

DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS E A DEFENSORIA PÚBLICA

THE POSSESSORY ACTIONS AND THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

Marcos Alcino de Azevedo Torres¹

Resumo

Neste artigo serão examinados alguns aspectos das ações possessórias no novo código de processo civil, com relevo nas demandas coletivas, ressaltando a importância da atuação da defensoria pública. A participação da defensoria pública em todas as demandas possessórias já é uma constante importante na nossa realidade jurídica e se procura aqui determinar seu renovado papel social nas demandas coletivas, uma vez que o novo código de processo civil determinou sua intimação, que deve anteceder, sob pena de nulidade, a qualquer decisão liminar a ser proferida nas demandas possessórias coletivas.

Palavras-chave: ações possessórias - novo Código de Processo Civil - demandas possessórias coletivas - mediação judicial - cumprimento da função social da propriedade.

Abstract

This article will examine some aspects of possessory actions in the new Code of Civil Procedure, with an emphasis on the collective demands, emphasizing the importance of the public defender role. The participation of the Public Defender's Office in all possessory claims is already an important constant in our legal reality and looking here to determine its renewed social role in collective demands, once the new Code of Civil Procedure determined its summons, which must precede, under penalty of nullity, any preliminary judicial decision to be issued in collective possessory demands.

Keywords: possessory actions - new Civil Procedure Code - collective possessory demands - judicial mediation - fulfillment of the social function of property.

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Prof. Adjunto do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor da graduação e da pós-graduação da UERJ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: malcino@globo.com.

INTRODUÇÃO

Neste artigo serão examinados alguns aspectos das ações possessórias no novo código de processo civil, com relevo nas demandas coletivas, ressaltando a importância da atuação da defensoria pública, que nos termos do artigo 134 da CF, é instituição essencial à função jurisdicional que atua na defesa dos interesses dos necessitados, o que em tema conflito possessório corresponde a uma atuação frequente, considerando que de um modo geral o conflito se dá entre um proprietário e um possuidor ou vários, que não tem recursos para o exercício do direito de defesa.

A dificuldade, a despeito da capacidade técnica do profissional, no exercício de sua função é que a primeira função assegurada pelo referido artigo 134 é a de orientação, cujo exercício nem sempre é possível num país de necessitados, considerando o número de defensores existentes para atendimento de uma gama imensa de pessoas, para dar-lhes a atenção e tempo necessários à proteção de seus direitos, o que desestimula o necessitado pela busca de orientações prévias, considerando que para tanto deverá enfrentar filas de atendimento, formadas pela madrugada, de modo que somente quando o conflito se instaura e quando não há mais alternativa possível que não a defesa judicial de seu interesse e não dispondo de recursos, tem que se sujeitar a tal roteiro, que dificulta o acesso na proteção de seus direitos.

Outro ponto é que, de um modo geral aquele que procura assistência de um defensor público normalmente não tem, em princípio, como fornecer-lhe substratos para defesa calcados em documentos.

O pano de fundo é a ocupação pela necessidade da moradia, termo que por vezes sequer pode ser empregado, considerando as precárias condições de habitação, parecendo mais razoável falar-se em lugar de abrigo contra as intempéries da vida natural e material.

Assim, a participação da defensoria pública em todas as demandas possessórias já é uma constante importante na nossa realidade jurídica e se procurará nesse artigo determinar seu renovado papel social nas demandas coletivas, uma vez que o novo código de processo civil determinou sua intimação, que deve anteceder, sob pena de nulidade, a qualquer decisão liminar a ser proferida nas demandas possessórias coletivas.

OS CONTORNOS DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS

Jacques Távora Alfonsin argutamente observa que a primeira situação que chama a atenção nos chamados conflitos pela posse da terra (conflitos fundiários) é “o grande poder de abstração que qualquer intérprete da realidade ou do ordenamento atribui ao título de propriedade, para a solução do caso”, possibilitando um distanciamento provocado pela “opacidade da matrícula do imóvel” em contraponto ao conhecimento empírico do espaço disputado, de tal modo que “ninguém obtém a mínima pista sobre o uso que o proprietário faz da coisa que é titular”².

A respeito dessa dificuldade de interpretação dos conflitos posse x propriedade, salienta Marco Aurélio B. de Melo que o “direito ao título de propriedade de um imóvel no modelo econômico, político e jurídico a que o Brasil se insere pode ser considerado um “novo direito” considerando que “a ocupação dessas áreas” de um modo geral, “ocorre sem a observância do modelo clássico burguês de aquisição imobiliária (ex. compra e venda e sucessão hereditária)”³.

Numa investigação empírica visando conhecer os elementos de atuação da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro com atuação junto às comunidades carentes e ao Núcleo de Terras da Defensoria Pública, relata o jovem e brilhante Defensor Público Dr. Thiago Henrique Cunha Basilio referindo-se ao ano de 2013, que há um universo de situações objetivadas pelas comunidades: busca da regularização de suas posses, seja via procedimento administrativo junto ao ITERJ – Instituto de Terras do Estado do Rio de Janeiro ou através de usucapião individual ou coletivo ou estão sofrendo risco de desalijo, seja por ação particular de reintegração de posse ou despejo por particulares ou ainda por ação direta do poder público através de desapropriações ou remoções por estarem em área de risco. Das cerca de 70 comunidades atendidas pelo órgão de atuação do defensor público em referência, cerca de 27 eram alvo de ações particulares de reintegração na posse ou despejo; 24 buscavam regularização fundiária e 29 estavam envolvidas em desalijos pelo poder público. A média de atendimento coletivo mensal girava em torno de 30 atendimentos por mês, em geral através de representantes das comunidades.

Além da dificuldade natural de atender às demandas das comunidades carentes, é mister acentuar a inadequação das regras procedimentais para o trato de tais situações, haja vista, como

² ALFONSIN, Jacques Távora. O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 65.

³ MELO, Marco Aurélio B. de. Legitimação de Posse dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia. Ed. Lumen Juris, 2008, p. 34, forjado que fora ao tempo que o respeitável civilista atuava nos quadros da Defensoria Pública do E. do Rio de Janeiro.

salienta Marinoni que existem posições sociais que legitimam a diferenciação de procedimento e se uma vez o Estado possui “o dever de viabilizar o acesso de todos à justiça (e aos bens sociais)” é razoável concluir que “aqueles que merecem procedimentos (técnicas processuais) diferenciadas são exatamente o que possuem dificuldades de enfrentar as formalidades do procedimento comum”⁴. Parte dessa dificuldade foi afastada com a concessão de prazo em dobro para as hipóteses de atuação da defensoria pública, vista pessoal dos autos do processo que atua e até mesmo com a prática de intimar, por vezes, o assistido para comparecer à defensoria pública para prestar esclarecimentos visando atender a determinada exigência ou situação processual.

Neste aspecto importante registrar as ponderações de Antonio Rafael Ferreira reconhecendo a inadequação da sistemática processual atual no atendimento às demandas coletivas da posse assinala que se tem “uma tutela processual adequada e efetiva quando se dispõe de um procedimento adequado” que seja “sensível a atender as peculiaridades do caso concreto, sem negligenciar os atributos da relação de direito material em foco”⁵, direito material este que no tema exame é inequivocamente considerado espinhoso e de difícil percepção, situação que se pretende clarear com algumas simples mas necessárias observações.

Outro aspecto relevante a considerar é que o novo Código Civil deu especial relevância a posse, inclusive no capítulo que cuida da propriedade, com destaque para a posse funcionalizada pela moradia e pelo trabalho em confronto com a propriedade não funcionalizada, punindo de certo modo, a inércia do titular do direito. Assim, foram reduzidos todos os prazos para aquisição da propriedade por usucapião, instituto que privilegia a posse em detrimento da propriedade, cuidou de modalidades de usucapião urbano e rural previstos no texto constitucional, mas que careciam, segundo parte da doutrina, de regulamentação; impediu a recuperação da posse pelo proprietário nas hipóteses de um número considerável de pessoas estarem ocupando o imóvel por cerca de 5 anos com posse funcionalizada.

A INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NA SOLUÇÃO DAS QUESTÕES PROCESSUAIS

No que diz respeito ao exame das regras relativas às demandas possessórias, é importante pontuar, que não se pode analisar quaisquer das disposições do novo código de processo civil sem que se observe uma mudança estrutural de grande relevância em comparação com o velho código.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. SP, Revista dos Tribunais, 2004, pp 190-191.

⁵ FERREIRA. Antonio Rafael Marchezan. Tutela possessória e a remoção forçada de grupos vulneráveis e famílias de baixa renda. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XIV, p. 92.

Na linha de estrutura dos códigos civis (1916 e 2002) o novo código de processo civil, trouxe uma parte geral, na qual cuida das normas processuais e de sua aplicação, estabelecendo linhas gerais de aplicação e interpretação das referidas normas no Livro I e nesse passo separando sua estrutura em dois capítulos, fixando no capítulo I as “normas fundamentais do processo civil” e certamente a norma mais importante está inserida no artigo 1º : “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Essa novidade no código de processo civil faz nascer com força normativa “o processo civil à luz da constituição” conforme ocorreu com o direito civil por força de movimento doutrinário. Esta inclusão implica em dizer que a legislação processual deve ser em cada momento de interpretação, confrontada com os princípios e valores constitucionais fundantes da república, permitindo com isso atingir à sua função instrumental de modo pleno e com isso impondo ao juiz no caso concreto realizar um juízo de confrontação se a solução que pretende aplicar, não ofende a dignidade da pessoa humana, se contribui para erradicação da pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e para construção de uma sociedade mais justa e solidária (art. 1º inc. III e art. 3º inc. I e III da C.F.).

Importante observação faz Canotilho, assinalando que norma é gênero do que são espécies os princípios e as regras, tendo os princípios natureza normogénica fundamentante das regras, “sendo multifuncionais, podendo desempenhar função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo”, possibilitando aos juízes o desenvolvimento, integração e complementação do direito.⁶

No mesmo sentido é a lição de Robert Alexy:

“Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos. De esta distinción se siguen todas las otras distinciones, por ejemplo, que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizables en diferente grado mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, siempre pueden ser realizadas o no”⁷

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 172/173.

