

**POSSE E PROPRIEDADE: UMA CONSTANTE TENSÃO EM BUSCA DA
CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL**

***POSSESSION AND OWNERSHIP: A CONSTANT TENSION IN SEARCH OF THE
REALIZATION OF THE SOCIAL FUNCTION***

Artigo recebido em 04/02/2018

Revisado em 05/03/2018

Aceito para publicação em 13/03/2018

Rodrigo Cardoso Freitas

Doutorando do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Função Social do Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professor da graduação e pós-graduação *lato sensu* da FDV. E-mail: rflafreitas@hotmail.com.

Adriano Sant`Ana Pedra

Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador Federal. E-mail: adrianopedra@fdv.br.

RESUMO: O presente artigo analisa a constante tensão entre os direitos de propriedade e posse, objetivando a concretização dos princípios da função social e dignidade humana, além dos direitos fundamentais de propriedade e moradia. Também examina as soluções extraídas da jurisprudência para a solução do conflito de regras e colisão dos princípios atinentes aos direitos de posse e propriedade. Por fim, busca identificar os critérios objetivos utilizados para o trabalho de interpretação constitucional, tendo em vista a aplicação da técnica da ponderação.

PALAVRAS-CHAVE: Posse. Propriedade. Tensão. Função social.

ABSTRACT: This article analyzes the constant tension between the rights of ownership and possession, aiming at the realization of the principles of social function and human dignity, in addition to the fundamental rights of property and housing. It also examines the extracted solutions of case law for the solution of the conflict of rules and collision of principles relating to ownership and property rights. Finally, seeks to identify the objective criteria used for the constitutional interpretation work, with a view to implementation of the weighting technique.

KEYWORDS: Possession. Property Tension. Social function.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A função social entre a posse e a propriedade como fonte de constante tensão. 3 A busca de um método para a solução no caso concreto. 4 Algumas respostas extraídas da jurisprudência em casos de máxima tensão envolvendo a função social. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema relativo ao cumprimento da função social é constantemente revisto em trabalhos acadêmicos, especialmente a partir da vigência do Código Civil de 2002, quando restou aclarada não somente a necessidade de revisão dos elementos que integram a estrutura dos direitos de propriedade e posse, mas também o distanciamento destes direitos, ao menos no que diz respeito às justificativas de proteção e à autonomia quanto aos respectivos regimes jurídicos. A função social também passou a ser compreendida como fonte de legitimação da posse e da propriedade, externa à pessoa de seu respectivo titular, e instrumento para a concretude do princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais relacionados ao que se denomina de mínimo existencial, dando causa, mesmo que excepcionalmente, a conflitos de interesses entre proprietários e possuidores.

Não obstante a constante discussão do referido tema, ainda é oportuna exposição não apenas da natural tensão entre os institutos mais importantes do direito das coisas – especialmente quando em jogo a colisão dos princípios da propriedade privada, da função social e da dignidade humana -, mas também das soluções que estão sendo alcançadas em situações peculiares, mediante a aplicação das técnicas da proporcionalidade e ponderação.

Será inicialmente exposto o que se denomina tensão envolvendo os direitos de posse e a propriedade, naturalmente decorrente dos interesses antagônicos de seus respectivos titulares, tendo como premissa o reconhecimento da existência de funções sociais independentes, mesmo que ambas voltadas para a concretização da justiça social.

Em seguida, serão abordados o desejo de aproximar o direito da realidade social, objetivando-se alcançar uma solução para dirimir a referida tensão mediante as particularidades do caso concreto, e os problemas relacionados com a “liberdade” do julgador para aferir qual a melhor solução dentre a aplicação da regra exposta no ordenamento para os

conflitos envolvendo a posse e a propriedade ou do princípio constitucional que concretize o direito fundamental à moradia.

Por fim, serão indicados alguns precedentes considerados paradigmas no que diz respeito à mencionada tensão envolvendo a função social da posse e da propriedade, nos quais foram construídas soluções que possuem afinidade quanto às razões que amparam a precedência dos princípios da função social e da dignidade humana em relação ao princípio da propriedade privada, sem, todavia, fulminar com o direito fundamental de propriedade.

O que se almeja com o registro dos principais argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência envolvendo o tema é contribuir para a identificação de critérios objetivos, necessários para o aperfeiçoamento das técnicas utilizadas para a resolução de conflitos de regras e colisões de princípios reiteradamente existentes nos litígios que envolvem a posse e a propriedade.

2 A FUNÇÃO SOCIAL ENTRE A POSSE E A PROPRIEDADE COMO FONTE DE CONSTANTE TENSÃO

Dispõe a Constituição Federal qual a compreensão do princípio da função social, ao menos no que diz respeito aos limites da atuação do Poder Público em relação à propriedade privada (LÔBO, 2009, p 34). É o que se extrai dos artigos 182, 184 e 186, da Carta Magna, que, ao disciplinarem como as propriedades urbana e rural, cumprem a sua função social, prescrevem as consequências jurídicas que podem ser aplicadas pelo Município e pela União, respectivamente, em caso de descumprimento de seus comandos.

A função social da propriedade, contudo, não fica restrita às mencionadas limitações, muito menos à eventual relação envolvendo o Poder Público e o titular da propriedade privada. É reconhecido, atualmente, que o princípio da função social também deve ser aplicável no fenômeno puramente possessório, independentemente da existência de propriedade. É que, conforme expõe Teori Albino Zavascki (2002, p. 844), a mencionada função social da propriedade deve ser entendida como sendo a função social dos bens, pouco importando a existência de título de domínio ou de posse, pois “os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo”. Por tais razões, entende

Zavascki (2002, p. 844) que “a função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, 'função social das propriedades'), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor”, tenha ou não título a justificar tal posse. Assim, conforme expõe o autor, “o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade” (ZAVASCKI, 2002, p. 844).

