

# O ASSALTO COLETIVISTA ÀS INSTITUIÇÕES DO DIREITO PRIVADO E A AMEAÇA À AUTONOMIA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

*Vandir Pereira de Souza*

Estudante do curso de pós-graduação *lato sensu* – especialização em Direito público - da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.  
Técnico administrativo do Ministério Público de Pernambuco.

**RESUMO:** O presente estudo consiste numa análise crítica acerca dos alegados reflexos do princípio da função social da propriedade, albergado no art. 5º, inc. XXIII da Constituição Federal, sobre a natureza e operacionalidade dos interditos possessórios, disciplinados pelo art. 920 e ss. do Código de Processo Civil. Após uma breve notícia histórica sobre o desenvolvimento do princípio da função social da propriedade, segue-se a exposição dos argumentos da corrente doutrinária neoconstitucionalista, favorável a reformulação da natureza especial dos interditos - determinada, segundo os expoentes da corrente, pela consagração do princípio da função social -, e o clássico pensamento civilista, favorável à preservação da natureza especial dos interditos. Concluída a etapa expositiva, apresenta-se o segmento conclusivo, favorável à moldura tradicional dos instrumentos de proteção possessória.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A ascensão da doutrina da função social e a publicação do regime jurídico da propriedade privada. 2. As repercussões do princípio da função social da propriedade sobre o fenômeno possessório e seus meios de proteção. Conclusão. Bibliografia

## INTRODUÇÃO

No curso desses vinte anos de instituição do Estado Democrático de Direito, a sociedade brasileira testemunhou um processo de transmutação em alguns dos mais tradicionais institutos do Direito Privado. O elevado conteúdo social embutido na Constituição Federal promulgada em 1988

mitigou a clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, sujeitando, em tese, o princípio da autonomia da vontade - e os institutos jurídicos derivados - à realização do bem-estar coletivo. Esse fenômeno vem sendo identificado como *constitucionalização do Direito Civil*.

Em alguns segmentos do Direito Civil esse movimento em direção à retração do valor da autonomia privada em favor do bem comum apresenta-se mais nitidamente. Em outros, a transformação se mostra mais discreta. Na seara do *direito das coisas*, a *propriedade* foi o principal alvo da *constitucionalização*. O princípio da função social da propriedade, expresso no artigo 5º, inc. XXIII da Carta Magna, alterou substancialmente a configuração do tradicionalíssimo direito de propriedade, eliminando uma de suas principais características originárias: seu caráter absoluto. Com a absorção da teoria da função social, a propriedade somente faz *jus* à proteção jurídica plena quando alinhada aos propósitos sociais da ordem constitucional. Em outras palavras, o ordenamento jurídico vigente confere ao Estado a prerrogativa de orientar a relação entre os particulares e seus bens.

O princípio da função social sujeitou o direito de propriedade - uma das mais características instituições do Direito Privado - às necessidades ditadas pela concepção social coletivista, predominante no texto constitucional. Entretanto, para parcela significativa da doutrina constitucionalista, a relativização do direito de propriedade não é suficiente; as propostas social coletivistas apontam agora para o instituto *posse*, mas precisamente, para os mecanismos de proteção possessória.

Este artigo dedicar-se-á à análise do embate acadêmico entre a doutrina civilista tradicional, defensora da clássica concepção autônoma dos interditos possessórios, e a doutrina constitucional coletivista contemporânea, comprometida com a proposta de sujeição do instituto ao primado da função social.

## **1. A ASCENSÃO DA DOUTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL E A PUBLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE PRIVADA**

Ao longo do século XX, a dimensão da propriedade enquanto instituto jurídico foi transformada pela ascensão da doutrina da função social da

propriedade<sup>1</sup>. A ideia de sujeição do interesse particular ao bem-estar coletivo – alicerce da teoria da função social – desenvolve-se na fase de transição entre o modelo político liberal clássico e o modelo social contemporâneo, quando o Estado é chamado a mediar as relações entre as classes sociais, particularmente, entre a burguesia industrial e a classe operária. Essa concepção é sintetizada no conhecido vocábulo *função social*<sup>2</sup>; assim, os principais institutos do Direito Privado, até então orientados unicamente pelo respeito à autonomia privada, viram-se limitados pelo requisito do atendimento a seus pretensos fins sociais. Surgem então conceitos como *função social da propriedade*, *função social dos contratos* e *função social da empresa*, dentre outros.

