atualmente encartadas no Código Civil de 1916 foram reproduzidas, sem maiores alterações de conteúdo, pelo novo Código, de 2002. Manteve-se inclusive a estrutura do respectivo Livro (III), referente ao Direito das Coisas, que, em ambos é a seguinte: "Título I - Da posse; Capítulo I - Da posse e sua classificação; Capítulo II - Da aquisição da posse; Capítulo III - Dos efeitos da posse; Capítulo IV - Da perda da posse". O atual artigo 485, básico para a definição do instituto, tem correspondência no artigo 1.196, nos seguintes termos: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio". Segundo a exposição de motivos da Comissão que elaborou o anteprojeto, a manutenção das principais regras que regulam a posse como simples poder manifestado sobre uma coisa (a que se pode denominar *posse simples*, em contraposição à posse qualificada de que adiante se tratará), representa *demonstração cabal da objetividade crítica*, que assim buscou "salvaguardar o cabedal da valiosa construção doutrinária e jurisprudencial resultante de mais de meio século de aplicação"⁶.

b) Posse qualificada:

Porém, sem comprometimento dos ganhos doutrinários e jurisprudenciais enunciados, o Código Civil traz avanços importantes, a começar pela nova configuração do instituto da usucapião. Assim, no que se refere à usucapião extraordinária (fundada em posse independentemente de justo título e boa-fé), reduz-se o prazo de vinte (CC/1916,550) para quinze anos (art. 1.238), em se tratando de posse simples; e reduz-se mais ainda, para dez anos, "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizar obras ou serviços de caráter produtivo" (parágrafo único). E, no que diz respeito à usucapião ordinária (posse com justo título e boa fé), cujo prazo exigido era de quinze anos entre ausentes e dez entre presentes (CC/1916, art.

⁶ Diário do Congresso Nacional de 13.06.75, Seção I, Suplemento B, p. 120.

551), o Código atual o fixa em dez anos (art. 1.242), se de posse simples se tratar, reduzindo-o para cinco:

Se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem a sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico (parágrafo único).

Já aí se percebe a notável tutela que se passa a dar à chamada *posse qualificada*, marcada por um elemento fático caracterizador da função social: é a posse exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos. Surge, assim, um novo conceito de posse, decorrente do que Miguel Reale denominou *princípio da socialidade*, distinta da que decorre dos "critérios formalistas da tradição romanista, a qual não distingue a posse simples, ou improdutiva, da posse acompanhada de obras e serviços realizados nos bens possuídos"⁷.

E essa mesma posse qualificada que fundamenta as espécies de usucapião, agora incorporadas no Código Civil, de que tratam os artigos 191 e 183 da Constituição Federal, a saber: a usucapião de imóvel rural fundada em posse qualificada pelo trabalho e pela habitação (art. 1.239) e a usucapião de imóvel urbano fundada em posse qualificada pela habitação (art. 1.240).

c) O § 4º do artigo 1.228 do Código Civil

Considerado o ponto alto do novo Código Civil, no que se refere à tutela da posse, é o instituto da chamada *desapropriação judicial*. Segundo dispõe o § 4º, do artigo 1.228,

(...) o proprietário pode também 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 houverem nela realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços

⁷ Miguel Reale, O Projeto do Novo Código Civil, cit., p. 33.

considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

E diz o § 5º:

No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.

Para Miguel Reale, é

(...) inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo *posse-trabalho* (...). Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, 'como se' fora atividade do proprietário, com a 'posse qualificada', enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de 'posse-trabalho' justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição. Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do direito, uma via nova de desapropriação, que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada⁸.