⁷ ALEXY, Robert. El Concepto Y La Validez Del Derecho. 1ª edição. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 1994, Tradução: Jorge M. Seña, p. 185.

Analisando os métodos de interpretação constitucional adequados à caracterização do estado democrático do direito, Vicente Barreto, após aceitar a noção de “domínio normativo” de Canotilho, acentua:

A questão central da concretização da ordem jurídica do estado democrático de direito talvez resida no estabelecimento da conexão entre o domínio normativo, os princípios normativos constitucionais e a sua aplicação prática. Entende-se, pois, as razões pelas quais a tarefa hermenêutica tem um caráter político-institucional de tamanha relevância no estado contemporâneo; trata-se de interpretar dogmaticamente normas e princípios constitucionais, que constituem duas faces de uma mesma moeda, sendo que o conteúdo do domínio normativo consiste em valores e normas éticas e políticas não plenamente explicitadas no texto constitucional.⁸

É necessário que tais princípios e valores ganhem efetividade, isto é, se materializem no mundo dos fatos, em aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-se normativo e o ser da realidade social⁹, circunstância que em tema de assistência aos menos favorecidos deve preponderar.

No tema objeto de nosso exame em especial a aplicação dos princípios constitucionais tem peso relevantíssimo considerando que de regra o confronto possessório se dá em torno da propriedade e da posse, onde seu fio condutor é a função social. A posse, segundo ensinamento de Hernandez Gil é “a instituição de maior densidade social, enquanto expressa de maneira primária a projeção do homem sobre o exterior, como instituição apoiada no acontecer social que sua ordenação jurídica resulta de certo modo incipiente”¹⁰, situação que demanda do interprete reflexão cautelosa na interpretação e solução das situações que a vida apresente cotidianamente, ainda que se reconheça a importância do instituto da propriedade que no dizer de Los Mozos, “concepto central del Derecho civil”.¹¹

⁸ BARRETO, Vicente. Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: volume 203, 1996, p. 14/15.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 3ª Ed.: Renovar, 1996, p. 83.

¹⁰ GIL, Antonio Hernandez. La Posesión como institución jurídica y social. Madri: Espasa Calpe, 1987, p. 750.

¹¹ LOS MOZOS, José Luis de. El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a La Tradición Jurídica. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p.XIII.

AS REGRAS DE PROTEÇÃO À POSSE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NECESSIDADE DE CONJUGÁ-LAS COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO CIVIL. INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NA SOLUÇÃO DAS QUESTÕES PROCESSUAIS

O novo CPC cuida das ações possessórias a partir do artigo 554 mantendo a mesma sistemática anterior. Do artigo 544 ao artigo 539 o novo código estabeleceu as disposições gerais aplicáveis a qualquer a um dos procedimentos possessórios específicos dos quais cuida em sequência, começando a partir do artigo 560 pelas ações de manutenção e de reintegração de posse e terminando com ação de interdito proibitório a partir do artigo 567. Tais pretensões processuais têm origem nos interditos do direito romano: *adpiscendae possessionis*, *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis* que eram ordens dadas pelos magistrados em defesa da posse. Os interditos *adpiscendae possessionis* prestavam-se a conferir a posse ao vencedor em debate judiciário em torno da posse. Os denominados *retinendae possessionis* tinham por objeto a defesa da posse contra atos turbativos e os *recuperandae possessionis* visavam restabelecer a posse tirada contra a vontade do possuidor, por violência.¹²

As disposições são praticamente idênticas ao do Código de Processo Civil de 1973 com pequena variação na questão relativa à propositura de demanda dominial quando em curso ação possessória a respeito do mesmo bem quando envolve terceiro, isto é, pessoa estranha à demanda possessória e partes do artigo 554 que será abaixado analisado. Contudo, o importante assinalar, nesse ponto, é a leitura ou releitura que o interprete deve fazer dos dispositivos em referência, isto é, com os olhos voltados para as implicações que os princípios constitucionais já referidos e em especial ao princípio ao constitucional da função social da propriedade, como será explicitado ao longo deste texto.

A novidade, em boa hora inserida no texto do novo código de processo civil está logo no primeiro artigo do capítulo (art. 554) o qual mantém a regra da fungibilidade entre as ações possessórias, foi a inclusão de três parágrafos a respeito das demandas que envolvessem grande número de pessoas e que será objeto de exame em destaque neste texto. No entanto, mesmo que os dispositivos sejam semelhantes ao do código de processo em vigor, o importante é a leitura que deve o operador realizar para atender à carga axiológica introduzida pelo artigo 1º já referido. É mister a utilização de óculos adequados para a leitura atual dos conflitos que envolvam posse-

¹² BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. v. I, Ed. Revista Forense, 1956, 4ª ed. atualizada por Jose de Aguiar Dias, p.54/ 55.

propriedade, em especial pela influência que deve ter o exame da função social da terra, considerando que o foco deste ensaio são as demandas que envolvem a posse de imóveis.

A inadequação da leitura que se faz das situações fáticas que dão origem às demandas posse-propriedade salta aos olhos de observadores que se põem atentos aos reflexos sociais que uma decisão calcada friamente na técnica procedimental e com interpretação estreita do direito positivo. Neste ponto merece transcrição as observações de Antonio Rafael Ferreira:

Não se olvidando que estes “despejos ou deslocamentos forçados” instrumentalizam-se em medidas judiciais, frutos de ações possessórias ou mesmo reivindicatórias, que se apresentam em desarmonia com as normas jurídicas nacionais e internacionais voltadas a garantir direito à moradia adequada e demais direitos interdependentes.¹³

Além deste ponto, a análise da parte do direito processual que cuida da defesa da posse não pode ser realizada sem que se faça uma visita às regras de direito material atinente ao instituto da posse, não só porque os interditos possessórios foram estabelecidos no direito material mas, também porque a defesa em juízo diz respeito a existência ou não de posse a ser protegida seja quando ela potencialmente pode ser violada, isto é, o possuidor quer se proteger de uma agressão próxima, iminente; seja para ser mantido quando a ameaça à sua posse se concretiza por atos esporádicos; seja para recuperar sua posse perdida. Alie-se a esse ponto uma afirmação corrente na doutrina, qual seja, aquela que reconhece o direito processual como um instrumento de efetivação de direitos. O processo não é um fim em si mesmo, mas antes um instrumento de efetivação do direito material. Com efeito, esta é uma “premissa fundamental para que a técnica processual melhor atende seu objeto e cumpra sua finalidade”, como corolário lógico da “efetividade do processo e, por consequência, seu atributo de instrumento de tutela de direitos”¹⁴.

Para saber se há posse a ser protegida o interprete deve saber o que é necessário ocorrer ou que tenha ocorrido no mundo dos fatos para que alguém seja considerado possuidor merecedor ou não de proteção do sistema e para tanto como se adquire e como se perde a posse de um bem. A partir então, diante de um ato de ameaça ou violação concreta que nasce a pretensão de exercício das ações possessórias previstas no Código de Processo Civil.

As discussões que envolvem o tema da posse sempre suscitaram constantes embates entre doutrinadores que se dedicaram o assunto sejam no seu aspecto material seja no seu aspecto de

¹³ FERREIRA, Antonio Rafael M., op. cit., p. 85.

¹⁴ Idem, idem, p. 92.

direito processual, situação que também ocorre entre operadores, isto é, aqueles que patrocinam, examinam, julgam as demandas possessórias (juízes, advogados e defensores públicos), com reflexos nas decisões judiciais nas demandas que envolvem o conflito posse x propriedade, ou mesmo naqueles que cuidam especificamente de posse. Por certo que se está referindo quando numa demanda possessória tem-se num polo o titular do direito de propriedade e de outro alguém que se estriba somente na posse nascida de uma detenção independente, que se converteu em posse, após certa estabilidade possessória por ter cessado a clandestinidade ou a violência, uma ou outra, presente no momento da tomada da coisa (artigos 1.204 combinado com artigo. 1208 ambos do Código Civil) ou vice-versa, isto é, quando o possuidor procura repelir aquele que diz ter posse com base no título de propriedade que dispõe.

Pode-se afirmar, com a experiência do dia a dia do foro e da academia de que o tema da posse é um tema antipatizado não só nos tribunais, mas também entre a maioria das pessoas leigas no assunto. Nas demandas que envolvem a discussão de posse de imóveis urbanos ou rurais (não se ignorando a existência de demandas possessórias no que diz respeito a coisas móveis, como acontece com certa frequência nas ações decorrentes de contrato de leasing) parece que uma parte considerável de juízes vêm ou viam nos possuidores a figura de um usurpador, certamente fruto de nossa tradição proprietária, pelo fato de nossa lei penal considerar o esbulho como um crime (art. 161 inc. II §2º e 3º do C.P. e a Lei 5.741 que cuida do financiamento do SFH, art. 9º caput e §§ 1º, 2º e 3º); da previsão no artigo 505 do Código Civil de 1916 da chamada exceção de domínio no que diz respeito as regras de direito material mas também no que diz respeito as regras de direito processual como por exemplo na redação originária do art. 923 do Código de Processo Civil ainda em vigor, alterada posteriormente pela Lei 6820/1980 que propiciaram os ensinamentos na formação dos juristas do século passado com a visão de que o direito a posse resultante do direito de propriedade (jus possidendi) era melhor do que a posse sem titulação (jus possessionis) e portanto no embate a primeira situação é que deveria merecer proteção nas disputas posse x propriedade.¹⁵

¹⁵ Esse dispositivo do CC16 teve por inspiração no art. 818 da Consolidação das Leis Civas de Teixeira de Freitas que tinha a seguinte redação: “Todavia, não se deve julgar a posse em favor daquele, a quem se mostra evidentemente não pertencer a propriedade.” Em nota de nº 25, T. de Freitas informa que teve por base o Assento de 16.02.1786, 2º quesito (Consolidação das Leis Civas, 3ª edição, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896, p. 492). No seu esboço, no entanto, no art. 4040 traz posição diametralmente oposta: art. 4040 – Não será atendível a defesa do réu, quando se fundar: I – Em domínio, ou em outro direito real sobre o imóvel questionado.” (Código Civil. Esboço. Min. da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1169).