O princípio da função social da propriedade foi integrado à ordem jurídica brasileira pela Constituição de 1946<sup>3</sup>; sobreviveu mais ou menos incólume às transformações políticas desenroladas nas décadas seguintes, até ser consagrada na Carta Política de 1988. O texto constitucional vigente inclui o princípio da função social da propriedade no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos<sup>4</sup>, além de elevá-lo à condição de princípio informador da ordem econômica<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> O jurista francês Leon Duguit foi o mais conhecido precursor da doutrina da função social da propriedade. Na passagem transcrita adiante, o autor expõe o cerne da teoria: “A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.” *Apud* GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 126.

<sup>2</sup> Muito oportuna a notícia histórica trazida por Waldyr Grisard Filho: “As revoluções burguesas, cada vez mais e profundamente explorando o proletariado, aumentando as desigualdades sociais, fizeram que se questionasse a propriedade privada pela formulação da noção de sua função social. O conceito nasce do acirramento das desigualdades sociais e da crescente consciência e reivindicação do povo por igualdade plena.” In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 235.

<sup>3</sup> O artigo 147 da Constituição de 1946 albergou o princípio da função social, nos seguintes termos: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, (...) promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

<sup>4</sup> CF: Art. 5º, inc. XXIII “a propriedade atenderá a sua função social;”

<sup>5</sup> CF: Art. 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade;”

A forte tradição patrimonialista brasileira sempre representou um obstáculo à concretização do princípio da função social da propriedade. Descontando-se algumas iniciativas voluntaristas e pouco frutíferas lançadas durante o governo do Presidente João Goulart (1961-1964), a aprovação do Estatuto da Terra, Lei Federal promulgada em 1964 – já sob a presidência do Marechal Castello Branco - constitui o primeiro esforço no sentido de instrumentalizar o princípio e aplicá-lo em escala. O estatuto lançou as bases do atual regime jurídico da propriedade privada, e inovou ao determinar, no plano específico da propriedade imobiliária rural, o significado da expressão *função social*<sup>6</sup>. A fórmula instituída pelo Estatuto da Terra foi transportada para a Constituição de 1988; o texto constitucional, assim como o estatuto, impõe ao proprietário rural o dever de obediência ao primado da função social, sob pena de cassação do direito de propriedade<sup>7</sup>.

No plano infraconstitucional, presencia-se uma marcha rumo à adaptação das normas civis às disposições constitucionais; a aprovação do novo Código Civil, em 2002, representou o ápice desse movimento. O antigo código, promulgado em 1916, fora concebido sob a égide do clássico ideário liberal – diametralmente oposto à matriz ideológica da Carta Magna atual -. Assim, o novo *codex* representou mais uma etapa no processo de submissão do Direito Privado à concepção jurídica coletivista impregnada no texto constitucional; como consequência, elementos normativos tipicamente publicistas foram incorporados a alguns dos institutos mais representativos do Direito Civil; a liberdade de contratar foi limitada pela

<sup>6</sup> Lei 4.504/64 – Estatuto da Terra: “Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

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

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

<sup>7</sup> CF: Art. 184. “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

“função social do contrato”<sup>8</sup> e o próprio direito de propriedade viu seu alcance reduzido<sup>9</sup>.

As hipóteses legais de embaraço ao direito de propriedade - e até mesmo de sua cassação por exercício incompatível com suas finalidades sociais - deram nova moldura institucional à propriedade. Nesse ponto, convergem civilistas e constitucionalistas. Contudo, as divergências afloram já no esforço para a conceituação da nova configuração jurídica da propriedade. De um modo geral, os expoentes da ótica civilista acentuam o caráter excepcional das hipóteses de embaraço e cassação do direito de propriedade, concebendo-as como componentes de um sistema estruturado de restrições destinado a coibir abusos. Por esse enfoque, a propriedade preserva sua essência e mantém a natureza de direito subjetivo<sup>10</sup>.

A visão constitucional coletivista é diametralmente oposta<sup>11</sup>. No

<sup>8</sup> CC. Art. 421 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

<sup>9</sup> CC. Art. 1.228, § 1º “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

<sup>10</sup> Morto no ano 2004, o jurista mineiro Caio Mário da Silva Pereira mantém-se como autor de referência em matéria de Direito Civil. Eis algumas de suas impressões sobre o atual regime jurídico da propriedade privada no Brasil: “A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece no *dominus* o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi et abutendi*. Mas é inegável também que essas facultades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em um instrumento de dominação. (...) Outros acreditam que aí se instaura uma tendência à “socialização” do direito ou socialização da propriedade, mas sem razão, porque a propriedade socializada tem características próprias e inconfundíveis com um regime em que o legislador imprime certas restrições à utilização das coisas em benefício do bem comum, sem, contudo, atingir a essência do direito subjetivo, nem subverter a ordem social e a ordem econômica.” *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84-85.