O que se denota atualmente, como já referido, é o aumento significativo da expectativa em torno do novo espectro do princípio da função social, quase sempre justificada pelas necessidades essenciais à dignidade humana e inerentes a uma compreensão moderna de cidadania em seu sentido material (BARROSO, 2011, p. 157), não mais vinculada somente à participação no processo político (SILVA, 2015, p. 344), mas também voltada para a máxima concretização de direitos fundamentais e do mínimo existencial (BARROSO, 2011, p. 164). Neste sentido, afirma Lucas Abreu Barroso (2011, p. 162) que o “Direito está comprometido com os ditames da cidadania material e justiça social, atinentes aos Estados de direito democráticos, abandonando definitivamente as matrizes individualistas que permearam os últimos séculos, em proveito dos valores coletivos”. Afirma o autor que “os direitos fundamentais incidem de maneira direta e imediata em face das normas de direito privado”, fazendo com que a função social da propriedade fique “inclinada a atender aos reclamos da dignidade da pessoa humana” (BARROSO, 2011, p. 164).

Como reflexo do referido quadro, afirma Marco Aurélio Bezerra de Mello (2004, pp. 9-11) que a posse deixou de ser vista como mera exteriorização do domínio, pois a sua densidade, especialmente em uma sociedade desigual, “que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário”, demonstra a sua vocação para realizar o acesso à dignidade e à moradia. O referido autor perfilha o mesmo entendimento manifestado por Ana Rita Vieira de Albuquerque (2002, p. 213), no sentido de que o princípio da função social provoca, dentre outras consequências, “a elevação da dignidade da pessoa humana a um plano concreto, como um instrumento efetivo para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo e os programas de erradicação da pobreza”, sendo, portanto, “instrumento positivo de afirmação da cidadania” (MELLO, 2004, ps. 9-11).

Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, ps. 536-537) afirma, na mesma linha de pensamento, que o princípio constitucional da função social impõe que o direito de

propriedade seja exercido de forma contextualizada com os anseios da sociedade em que está inserido, sendo esta uma tendência do direito contemporâneo, no qual “predomina a visão de que o direito, de um modo geral, tem a vocação de gerar o bem-estar coletivo”. Expõe a autora, em relação ao nosso ordenamento, que houve um afastamento paulatino do “quadro ideológico e valorativo dominante no período da Revolução Francesa”, ao ponto de ser a função social da propriedade, atualmente, fruto do quadro valorativo predominante no nosso País, notadamente em razão da “carência de habitações rurais e urbanas, exacerbada nos últimos tempos pelo considerável aumento da população, que dobrou em 30 anos, e da pesada migração da população rural para as áreas urbanas, em busca de melhores condições de vida” (WAMBIER, 2007, ps. 536-537).

De outra plana, Chaves e Rosenvald (2007, p. 39) explicam, em relação à posse, que as teorias clássicas não respondem às atuais expectativas sociais, notadamente por justificarem a proteção da posse como forma de proteção da propriedade, visão que reduz substancialmente o espectro social do instituto. Neste sentido, dizem os autores que os “momentos históricos de Savigny e Ihering hoje são insuficientes para exprimir a densidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, além de completamente divorciadas da realidade do Brasil, como nação de escassos recursos e enormes conflitos fundiários”. No referido contexto, afirmam Chaves e Rosenvald (2007, p. 39) que as teorias sociológicas da posse melhor atendem a realidade atual, pois desvinculam o fenômeno possessório da propriedade, demonstrando que a posse deve ser vista de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa.

Pelas razões expostas, lecionam que a vinculação do fenômeno possessório ao direito de propriedade enfraquece a efetividade do instituto, mantendo sua clássica compreensão como mera aparência de propriedade ou “instrumento mais célere posto à disposição do proprietário para facilitar a defesa jurídica de sua situação patrimonial” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 39). Pela mencionada incompatibilidade de tal pensamento com os dias atuais, defendem que a tutela da posse deve ocorrer “pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF-EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF)” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40). Também expõem ser comum a tensão entre a posse e a propriedade, especialmente em situações em que resta evidenciada tanto a negligência dos proprietários quanto aos seus poderes/deveres

previstos em lei, quanto a diligência de possuidores que exercem a ingerência socioeconômica sobre o bem. Nesta hipótese, surge o conflito de interesses constitucionalmente protegidos: “de um lado, o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, da CF); de outro, a função social da propriedade que, apesar de omitida pelo titular formal, é concedida por um possuidor, ao deter poder fático sobre o bem (art. 5º, XXIII, da CF)” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40).

Explicam Chaves e Rosenvald (2007, p. 40) que a referida tensão, na maioria dos casos, será resolvida pelos institutos legais disponíveis, especialmente pelas hipóteses de usucapião e desapropriação privada; porém, algumas situações serão solucionadas pela ponderação dos interesses conflituosos, segundo as particularidades do caso concreto. Não pode ocorrer, contudo, a convivência com a “noção da posse reduzida a direito real”, pena de “estaremos submetendo-a preconceituosamente ao império da propriedade, reduzindo a sua enorme importância Social” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40). Como visto, os autores enxergam na função social a dignidade que a posse merece ter. Vejamos:

Na função social da posse o possuidor não é mais inserido entre os *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade. Aqui, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40).