A incidência do direito penal não foi afastada a despeito das regras constitucionais a respeito da propriedade e sua função. Os conflitos pela terra assolam o Brasil através de movimentos organizados, havendo julgados privilegiando sobretudo o direito de propriedade, sustentando a legalidade da prisão cautelar dos líderes de movimentos sociais, que são formalmente acusados de formação de quadrilha para prática de esbulho possessório, como se pode observar no julgamento pelo STJ por sua 6ª Turma do H.C. 4.399.¹⁶

A exceção de domínio provocou reação dos juristas contemporâneos à aprovação do Código Civil de 1916 de modo que alguns para compatibilizar a primeira parte com a segunda parte do art. 505 acima referido, passaram a sustentar que a exceção do domínio só seria possível quando as partes estivessem disputando a posse com base no direito de propriedade (*jus possidendi*), para manter coerência com o direito luso brasileiro que entendia que não era lícito apresentar no processo possessório questões atinentes a propriedade ou outro direito real (primeira parte do artigo 505 do CC/16)¹⁷. Sobre o assunto o STF editou o enunciado 487 de sua sumula admitindo a possibilidade de discussão de exame da questão dominial quando a posse fosse disputada com base nele. Hipótese também admitida pelo STJ no Resp. 327214 PR, 4ª Turma, julgado em 04.09.2003 tendo como relator o Min. Sálvio Teixeira.

O novo código de processo civil cuida do assunto no artigo 557 estabelecendo, no entanto, uma ressalva importante, autorização a discussão de domínio em face de terceiro, isto é, daquele não participa da disputa possessória.

Não se pode ter dúvida, a despeito de todos os estudos já realizados, que até hoje o embate entre uma situação dita de direito e outra com prevalência da situação fática não é de

¹⁶ STJ, 6ª Turma, Habeas Corpus 4.399, LEX-JSTJ e TRF 84/311.

¹⁷ Bevilacqua traz um relato da crítica realizada pelos autores pela aprovação do artigo como o foi, contudo apresenta uma solução para a questão interpretando o dispositivo em referência do seguinte modo: “A controvérsia prevista pelo Código Civil, art. 505, segunda parte, é a da posse a título de proprietário, o que, desde logo, exclui a posse indireta frente à direta. Se ambos os contendores reclamam a posse como emanção de sua propriedade, nada mais racional e justo do que não julgar a posse em favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer ao domínio. Depois, somente quando, nessa emergência, é evidente que uma das partes não é proprietária, é que o juiz julgará a posse em favor da outra. Não sendo evidente o direito dominial alegado por um dos contendores, ou restringindo-se o pleito ao fato da posse, como simples *jus possessionis* e não *jus possidendi*, não tem aplicação o princípio.” (Clovis Bevilacqua. Direito das Coisas. Vol. I, Ed. Revista Forense, 1956, 4ª ed. atualizada por Jose de Aguiar Dias, p. 71)

simples solução. Até nossos dias se discute em doutrina, aqui e alhures se a posse é um fato ou um direito ou ambos com opiniões doutrinárias em vários sentidos.¹⁸

No dia a dia do foro pode-se observar que as demandas possessórias de um modo geral se arrastam por longos anos, em um vai e vem processual muitas das vezes desnecessário, formando-se volumes em sequência, de modo que normalmente o juiz tem que ter paciência para examinar e julgar este tipo de demanda. Sabe ele que o tempo que vai levar para examinar e decidir a demanda possessória lhe permitiria, num conjunto de processos, ser dedicado a outros procedimentos sedizentes “mais fáceis de solução”. No outro ponto a grande massa proprietária que não consegue entender porque a condição de proprietário e que como tal recolhe os tributos devidos pela coisa e que a adquirira por um dos modos previstos no sistema não prevalece sobre a situação de um invasor (esbulhador) ou de qualquer um daqueles que tem obrigação de restituir e não o fazem. Para o leigo suficiente seria apresentar o título de propriedade para retomar o bem de volta.

De fato, sabemos que numa situação de posse autônoma (não vinculada ao proprietário ou a qualquer possuidor que tenha recebido a posse do proprietário), que, em princípio suficiente seria ao proprietário ajuizar ação reivindicatória que lograria recuperar o bem de sua titularidade, salvo se o possuidor tiver exercido, pelo tempo previsto na lei, uma posse qualificada para usucapir a coisa de modo que lhe seja possível apresentar exceção de usucapião.

Não há dúvida de que para o sistema e até mesmo para a sociedade o direito de propriedade, ainda que o proprietário não tenha a liberdade de outrora (não só da era oitocentista mas também de nosso direito até a C.F. de 1988)¹⁹ é aquele que apresenta a maior liberdade de atuação de seu titular,²⁰ correspondendo a um complexo de direitos, faculdades e possibilidades econômicas e sociais, aparentemente concisas consagradas nas expressões usar, gozar, fruir,

¹⁸ Abstraindo-se da citação de autores clássicos como Lafaytte, Astolpho Rezende, Tito Fulgêncio, consultem Papano, Kiper, Dillon e Causse. *Derechos Reales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 55 a 58; Jose de O. Ascensão. *Direito Civil. Reais*, 4ª ed, Coimbra Editora Ltda, p. 83 e ss; Manuel Rodrigues. *A Posse. Estudo de Direito Civil Portugues*. Almedina, 1996, p. 33 e ss.; Caio Mario da S. Pereira. *Direitos Reais*, v. IV, Forense, 20ª ed., p. 19 e ss; Marco Aurelio B. de Melo. *Direito das Coisas. Atlas*, 2015, p. 33 e ss.; Guilherme Calmon N. da Gama. *Direitos Reais. Atlas*, 2011, p. 84 e ss. E de modo exaustivo indicando todas as posições e sugerindo uma natureza diversa das tradicionalmente apontadas consultem Moreira Alves. *Posse. Estudo Dogmático*. Vol. II, Ed. Forense, 1990, p. 69 a 137.

¹⁹ A função social da propriedade já estava presente desde a C.F. de 1934, mas somente em 1988 ganhou a importância normativa já consagrada em outros sistemas jurídicos, restando obter a importância social que se espera da influência que tal princípio trouxe para ordem jurídica.

²⁰ A respeito da temática propriedade-liberdade consultem Richard Pipes in *Propriedade e Liberdade*. SP/RJ: Editora Record, trad. de Luiz Guilherme B. Chaves, Carlos Humberto P. D. da Fonseca, 2001.

reivindicar presentes no art. 1228 do Código Civil e por isso, pode-se dizer que é um direito muito cobijado e sua importância econômica é indiscutível, daí sua proteção garantida constitucionalmente (artigo 5º inc. XXII da CF), como um direito fundamental do cidadão e sua inclusão dentre os princípios que regem a ordem econômica nacional (art. 170 inc. II da CF) de modo que a proteção dada a posse numa eventual demanda, será quase sempre uma proteção provisória, considerando que enquanto não se der a transformação da posse em propriedade pela usucapião, o proprietário poderá reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha, daí porque, em regra, o proprietário sagra-se vencedor mesmo quando se trate de demanda possessória.

A manter-se a tradição de nosso direito e da nossa doutrina na identificação do que seja posse justa ou injusta, posse de boa-fé ou de má-fé, dificilmente um possuidor independente poderá enquadrar sua situação possessória como justa e de boa-fé, de modo a lograr impedir a aplicação da última parte do art. 1.228 do CC (reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha).

Há necessidade de uma releitura das teorias possessórias²¹ para adequá-la a nossa realidade social, visando atender aos vetores contidos no art. 1º e 3º da C.F., e tal situação só será possível se o judiciário, bem compreender a questão relativa a função social da propriedade e a função social da posse, dando efetividade e concretude a tal princípio (da função social), afastando-se de posições abstratas e teóricas, para, no exame do caso concreto decidir a favor daquele que tem cumprido com a função social do seu direito (considerando nesta hipótese como direitos tanto a propriedade quanto a posse).

Na lúcida lição de Miguel Reale a posse do novo código civil é distinta daquela que ultrapassou a história lastreada em “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”,²² tendo “sido revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade”.²³ Essa releitura implica em considerar “plenamente justificada a tutela jurídica da posse como instituto autônomo, a merecer,

²¹ Consultem a respeito: Releituras da teoria possessória: da posse como projeção do direito de propriedade a um instituto autônomo e transformador da realidade social, Marlene de Paula Pereira, in *Transformações do direito de Propriedade Privada*, Coord. Mauricio Mota e Marcos A. Torres, Ed. Elsevier, 2009, p. 147.

²² REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*, 2ª ed., SP, Saraiva, 1999, p.33

²³ Idem, idem, p. 8.

independentemente de sua relação com o direito de propriedade, um trato especial, apropriado à sua vocação natural de instrumento concretizador”²⁴ do princípio da função social.

Até mesmo conceitos arraigados na teoria da posse como *corpus* e *animus* necessitam salvo melhor juízo, de uma revisitação para melhor compreendermos que posse é essa que merece especial proteção do sistema. A propósito merece transcrição a lição de Ruy Ruben Ruschel:

Aquele que, por exemplo, cerca um imóvel adequado à produção e deixa-o ao léu, esperando que se valorize para revendê-lo, não pode alegar que dele dispõe para a sua função social. Por certo não está exercendo o uso ou o gozo do bem; a rigor sequer tem-no à disposição para o objetivo social. Ele cuida apenas de seu interesse próprio, egoístico. Logo, não é possuidor do imóvel. Numa hipótese desta estaria presente, talvez, o *corpus*, a detenção da coisa, mas faltaria o *animus*, caracterizado como a vontade de ter a coisa segundo seu aproveitamento social.²⁵

O principiar desta discussão passa pela interpretação civil-constitucional de que a propriedade que o sistema protege no inc. XXII do art. 5º Constituição Federal como direito fundamental do cidadão é aquela que cumpre com a função social prevista no inc. XXIII do mesmo artigo, com observância das diretrizes contidas no artigo 182 para a propriedade urbana e no artigo 186 para a propriedade rural, ambos da Constituição Federal ou seja a tutela da propriedade só se mostra razoável se o proprietário tiver dando cumprimento a função social do bem objeto de sua titularidade, levando-se em consideração que tal função não é algo extrínseco ao direito mas sim intrínseco, fazendo parte de sua estrutura, de modo que sua ausência traz reflexos ao próprio conceito.