Segundo resulta do dispositivo transcrito, são os seguintes os requisitos mais importantes do novel instituto: a) quanto ao bem: há de se tratar de imóvel consistente *de extensa área*, objeto de ação de reivindicação; b) quanto à posse: há de ser ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, qualificada pela realização de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante; c) quanto aos possuidores: devem ser em *considerável número*. A aquisição da propriedade pressupõe o pagamento de um preço, correspondente à justa

⁸ Miguel Reale, O Projeto do Novo Código Civil, cit., p. 82.

indenização fixada pelo juiz. Embora não seja expresso a respeito o dispositivo, não há dúvida de que tal pagamento deve ser feito pelos possuidores, réus na ação reivindicatória.

Dogmaticamente, o instituto desafiará a argúcia da doutrina e, sobretudo, dos juízes. Fundado em diversos conceitos abertos (*extensa área, considerável número de pessoas, obras e serviços de interesse econômico e social relevante, justa indenização*), haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto. Por outro lado, o conflito de interesses poderá surgir não apenas no âmbito de ações reivindicatórias, como suposto no dispositivo, mas também em interditos possessórios, não sendo plausível negar-se, nessas situações, a utilização, pelos possuidores demandados, das prerrogativas asseguradas pelo instrumento agora proposto. O que se quer, em suma, enfatizar, é que a interpretação teleológica do dispositivo haverá de presidir a sua aplicação, seja para preencher valorativamente os conceitos abertos, seja para acomodar sob seu pálio as possíveis variantes análogas que a realidade vier a apresentar no futuro.

A legitimidade constitucional do novo instituto foi objeto de questionamento ainda perante a Câmara dos Deputados e o Senado. Seus opositores sustentam haver nele inconstitucionalidade evidente, por ofensa ao direito de propriedade, que não pode ser comprometido a não ser pelas formas desapropriatórias que a Constituição prevê. Os pareceres emitidos na Câmara, pela constitucionalidade, tiveram por base o argumento de que se está diante de desapropriação por interesse social⁹. Bem se vê que as duas orientações, pró e contra, partem da suposição, influenciada certamente pela exposição de motivos, de que o instituto em causa é espécie de desapropriação. Ora, não se pode negar a fragilidade de tal afirmativa. A desapropriação é ato de natureza administrativa e, no caso, o ato do juiz é tipicamente jurisdicional: ele simplesmente resolve

⁹ Ver, a propósito: Miguel Reale, O Projeto do Novo Código Civil,, p. 34.

um conflito de interesses entre particulares, decidindo num sentido ou em outro, segundo estejam atendidos ou não os pressupostos legais. O juiz não poderá *desapropriar* sem que os interessados o peçam expressamente, até porque eles é que sofrerão os ônus correspondentes, de pagar o preço e serão eles, e não o Poder Público, que adquirirão a propriedade. O Estado sequer é parte no processo, atuando nele como órgão jurisdicional. Se fôssemos comparar com algum instituto já formado e sedimentado em nosso sistema, haveríamos de fazê-lo, não com o da desapropriação, mas com o da usucapião. Pelos seus requisitos (*posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos*) assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, os possuidores-usucapiantes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa.

Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de *específica* (de restituir a coisa vindicada), passa a ser *alternativa* (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar coisa. É de se mencionar, pela similitude com a situação em exame, o caso em que há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem o devido processo legal de desapropriação (desapropriação nula). Também nesse caso nega-se ao proprietário a faculdade de reivindicá-lo - seja por ação reivindicatória, seja por interditos possessórios - convertendo-se a prestação em perdas e danos. É o que estabelece a Lei das Desapropriações (Decreto Lei n. 3.365, de 21.06.41), art. 35:

Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

No mesmo sentido: Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30.11.64), art. 23 e a Lei Complementar n. 76, de 06.07.93, art. 21, tratando da desapropriação para fins de reforma agrária. No caso da denominada *desapropriação judicial*, ora em comento, a situação fática valorizada no Código Civil é também a *incorporação* do imóvel a uma função social, representada pelas obras e serviços relevantes nele implantados. Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa - e cuja constitucionalidade não é posta em questão - é dada pelo Código no parágrafo único do artigo 1.255, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo,

se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Como se vê, é situação assemelhada à do referido § 4º: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro.