Por tais razões, predomina na doutrina o entendimento de que, mesmo tendo a propriedade uma função social, quem efetivamente a realiza é o possuidor, fenômeno que não gera qualquer conflito quando ambos são a mesma pessoa. Todavia, sendo o possuidor e o proprietário pessoas distintas, pode ocorrer a mencionada colisão entre os “princípios da função social da propriedade e da função social da posse”, que deverá ser solucionada seja por meio da consequência prevista em lei, seja pelo magistrado, mediante o emprego da proporcionalidade (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40). Não há dúvidas, portanto, quanto a existência da função social da posse que, sendo distinta da função social da propriedade, “não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas também estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, ps. 40-42).

Como visto, mesmo sendo inegável a tensão entre a posse e a propriedade, busca a doutrina reconhecer no fato da posse uma justificativa para a satisfação de anseios sociais, sem vínculo necessário com o direito de propriedade. A posse, assim, independentemente de como era vista anteriormente, deve, diante do seu aspecto social, voltar seus olhos apenas para o futuro, servindo ao propósito almejado, que inclui o desejo de se conceder dignidade, cidadania, justiça social, moradia, bem-estar, dentre outros direitos que integram o mínimo existencial. Da referida justificativa de proteção é que se extrai, na maioria dos casos, a constante tensão entre os direitos de posse e de propriedade, servindo o princípio da função social e os direitos fundamentais como fundamentos para a solução do caso concreto.

3 A BUSCA DE UM MÉTODO PARA A SOLUÇÃO NO CASO CONCRETO

Não obstante a relevância da visão exposta no tópico anterior, é inevitável a exposição de alguns questionamentos relevantes tanto para a compreensão da tensão provocada pelo exame da função social, quanto para as eventuais soluções pautadas pela conjugação da norma positivada com a interpretação constitucional acerca da incidência dos princípios e direitos fundamentais. Tais questionamentos, contudo, estão mais voltados para o exame do método de interpretação realizado pelo julgador para se alcançar a solução mais justa no caso concreto – especialmente quando afastada a norma disponível no sistema, do que em relação as conclusões expostas no tópico anterior.

Não há dissenso, por exemplo, quanto ao reconhecimento de que, mesmo sendo a posse um valioso instrumento para a concretização da função social, alguns parâmetros indicados pela Constituição Federal aproximam a posse da propriedade, até mesmo por ser a posse o meio pelo qual a propriedade cumpre a função social. Desconsiderar tal aproximação extirparia a função social da propriedade. Por mais que se prestigie a autonomia da posse, esta autonomia, tal como se apresenta o nosso ordenamento, não pode ser usada para mitigar o conteúdo mínimo da propriedade, também considerado um direito fundamental delimitado por sua função social, muito menos se conferir à posse um maior prestígio que a propriedade, apenas em razão do propósito de se fazer justiça social, até mesmo porque o possuidor de hoje será o proprietário de amanhã, fazendo jus, mesmo que no futuro, ao mesmo tratamento.

A afirmação exposta pode transparecer certo conservadorismo acerca dos institutos do direito das coisas, mas, na verdade, apenas representa o reconhecimento da necessidade de estabelecimento de critérios para se alcançar a mesma justiça social sem, contudo, fulminar como o núcleo essencial mínimo da propriedade (ALVIM, 2006, p. 15). Tais critérios serão importantes para o aperfeiçoamento das técnicas que venham a ser utilizadas para a interpretação da norma constitucional e enfrentamento da colisão dos princípios expostos no presente trabalho, relacionadas à mencionada tensão entre a posse e a propriedade.

Conforme expõe Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, ps. 33-34), “a propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo”, tendo a Constituição Federal refletido tal quadro ao dispor que é garantido o direito de propriedade privada, observado o cumprimento da função social, ou seja, há um conflito entre o interesse individual e outro social. Diz o autor que, “mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito”, cujo caminho, em seu ver, passa pela “utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do balanceamento ou da ponderação de direitos e interesses em conflito”. Somente assim, segundo o autor, haverá um “sentido harmônico de ambas pois têm igual dignidade constitucional” (LÔBO, 2009, ps. 33-34).

A questão, contudo, é problematizada por Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 533), que, ao examinar a técnica legislativa utilizada pelo Código Civil de 2002, especificamente no que se refere às cláusulas gerais, das quais é exemplo, em seu ver, o princípio da função social, adota a autora uma posição mais conservadora quanto à forma de se alcançar soluções não acolhidas pelo ordenamento. Diz a autora que “as cláusulas gerais, ao lado dos princípios jurídicos e dos conceitos vagos ou indeterminados, que cada vez mais integram os textos das leis, são elementos característicos do direito contemporâneo”, configurando expressões de significados vagos, que atuam como “poros” por meio dos quais ocorre a comunicação entre direito e realidade (WAMBIER, 2007, p. 534). Demonstram que o direito contemporâneo “tende a ser aberto e flexível”, em busca de aproximação com a realidade (WAMBIER, 2007, p. 535).

Todavia, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 535), as cláusulas gerais acabam tendo uma vocação mais ampla que as demais normas, sendo, “por assim dizer, ‘mais importantes’ do que as outras”, objetivando não somente abranger a realidade atual, mas

também a que está por vir, especialmente diante da “complexidade que passou a caracterizar as sociedades do meio do século passado até nossos dias e a velocidade com as mudanças ocorrem”, que tornam insuficientes as técnicas legislativas anteriormente usadas em um sistema fechado, inspirado no “racionalismo iluminista”.