O direito, como produto das relações humanas em sociedade, acompanha e reflete, necessariamente, em suas perspectivas, as necessidades sociais de seu tempo. A propriedade “espelha” as transmutações e estas, devem refletir o que o grupo organizado considera como necessidades básicas, “que devem ser satisfeitas, independentemente da capacidade ou do esforço”, isto é, independente do mérito de cada um, devendo “buscar as que são mais tangíveis e mais amplamente reconhecidas. A satisfação dessas necessidades será, então, considerada como um direito absoluto”, nas palavras de Mangabeira Unger.²⁶

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil, Revista Direito e Democracia, vol. 5, n. 1, 2004, p. 9.

²⁵ RUSCHEL, Ruy Ruben. Repensar o Direito das Coisas. Direito Constitucional em Tempos de Crise. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1ª ed. 1997, p. 156/157, grifou-se.

²⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. Conhecimento e Política. RJ: Trad. de Edyla Mangabeira Unger. Forense, 1978. p. 346

A proposito Eros Roberto Grau ao analisar a propriedade que não cumpre com sua função social assinalou:

“Logo – sigo pelo caminho de raciocínio coerentemente – não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, “propriedade” desapropriável. Pois é evidente que só se pode desapropriar a propriedade; onde ela não existe, não há o que desapropriar.

Em consequência – prossigo – se, em caso como tal, o Estado desapropria essa propriedade (que não cumpre sua função social, repita-se), indenizando o “proprietário” o pagamento dessa indenização consubstancia pagamento indevido, ao qual corresponderá o enriquecimento sem causa do proprietário.

A hipótese, se um mínimo de coerência nos for exigido, há de conduzir à perda do bem e não a essa estranha “desapropriação.”²⁷

Carlos Marés anota que a Constituição não indica com clareza qual o castigo que terá o proprietário que “não faz a terra cumprir sua função social, mas ele parece óbvio: o proprietário tem a obrigação de cumprir o determinado, é um dever do direito, e quem não cumpre seu dever, perde seu direito”. Tal qual o comprador que não paga o preço e por isso não tem direito de receber a coisa ou o vendedor que não a entrega e pretende reivindicar o preço, concluindo:

Quer dizer, o proprietário que não obra no sentido de fazer cumprir a função social de sua terra, perde-a, ou não tem direito a ela. Ou, dito de forma mais concorde com a Constituição, não tem direito à proteção, enquanto não faz cumprir sua função social. A propriedade é um direito criado, inventado, construído, constituído. Ao construí-lo, a Constituição lhe deu uma condição de existência, de reconhecimento social e jurídico.²⁸

Guillermo Benevides Melo dá a exata noção de como tal situação é encarada no seu país:

Para el derecho colombiano, la función social condiciona la existencia misma del derecho, lo que equivale a afirmar categóricamente que la propiedad privada que no cumple función social, sencillamente no es propiedad privada. Para decirlo en términos del artículo 30 de la Constitución, el Estado colombiano no garantiza propiedad alguna que no cumpla función social porque allí no hay propiedad, e así, quien pretenda conseguir la protección de las autoridades (...) deberá

²⁷ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 2ª ed. Ed.R.T., 1991 p.316, *itálico no original*.

²⁸ MARÉS, Carlos F. A Função Social da Terra. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 117.

acreditar que la protección invocada y requerida, se asienta en el hecho de hacer cumplir a sus bienes la función social.²⁹

Fachin entende que, se o eixo da discussão fosse colocado de outro modo, isto é, ao invés de a propriedade ter uma função social, se tornar ela uma função social, possibilitaria concluir que não há direito de propriedade sem função social, o que poderia permitir a um Estado democrático arrecadar os imóveis sem indenização, pois se não há direito, não há o que indenizar e remata: “Entender hoje que não há propriedade rural sem função social é construção teórica correta, mas cuja base jurídica ainda deve ser conquistada”³⁰.

Por outro lado, ainda que o sistema proteja como regra geral qualquer situação possessória (posse simples ou meramente civil e a posse qualificada pelo trabalho e moradia), haja vista que no seu conceito a aparência de propriedade está presente com base na teoria de Ihering adotada quase integralmente pelo Código Civil de 1916 e aperfeiçoada no Código Civil de 2002, aquela situação que estiver qualificada por uma posse que cumpra com a função social inerente ao bem possuído, o que se dá em regra conforme a natureza do bem, levando-se em consideração a multiplicidade dominial,³¹ merece melhor proteção e no confronto entre esta situação qualificada e uma propriedade, pode-se dizer desqualificada porque não cumpre com sua função social, haverá o encobrimento do direito de reivindicar a coisa, devendo ser dada proteção à posse e não a propriedade.³²

Em outras palavras no caso concreto, que é exatamente aquele que está posto perante o judiciário, deverá o juiz verificar se o proprietário reivindicante está cumprindo com a função social da propriedade para só então deferir-lhe a proteção buscada, ou seja, além da prova comum, que sempre foi necessária para o exercício da ação reivindicatória – a prova da existência do direito de propriedade através da demonstração de que tem título registrado no RGI, deve também ser exigida, para que mereça proteção do sistema, a prova de que estava cumprindo com a função social e que foi impedido de assim continuar a fazê-lo em razão do esbulho praticado pelo réu.

²⁹ MELO, Guillermo Benevides. La función social de la propiedad en la Constitución y el la ley. Revista de Derecho y Reforma Agraria do Inst. Latinoamericano de derecho agrario nº 18, 1988, apud Carlos F. Marés, A Função Social...ob. cit. p. 91.

³⁰ FACHIN, Luiz E. Terras Devolutas e a Questão Agrária Brasileira. RT nº 629, 1988, p. 56.

³¹ Ver nosso texto: Impacto das novas ideias na dogmática do Direito de Propriedade. A multiplicidade dominial, in Transformações do Direito de Propriedade Privada, Coord. Mauricio Mota e Marcos A. Torres, Ed. Elsevier, 2009, p. 81.

³² A respeito consulte nosso: A Propriedade e a Posse. Um confronto em torno da Função Social. Lumen Juris Editora, 2ª ed.

FUNDAMENTO DA TUTELA DA POSSE

Diversas teorias procuram explicar porque se defende a posse, situação normalmente efêmera ou aparentemente efêmera. As principais teorias foram divididas em dois grandes grupos: teorias absolutas e teorias relativas. O primeiro grupo em resumo sustenta que a posse deve ser protegida (defendida) por si mesma como situação fática a que se atribuem efeitos, independentemente de qualquer título jurídico, em decorrência de ser uma manifestação da vontade individual que se realiza sobre as coisas ou porque é um fato social produtor de interesses próprios, de que devem ser reconhecidos pelo sistema. Já as teorias relativas sustentam dentre outras hipóteses que se protege a posse pela necessidade de se proteger outros direitos, que sem essa proteção, não se poderiam exercer em toda plenitude³³, como a propriedade, a pessoa do possuidor, a paz social, o interesse social³⁴.

Em verdade, como salienta o pranteado civilista Caio Mário da S. Pereira, desde a idade média, como também nos tempos modernos:

Quer nos países em que a propriedade é sedimentada nas bases de velha tradição, quer naqueles outros em que a competição pelo aproveitamento de amplas extensões territoriais dá maior ênfase à affectio tenendi – sempre a posse ocupa a mais relevante função social, e sua proteção reclama maior atividade do aparelho judiciário.³⁵

Como entidade econômica e socialmente relevante a posse autônoma, isto é, aquela que não é decorrência do direito de propriedade deve ser protegida por si mesma, afastando-se da ideia de satélite da propriedade para astro com luz própria. Não que a posse decorrente do jus possidendi não mereça proteção, pois assim afirmar seria um absurdo. Mas essa posse quando gera litígios em razão de seu desdobramento em decorrência de relações obrigacionais (por ex. contrato locação, comodato) ou relações reais (por ex. usufruto, uso, habitação, superfície, servidão, penhor, anticrese, alienação fiduciária) atrai o vício da precariedade, não sendo de complexidade as demandas que a envolvem.

Contudo, naquelas que nascem de um ato de apossamento desvinculado de qualquer relação jurídica, essa sim, demanda maior complexidade causando, sua defesa, perplexidade para

³³ RODRIGUES, Manuel. A Posse. Estudo de Direito Civil Português, Almedina, Coimbra, 1996, p. 24

³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Direitos Reais. 20ª ed, Forense, 2009, atualizada por Carlos Edison do R. Monteiro Filho, p. 30.

³⁵ Idem, op cit. p. 30, destaques no original

alguns que a consideram como um ato de usuração que deve ser combatido e para outros a injustiça do desapossamento daquele que deu uma função social a terra.

O fato que não se pode ignorar é que, excluindo-se os casos de violência na tomada da posse, que, diga-se de passagem, são raros, a grande maioria das situações possessórias nascem da tomada da posse de coisas que estão sem utilização pelo titular do direito sobre a coisa, seja porque tem o direito com fim de investimento, formando, por vezes, banco de terras para alienação futura quando as condições de mercado melhorarem, não raro à custa do investimento de todos através de recursos públicos em instalações de equipamentos urbanos tais como pavimentação de vias de acesso, iluminação pública, instalação de praças etc., seja, porque não tem interesse em nenhuma utilização naquele dado momento. Em outras palavras naquelas situações em que o titular não cumpre com a função social do bem.