Se de desapropriação não se trata, como justificar, então, a constitucionalidade de normas como a do § 4º do artigo 1228 do Código Civil? Em nosso entender, o fundamento da legitimidade pode ser buscado a partir das premissas aludidas na parte introdutória do presente estudo. Com efeito, o dispositivo constitui forma de solucionar um fenômeno de colisão entre o princípio do direito de propriedade (que inclui a faculdade de utilizar a ação reivindicatória e os interditos possessórios para haver a coisa de quem injustamente a possui ou detenha - art. 1228, *caput*), e o princípio da função social da propriedade (considerado atendido, nas circunstâncias, pela forma e pelo modo como o bem está sendo utilizado pelos possuidores não-proprietários). Ponderando os valores constitucionais em conflito, o Código opta por solução que privilegia o

princípio da função social. Aliás, o próprio Professor Reale, em passagem referida, deixou claro que:

(...) não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, como se fora atividade do proprietário, com a posse qualificada, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de *posse-trabalho* justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição¹⁰.

Nessa linha também as observações de Luiz Edson Fachin, ao analisar as emendas ao Projeto apresentadas pelos Senadores Gabriel Hermes (Emenda n. 135) e Álvaro Dias (Emenda n. 141) propondo a supressão do dispositivo, por ofensa à garantia do direito de propriedade. Saliou ele que a manutenção da proposta se justificava constitucionalmente por guardar coerência "com o sentido de função social da propriedade, sendo que a alegada garantia não pode estar acima do princípio constitucional da função social"¹¹.

As citadas emendas foram rejeitadas no Senado justamente pela razão, constante do parecer do relator geral, Senador Josaphat Marinho, de que O instituto "é uma decorrência da *função social* da propriedade, proclamada na Constituição"¹².

É justamente isso que ocorre também nas chamadas *desapropriações indiretas*, a seguir vistas. A ação de desapropriação indireta, segundo o entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal,

(...) tem o caráter de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade do imóvel voltar à

¹⁰ Miguel Reale, O Projeto ..., cit., p 82.

¹¹ Sugestões encartadas em "O Projeto de Código Civil no Senado Federal", Brasília, Senado Federal, 1998, vol. II, páginas 311 e 317.

¹² Parecer publicado em "O Projeto de Código Civil no Senado Federal", Brasília, Senado Federal, 1998, vol. I, p. 386.

posse do proprietário, em face do caráter irrecorrível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública¹³.

2. Os novos conflitos possessórios: perspectivas constitucionais para sua solução

2.1. Desapropriação indireta

O instituto da usucapião, já sedimentado em nosso direito, e o da chamada *desapropriação judicial*, agora desenhada no novo Código Civil, constituem, conforme se acabou de demonstrar, formas encontradas pelo legislador para dirimir crises de tensão concreta entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, ambos de estatura constitucional. Colisões semelhantes, todavia, podem ocorrer em circunstâncias novas, para as quais não se terá em mãos a fórmula previamente estabelecida em lei para solucionar o impasse. Diante da omissão legal, cabe ao juiz criá-la. Afinal, “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (CPC, art. 126). Terá como parâmetro a analogia - que lhe permite adotar para o caso solução dada *pelo legislador* a caso semelhante - e os princípios gerais de direito, estes aplicados com a devida ponderação, à luz das circunstâncias e dos valores colidentes em concreto.

É o que tem ocorrido nos casos de desapropriação indireta. Conceitua-se como tal a ocupação, pela Administração, de propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público. O ato inicial constitui, no entendimento maciço da doutrina e da jurisprudência, típico esbulho possessório. Ocorre que, implantada a obra ou o serviço — e, portanto, afetado o bem a destinação de interesse público - surge conflito de interesses entre o proprietário (esbulhado) e a Administração. A solução dada pelo Judiciário é a de converter a prestação específica (de restituir o bem) em prestação

¹³ Cláudia de Resende Machado de Araújo, "Desapropriação indireta", Revista de Informação Legislativa, 131/277.

alternativa, de pagar o equivalente em dinheiro, um *justo preço*. Daí a denominação de desapropriação indireta.