Após admitir que a utilização das cláusulas gerais devem ser conjugadas com técnicas tradicionais, “sob pena de se criar um sistema capaz de gerar um grau praticamente insuportável de segurança” - afirma que, mesmo sendo inevitável a incerteza, a mesma deve ser “admissível em certo grau que não resulte em convulsão social” - esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 535) que cabe ao intérprete conferir o respectivo sentido normativo, a partir das peculiaridades do caso concreto, socorrendo-se dos “elementos vindos da esfera social, econômica e moral, que são, justamente, de certo modo, juridicizados pela cláusula geral.” Contudo, partindo-se da premissa de que a função social da propriedade é uma espécie de cláusula geral e após explicar todo o contexto normativo no qual se insere esta função, questiona a autora (WAMBIER, 2007, p. 539): “Que tipo de liberdade tem o juiz quando decide com base numa dessas cláusulas?” A resposta da autora pode ser resumida nas afirmações expostas a seguir:

1 - Genericamente, as “cláusulas não se consubstanciam em porta aberta para que o juiz exerça qualquer tipo de valoração de caráter subjetivo”, tendo liberdade apenas para buscar dar sentido aos princípios no *ethos* dominante, notadamente por ser o legislador o principal destinatário da cláusula geral da função social da propriedade, limitado pela Constituição, e não o juiz – considerado destinatário secundário -, que não pode “desfigurar a propriedade ou declará-la inexistente” pela ausência de cumprimento da função social (WAMBIER, 2007, p. 539);

2 - Pode o juiz julgar com amparo na cláusula geral, “desde que não afaste dispositivo legal expresso que preveja a solução para aquela determinada situação”, razão pela qual deve a cláusula geral ser “o ponto de apoio para a formação judicial da norma adequada ao caso concreto”, tendo como objetivo nutrir o julgador de critérios para suprir o julgamento com variáveis sociais, “desde que se trate de situação para a qual não conste no direito posto solução expressa” (WAMBIER, 2007, p. 539);

3 - A cláusula geral possui três funções, quais sejam, “é regra de integração hermenêutica, é fonte criativa de direitos e deveres jurídicos e limita o exercício de direito subjetivos”. Tomando o Código Civil e o ordenamento em geral como “pauta de conduta para

todos”, não é “tarefa do sistema, e nem dos juízes, mudar a ordem” por meio dos “poros” do sistema (princípios jurídicos, conceitos vagos e cláusulas gerais), mas apenas “amoldá-lo, adequá-lo” à realidade, ou seja, “as cláusulas gerais deverão gerar decisões que poderão ser tidas como precedentes, para as hipóteses em que no direito positivo não se encontrem respostas para o caso posto sob a apreciação do juiz” (WAMBIER, 2007, ps. 539-540);

4 - A função das cláusulas gerais deve ser compatível com Estado de Direito e com princípio da legalidade, com a ressalva de que, mesmo não estando o juiz adstrito exclusivamente à lei, sua atuação está “vinculada ao direito (=sistema jurídico), que é composto de normas postas, de princípios jurídicos de direitos fundamentais, de doutrina, de jurisprudência”, sendo imprescindível preservar o “valor segurança”, notadamente em seu “sentido de previsibilidade”, já que “são a pauta de consulta mais visível para o jurisdicionado” (WAMBIER, 2007, p. 540);

5 - Os princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos vagos também consistem em pauta de conduta, mas “não devem incidir, para resolver casos concretos, afastando preceitos legais expressos”, quadro somente possível por meio de alteração ou revogação normativa. Atuam como “poros” que oxigenam o sistema jurídico, que não pode permanecer imutável, sendo “responsáveis pela evolução do direito no sentido de se adequar às necessidades sociais” (WAMBIER, 2007, p. 540);

6 - O controle da decisão judicial pode ocorrer sobre duas dimensões da sua motivação, uma interna, de *subsunção*, e outra externa, que consiste na justificação de terem sido escolhidos estes ou aqueles fundamentos, estes ou aqueles fatos, cumprindo ao juiz “justificar-se pela escolha dos fatos x e y, para embasar sua decisão, quando provados foram fatos x, y, z, k, h. Assim como se deve o juiz explicar por que apoiou sua decisão em certo texto legal e não em outro, por que fez uso de um determinado princípio e não de outro”. Caso o juiz se afaste do texto de lei “para aplicar ao caso princípio jurídico ou cláusula geral, sua decisão desrespeita o princípio da legalidade e afronta o Estado de Direito”, sendo que “o juiz só pode, no nosso sistema, afastar texto de lei, quando considerá-lo inconstitucional, em tese. Não basta considere o juiz a lei inconstitucional no caso concreto, e não a aplique” (WAMBIER, 2007, p. 541);

7 - “Aquele que pretende ser parcial deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento

estão contidos. Somente em situações-limite poder-se-ia afastar a letra da lei e aplicar uma cláusula geral, ou um princípio, para resolver o caso concreto', situação difícil de ocorrer diante da imensa Constituição em vigor" (WAMBIER, 2007, p. 5541);

8 - Por fim, Teresa Arruda Alvim Wambier indica a necessidade de que se “estude também o direito privado em face dos direitos fundamentais”. Contudo, expõe o mesmo problema que ensejou a análise do seu texto no presente trabalho: “direitos fundamentais apenas enquanto descritos na lei? Ou direitos fundamentais oponíveis à lei, quando esta estabelece restrições àquele?” Como resposta, diz a autora: “Claus - Wilhelm Canaris faz alusão ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da insuficiência, significando este que pode o juiz ‘criar’, quando o legislador ordinário se omite em disciplinar (ou o faz insuficientemente) uma situação em que se está em jogo um direito fundamental” (WAMBIER, 2007, p. 541).