De um modo geral esses imóveis estão vazios e sem qualquer utilização, possibilitando assim o ingresso daquele que se tornará possuidor logo após a conversão da detenção inicial em posse quando se estiver diante de obstáculos que impeçam a aquisição imediata da posse como a clandestinidade e a violência (segunda parte do art. 1.208 do CC³⁶). Mas em certa medida esse ato de ingresso, deve ser reconhecido, como imediata aquisição da posse, haja vista que nos termos do artigo 1204 do Código Civil,³⁷ coerente com a doutrina objetiva da posse adotada na maioria dos dispositivos do código, deve ser considerada adquirida a posse tão logo seja possível a pratica de atos, em nome próprio, inerentes à propriedade, sendo a principal manifestação nesse caso, a utilização da coisa no interesse próprio seja morando seja plantando. Na proteção da aparência de proprietário consubstanciada na ideia de que a posse é a visibilidade do domínio não é possível distinguir os sujeitos que estão no exercício de atividades junto à coisa. Como já salientava Lafayette em nota de rodapé do primeiro manual sobre Direito das Coisas no Brasil, os “atos possessórios, como o de cercar o terreno, o de cultivá-lo, o de cortar árvores, se confundem no ponto de vista material com os atos dominicais do proprietário”.

A toda evidência, que ainda que seja necessário admitir certa abstração na caracterização da posse e da figura do possuidor, isto é, a dissociação, em certo momento na existência e caracterização do fenômeno possessório do elemento fático, presente de regra em sua aquisição e

³⁶ Art. 1.208 do CC: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.” Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Const. Federal. Ed Saraiva 2007.

³⁷ Art. 1.204 do CC: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.” Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Const. Federal. Ed Saraiva 2007.

manutenção, quando por ex., não se está em contato direto com a coisa objeto da posse, mas que mesmo assim ainda se tem posse no aspecto de que a coisa está à sua disposição.³⁸ Essa abstração é necessária para preservar também a posse, pois do contrário seria o mesmo que afirmar que se o cidadão saiu de sua casa para ir trabalhar outrem nela pode entrar, o que seria um absurdo teórico, prático e poria em risco a paz social.

De certo que não se está livre de tal violação ocorrer, mas nessas poucas hipóteses, excepcionalmente o Estado autoriza a autotutela do direito, situação que se dá raramente depois que o estado chamou para si o poder de dizer o direito e solucionar os conflitos de interesse, através do chamado desforço imediato. Além do que, o art. 1224 do Código Civil fixou que só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele se abstém de retomar a coisa ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido, abrindo assim a oportunidade do ajuizamento da ação de reintegração com base no art. 560 do novo Código de Processo Civil.

Por certo que a situação de apossamento da coisa por um estranho ou por um considerável número de pessoas só se torna possível quando o titular do direito sobre a coisa dela se descuidou por si mesmo ou por eventuais representantes, por não agirem com zelo e cuidado sobre a coisa. Se houver violência ou clandestinidade a situação daquele que ingressou na coisa será de mero detentor, não tendo, em face do titular do direito, proteção possessória porque posse não tem ainda. Mas uma vez cessada ou inexistente esses atos que viciam a tomada da coisa, a situação converte-se em posse, merecendo então proteção.

Atente-se, contudo, que para o exercício ação de manutenção ou de reintegração de posse o autor deve provar a sua posse (art. 561 inc. I do CPC) e, só com esta prova é possível falar em esbulho ou em risco de perda que justifique as ações possessórias de maior relevância, considerando que na primeira hipótese alguém tomou a posse do autor e na segunda hipótese alguém a está ameaçando. Para tanto, será necessário examinar, no caso concreto, se o autor da ação atende ao disposto nos artigos 1.196, 1.204 do Código Civil e já não se dera a hipótese prevista no artigo 1.223 do mesmo código. O primeiro diz respeito à caracterização de alguém

³⁸ Vale lembrar que se tem posse mesmo quando se ausenta do imóvel para retornar posteriormente ou do veículo quando estacionado num shopping ou na própria residência do sujeito, porque em estado de abstração é necessário para não retornarmos a discussão do passado sustentada por alguns teóricos, fortes no elemento fático da posse que todas as vezes que se saísse e voltasse a um imóvel durante um dia, se estava adquirindo e perdendo a posse em cada ato isolado. Veja a proposito a monumental obra a respeito do romanista brasileiro Matos Peixoto: "Corpus e Animus na posse em direito romano. Typ. Jornal do Commercio, 1936.

como possuidor; o segundo quando alguém adquire ou tem posse e o terceiro quando alguém não tem posse. Esse último, no particular, assinala que cessado o poder de fato sobre o bem, considera inexistente a posse, ainda que seja possível recuperá-la por desforço imediato (se preenchido os requisitos deste - §1º do art. 1.210 do CC) ou via ação possessória.

Mas repita-se, na maioria destas situações de apossamento da coisa de modo individual ou coletivo o imóvel está sem qualquer utilização, sem qualquer função social, o que faz acrescentar um componente importante no exame da demanda: quem merece tutela o autor que não cumpre com a função social do bem objeto de sua titularidade ou o possuidor ou possuidores que dão ou pretendem dar com a moradia ou cultivo, conforme seja área urbana ou rural, função social a posse?

Esse deve ser o enfoque atual: ausência de função social da propriedade em confronto com a função social da posse. Qual situação é digna de tutela? Qual delas está em conformidade com os princípios constitucionais que agora o Código de Processo Civil inseriu na sistemática processual? Assim, se já não se mostravam de fácil solução as ações possessórias com mais esse componente, se tornaram demandas complexas, que demandam atenção especial dos magistrados, defensores públicos, advogados, M. Público, que estão diretamente ligados aos litígios, além de outros segmentos da sociedade civil.

Essa, nos parece é a grande dificuldade das chamadas ações possessórias: quando se deve reconhecer que alguém adquiriu e ou que alguém perdeu a posse com os novos contornos que tem a propriedade e a posse para saber a qual das partes se deve conferir proteção judicial. O caso concreto ministrará elementos, aos menos indiciários, de início para tal juízo.

Vale observar, neste passo, as ponderações de Humberto T. Junior:

O que a Constituição protege é o direito de propriedade usado regularmente, sem abusos, e com ressalva da sua função social (C.F. artigo 153, § 22). Nenhum direito, de ordem patrimonial, é absoluto, de maneira a assegurar ao seu titular o exercício abusivo e sem as limitações impostas pela convivência em sociedade.³⁹

Na mesma linha e de modo mais direto no que diz respeito às demandas posse x propriedade Didier Junior enfatiza:

Desde modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o

³⁹ JUNIOR, Humberto Theodoro. Posse e Propriedade. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 3ª edição, SP, 1988, p. 14.

art. 927 do CPC que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à reconstrução do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser iluminado pela exigência de observância da função social da propriedade.⁴⁰

Havendo posse, que se passou a chamar de posse civil e que chamo de posse simples (sem exercício de qualquer função) que não pode ser ignorada diante da potencialidade de uso que representa para o titular do domínio, deve-se refletir, numa eventual demanda, se ela merece algum tipo de proteção. Entendo que não, pois o titular não transformou o estado de potência em uso, mas, não se pode ignorar seu direito de defender o seu título. O que se quer dizer é que não se deve deferir proteção liminar numa situação que não se evidencie o cumprimento da função social da propriedade, como prova pré-constituída à semelhança com o direito líquido e certo protegido por mandado de segurança.

Neste sentido Fachin salienta que “o largo alcance da função social não é congruente com o deferimento de proteção possessória ao titular do domínio cuja propriedade não cumpra integralmente sua função social. E que ficou sem proteção possessória constitucional a propriedade que não cumprir a sua função social.”⁴¹

Tal qual a propriedade é considerada um direito fundamental o “descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade” e nesta hipótese “as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à da exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas” conforme magistério de Fabio Comparato.⁴²

A DEFENSORIA PÚBLICA E AS DEMANDAS COLETIVAS. QUESTÕES SOCIAIS PRÉVIAS

No parágrafo 1º do art. 554 o legislador de 2015, atento aos problemas sociais decorrentes da má distribuição de nossas terras (urbanas e rurais), iniciado, pode-se dizer ao tempo da colonização e aprovado, em parte, pela primeira lei que regulou a distribuição de nossas terras –

⁴⁰ JUNIOR, Fredie Didier. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. Revista de Processo 2008 – Repró 161, p. 18. Destaques no original.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. O estatuto constitucional da proteção possessória. Leituras complementares de Direito Civil. Cristiano C. de Farias (Coord.). Ed. Jus Podium, 2007, p. 271. Destaques nossos.

⁴² COMPARATO. Fabio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria da propriedade. Revisto do Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 3, p. 97.

Lei 601 de 1850 – estabeleceu que no caso de ações possessórias 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, intimando-se o Ministério Público e se envolver pessoas hipossuficientes economicamente, será necessária a intimação da Defensoria Pública.

Cuidou o dispositivo das chamadas demandas coletivas da posse, qualificação a ser preenchida no caso concreto em razão da utilização de conceitos jurídicos indeterminados tais como “grande número de pessoas” e “pessoas em situação de hipossuficiência econômica” adotando sistemática semelhante ao Código Civil de 2002 nos §§ 4º e 5º do art. 1228 hipótese chamada por alguns autores de: usucapião expropriatório, usucapião social, desapropriação privada, desapropriação judicial, exceção de não funcionalização social do domínio.⁴³

As demandas coletivas da posse trazem para a temática da posse o drama social vivido em geral nas grandes cidades, por pessoas que buscam por um espaço que lhe sirva de abrigo quiçá de moradia e demanda maior atenção do interprete e do operador como se verá a seguir.