<sup>11</sup> Numa de suas obras mais conhecidas, José Afonso da Silva, um dos mais aclamados mestres do Direito Constitucional brasileiro, critica a concepção civilista: “Os juristas brasileiros, publicistas e privatistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerado direito real fundamental. Olvidam as regras do Direito Público, especialmente do Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas ‘no conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social’,

entender dos adeptos da corrente, o princípio da função social institui um novo regime de propriedade, fundado na primazia do interesse coletivo sobre o individual; nessa perspectiva, tipicamente coletivista, a propriedade pode até mesmo perder a condição de direito subjetivo<sup>12</sup>.

## 2. AS REPERCUSSÕES DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE SOBRE O FENÔMENO POSSESSÓRIO E SEUS MEIOS DE PROTEÇÃO

A controvérsia estabelecida em torno da definição do regime jurídico da propriedade privada aprofunda-se quando se adentra a discussão sobre as relações entre propriedade e posse, e por via de consequência, sobre a conveniência e juridicidade da submissão do reconhecimento do fenômeno possessório e seus efeitos jurídicos ao primado da função social. Este estudo não comporta incursões profundas nos infindáveis debates acadêmicos a respeito da caracterização jurídica da posse; entretanto, a compreensão do tema enfocado impõe uma breve visita a parâmetros conceituais básicos relacionados ao instituto, providência indispensável para o correto entendimento das relações entre posse e propriedade.

A etimologia jurídica contemporânea conceitua *posse* como: “relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica.”<sup>13</sup> Definições de conteúdo idêntico ou assemelhado, amplamente difundidas e aceitas tanto no âmbito da doutrina quanto na esfera jurisprudencial, têm respondido de modo satisfatório às eternas indagações acerca da natureza jurídica da posse, objeto de acalorados embates acadê-

---

isto é, mero conjunto de condições limitadoras.” *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271-272.

<sup>12</sup> Nas palavras de José Afonso da Silva: “A função social, assinala *Pedro Escribano Collado*, ‘introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo’, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e de sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. (...) Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico.” *Op cit*, p. 282-283.

<sup>13</sup> Definição extraída do *Pequeno dicionário jurídico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 267.

micos, dentre os quais destacou-se o célebre antagonismo entre as teorias subjetiva e objetiva, propostas respectivamente por *Savigny* e *Ihering*, caracterizado muito mais pela prolixidade do que pela efetividade<sup>14</sup>. A partir da base conceitual indicada nos dicionários jurídicos, vislumbra-se imediatamente a diferença fundamental entre *posse* e *propriedade*: esta consiste numa construção jurídico social, aquela constitui um estado fático natural preexistente, reconhecido pelo ordenamento jurídico<sup>15</sup>. Em síntese: posse é fato e propriedade é direito.

Na dinâmica das relações jurídicas pode-se vislumbrar uma infinidade de situações hipotéticas nas quais indivíduos podem titularizar um direito subjetivo à posse, não havendo nisso qualquer contradição com a definição do fenômeno possessório como um estado de fato. O direito ao exercício da posse, uma das prerrogativas do titular do direito de propriedade, não se confunde com a posse em si; o primeiro é postulado mediante ação petítória, processada em rito ordinário; a segunda é defendida – e não pleiteada – pela via própria dos interditos possessórios, instrumentos jurídico-processuais premiados com rito específico, privilegiado<sup>16</sup>. Em outras palavras, o direito de possuir não faz da posse um direito.

<sup>14</sup> Sábias as palavras de Caio Mário da Silva Pereira sobre o tema: “Hoje em dia, passada a fase polêmica, na qual a adoção de uma das posições era quase uma definição partidária, os escritores se convenceram de que as divergências teóricas não se manifestam em profundidade no plano prático, a ponto de surgirem soluções diferentes para problemas análogos. A oposição entre ambos {*Savigny* e *Ihering*} é mais aparente do que real. E já se considera discussão bizantina e estéril defender a submissão de tal sistema a qual corrente, porque, em puro rigor, as legislações não têm aceito extremamente, senão tolerando implicações recíprocas, quer o subjetivismo de *Savigny*, quer o objetivismo de *Ihering*...” *op cit*, p. 21-22.