Os ensinamentos e as conclusões de Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, ps. 539-541) demonstram não apenas a dificuldade de se lidar com o processo de interpretação constitucional - para afastar, no caso concreto, a norma positiva em prol da precedência de um princípio constitucional -, mas também a importância – ou necessidade – de se estabelecer critérios objetivos para tal liberdade, ratificando a afirmação de que existe uma constante tensão entre a posse e a propriedade, tendo como origem a possibilidade de aplicação, *prima facie*, de princípios constitucionais colidentes, que podem realizar direitos fundamentais. Referida tensão somente será solucionada no caso concreto, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante a técnica da ponderação.

4 ALGUMAS RESPOSTAS EXTRAÍDAS DA JURISPRUDÊNCIA EM CASOS DE MÁXIMA TENSÃO ENVOLVENDO A FUNÇÃO SOCIAL

A situação exposta no tópico anterior demonstra a complexidade do tema relacionado aos conflitos entre posse e propriedade, sendo oportuno o exame das soluções alcançadas em alguns precedentes judiciais paradigmáticos, notadamente pela possibilidade de identificação de alguns critérios coincidentes ou até mesmo de uma linha de pensamento que espelha a doutrina mencionada no primeiro tópico do presente trabalho. É o que se denota, por exemplo, do julgamento promovido em 16/12/1994 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da

Apelação Cível 212.726-1-4 (TJSP, 1994), envolvendo a conhecida “Favela Pullman”, oportunidade em que foi lavrado o seguinte acórdão:

Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito (TJSP, 1994).

Quando do julgamento promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu o Desembargador Relator, mesmo tendo sido registrado um loteamento em 1955, os respectivos terrenos foram sendo ocupados ao ponto de transformar o local em uma favela, inclusive, com o apoio do Poder Público, transformando o quadro fático de forma substancial ao ponto de considerar a situação irreversível. Eis o resumo dos fundamentos empregados (TJSP, 1994):

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 9 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel (...); Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes. A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo-realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclismo, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade (...); O desalojamento forçado de 30 (trinta) famílias, cerca de 100 (cem) pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível (...); No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento pelo menos no que diz respeito aos 9 (nove) lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978-1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários. O *jus reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito (TJSP. 1994).

A mesma tensão entre a posse e a propriedade se repete posteriormente em outro importante julgamento. Apesar de não haver referências formais neste sentido, parece que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo inspirou o julgamento ocorrido em 06/08/1998, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento N° 598360402. Vejamos o acórdão:

Liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos "sem-terra". Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no Art. 526 do CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque a demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, proveram o agravo, por maioria (TJRS, 1998).

Quando do citado julgamento, foi registrado o dilema enfrentado pelo julgador entre a aplicação da norma positiva, em favor da patrimonial da empresa que utilizava o terreno, e a realização dos direitos fundamentais das 600 famílias dos sem-terra que invadiram o local. Vejamos parte da fundamentação utilizada para se alcançar o desfecho contido no acórdão:

A Constituição Federal, ao garantir o direito de propriedade e possessório que lhe é inerente, em seu artigo 5º XXII e XXIII, condicionou seu exercício ao atendimento de uma garantia maior, qual seja, a de que este exercício do poder dominial em toda a sua amplitude, fica limitado, ao atendimento de sua função social. Respeitante à terra, mãe provedora de todos nós, já que a extração de nossa subsistência a ela se liga diretamente, deve atender não apenas ao sentido funcional direito, de ser produtiva, senão, também, a um sentido oblíquo, considerando o tempo e o lugar que os fatos se dão, de garantir o abrigo seguro, a casa, a moradia e o sustento do povo, que em exame mais teleológico, é seu verdadeiro senhor (AFONSIN, 2003, p. 254).

Analisando o primeiro julgamento aqui referido, pertinente à “Favela Pullman”, O Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento exposto no acórdão, lavrando em 21/06/2005 o seguinte acórdão relativo ao Recurso Especial nº 75.659/SP:

Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 E78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido (STJ, 2005).

Contudo, antes mesmo de julgar tal conflito (Favela Pullman), o mesmo Superior Tribunal de Justiça já havia entendido, no julgamento do Recurso Especial nº 235773/RJ, ocorrido em 14/12/1999, que deveria ser afastada, no caso concreto, a regra positivada que determina a reintegração de posse de uma área invadida, notadamente diante da consolidação fática da ocupação, inclusive, com o apoio do Poder Público, razão pela qual acabou admitindo a existência de uma desapropriação indireta (STJ, 1999). Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INVASÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL DA SUA CONTAGEM. SÚMULA Nº 70/STJ.

1. Em sede de recurso especial, como é elementarmente sabido, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova, haja vista que a missão de tal recurso é de, apenas, unificar a aplicação do direito federal, conforme está sedimentado na Súmula nº 7, desta Colenda Casa Julgadora: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

2. Não se conhece de recurso especial fincado na alínea c, inciso III, do art. 105, da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do artigo 541, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§, do RISTJ. Todos os paradigmas apresentados reconhecem que a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Município, não constitui desapropriação indireta. Não é o caso dos autos. Concretizada a invasão, o Município assumiu para si a responsabilidade de oferecer condições de infra-estrutura de esgoto e luz para que a população assentada fosse atendida em suas necessidades.

3. A Súmula nº 70/TJ estatui que "os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença".

4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido (STJ, 2009).