Para além do aspecto de natureza processual – como realizar a citação nas demandas que envolver um considerável número de pessoas e de uma primeira impressão que tenha como pano de fundo mais uma modalidade de proteção da propriedade, possibilitando o autor da ação possessória, que neste tipo de demanda invariavelmente é o proprietário e muita das vezes personalizado em grandes empresas, algumas simplesmente na condição de investidoras do mercado imobiliário e outras com propriedades que servem ou já serviram ao desenvolvimento de atividades do agronegócio e de atividades empresarias urbanas, a estar seguro que logrará identificar todos os “invasores” e citá-los de um jeito ou de outro para que nenhum deles possa alegar o princípio da relatividade dos efeitos de uma decisão judicial ou talvez, uma regra para reprimir os movimentos organizados que lutam pela terra rural (MST e outras entidades) ou pela moradia urbana (MTST – movimento dos trabalhadores sem teto).⁴⁴

Não creio que tenha o dispositivo, tais objetivos, em especial porque se assim fosse teria determinado, por. ex. a citação do líder da “invasão” porquê de um modo geral tem um líder (que por vezes é indiciado ou preso), mas deve-se atentar, contudo, que na grande maioria da tomada da posse terra - urbana ou rural, por movimentos organizados estes tem objetivo de criar um fato

⁴³ A respeito deste dispositivo consulte: A função social da posse no Código Civil. TORRES, M. A. de A. e Mota, Mauricio J. P., in *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Coord. Mauricio Mota e Marcos Alcino Torres, Ed. Elsevier, 2009, p. 41/46.

⁴⁴ Sobre estes movimentos sociais, consulte José Carlos Garcia. *De Sem-Rosto a Cidadão: A luta pelo reconhecimento dos Sem-Terra como sujeitos no ambiente constitucional brasileiro*. Editora Lumen Juris, 1999.

político para atrair a atenção da sociedade e das autoridades que a representam para a necessidade de desapropriar terras no campo para os trabalhadores rurais ou para construção de moradia para os habitantes das cidades que não tem teto. Esses movimentos, salvo raras exceções, não desejam a continuidade da situação possessória na área invadida.

Contudo, outros grupos não são organizados assim e premidos pela necessidade em comum dos membros do grupo, procuram agir de modo conjunto objetivando sim a posse de determinada parte do solo urbano ou rural com finalidades mais duradouras como a moradia e o cultivo. É desses grupos, creio, que o dispositivo em referência resolveu conceder destacada atenção.

No entanto o dispositivo acima referido traz um aspecto muito importante e que reclama uma leitura atenta para além do texto, isto é, para uma leitura sistemática da nova ordem processual introduzida pelo código de processo civil de 2015, por força da inserção de padrões axiológicos de interpretação. Há então como pano de fundo uma questão social prévia a ser considerada antes de qualquer juízo de conteúdo jurídico.

Assim, ainda que inserido no capítulo das ações possessórias, num primeiro momento deve-se abstrair da questão possessória para atingir a finalidade implícita contida no referido dispositivo, a proteção das pessoas envolvidas no conflito coletivo. É uma disputa entre um direito de cunho patrimonial e um direito à vida e a segurança jurídica. Por certo, que a questão patrimonial é de somenos importância nesta situação. Somente deve ser considerada ao final da demanda, se for ela merecedora de tutela, conforme já exposto ao longo deste texto.

Deve-se então primeiro atentar (ainda que não se possa afirmar que tenha sido este o objetivo do legislador), qual a interpretação que melhor se adequa ao caso analisado cotejando os princípios constitucionais aplicáveis à situação, inseridos que foram na dogmática processual pela porta de seu artigo 1º. Não será necessário, então, investigar num primeiro momento se está o magistrado diante de uma situação na qual o (s) autor(es) tinham posse e a perderam pelo ato dos réus ou se já houve aquisição da posse pelos réus ou se há da parte destes mera detenção independente⁴⁵ que não é digna de tutela possessória já que de que posse não se trata.

⁴⁵ A detenção, como se sabe, pode ser subordinada ou dependente como nas hipóteses indicadas do art. 1.198 do CC que é aquele que mantém relação jurídica com o titular da posse e cumpre ordens dele e, detentor independente, que é aquele que tem a detenção da coisa desvinculado de qualquer relação jurídica com o titular do direito sobre a coisa e que mantém a condição de detentor enquanto não se converter em posse a detenção que exerce sobre a coisa, como nos casos da parte final do art.1.208 do CC, enquanto não cessar a violência e a clandestinidade.

Primeiro ponto a ser examinado pelo juiz é qual impacto fático-social sua decisão liminar de reintegração (porque na ação de manutenção só há ameaça da posse e em princípio não haverá impacto numa decisão de manutenção, porque pressupõe que o autor esteja na posse) poderá causar, considerando o número de pessoas envolvidas na situação e as peculiaridades dos componentes do grupo (homens, mulheres, crianças, idosos, condição de saúde, perfil social e econômico e outros elementos dignos de atenção), levando-se em consideração que a experiência indica que tais reintegrações são essencialmente traumáticas para as pessoas, com risco de dano a integridade, inclusive daqueles que representam o estado na execução da medida judicialmente determinada.

Isso porque a escassez de moradia para a população de baixa renda, que são na quase totalidade os réus das demandas coletivas de posse, é algo patente e que apesar dos esforços dos governos e entidades, parece infindável. Segundo registro de João Whitaker com base em pesquisas realizadas por instituições brasileiras, nas grandes metrópoles tem em média entre 40 a 50% de sua população vivendo na “informalidade urbana” (favelas, cortiços e loteamentos clandestinos configurando uma “inadequação físico-construtiva e ambiental da habitação e/ou entorno” aliados “a ilegalidade da posse ou do contrato de uso”).⁴⁶

Por certo que esse problema não é só nosso. Registra Antonio Marchezan Ferreira com base em dados coletados em Geoffrey Payne e Alan Durand-Lasserve, que evidências não empíricas sugerem que 30 a 50% da população urbana “dos países em desenvolvimento não possuem qualquer título que ateste a segurança de sua posse, ou seja, os moradores vivem majoritariamente sob um informal sistema de posse – que se traduz em ocupação de terra e/ou moradias ilegais, quase-legais, toleradas ou legitimadas” e que um levantamento realizado pelo Centro de Direitos da Habitação e Despejos (Centre on Housing Rights and Evictions – COHRE) os despejos forçados afetaram mais de 18 milhões de pessoas entre os anos de 1998 a 2008.⁴⁷

Enquanto se discute se às necessidades vitais e a satisfação delas configura direito do homem, o espaço físico terra vai sendo ocupado por apropriação sem outro limite “que não o da capacidade econômica aquisitiva de qualquer proprietário, o que demonstra enorme desproporção

⁴⁶ FERREIRA, João Sette Whitaker. A cidade para poucos: Breve história da propriedade urbana no Brasil. Anais do Simpósio “Interfaces das representações urbanas em tempos de globalização”, UNESP Bauru e SESC Bauru, 21 a 26 de agosto 2005, p.1, apud FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. Tutela possessória e a remoção forçada de grupos vulneráveis e famílias de baixa renda, in Revista Eletrônica de D. Proc. Civil, p. 84.

⁴⁷ FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. Tutela possessória e a remoção forçada de grupos vulneráveis e famílias de baixa renda. Revista Eletrônica de D. Processual – REDP, vol. XIV, p. 84.

existente entre o poder do mercado de terras e o poder normativo das necessidades dos não-proprietários”⁴⁸.

Segundo o registro de Regina Carvalho, na questão da terra urbana tem prevalecido o interesse de setores mais capitalizados e das classes sociais mais poderosas, que fazem valer suas propostas, controles e mecanismos discriminatórios e, a falta de intervenção adequada do Estado, reflete em “elitização crescente de certas áreas da cidade e em expulsão e periferização das classes e rendas mais baixas”, sendo a cidade movida pelo lucro, isto é, a produção do espaço urbano se orienta pela “disputa intercapitalista para apropriação do sobre lucro gerado na construção da terra urbanizada ou na mudança de uso, por parte dos que mais lucram com a produção do espaço urbano, o circuito imobiliário”⁴⁹.

Num passado, não muito distante (tomando como padrão a história de um povo), a cidade do Rio de Janeiro, recebeu após a abolição da escravidão um fluxo de escravos que encontra no seio da cidade um contingente de imigrantes europeus, igualmente expulsos do campo, todos à procura de trabalho, formando uma abundante oferta de trabalho para o emergente setor da econômica urbana, provocando um aumento da demanda por habitação, num espaço urbano bastante limitado.⁵⁰

Essa realidade parece não ter mudado muito apesar de esforços de governos (nas três esferas de poder) e entidades que auxiliam na questão regularização do apossamento da terra por pessoas de baixa renda como a experiência registrada por Paulo Castro no livro “O galo cantou” relativa à comunidade do Cantagalo, localizada no entorno de Copacabana, Ipanema e Leblon, zonas nobres na cidade do Rio de Janeiro.⁵¹

⁴⁸ ALFONSIN, Jacques Távora. A Força Normativa das necessidades frente ao Direito de Propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: Questões Agrárias. Julgados comentados e Pareceres. Org. Juvelino J. Strozake. SP: Editora Método, 2002, p. 16.

⁴⁹ CARVALHO, Regina Maura R. de. A Expansão de Favelas na Cidade do Rio de Janeiro-Década de 80. 1996. Dissertação de Mestrado. IPPUR. RJ: 1996, p. 77/78.

⁵⁰ PECHMAN, Robert Moses. A Gênese do Mercado Urbano de Terras, a Produção de Moradias e a Formação dos Subúrbios no Rio de Janeiro. 1985. Dissertação de Mestrado em Ciências. UFRJ, RJ, 1985, p. 21/22.

⁵¹ CASTRO. Paulo Rabello de. O galo cantou: a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo. Rio de Janeiro. Record. 2011. O livro narra a experiência do Instituto Atlântico auxiliando a comunidade para obtenção de títulos de propriedade dos imóveis que ocupava. Consultem ainda “A cidade da Informalidade – o desafio das cidades latino-americanas. Org. Pedro Abramo. Faperj, RJ, 2003; O Espaço no fim de Século – a nova raridade - org. Amélia Luisa Damiani, Ana Fani Alessandri Carlos, Odette Carvalho de L. Seabra. Editora Contexto – 2001; Desigualdades e Segregação da Metrópole: o Rio de Janeiro em tempo de crise. Ed. Revan, 2000 de Luciana Corrêa Lago.