Quem examina essa solução pretoriana à luz, exclusivamente, do direito de propriedade, chega à conclusão de sua manifesta inconstitucionalidade. Isso porque, dizem os arautos dessa tese, a Constituição teve:

(...) um propósito radical, que foi o de acobertar a propriedade particular contra as arremetidas do poder político. Para tanto, desenhou com milimétrica precisão o seu perfil jurídico e, de parelha, indicou de *modo exauriente* as possibilidades tanto do seu despojamento definitivo quanto provisório, e nesse sentido qualificou a propriedade como "direito subjetivo *inviolável*", (...) bem jurídico equiparável à vida, à liberdade e à segurança, que são os valores da mais alta hierarquia, no sistema constitucional pátrio¹⁴.

Entretanto, olhada sob o prisma do interesse público e da destinação social do bem, pode-se legitimar constitucionalmente a solução judicial. Não teria sentido algum, com efeito, em nome do direito de propriedade, comprometer a obra pública já realizada e já incorporada a uma destinação comunitária. Aqui, o princípio da função social, tomada no sentido amplo, deve ser privilegiado em face do estrito interesse particular do proprietário. A solução adotada, que se traduz pela conversão da prestação específica (restituição do bem) em prestação alternativa de perdas e danos, representa, assim, criação pretoriana de regra para dirimir a colisão, no caso verificada, entre o princípio do direito de propriedade e o da função social. Privilegia-se o segundo, mas sem comprometer inteiramente o primeiro, cuja satisfação *in natura* é substituída pela obrigação de indenizar.

2.2. Ocupações coletivas de áreas urbanas e rurais

¹⁴ Carlos Ayres de Britto e José Sérgio Monte Alegre, "Desapropriação indireta - inconstitucionalidade", Revista de Direito Público, 74/244.

Fenômeno quase diário de nossa moderna realidade social é a ocupação, por parte de pessoas carentes, quase sempre organizadas em grupo, de terrenos ou prédios urbanos, particulares e públicos, para ali fixar sua moradia. Fatos idênticos têm ocorrido no campo, patrocinados também por movimentos sociais organizados, nomeadamente o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra - MST, em que áreas rurais são ocupadas por famílias de camponeses, que nelas se instalam com suas barracas e seus instrumentos de trabalho agrícola. São os modernos e graves conflitos possessórios, que geralmente redundam em demandas judiciais de iniciativa dos proprietários, a busca de tutela do seu direito de propriedade. Não raro, os fatos são até objeto de processos de natureza criminal, sob acusação de prática do delito de esbulho possessório e de formação de quadrilha para a prática de tal crime. Em nosso sistema, com efeito, o esbulho possessório está tipificado no art. 161, § 1º II, do Código Penal, sujeitando à pena de detenção, de um a seis meses, e multa, quem:

(...) II - invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante o concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

E o crime de quadrilha ou bando (pena de reclusão, de um a três anos), tem, à sua vez, a seguinte tipificação no artigo 288 do Código Penal, art. 288: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes".