O entendimento exposto nos acórdãos transcritos acima também foi adotado no julgamento exposto no REsp nº 1144982/PR, ocorrido em 15/10/2009, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a invasão no imóvel pode provocar o completo esvaziamento dos elementos do direito de propriedade ao ponto de não apenas privar o titular do bem do respectivo proveito econômico, mas também de impedir que o mesmo cumpra a função social. Também constou o entendimento de que o Poder Público assumiu, no caso, a responsabilidade pela ocupação irregular (STJ, 2009). Vejamos o acórdão:

TRIBUTÁRIO. ITR. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO DO MOVIMENTO "SEM TERRA". PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme salientado no acórdão recorrido, o Tribunal a quo, no exame da matéria fática e probatória constante nos autos, explicitou que a recorrida não se encontraria na posse dos bens de sua propriedade desde 1987.
2. Verifica-se que houve a efetiva violação ao dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da impetrante, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição.
3. Ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do *venire contra factum proprium*).
4. A propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Em que pese ser a propriedade um dos fatos geradores do ITR, essa propriedade não é plena quando o imóvel encontra-se invadido, pois o proprietário é tolhido das faculdades inerentes ao domínio sobre o imóvel.
5. Com a invasão do movimento "sem terra", o direito da recorrida ficou tolhido de praticamente todos seus elementos: não há mais posse, possibilidade de uso ou fruição do bem; conseqüentemente, não havendo a exploração do imóvel, não há, a partir dele, qualquer tipo de geração de renda ou de benefícios para a proprietária.
6. Ocorre que a função social da propriedade se caracteriza pelo fato do proprietário condicionar o uso e a exploração do imóvel não só de acordo com os seus interesses particulares e egoísticos, mas pressupõe o condicionamento do direito de propriedade à satisfação de objetivos para com a sociedade, tais como a obtenção de um grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente, o pagamento de impostos etc.
7. Sobreleva nesse ponto, desde o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, o pagamento do ITR como questão inerente à função social da propriedade. O proprietário, por possuir o domínio sobre o imóvel, deve atender aos objetivos da função social da propriedade; por conseguinte, se não há um efetivo exercício de domínio, não seria razoável exigir desse proprietário o cumprimento da sua função social, o que se inclui aí a exigência de pagamento dos impostos reais.

8. Na peculiar situação dos autos, ao considerar-se a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade sem o devido êxito do processo de desapropriação, é inexigível o ITR diante do desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade.

9. Recurso especial não provido (STJ, 2009).

Outro precedente significativo é o julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do IF nº 92/MT, ocorrido em 04/02/2010, no qual também foi impedida a desocupação de famílias instaladas no denominado Bairro Renascer, em Mato Grosso, tendo em vista a prevalência da dignidade humana (STJ, 2010). Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO FEDERAL. ORDEM JUDICIAL. CUMPRIMENTO. APARATO POLICIAL. ESTADO MEMBRO. OMISSÃO (NEGATIVA). PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PONDERAÇÃO DE VALORES. APLICAÇÃO.

1 - O princípio da proporcionalidade tem aplicação em todas as espécies de atos dos poderes constituídos, apto a vincular o legislador, o administrador e o juiz, notadamente em tema de intervenção federal, onde pretende-se a atuação da União na autonomia dos entes federativos.

2 - Aplicação do princípio ao caso concreto, em ordem a impedir a retirada forçada de mais 1000 famílias de um bairro inteiro, que já existe há mais de dez anos. Prevalência da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade. Resolução do impasse por outros meios menos traumáticos (STJ, 2010).

Na referida oportunidade, o Ministro Relator explica as razões que prevaleceram mediante a técnica da ponderação, realizada segundo as particularidades do caso concreto:

No caso concreto, à saciedade, está demonstrado que o cumprimento da ordem judicial de imissão na posse, para satisfazer o interesse de uma empresa, será à custa de graves danos à esfera privada de milhares de pessoas, pois a área objeto do litígio encontra-se não mais ocupada por barracos de lona, mas por um bairro inteiro, com mais de 1000 famílias residindo em casas de alvenaria. A desocupação da área, à força, não acabará bem, sendo muito provável a ocorrência de vítimas fatais. Uma ordem judicial não pode valer uma vida humana. Na ponderação entre a vida e a propriedade, a primeira deve se sobrepor (STJ, 2010).

Já sob a égide do novo Código de Processo Civil, o entendimento narrado no presente tópico voltou a ser utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, também na análise de uma situação fática que acabou sendo consolidada, oportunidade em que a Corte voltou a tornar explícito que a solução de casos singulares não deve ser realizada apenas pela aplicação da norma positiva, com suas respectivas consequências jurídicas, mas também mediante a aplicação tanto o princípio da proporcionalidade quanto do método da ponderação, objetivando o exame do princípio da função social e a concretude de direitos fundamentais,

responsáveis pela realização da dignidade humana. Vejamos o acórdão lavrado em 12/04/16, pela 4ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1302736-MG:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. "Havendo no acórdão declaração expressa quanto aos fatos e fundamentos que embasaram suas conclusões, não há como vislumbrar-se ofensa aos arts. 458 e 535, CPC, por negar-se o colegiado, em embargos declaratórios, a explicitar as razões pelas quais preferiu apoiar-se em certas provas, em detrimento de outras. O princípio do livre convencimento motivado é um dos postulados do nosso sistema processual". (Resp 50936/SP, DJ 19/09/94).

2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbação ou esbulho pela parte ré; a data da turbação ou do esbulho e a perda da posse.

3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva.

4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração.

6. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, 2016).