<sup>15</sup> Em “Do contrato Social”, *Rousseau* descreveu o processo de conversão da propriedade natural (posse) em direito de propriedade: “Concebe-se como as terras dos particulares reunidas e contíguas se tornam território público e como o direito de soberania, estendendo-se dos súditos ao terreno por eles ocupado, se torna, ao mesmo tempo, pessoal e real, colocando os possuidores numa dependência ainda maior e fazendo de suas próprias forças as garantias de sua fidelidade. (...) O singular dessa alienação é que a comunidade, aceitando os bens dos particulares, longe de despojá-los, não faz senão assegurar-lhes a posse legítima, transformando a usurpação num direito legítimo, e a posse em propriedade.” *Apud* WEFFORT, Francisco (org.). *Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª Ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 225.

<sup>16</sup> A jurisprudência pátria há muito firmou-se nesse sentido: “...realmente, posse é fato. Fracasaram as tentativas de caracterizá-la como um direito, inclusive a de *Ihering*, líder da corrente. A própria doutrina germânica, de um modo geral, manteve-se fiel à idéia de ser posse um simples fato, independente de qualquer relação jurídica entre pessoa e coisa. A posse é estado de fato, em que acontece poder e não necessariamente ato de poder. Sem dúvida alguma, pode haver ‘direito de possuir’, ou direito a possuir, mas esse direito positivamente não é a posse, tanto que o titular daquele jus possidendi nem sempre é o possuidor.” TAC-RJ. AC nº 87.015. 5ª Câmara Cível. Rel. Anaudim de Freitas. Julgado em 04.05.1983.



Sem embargo da autonomia conceitual e das particularidades de cada um dos institutos, *posse* e *propriedade* possuem mais igualdades do que diferenças; tão grandes são as semelhanças e tantos são os pontos de identificação, que fora do ambiente jurídico quase não se percebe a diferença entre uma e outra<sup>17</sup>. Na esteira dessa aparente equivalência, desenvolve-se uma doutrina favorável à extensão à posse dos mesmos pressupostos de constituição e validade jurídica impostos à propriedade, incluindo-se aí, naturalmente, o primado da função social<sup>18</sup>. A tese da sujeição da posse ao princípio da função social tornou-se objeto de controvérsia acadêmica.

A relação de complementaridade entre propriedade e posse tem sido invocada como fundamento teórico dogmático de uma nova concepção sobre a natureza dos instrumentos de proteção possessória<sup>19</sup>. Há muito, o debate extrapolou os limites da academia e alcançou a atividade jurisdicional. Os

<sup>17</sup> Nas primeiras linhas da obra na qual sintetiza sua teoria sobre a posse, o imortal *Rudolf Von Jhering* lembra que o uso adequado das palavras posse e propriedade constitui capacidade própria dos estudiosos da ciência do Direito: “Um dos sinais característicos, pelo qual o jurista se distingue de qualquer outro homem, está na diferença radical que se estabelece entre as noções de posse e de propriedade. Na linguagem comum, emprega-se com frequência essas expressões como equivalentes. Fala-se de retenção, de restituição de propriedade, onde, na linguagem do jurista, se deveria falar de retenção ou restituição de posse. Fala-se de grandes posses territoriais, de posses, de fundos etc., quando se trata de propriedade, (...) Pode-se inferir desse hábito de linguagem, quão poucas diferenças se nota entre a propriedade e a posse, quanto à sua manifestação exterior na vida. E na realidade é assim mesmo.” *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005, p. 13.

<sup>18</sup> O respeitado constitucionalista Fábio Konder Comparato é um dos expoentes da doutrina: “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 às 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.” Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. In Juvelino J. Strozak (coord.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

<sup>19</sup> “Como se vê, tratando-se de conflito de natureza social, não há mais litígio implicando propriedade em que se possa exigir do proprietário, apenas o seu título aquisitivo. Nesse caso, para a prova da qualidade da propriedade (o que implica direito de usar, fruir e gozar, mais dever de atender à função social) não basta a exibição do título (propriedade oca), sem a prova de exação no cumprimento do dever (propriedade plena). (...) O que se diz das ações dominiais pode ser dito – *mutatis mutandis* – das ações possessórias, entendidas paralelamente às primeiras como *actiones utiles* de propriedade.” CUNHA, Sérgio Sérulo da. A nova proteção possessória. In Juvelino J. Strozak (coord.). *op cit*, p. 263.



litígios possessórios deflagrados pelas constantes invasões de propriedades rurais promovidas por movimentos sociais comprometidos com a causa da *reforma agrária* tornaram-se a arena central da disputa. Alguns tribunais pátrios têm acolhido a tese, incluindo o atendimento à função social da propriedade entre os requisitos indispensáveis ao deferimento de medidas liminares de reintegração de posse<sup>20</sup>. Entretanto, prevalece em nossos órgãos judiciais a concepção tradicional dos interditos possessórios, limitada ao fenômeno fático possessório e fiel à disciplina estabelecida no Código de Processo Civil<sup>21</sup>. No plano legislativo, multiplicam-se iniciativas objetivando adequar as regras atinentes à proteção possessória ao princípio da função social da propriedade<sup>22</sup>.