Como solucionar juridicamente tais conflitos, é a questão que desafia juristas e juízes. O exame da jurisprudência permite verificar que as decisões levam em especial consideração as peculiares circunstâncias do caso concreto, e não há como ser diferente, dadas as múltiplas facetas que tais espécies de conflito apresentam. Todavia, pode-se afirmar que, no que se refere às demandas de natureza cível, têm-se privilegiado, de um modo geral, a garantia do direito de propriedade. É que, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de desapropriação indireta,

ou nas de usucapião especial *pró-labore* ou urbano (em que a tutela do possuidor ocorre quando a afetação do bem ao patrimônio público, ou a sua destinação à moradia ou ao trabalho produtivo, já está plenamente consolidada, o que legitima o privilégio ao princípio da função social), no caso das ocupações, a reação do proprietário ocorre imediatamente, de modo que não se pode afirmar a existência, naquele momento, de uma situação fática por si só valiosa, do ponto de vista social ou jurídico, em favor dos ocupantes, a ponto de permitir a limitação das faculdades decorrentes dos direitos de propriedade em benefício de outro princípio constitucional. Aliás, nem é isso, aparentemente, o que os movimentos sociais organizados esperam obter com as ocupações. O que buscam, na verdade, é a criação de um fato político, apto a desencadear consequências de natureza também política, mais especificamente a da sensibilização dos governantes no sentido de implantar políticas públicas que privilegiem o acesso à moradia, à terra e à reforma agrária.

Há de se registrar, entretanto, a existência de corrente jurisprudencial em outro sentido, minoritária, reconhecendo a legitimidade da permanência, ainda que provisória, dos ocupantes da área, em nome "*da garantia a bens fundamentais como mínimo social*" das pessoas carentes¹⁵. Da mesma forma, no campo doutrinário, não se pode também deixar de considerar os valiosos posicionamentos, cada vez mais incisivos, na defesa da relativização sempre maior do princípio do direito de propriedade. Reage-se, assim, ao quadro histórico do direito brasileiro, que deixa a impressão, já anotada com perplexidade, de que:

¹⁵ Nesse sentido: Tribunal de Justiça do RGS, 19ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 598 360 402, relator para o acórdão Dês. Guinther Spode, julgado em 06.10.98, em cuja ementa constou: "Garantia a bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão".

(...) tanto o constituinte quanto o legislador ordinário se preocupam mais com as técnicas de garantir a proteção da propriedade do que em resguardar o direito à vida"¹⁶.

São nessa linha, por exemplo, as posições de Fábio Konder Comparato, a sustentar:

Quando a Constituição declara, como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis - federal, estadual e municipal - de uma política de distribuição equitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias. A não-realização dessa política pública representa, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão".(...). "O descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à da exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas (...). Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.

Ora, transposta tal doutrina do plano do discurso ao plano real,

(...) nada impede, por exemplo, que a Administração Pública, quando de uma desapropriação, ou o Poder Judiciário, no julgamento de uma ação possessória, reconheçam que o proprietário não cumpre o seu dever fundamental de dar ao imóvel uma destinação de interesse

¹⁶ Isabel Vaz, Direito Econômico das Propriedades, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 1.

coletivo, e tirem desse fato as conseqüências que a razão jurídica impõe¹⁷.

Essa bipolarização de pensamento fica ainda mais nítida quando se examina a questão sob o ponto de vista da repressão penal das condutas antes referidas, cuja jurisprudência parece não ter encontrado um rumo mais definido. Há julgados privilegiando sobremaneira o direito de propriedade, e, por isso mesmo, sustentando a legitimidade da prisão cautelar dos líderes dos movimentos sociais, acusados de formar quadrilha para a prática do crime de esbulho. Sustentou-se, em precedente sobre o tema, que o ato de invasão constitui *ação delituosa a atentar contra a paz social*, sob todos os aspectos injustificável porque:

(...) as sociedades civilizadas vivem em função de um ordenamento jurídico que estabelece e limita as ações de seus integrantes. Nele figura o preceito constitucional que garante o direito de propriedade. Admitir-se que terceiros passem a acometer o patrimônio alheio, a pretexto de questão social, será o esfacelamento de todo o ordenamento jurídico do País. Hoje invadem as propriedades rurais (...). Amanhã poderão invadir indústrias, fábricas e estabelecimentos comerciais, assegurada a impunidade a pretexto de 'problemas sociais'. Isso representaria o óbito do Estado e da sociedade juridicamente organizada. E isso o Poder Judiciário não pode admitir¹⁸.