Em recentes matérias dos jornalistas Maria E. Alves e Rafael Galdo o jornal O Globo publicou uma terceira matéria na série de reportagens publicadas sob o título “Os Miseráveis”, um retrato de nossa realidade atual, noticiando com base em pesquisas realizadas por entidades de considerável respeito que no Brasil cerca de 5,5% da população estão na condição de miseráveis, sendo 10,94% na Região Nordeste, 8,32% na Região Norte, 2,85% na Região Sudeste, 2,58% na Região Centro-Oeste e 2,26% na Região Sul. No Estado do Rio de Janeiro, cerca de 565.135 pessoas esperam sair da condição de miseráveis para alcançarem a condição de pobres e correspondem segundo dados do Ipea a cerca de 3,77% da população do estado que daria para encher a cidade de Niterói que já foi capital do estado.⁵² Noutra matéria sob o mesmo título, mas com enfoque na cidade do Rio de Janeiro, noticiam que favelas crescem dentro favelas, como bolsões de extrema pobreza, num total de cerca de 178.815 cariocas, cerca de 2,8% da população, como os habitantes da comunidade chamada de Caranguejo, onde predominam barracos de madeira, casas de pau a pique na parte mais alta do Pavão-Pavãozinho, cerca de 780 degraus morro acima, alguns não possuindo sequer banheiro em suas moradias.⁵³

Por outro lado, o prefeito da cidade do Rio de Janeiro concede entrevista afirmando ser um péssimo exemplo outorgar concessão de uso em favela. Tal crítica surgira porque em razão das faraônicas obras que estão sendo realizadas na cidade a comunidade conhecida como Vila Autódromo (nome dado por se localizar próximo ao ex-autódromo de Jacarepaguá) estava no caminho de uma destas obras e foi necessário remover o obstáculo à continuação das obras, mas tendo em vista que alguns moradores e outros que não eram de baixa renda tinham concessão de uso de áreas públicas, o município teve que indenizá-los (indenização devida ainda que não tivesse título pela existência da posse dos moradores), sendo que obviamente alguns poucos exploraram atividades que não se confundem com a necessidade da moradia como hangares para helicópteros cuja a indenização a esses usuários ficou elevada, segundo notícia publicada, haja vista que 33 deles receberam indenização acima de R\$1.000,000,00 (hum milhão de reais), já tendo o município liberado para pagamento de tais indenizações cerca de R\$95.000.000,00 (noventa e cinco milhões).⁵⁴

É óbvio que esses altos valores não se destinaram aos moradores, na sua grande maioria de baixa renda. Isso se afirma, porque alguns que não saíram do local foram forçados a sair em

⁵² O Globo de 31.05.2015, parte Rio, p. 28.

⁵³ AMORIM, Bruno. O Globo. RJ, p. 8 de 02 de jun de 2015, parte Rio.

⁵⁴ Idem. O Globo. RJ, p. 11 de 15 de maio de 2015, parte Rio.

cumprimento de decisão do juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital, gerando um confronto, uma vez que os moradores sustentam que a verba depositada não lhes permite adquirir outra moradia, tendo este confronto sido noticiado com a epígrafe: “Reintegração de posse na Vila Autódromo termina em confronto”, com nove feridos entre moradores e guardas municipais. A publicação também informa que a Defensoria Pública na pessoa do Defensor Público João Helvécio que participara desde cedo das negociações, mas que, devido ao insucesso dessas, logrou obter no sistema de plantão judiciário a suspensão da execução da medida de despejo, assegurando que por lei a área onde estavam os moradores resistentes foi destinada a construção de moradias.⁵⁵ Na mesma semana houve uma invasão da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ por moradores que estavam sendo despejados na chamada Favela do Metrô pelos mesmos fundamentos – obras do município, em protesto ao despejo, resultando num quebra-quebra que se tornou público nas mídias sociais em razão de alunos darem apoio as pessoas que estariam sendo despejadas, obtendo também a Defensoria Pública a suspensão da medida por decisão da Des. Claudia Cardinali.⁵⁶

Por certo que a desapropriação lato sensu é uma forma admitida pelo sistema para em nome do interesse público ou social afastar o direito subjetivo do cidadão ao bem de sua titularidade ou posse mediante o pagamento de indenização. Contudo, como se sabe, o pagamento da indenização ocorrerá muito tempo depois da imissão na posse do bem e, de um modo geral, a o valor ofertado não condiz com o valor real do direito expropriado, o que vem sendo corrigido pela jurisprudência ao determinar que o depósito que permite a imissão na posse seja realizado no valor real do bem. As pessoas de condição financeira, que em regra tem a propriedade, dispõem de um lugar para ir e quando tem notícia do ato de desapropriação já iniciam a busca de um novo lugar, mas os de baixa renda, que normalmente tem somente a posse do imóvel que lhe serve de abrigo, trabalham próximos em subempregos e não gozam da mesma facilidade, daí os conflitos coletivos pela posse da terra.

O magistrado não é um cidadão isolado como na fábula de Robinson Crusoe. É um cidadão como outro qualquer, talhado em razão de estudos para dirimir conflitos originados no grupo social e como membro deste mesmo grupo social, deve estar antenado nas circunstâncias sociais que estão à sua volta, como que numa dialética constante entre o jurídico, o social e o justo, ainda que se tenha em mente a observação de Norberto Bobbio de que “o problema fundamental

⁵⁵ FRANÇA, Renan. O Globo. RJ, p. 13 de 04 de jun de 2015, parte Rio.

⁵⁶ AMORIM. Bruno. O Globo. RJ p. 12, de 30 de maio de 2015, parte Rio.

em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas de protegê-lo. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁵⁷.

Não há dúvida assim que o valor justiça deve ser alçado, servindo o processo como instrumento para atingir tal finalidade. Veja-se a propósito a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade da norma que contém no presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça.⁵⁸

A este respeito colhe-se ainda em Antonio Carlos Wolkmer:

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa.⁵⁹

DO PROCESSAMENTO DAS DEMANDAS COLETIVAS DA POSSE

Pode-se tomar como parâmetro de identificação dos conflitos coletivos da posse no que diz respeito a imóveis urbanos, a noção de conflito fundiário contida no art. 3º da Resolução Recomenda nº 87 do CONCIDADES editada com objetivo de política nacional de prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos. Neste sentido conflito fundiário urbano é a “disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade”.

Para adaptar tal noção às terras rurais é suficiente substituir a expressa cidade pelo campo, considerando que em regra o trabalhador rural, utiliza a terra para atender à necessidade de moradia do grupo familiar e para subsistência do mesmo grupo.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. UNB, 2000, Trad. de Carlos Nelson Coutinho, p. 24

⁵⁸ DINAMARCO. Candido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, Ed. R. dos Tribunais, 1987, p. 421/422

⁵⁹ WOLKMER. Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito, Editora Revista dos Tribunais. 4ª. edição, 2003, p. 188.

Neste ponto, melhor solução teria sido o legislador ter fixado de plano, a obrigatoriedade de uma audiência especial de conciliação com a participação dos órgãos indicados no § 1º - Ministério Público (a atuação deste órgão já estava prevista pelo inc. III do art. 82 do CPC/73 com redação dada pela Lei 9.415/96) e Defensoria Pública e de órgãos dos tribunais locais que atuam na área de mediação, para se for razoável instaurar um procedimento de mediação,⁶⁰ além da convocação de agentes políticos do executivo municipal, estadual e conforme o caso até Federal, mas estes últimos com objetivo de tomarem conhecimento da situação e se caso com a indicação de local apropriado ou o pagamento de auxílio financeiro à moradia (aluguel social).

A preocupação do magistrado nestes atos não deve ser com a celeridade e efetividade de sua decisão, ainda que, conforme salienta Dierle Nunes, o discurso de boa parte dos estudiosos do sistema processual se preocupe mais com as questões de sua eficiência do que com as referentes à legitimidade, não se podendo olvidar que ambas as questões são “nuances importantíssimas para a temática processual, quando se busca a aplicação do direito a partir de uma perspectiva democrática e constitucional, uma vez que ambas são complementares e interdependentes”.⁶¹

Conforme o magistério de Calmon de Passos não se pode pugnar “pela efetividade do processo como se ela fosse um ‘fim’ bem determinado e valioso a ser alcançado”. A questão prévia a ser definida é:

Qual é a função social do processo, o seu valor. Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito”, logrando-se aparentemente pacificação social “péssimo modo de se dizer, pois em verdade e que há a sujeição do vencido mediante a chamada violência simbólica, não necessariamente o seu convencimento, que pacificaria, pouco importando a que preço e com quais consequências essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação⁶².

Por outro lado, a tão esperada “flexibilização procedimental”⁶³ constante do projeto do novo código de processo civil, não foi aprovada nos termos propostos, mas sim timidamente. No

⁶⁰O Tribunal de Justiça do E. do Rio de Janeiro, criou em 2009 pela Res. 19 do OE alterada pelas Res. 23/2011, 16/2014 o NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflito presidido atualmente pelo Des. Cesar F. Cury.

⁶¹ NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. Revista de Processo, SP, ano 35, vol. 184, 2010, p. 110)

⁶² PASSOS, J.J. Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set/out. 1999, p. 35.

⁶³ A respeito do tema confira-se Fernando da Fonseca Gajardoni in a Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em material processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. SP, Atlas, 2008 (coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona).

projeto a redação do inciso V do art. 107 permitia ao juiz adequar as fases e atos processuais ao caso em exame:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.⁶⁴

No entanto, o art. 139 do novo código de processo civil que substituiu o referido artigo 107 do projeto, no inciso VI, que guarda um pouco do sentido de flexibilização procedimental apenas permite ao juiz dilatar os prazos e alterar a ordem de produção de provas, adequando-as às necessidades do conflito, mas sempre no viés da efetividade, está objeto de crítica de Calmon de Passos acima transcrita. Neste passo vale transcrever a crítica de Francis Noblat e Delton Meirelles:

Contudo, em razão de como fora disciplinado no Anteprojeto – a Flexibilização Procedimental como “poder do juiz” –, durante o trâmite do Projeto no Senado, o instituto foi suprimido do Código após seus dispositivos serem drasticamente alterados – reduzindo-se o antes poder de adaptar o procedimento, às simples possibilidades de “aumento de prazos e a inversão da produção do meios de prova.”⁶⁵

Em tema de demanda coletiva de posse a flexibilização procedimental certamente possibilitaria ao juiz diante da situação concreta, perceber com base nas regras de experiência comum e de sua experiência e preparo para o exercício da judicatura, adequar a situação procedimental para atender sua finalidade de instrumento de realização da paz social e de justiça.