De um modo geral, a interdependência entre posse e propriedade - invocada pelos coletivistas como alicerce da *nova proteção possessória* - é aceita e até mesmo endossada pela doutrina civilista<sup>23</sup>. A discórdia

<sup>20</sup> Nesse sentido, já decidiu a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO - REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU - GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST - NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMÓVEL IMPRODUTIVO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 - NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL - REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA - IMPROVIMENTO. - Não havendo o agravante comprovado tratar-se seu imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88; - Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para a proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 927 do CPC." TJ-MG. AgIn nº 468.384-9. Quinta Câmara Cível. Rel. Hilda Teixeira da Costa. Julgado em 25.11.2004. DOE-MG 24.12.2004.

<sup>21</sup> Nesses termos, tem decidido, com maior frequência, a própria corte de justiça mineira: "EMENTA: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 927, DO CPC. COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DESNECESSIDADE. O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja, a desapropriação. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do artigo 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe." TJ-MG. AC nº 2.0000.00.477227-8/000(1). Nona Câmara Cível. Rel. Pedro Bernardes. Julgado em 01.08.2006. DOE-MG 16.09.2006.

<sup>22</sup> Tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei - PL 1.958/99 e PL 7.115/06, de autoria dos deputados Adão Preto e Maria Laura, respectivamente, propondo, entre outras alterações, o acréscimo de novo inciso ao artigo 927 do CPC, de modo a incluir a prévia comprovação do atendimento à função social da propriedade entre os requisitos para a concessão de medidas liminares de reintegração e manutenção de posse.

<sup>23</sup> Nessa linha, entende Maria Helena Diniz: "Pode-se aplicar o princípio de que o acessório segue

se estabelece quando a natureza especial dos mecanismos de proteção possessória é ameaçada. Na visão civilista clássica, a proteção à posse constitui meio de defesa da propriedade; a ordem jurídica presume a propriedade do possuidor, deixando para os eventuais insatisfeitos o ônus de provar, judicialmente, a ausência de base jurídica para o fato *posse*. Segundo essa linha, a disciplina especial das ações possessórias fundamenta-se na necessidade de preservar a ordem pública e a harmonia social, fundadas, em grande medida, nas relações de aparência de direito<sup>24</sup>. Por essa ótica, submeter a prerrogativa dos interditos possessórios à comprovação do atendimento à função social do bem implicaria em autorizar a solução, pelas vias de fato, de litígios essencialmente jurídicos.

Por fim, salienta-se no campo civilista a opção deliberada do legislador brasileiro em excluir dos litígios possessórios quaisquer discussões envolvendo domínio<sup>25</sup> – o que, obviamente, alcança o tema da função

---

o principal, sendo a propriedade o principal e a posse o acessório, já que não há propriedade sem a posse. Nada mais objetivo do que integrar a posse na mesma categoria jurídica da propriedade, dando ao possuidor a tutela jurídica. O nosso legislador andou bem em adotar a tese de *Jhering*, porque se não há propriedade sem posse, dar proteção a esta é proteger indiretamente aquela; se a propriedade é direito real, a posse também o é; se a posse for ofendida, ofende-se também o domínio, daí o motivo pelo qual se deve proteger a posse na defesa da propriedade.” *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 4 – direito das coisas. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53-54.

<sup>24</sup> Tratando da proteção possessória em sua origem romana, *Jhering* deixou a seguinte lição: “Em vez de prova da propriedade, que o proprietário deve apresentar quando reclama a coisa em mãos de um terceiro (reivindicatória), ser-lhe-á bastante a prova da posse, para com aquele que a arrebatou imediatamente. (...) Podemos, pois, designar o possuidor como *proprietário presuntivo* e compreende-se perfeitamente, por um lado, a razão por que o Direito Romano declarou essa presunção de propriedade. (...) suficiente contra o réu somente quando se trata de repelir os ataques à propriedade, e por outro lado, tanto quanto a coisa se ache em mãos de um terceiro e o réu, tendo em seu favor a presunção da propriedade, exija que tal presunção não se possa destruir senão pela propriedade. A ação possessória mostra-nos a propriedade na *defensiva* e a reivindicatória na *ofensiva*. Exigir da defensiva a prova da propriedade seria proclamar que todo indivíduo que não está em estado de demonstrar a prova de sua propriedade (...) acha-se fora da lei; dessa maneira qualquer pessoa poderia tirar-lhe a propriedade.” *op cit*, p. 32.