A situação fática que ensejou a interposição do referido Recurso Especial foi assim resumida pelo Ministro relator em seu voto condutor:

(i) a invasão da área ocorreu em outubro do ano 2000; (ii) a liminar de reintegração de posse requerida na petição da ação foi deferida em 29.11.2000, mas o mandado não foi cumprido, em virtude da negativa da Polícia Militar de acompanhar a diligência, conforme informado na sentença (e-fl. 1593); (iii) foram interpostos

vários recursos, apresentadas contestações de alguns réus com informações sobre outras ações referentes à mesma área; informações de existência de Decreto Municipal de desapropriação em relação à área litigiosa, posteriormente cancelado; audiências de instrução, requerimento e realização de perícias da área objeto da ação; (iv) reconhecimento por sentença do direito à reintegração de posse, mas sem o respectivo mandado, dada à impossibilidade de cumprimento, em virtude da transformação da área invadida em bairro onde vivem centenas de famílias, devidamente atendidas pela Municipalidade, no que respeita à infraestrutura; (v) acórdão da apelação que reformou o dispositivo da decisão de piso, passando a constar da decisão: imediata reintegração de posse nas áreas onde estão assentados cada um dos réus/Apelados (identificados quando do ajuizamento da ação) e somente do espaço físico da área ocupada por cada um deles; quanto à área ocupada por terceiros que não foram partes na ação, bem como nos espaços físicos comuns e que revelam o interesse social e público, praças, vias, ruas, avenidas e passeios, confirmou-se a sentença para reconhecer a impossibilidade da reintegração, aplicando-se a convolação em perdas e danos (STJ, 2016).

Após mencionar o resultado do laudo pericial, cujo teor atestava a consolidação da situação fática envolvendo arruamentos, instalações de equipamentos públicos (rede elétrica, posteamento, rede de esgoto, rede de abastecimento de água, etc) e edificações, consignou o Ministro Relator que a solução do problema exigia o “manejo de dois princípios, quais sejam a proporcionalidade e a ponderação” (STJ, 2016). Diz o Relator:

O que está em debate é o litígio entre um particular que teve seu imóvel invadido e inutilizado e um grupo considerável de pessoas, famílias, que naquele bem se instalaram, com o incontestável apoio do poder público municipal, já que, de acordo com os relatos técnicos colhidos, não vivem amontoados, de forma precária, mas ao revés, é comunidade organizada, do ponto de vista da infraestrutura básica (SRJ, 2016).

O Relator registrou, inicialmente, que não pretendia realizar, no exercício jurisdicional, “a análise social da questão da repartição de terras, urbanas ou rurais, tampouco uma análise sociológica da invasão perpetrada”, muito menos “da licitude ou não da forma de ocupação - o que faria precária a posse exercida” (STJ, 2016), até mesmo porque examinada a lide dentro dos limites vinculados do Recurso Especial.

Todavia, consignou o julgador que o caso era singular, já que, “para a satisfação do desejo de recomposição da situação anterior, para o deferimento da reintegração”, não poderia ser “desconsiderado o surgimento daquele bairro populoso, onde inúmeras famílias construíram suas vidas, sob pena de cometer-se injustiça maior a pretexto de se fazer justiça” (STJ, 2016). Assim, diante da nova realidade social que se apresentava perante o direito, expôs o Relator:

Com efeito, o direito evolui e essa evolução atingiu, particularmente, o direito de propriedade e posse. Não é mais possível conceber a proteção do direito à propriedade e seus atributos, no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. Dessa forma, o princípio da função social atua no conteúdo do direito de propriedade, influenciando a interpretação e efetivação de todos os poderes inerentes ao domínio - usar, fruir, dispor e reivindicar -, introduzindo interesse novo e legítimo, o social, que, eventualmente, pode não se afinar com os interesses do proprietário, tornando-o, de certo modo, conflitivo consigo mesmo. Verificada a situação conflituosa, competirá ao Judiciário dar aos litígios solução serena e eficiente (STJ, 2016).

Seguindo a referida linha de raciocínio, expõe o Relator, citando voto proferido em outro precedente (REsp. nº 1.148.631), que “o princípio da socialidade, que se destaca como valor jurídico-normativo previsto no Código Civil de 2002, 'alterou a compreensão individualista do Código anterior, com o claro desiderato de estabelecer, nas relações privadas, o devido alcance social com a prevalência dos valores fundamentais da pessoa humana’” (STJ, 2016). Tal como no referido precedente, o Ministro também cita a doutrina de Rodrigo Reis Mazzei, que afirma que “o princípio da socialidade e o individualismo não sempre de ser confrontados em ângulos mais extensos impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação” (STJ, 2016). Consigna ainda o Ministro Relator:

Nessa toada, em tema de ponderação de valores, o Supremo Tribunal Federal orienta que tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (STJ, 2016).

Seguindo a referida orientação do Supremo Tribunal Federal (IF nº 2915-5/SP) e a doutrina que reconhece a fundamentalidade do direito social à moradia, conclui o Ministro Relator:

É justamente com base nessas ideias que, na ponderação entre a proteção e a efetivação dos direitos à moradia, ao mínimo existencial e, última análise, mas não menos relevante, ao direito à vida com dignidade, se chega à conclusão pela impossibilidade, na hipótese vertente, da reintegração da posse. No caso concreto, à saciedade, está demonstrado - e restou incontroverso - que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com a satisfação do interesse da recorrente, empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas pessoas, famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, indivíduos irmanados por uma mesma herança cultural e histórica. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existente mais, a realidade é outra. O bairro hoje existente, no lugar

do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados. No confronto entre o direito de posse do autor e o de moradia das diversas famílias, é fácil perceber que proporciona mais danos e consequências imprevisíveis e indesejáveis a retirada dos atuais ocupantes da área. Diante dessa constatação, consideradas as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias fáticas exaustivamente narradas na sentença e no acórdão recorrido, penso deva ser mantida a decisão que negou a reintegração (STJ, 2016).