Parte da crítica de Cassio Scarpinella Bueno a despeito do velho código ainda se mantém, salvo se o operador der uma leitura de acordo com os princípios constitucionais já referidos:

É bastante comum na prática do foro que as “ações possessórias” sejam propostas contra Movimentos Sociais que, como tais, invadem ou anunciam invasões de terras de norte a sul, leste a oeste do país.

O que cumpre destacar nessa sede a respeito da questão é que o sistema codificado não foi pensado e também não, pelo menos até o momento, modificado para tratar de tais situações. O Código, não por defeito seu, mas por representar uma época, uma ideologia e seus respectivos valores, não cuida de situações coletivas mas, apenas e tão somente individuais.⁶⁶

⁶⁴ BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Ato n. 379/2009. DOU, Brasília, DF, ano CXLVI, n. 189, 02.10.2009, seção 1, p. 29

⁶⁵ NOBLAT, Francis e MEIRELLES, Delton Ricardo S. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. Revista Eletrônica de D. Processual, vol. XIII, p. 205.

⁶⁶ BUENO. Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 2, tomo II, 3ª ed, Saraiva, 2014, p. 80, destaques no original.

De imediato, em especial porque não há, em regra, para o titular do direito de propriedade prejuízo algum no retardamento da solução judicial, uma vez, como já salientado, que a instaurar, como permite o inciso V do art. 139 parte final, procedimento de mediação, aproveitando-se da dicção contida no dispositivo: preferencialmente.

Para tanto a atuação da Defensoria Pública e demais órgãos que cuidam das políticas públicas de habitação deverão ter participação efetiva. O primeiro, sob pena de nulidade dos atos processuais praticados sem sua intervenção e os segundos para viabilizarem a celebração de ajustes entre as partes, quando for necessária a retirada das famílias para outro local.

Não se chegando a bom termo nos procedimentos de conciliação e mediação, então deverá o magistrado examinar os aspectos do direito material e processual envolvidos na situação como acima assinalado: qual direito merece a tutela garantida pela constituição a posse ou a propriedade? Qual deles cumpre ou visa cumprir a função social estabelecida na constituição? Para, então, só após decidir e certamente se observados estes parâmetros sua decisão, superada a questão social e política, atenderá aos fins do processo e da justiça.

CONCLUSÃO

Do que se viu a atuação da defensoria pública em todas as demandas possessórias já é uma constante importante na nossa realidade jurídica e digna de ampliação, como fez agora o novo código determinando sua intimação, que deve anteceder, sob pena de nulidade, a qualquer decisão liminar a ser proferida nas demandas possessórias coletivas.

Por outro lado, nas demandas coletivas, deverá o juiz preferencialmente instaurar procedimento de mediação, considerando que, como salientado ao longo do texto, a instalação de pessoas que necessitam de moradia (urbana ou rural) normalmente se dá em imóvel que não está cumprindo qualquer função social e, portanto, qualquer “retardamento” do exame judicial monocrático, não trará qualquer implicação para o titular do domínio, eis que já não desfrutava economicamente do bem objeto de seu direito.

Por fim, seja nas demandas individuais seja nas demandas coletivas da posse (estas certamente com maior repercussão social) há um pressuposto implícito a ser considerado pelo magistrado de fundamental (no sentido comum e no sentido técnico) importância, a prova prévia de cumprimento da função social da propriedade. Não havendo essa prova pré-constituída ou em

decorrência de audiência prévia de justificação, não se pode deferir proteção possessória ao autor da ação, sob pena de assim fazê-lo proferir decisão que fere frontalmente a Constituição Federal, passível de cassação monocrática pela instancia de segundo grau.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.

ALFONSIN, Jacques Távora. A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: **Questões Agrárias**. Julgados comentados e pareceres. Org. Juvelino J. Strozake. São Paulo: Método, 2002.

_____. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

ALVES. Jose Carlos Moreira Alves. **Posse**. Estudo dogmático. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ASCENSÃO. Jose de O. **Direito civil**. Reais, 4. Ed, Coimbra: Coimbra Editora Ltda.

BARRETO, Vicente. **Interpretação constitucional e Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: volume 203, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEVILAQUA. Clovis. **Direito das coisas**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 2, tomo II, 3ª ed, Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Regina Maura R. de. **A expansão de favelas na cidade do Rio de Janeiro -Década de 80. 1996**. Dissertação de Mestrado. IPPUR. RJ: 1996.

CASTRO. Paulo Rabello de. **O galo cantou: a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo**. Rio de Janeiro. Record. 2011.

COMPARATO. Fabio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria da propriedade**. Revisto do Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 3.

FREITAS. Augusto Teixeira. **Consolidação das Leis Civis**, 3ª edição, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896.

_____. **Código Civil**. Esboço. Min. da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

DINAMARCO. Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, Ed. R. dos Tribunais, 1987.

FACHIN, Luiz Edson. **O estatuto constitucional da proteção possessória**. Leituras complementares de Direito Civil. Cristiano C. de Farias (Coord.). Ed. Jus Podium, 2007.

_____. **Terras Devolutas e a Questão Agrária**. RT 628, 1988.

FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. **Tutela possessória e a remoção forçada de grupos vulneráveis e famílias de baixa renda**. Revista Eletrônica de D. Processual – REDP, vol. XIV.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. In: **A flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em material processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. SP, Atlas, 2008 coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona.

GAMA. Guilherme Calmon N. da. **Direitos reais**. Atlas, 2011.

GARCIA. José Carlos. **De Sem-Rosto a Cidadão: A luta pelo reconhecimento dos Sem-Terra como sujeitos no ambiente constitucional brasileiro**. Editora Lumen Juris, 1999.

GIL, Antonio Hernandez. **La posesión como institución jurídica y social**. Madri: Espasa Calpe, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2ª ed., Editora R.T., 1991.

JUNIOR, Fredie Didier. **A função social da propriedade e a tutela processual da posse**. Revista de Processo 2008 – Repró 161, p. 9-20.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Posse e propriedade**. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 3ª edição, SP, 1988.

LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica**. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

MARÉS, Carlos F. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. SP, Revista dos Tribunais, 2004.

MELO, Guillermo Benevides. **La función social de la propiedad en la Constitución y el la ley**. Revista de Derecho y Reforma Agrária do Inst. Latinoamericano de derecho agrario nº 18, 1988.

MELO, Marco Aurélio B. de. **Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia**. Ed. Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito das coisas**. Atlas, 2015.

NOBLAT, Francis e MEIRELLES, Delton Ricardo S. **De “poder do juiz” a “convenção das partes”**: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. Revista Eletrônica de D. Processual, vol. XIII.

NUNES, Dierle. **Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade**. Revista de Processo, SP, ano 35, vol. 184, 2010.

PAPANO, Kiper, Dillon e Causse. **Derechos reales**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Cidadania e efetividade do processo**. Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set/out. 1999.

PECHMAN, Robert Moses. **A gênese do mercado urbano de terras, a produção de moradias e a formação dos subúrbios no Rio de Janeiro**. 1985. Dissertação de Mestrado em Ciências. UFRJ, RJ, 1985.

PEIXOTO. Jose Carlos Matos. **Corpus e animus na posse em direito romano**. Typ. Jornal do Commercio, 1936.

PEREIRA, Lafayette R. **Direito das coisas**. Livraria Freitas Bastos S.A., 6ª ed, 1956.

PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Direitos reais. 20ª ed, Forense, 2009, atualizada por Carlos Edison do R. Monteiro Filho.

PEREIRA. Marlene de Paula. **Releituras da teoria possessória**: da posse como projeção do direito de propriedade a um instituto autônomo e transformador da realidade social. in Transformações do direito de Propriedade Privada, Coord. Mauricio Mota e Marcos A. Torres, Ed. Elsevier, 2009.

PIPES. Richard. **Propriedade e liberdade**. SP/RJ: Editora Record, trad. de Luiz Guilherme B. Chaves, Carlos Humberto P. D. da Fonseca, 2001.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**, 2ª ed., SP, Saraiva, 1999.

RODRIGUES. Manuel. **A Posse**. Estudo de Direito Civil Português, Almedina, Coimbra, 1996.

RUSCHEL, Ruy Ruben. **Repensar o Direito das Coisas. Direito Constitucional em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1ª ed. 1997.

TORRES, Marcos Alcino de A. **A Propriedade e a Posse**. Um confronto em torno da Função Social. Lumen Juris Editora, 2ª ed., 2008.

_____. **Impacto das novas ideias na dogmática do Direito de Propriedade**. A multiplicidade dominial, in Transformações do Direito de Propriedade Privada, Coord. Mauricio Mota e Marcos A. Torres, Ed. Elsevier, 2009.

TORRES, M. A. de A. e Mota, Mauricio J. P. A função social da posse no Código Civil, in **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Coord. Mauricio Mota e Marcos Alcino Torres, Ed. Elsevier, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Conhecimento e Política**. RJ: Trad. de Edyla Mangabeira Unger. Forense, 1978.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**, Editora Revista dos Tribunais. 4ª. edição, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil**, Revista Direito e Democracia, vol. 5, n. 1, 2004.

Jornais

O Globo de 02.06.2015, parte Rio, p. 8, por Bruno Amorim

O Globo de 04.06.2015, parte Rio, p. 13, por Renan França

O Globo de 15.05.2015, parte Rio, p. 11, por Bruno Amorim

O Globo de 30.05.2015, parte Rio, p. 12, por Bruno Amorim

O Globo de 31.05.2015, parte Rio, p. 28, por Bruno Amorim.

Jurisprudência

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

BRASIL. STJ no REsp. 327214 PR, 4ª Turma, julgado em 04.09.2003.

Códigos

Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Const. Federal. Ed Saraiva 2007.

Trabalho enviado em 22 de outubro de 2015.

Aceito em 29 de outubro de 2015.