<sup>25</sup> Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira lembrava a recente opção do legislador pátrio em abolir a exceção de domínio da dinâmica das ações possessórias: “O Código de 1916, em seu art. 505, dispunha que: ‘não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.’ A segunda parte do dispositivo, cujo pressuposto era a *evidência do domínio*, (...) não mereceu acolhida no atual Código (art. 1.210, S 2º), que em boa hora, restituiu a coerência do sistema legal de tutela da posse, não mais transigindo com a *exceptio domini*. Volta o ordenamento a manter-se fiel à velha regra segundo a qual nada existe em comum entre posse e propriedade (...) vale dizer, o julgamento da posse não pode ser distorcido pela invocação da propriedade.” *op citi*, p. 70.

social da propriedade. Diante de tal opção, parece-lhes inapropriado e ilegítimo unir pela hermenêutica instituições separadas propositalmente pelo legislador.

## CONCLUSÃO

Com o devido respeito às respeitáveis opiniões em contrário, a proposta de uma *nova proteção possessória*, consistente na inclusão do atendimento à função social do objeto da posse entre os requisitos ao deferimento dos interditos possessórios, não se coaduna com o regime político e ordem sociojurídica brasileiras. Eis, em apertada síntese, as principais razões dessa incompatibilidade:

a) mesmo diante da inegável relação lógica entre posse e propriedade, o legislador pátrio optou conscientemente por separar os dois institutos na configuração dos interditos possessórios; assim, tratando o texto constitucional de “função social da propriedade” e o estatuto processual civil de “proteção à posse”, tem-se inviável a aplicação de uma a outra. A hermenêutica atua fundamentalmente nas imprecisões e lacunas legislativas; os hermeneutas carecem da legitimidade conferida pelo voto popular, não lhes sendo possível, obviamente, alterar, por sua conta, estruturas e instituições claramente construídas pelo legislador eleito;

b) mesmo admitindo-se – por mero exercício dialético – sua aplicação ao fenômeno possessório, convém esclarecer que o princípio da função social da propriedade tem natureza programática; trata-se de um princípio informador, e não de um direito subjetivo, não sendo nenhum pouco razoável invocá-lo como fundamento legitimador de ofensas à posse alheia;

c) ao acolher o princípio da função social da propriedade, a Constituição estabeleceu também os mecanismos para sua aplicação, confiados ao Poder Executivo – e não ao Poder Judiciário – e sujeitos ao princípio maior do devido processo legal;

d) incluir na dinâmica das ações possessórias a prévia apuração da harmonia entre o exercício da posse e os pretensos fins sociais de seu objeto enfraqueceria a tutela jurisdicional, incentivando a autotutela, na medida em que todos ver-se-iam no direito de ofender a posse alheia, apoiando-se em alegações de exercício incompatível com a função social da propriedade.

Pelas razões acima sintetizadas, a proposta de submissão dos mecanismos judiciais de proteção possessória à prévia comprovação do atendimento ao princípio da função social da propriedade constitui ameaça à paz social, devendo ser rechaçada pelos órgãos judiciais, em nome do Estado de Direito.

## **BIBLIOGRAFIA**

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. *In* Juvelino J. Strozak (coord.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A nova proteção possessória. *In* Juvelino J. Strozak (coord.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DE PEDRO, Antonio (ed.). *Pequeno dicionário jurídico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, Vol. 4 – direito das coisas. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

*JHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2005.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade: do direito de propriedade ao direito à propriedade. *In* RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

WEFFORT, Francisco. (org.). *Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª Ed. São Paulo: Ática, 2000.

## MEMÓRIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Generalíssimo – Cabendo ao Ministério que me foi confiado a importante tarefa de organizar um dos Poderes da União, e consultando os grandes interesses affectos à suprema direção do Governo Provisório, pareceu-me necessário submeter desde já à Vossa aprovação e assignatura o decreto que institue a Justiça Federal, de conformidade com o disposto na Constituição da República.