Em sentido exatamente oposto, já se decidiu que a implantação da reforma agrária é obrigação imposta ao Estado pela Constituição, a ela correspondendo o "direito público subjetivo de exigência de sua concretização", sendo que:

(...) na ampla dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais (...). A postulação por reforma agrária (...) não pode ser confundida com o esbulho possessório ou a alteração de limites (...). Não é de confundir-se ataque ao direito de patrimônio com o direito de reclamar a eficácia e efetivação de direitos, cujo programa está colocado na

¹⁷ Fábio Konder Comparato, "Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade", Revista do Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 3, p. 97.

¹⁸ STJ, 6ª Turma, Habeas Corpus 4.399, LEX - JSTJ e TRF 84/311.

Constituição. Isso não é crime; é expressão do direito de cidadania¹⁹.

Subjaz aqui também, à toda evidência, o conflito entre princípios constitucionais, cada qual a refletir valores jurídicos distintos, mas de mesma estatura. Não há, para tais situações, solução que se possa considerar como predeterminada. Cabe ao juiz, mediante a devida ponderação do caso concreto, criar regra de solução que comprometa o mínimo possível os valores colidentes e faça prevalecer aquele que, nas circunstâncias, puder ser considerado objetivamente preponderante.

Conclusão

O que se pode retirar como suma conclusiva do exposto é que posse e propriedade são institutos autônomos, tutelados sob enfoque de distintos princípios constitucionais. Harmônicos no plano normativo, os princípios do direito de propriedade e da função social das propriedades podem envolver-se em situações concretas de tensão, quando tracionam em direção oposta, a exigir solução de concordância prática que, fatalmente, importará a necessidade de limitação de um deles em benefício do outro, ou de ambos, em benefício comum do sistema. A Constituição, embora não assegure, explicitamente, um genérico *direito à posse*, inegavelmente tutela a posse quando necessário para atingir finalidades específicas, entre as quais a da concretização do princípio da função social das propriedades. Das suas disposições normativas e dos seus princípios é que se deve extrair os marcos norteadores, fundantes e legitimadores (a) das normas infraconstitucionais que tutelam a posse, nomeadamente nos casos em que há comprometimento do direito de propriedade (como ocorre na usucapião e na denominada *desapropriação judicial*, do novo Código Civil); e (b) das soluções pretorianas para outros conflitos entre posse e propriedade, de natureza cível e penal, para os quais não há regramento positivado, ou este se mostra inadequado ou insuficiente, quando então cumpre ao juiz, ele próprio, formular a solução

¹⁹ STJ, 6ª Turma, Habeas Corpus 5.574, LEX - JSTJ e TRF 100/215.

harmonizadora, o que fará à luz daqueles mesmos princípios, ponderando-os adequadamente e fazendo prevalecer o que, nas circunstâncias do caso, melhor representar a concretização dos bens e valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Práctica*, trad. Manuel Atienza, México, DF, Distribuciones Fontanara, 1993.
- ARAÚJO, Cláudia de Resende Machado. "Desapropriação indireta". *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, p. 269-282.
- BRITTO, Carlos Ayres & MONTE ALEGRE, José Sérgio. "Desapropriação indireta - inconstitucionalidade" , *Revista de Direito Público*, n. 74, p. 242-257.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. "Desapropriação indireta e o Parque Estadual da Serra do Mar", *Revista de Direito Ambiental*, n. 6, p. 62-70.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade". *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 1, n. 3, p. 92- 99.
- FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea: Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural*, Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un Análisis Histórico*, trad. De Angel M. Lopes y Lopes, Madrid. Civitas, 1992.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problemática della "proprietà"*, Napole, Jovene Editore, Università degli Studi de Camerino, s.d.
- REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*, 2ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.