Do exposto até o presente momento, é possível perceber, em todos os precedentes citados, a já mencionada tensão entre a posse e a propriedade, originária da possível concretude dos princípios da função social (da posse e da propriedade) e da dignidade humana, razão pela qual tem sido aplicada a técnica da ponderação, idealizada por Robert Alexy (2012, ps. 93-94), segundo a qual, havendo colisão de dois princípios, um deverá ceder no caso concreto, sem que ocorra a invalidade do princípio cedente, muito menos a inserção de uma cláusula de exceção. Conforme explica Alexy (2012, ps. 93-94), “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” expostas no caso concreto, tornando possível solução oposta caso sejam outras as condições. Há, segundo o autor, pesos diferentes para os princípios que podem incidir sobre o caso concreto, sendo aferida a precedência a partir da ponderação entre os pesos elucidados pelas circunstâncias (ALEXY, 2014, p. 6.).

Não obstante tal elaboração metodológica, ainda existe reclamação na doutrina quanto à sua precisão, razão pela qual tem sido comum a busca pelo estabelecimento de “critérios mínimos a serem seguidos desse processo”, notadamente por ser admitida a “ideia de que a técnica de ponderação não pode resultar na absoluta supressão de um valor em favor do outro” (SCHREIBER, 2013, p. 258). Neste sentido, afirma Anderson Schreiber (2013, p. 259) que, apesar de ainda não haver tais parâmetros objetivos para a aplicação da técnica de ponderação, a aplicação da técnica da ponderação entre os valores existenciais e aqueles patrimoniais “deve ser feita sempre com a intenção de garantir a menor restrição possível a todos eles, e de evitar ao máximo a supressão de um em favor do outro”. Talvez por tal motivo seja constante nos julgados mencionados no presente tópico a conclusão de que, mesmo em caso de precedência do princípio da função social da posse sobre o princípio do direito de propriedade (ou da propriedade privada), ainda resta ao proprietário pleitear indenização correspondente ao núcleo mínimo essencial do qual ficará desprovido.

O que se conclui do exposto no presente tópico é que, mesmo havendo parâmetros normativos explícitos em relação às consequências jurídicas decorrentes dos conflitos envolvendo a propriedade e a posse, as soluções apresentadas judicialmente foram distintas,

obtidas justamente pela mencionada conjugação entre norma positivada com a interpretação constitucional acerca da incidência dos princípios e direitos fundamentais, sem uma prévia configuração ou precisão de quais seriam as consequências jurídicas advindas de tal conjugação, demonstrando a relevância das peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a busca por uma justiça social.

CONCLUSÃO

Conforme foi exposto no transcorrer do presente trabalho, ainda é constante a tensão entre a posse e a propriedade, especialmente quando o conflito de interesses decorrer do exame dos princípios da propriedade privada, da função social e da dignidade humana, quadro que normalmente faz transparecer relevantes argumentos voltados à identificação de limites ou critérios objetivos para o alcance de uma solução judicial justa, especialmente sob a perspectiva social.

Tais argumentos identificam a importância da posse não somente para a realização da função social da propriedade, que ocorre naturalmente quando há identidade entre as figuras do proprietário e possuidor, mas também para a realização da função social dos bens, sem qualquer vinculação ao título de propriedade, razão pela qual fundamenta o reconhecimento da função social da própria posse.

Sendo distintas as pessoas do proprietário e do possuidor e havendo conflito entre os interesses, pode ocorrer a colisão não apenas entre os princípios da função social da propriedade e da função social da posse, mas também da propriedade privada e da dignidade humana, solucionável por meio das consequências positivadas (usucapião, desapropriação, etc) ou do emprego da proporcionalidade, à luz do princípio da dignidade humana.

Existem relevantes questionamentos quanto ao que alguns denominam de “liberdade” conferida ao julgador para afastar, no caso concreto, a consequência legalmente prevista, que demonstram certa dificuldade de aplicação dos mecanismos de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, mas também a carência de critérios objetivos para tal atividade jurisdicional, quadro que ajuda a manter a tensão entre os institutos.

O exame dos paradigmas judiciais expostos no presente trabalho, contudo, contribui para a compreensão do método que vem sendo utilizado mediante o emprego da proporcionalidade e ponderação de princípios, bem como para o aperfeiçoamento dos critérios mínimos a serem seguidos no referido processo hermenêutico, tendo sempre em mente a justiça social.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Alexandre Travessoni Gomes Trivisono, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes [orgs.]. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012,

ALVIM, Arruda. **Função social da propriedade**. Revista Autônoma de Direito Privado, Curitiba, n.1, out./dez. 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. Propriedade privada, justiça social e cidadania. In: **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Lucas Abreu Barroso [org.]. Curitiba: Juruá, 2011.

CHAVES, Cristiano de Faria. ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais - vol. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Cristiano Chaves de Farias [coord.]. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

MELLO. Marco Aurélio Bezerra. **Novo Código Civil Anotado**. v. 5. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

TJRS. AI nº 598360402. 19ª CC. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. 06/10/1998. Disponível:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=DIREITOS+FUNDAMENTAIS+DAS+600+FAMILIAS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso: 17-set-2016.

TJSP. AC nº 212.726-1-4. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94. Disponível: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm>>. Acesso: 17-set-2016;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2007.

STJ. REsp. nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>>. Acesso: 17-set-2016.

STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>>. Acesso: 17-set-2016.

STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso: 17-set-2016.

STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 04/02/2010, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8599726/intervencao-federal-if-92-mt-2005-0020476-3/inteiro-teor-13676312>>. Acesso: 09-out-2016.

STJ. REsp 1302736/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso: 22-set-2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, JUDITH [Org.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.