A proximidade da installação do Congresso constituinte, que poderia parecer em outras circumstancias um plausível motivo de adiamento, a fim de que lhe fosse submettido o exame de uma questão de tal magnitude, torna-se, entretanto, nesta situação, que é profundamente anormal, uma poderosa razão de urgência a aconselhar a adopção desta medida.

O principal, sinão o único intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem dúvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositários do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitiva constituídos os três principais órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rápido para a execução do programma do Governo Provisório no seu ponto culminante – a terminação do período dictatorial.

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.

Não se trata de tribunaes ordinários de justiça, com uma jurisdicção pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não

à Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.

E' a vontade absoluta das assembleás legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbitrio soberano do poder executivo.

A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglez, foi oppor um limite ao poder violento dos reis: o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos.

Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto.

Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituido no regimen descabido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos de systema federal. Do poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia de seu criterio afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.

E' por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo.

De resto, perante a justiça federal, dirimem-se não só as contendas que resultam do direito civil, como aquellas que mais possam avultar na elevada esphera do direito publico.

Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a Constituição reservou ao poder judiciario no governo da Republica

Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen, precisamente porque a Republica, segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei.

O organismo judiciario no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplice esphera do

poder publico, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o dominio legitimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado.

Na Suissa a lei de 27 de junho de 1874, que deu nova organização à justiça federal, em vez de reprimir, como devêra, desenvolveu a tendencia já manifestada na legislação anterior de ampliar a jurisdição federal nas causas civis, estendendo-a até àquellas que por sua natureza deviam ser da privativa competencia da justiça cantonal. Além de estabelecer que em regra é permittido sujeitar ao julgamento do Tribunal Federal as causas estranhas à sua competencia, quando nisto convierem os litigantes, a legislação actual consagra a competencia do mesmo Tribunal para julgar em recurso as questões derivadas do contracto matrimonial e aquellas que, julgadas pelos tribunaes cantonaes, tiverem valor superior a 3.000 francos ou não susceptivel de estimação.

Mas os inconvenientes de um tal systema se fizeram sentir desde logo aconselhando a necessidade de uma discriminação perfeita e completa, garantidora da reciproca soberania.

E' notavel no meio das reclamações geraes, que teem sido provocadas por esta tendencia subversiva dos bons principios o energico protesto de um illustre membro do Tribunal Federal, que começa a ver o perigo de ser o proprio Tribunal desnaturado por esta competencia tão extensa no civil, quando a sua natural destinação é conhecer das questões de direito publico. Mas o que sobretudo inquieta os espiritos, é o fundado receio de que por este modo se pertubem todas as relações, se paralyse e destrua o sentimento de soberania dos juízes locaes, fazendo desaparecer por esta continua invasão e cada vez mais extensa a correlata independencia da justiça federal e local, principio basico do systema federativo.

A organização contida no decreto, que ora submetto à vossa assignatura, rigorosamente calcada sobre as bases estabelecidas pela Constituição, remove todas as difficuldades e evita todos os perigos, traçando com clareza e precisão os limites da competencia entre a Justiça Federal e a dos Estados, de tal modo que cada uma, resguardada de todo o perigo de invasão, conservará na mais completa integridade a sua autonomia jurisdiccional.

Nos arts. 9, 15 e 16 acham-se especificadas as causas que, em razão das pessoas ou da natureza do seu objecto, pertencem ao julgamento dos juizes federaes. Mais liberal do que a propria organização americana,



o decreto restringe a jurisdição civil da Justiça Federal, ampliando correspondentemente a esfera de competência da justiça territorial. E', assim que, segundo a lei americana, todos os litígios, qualquer que seja o seu caracter, suscitados entre cidadãos de diversos Estados, são sujeitos ao julgamento dos juizes federaes: no entanto que entre nós, de accordo com a melhor doutrina e dando mais amplitude à esfera de acção do poder local, essas causas, quando não envolvam questões que pela sua natureza devam pertencer à alçada da justiça nacional, recahem sob a privativa jurisdição local.

Está ahi bem positivamente assignalada como principal caracteristico do regimen adoptado, a coexistencia de um poder judiciario federal e de um poder local, cada um desenvolvendo a sua acção dentro da respectiva esfera de competência, sem subordinação, porque ambos são soberanos, e sem conflictos, porque cada um conhece a natureza dos interesses que provocam a sua intervenção.

Isto quanto ao que é relativo às funções peculiares das justiças paralelas.

No tocante a estructura especial da Justiça Federal e à acção que lhe é peculiar, julguei conveniente instituir sómente duas instancias, de accordo com o systema modernamente acceito para a hierarchia judiciaria.

Examinando este assumpto e de um ponto de vista amplo e elevado, um dos mais illustres especialistas da materia na Confederação Suissa sustenta, com a firmeza de sua convicção bem estabelecida, que um dos caracteres da nossa epoca é a tendencia de abolir o systema de instancias e crear as instancias unicas, com a clausula salutar e devidamente comprehendida de ser bem composto o tribunal encarregado de julgar.

A moralidade, a pureza da consciencia, a elevação do talento e a preparação do espirito não teem superior hierarchico. E' no trajecto de uma instancia para outra que muitas vezes tem parecido a justiça.

Nos cantões de Zurich e Genebra, por exemplo, teem-se introduzido tribunaes de commercio com uma só instancia, e a opinião sente-se bem com esta instituição.

E' que debaixo de um tal regimen a responsabilidade do julgador eleva-se na mesma proporção em que cresce a sua independencia, e os escrupulos de uma consciencia immaculada mais se estimulam.pela ausencia completa da subordinação hierarchica.

Em respeito a este principio o Supremo Tribunal, tal como se acha aqui constituido, não julga, nos casos de recurso, sinão como uma

segunda e ultima instancia: é um typo inteiramente novo, e por isso mesmo bem diverso daquelle que deixou-nos o regimen centralizador da monarchia.

Mas, não devendo existir, conforme o plano adoptado, sinão sinão um juiz em cada secção judicial para exercer a justiça de primeira instancia, e devendo este conservar a sua séde na capital do respectivo Estado, surgia a difficuldade resultante da falta de cooperadores ou auxiliares que, nos diversos pontos da circumscripção jurisdiccional, dessem execução e cumprimento aos seus actos.

Nos Estados Unidos da America do Norte existem, além da Corte Suprema, como entre nós, e dos juizes de districto, que correspondem aos nossos juizes seccionaes, os tribunaes de circuito. O territorio da União é dividido em nove circuitos, com um juiz em cada um. A córte de circuito compõe-se do juiz respectivo, do juiz de districto e de um membro da Córte Suprema, especialmente commissionedo para o circuito nas epocas em que esta Córte funciona. Por sua vez os tribunaes de circuito constituem commissarios judiciaes para lhes servirem de auxiliares na execução de actos e diligencias dentro da sua circumscripção jurisdiccional.

Desta breve exposição verifica-se que a União Americana com o seu systema judicial, pretendendo manter a mais completa separação entre a justiça nacional e a local, tem tido a necessidade de instituir commissarios, juizes de occasião ou magistrados ambulantes para estender a sua acção a todos os pontos da respectiva jurisdicção. São evidentes os inconvenientes e difficuldades, que devem resultar deste mecanismo complicado.

Na organização que ora vos apresento, procurei evitar os inconvenientes e vencer as difficuldades estatuindo no art. 362 << que os juizes ou tribunaes dos Estados farão cumprir os despachos rogatorios expedidos pela Justiça Federal, quer para fazer citações ou intimações e receber depoimentos de testemunhas, quer para ar à execução sentenças e mandados e praticar outros actos e diligencias judiciaes>>.

E' claro e manifesto que não vae nisto a menor invasão de competencia nem um germen de pertubação e confusão dos limites jurisdiccionaes, por isso mesmo que não se trata sinão de pedir e prestar auxilios para a execução de diligencias. São actos de mero expediente no andamento dos feitos, e não julgamentos. Esta solução, portanto, tem a dupla vantagem de facilitar a acção da Justiça Federal, sem contudo offender o principio fundamental da separação e independencia das duas justiças.

Mas, como não era bastante instituir juizes e tribunaes para a decisão das causas civeis propriamente e assim tambem das questões que se fundam na complexidade das relações do direito publico, pois que a jurisdição federal estende-se tambem a uma certa ordem de crimes, julguei indispensavel, além do juizo singular, a criação do jury federal, como a mais segura garantia dos direitos dos accusados.

A competencia do jury abrange na sua esphera privativa todos os crimes sujeitos à alçada federal, ahi comprehendidos os de responsabilidade dos empregados públicos, com exclusão sómente daquelles poucos casos, para os quaes, em virtude deste proprio organismo, foi assignalada uma jurisdicção especial.

No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutaes ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias subtilezas, de subterfúgios e ciladas, que commumente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o accusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o órgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do accusado extorquida à força de uma sagacidade criminosa.

No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente – sim ou não – e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. E' a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa.

O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu ás disposições relativas ao habeas-corpus. As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior efficacia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que soffre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação de ordem de habeas – corpus.

Tanto quanto é possível e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. E' este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes.