

# DIREITO CIVIL/DIREITO PROCESSUAL CIVIL

## A PROTEÇÃO PROCESSUAL DA POSSE FRENTE À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA CONDIÇÃO DE EXERCÍCIO. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

**Odilon Rebés Abreu**

Procurador de Justiça aposentado / RS

O axioma aristotélico de que o Homem só é Homem em sociedade continua verdadeiro e atual. Desta premissa decorre que não há direitos absolutos. Como também não há verdade social absoluta e eterna, no âmbito da inteligência humana. Tudo existe em relação e em movimento.

Assim o pensamento jurídico é sensível à dialética social. Em paralelo ao mundo dos fatos as formulações de exegese jurídica e sua aplicação aos conflitos emergentes acompanham teses e antíteses na busca incessante de novas sínteses.

As repetidas e continuadas invasões de propriedades rurais levadas a efeito no País e, em especial no Rio Grande do Sul, têm provocado demandas possessórias e suscitado intenso debate sobre a aplicabilidade das normas processuais pertinentes aos fatos, sob invocação inovadora do pressuposto de que o possuidor esbulhado ou turbado deve produzir prova de que o bem violado atende aos requisitos da função social da propriedade, em decorrência de ditame constitucional (CF, art. 5º, XXIII).

Tal tese é propugnada com ênfase por uma minoria atuante da Magistratura gaúcha, que, pelo inusitado, tem tido um acompanhamento significativo da mídia.

Disto vem se gerando uma exegese bastante estranha a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com magistrados auto-investindo-se de competência para derrogar dispositivos processuais. Avocando competência de outra jurisdição, ou agregando exigências no processo, a fim de assegurar a posse, ao total arrepio da lei, com exigência de prova da função social da propriedade, por parte do possuidor esbulhado ou turbado, nos eventos proporcionados pelas invasões de propriedades rurais.

Essa interpretação da lei decorre de uma leitura, como já dito, que não é a melhor de nosso sistema jurídico, devendo-se, na função jurisdicional, sempre evitar pré-compreensões e análises apressadas. Especialmente tendo em conta a ebulição de movimentos ditos como sociais, mas que embutem um conteúdo perigoso de desrespeito às instituições do Estado.

Vale gizar que se apresentam esses “movimentos”, em sua face externa, como se difusos fossem, destituídos de personalidade jurídica, direção organizada, sede fixa. Ou seja, adrede não institucionalizados, sob qualquer outra forma, como tática para dificultar ou impedir a apuração de responsáveis e de responsabilidades.

Segundo, por uma construção, que já resulta em alguma jurisprudência esparsa, buscando dar foros de tecnicidade, para uma temerária e casuística hermenêutica das disposições processuais assecuratórias e mantenedoras da posse.

Por essas razões esse trabalho inicia-se com uma análise dos alicerces de tal construção.

## DA HERMENÊUTICA

Inicia-se este tópico sob a égide do ensinamento insuperado do mestre CARLOS MAXIMILIANO, ao afirmar que:

“... o hermeneuta *usa*, mas não *abusa* de sua liberdade ampla de interpretar os textos; adapta os mesmos aos *fins* não previstos outrora, porém, compatíveis com os termos das regras positivas; somente quando de outro modo age, quando se excede, incorre na censura de Bacon – a de *torturar as leis a fim de causar torturas aos homens*”.

É princípio assente que toda a legislação infraconstitucional há que se subordinar à norma constitucional. Desnecessário trazer exaustivas citações de juristas pátrios e alienígenas para sua demonstração.

Evidente que a norma processual, por seu caráter instrumental, com o desiderato de dar ao direito material a aplicação concreta, no deslinde dos conflitos, é norma dependente das grandes linhas de sustentação do sistema jurídico, emanadas da Carta Magna. Não é aqui, nem na hermenêutica, que radica o pomo da discórdia.

A divergência principia na não-aceitação de exegese casuística e falaciosa, proposta a partir de falsa premissa. Primeiro, porque ao propor a interpretação dos dispositivos processuais de proteção à posse, subordinando-os à condição de demonstração do cumprimento da **função social da propriedade**, com inversão do ônus da prova, está-se incorrendo em inaceitável sofisma.

O que, de fato, propõem não é uma interpretação dos dispositivos processuais para todo o universo de hipóteses de ameaças, esbulho ou turbação da posse, mobiliária, ou imobiliária, urbana ou rural. Mas a restrição ao **caso específico das invasões coletivas de propriedades rurais pelos movimentos organizados dos autodenominados trabalhadores rurais sem terra**.

Tal posição não se harmoniza com a interpretação sistemática do Direito, como leciona o Professor Juarez Freitas, em sua obra de igual nome (Malheiros Editores, 3ª edição, revista e ampliada, 2002.). É justamente o seu oposto. Afronta e pretende derrogar o conjunto sistêmico do direito, que transcende a norma positiva, decorrendo de toda a historicidade formadora, de sua vertente filosófica, da doutrina, do costume e do conjunto de fatores sócio-econômicos e políticos que informam o fenômeno jurídico.

Esse sofisma tem conduzido o debate para uma situação absurda, como se pretende demonstrar.

Nas ações possessórias, por tal entendimento, passa-se a discutir a condição de exercício do direito de propriedade, quando tais ações se destinam à proteção do **fato posse** e do direito que tem o possuidor de nela ser mantido ou reintegrado e nada mais, nos casos em que é ameaçada, turbada ou esbulhada.

Conseqüentemente, o que a lei cogita é de que a lesão ao possuidor seja injusta e atual. Se a posse decorre de propriedade, de domínio, se é exercida em nome próprio, ou por locação, cessão ou comodato, direta ou indireta, nada disso tem relevância. O que se visa proteger é o direito de posse e não há aqui qualquer antinomia com a **função social da propriedade**, ou mesmo da própria posse.

A cogitação de cumprimento da função social da propriedade tem pertinência com outra esfera de procedimento jurídico, ou seja, nos casos de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, cujo foro competente é o da Justiça Federal.

Sobre a questão de competência do Governo do Estado para efetivar desapropriações por interesse social, recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm oscilado, lavrando forte divergência, que se manifesta em um ou outro sentido, dependendo da composição ocasional de seu órgão especial. Mas, a mais recente decisão (Proc. 70003834116) é no sentido de que tal competência pertence à União. Este fato talvez tenha contribuído para a confusão que se estabeleceu em algumas decisões, que passaram a fazer exigências nas ações possessórias, como se sobre desapropriação versassem.

Além disso, mesmo nesta hipótese mais drástica, da desapropriação sanção, o STF tem jurisprudência firmada de que, para aferição dos indicadores de produtividade e condições sociais, nas vistorias a serem procedidas pelos órgãos técnicos da administração, ao proprietário é assegurado o direito à notificação prévia, ao contraditório e ao devido processo legal.

Orientação, neste sentido, recentemente ficou plasmada na decisão do STF, que concedeu liminar, por meio da ministra Ellen Gracie Northfleet, no MS 24547 (desapropriação de fazendas de um só proprietário no Município de São Gabriel, RS), para suspender decreto desapropriatório, do Presidente da República, por desatender requisitos constitucionalmente assegurados ao proprietário atingido.

Nas possessórias, a discricionariedade permitida ao juiz é a de verificar os fatos, os pressupostos da lei e deferir ou não a manutenção ou a reintegração, sendo-lhe defeso inverter o ônus da prova, ou impor, ao autor esbulhado, obrigações que a lei não previu.

Quando o juiz admite a alegação, feita pelo invasor, de que a propriedade invadida não cumpre com a sua função social e, baseado nisso, rejeita a liminar, está legitimando a ação de milícias privadas, ao exemplo deplorável das brigadas do povo; o exercício arbitrário das próprias razões e garantindo a posse obtida pela violência, que não encontra guarida em qualquer disposição jurídica atual ou de antanho.

A propósito, o novo Código Civil até deu mais ênfase ao fato concreto e efetivo da posse, que ao *animus*, e maior relevância desta na relação com o direito de propriedade, seja pela introdução de novas

modalidades de posse, em decorrência do próprio conceito da função social da propriedade (posse produtiva e posse-trabalho); seja pela redução dos prazos para a prescrição aquisitiva (usucapião).

O que se desprende do novo Código Civil, que sobreveio à Constituição de 1988, é que o legislador não só consagrou, no Título I, Do Direito das Coisas, os Capítulos I (Da Posse e sua Classificação); II (Da Aquisição); III – (Efeitos da Posse) e IV – (Perda da Posse).

A legislação material não viu antinomia na garantia da posse e na função social da propriedade, nem derogou a norma processual de sua defesa e garantia. Não só manteve os institutos possessórios, como os ampliou. Basta que se atente para a manutenção dos institutos dos interditos possessórios e do desforço incontinenti, para que se confirme que toda construção jurídica, que versa sobre a posse, não só foi mantida, como ampliada, como assevera com lúcida clareza o Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Sérgio José Porto.

Em razão disso resulta como totalmente arbitrário introduzir na lide possessória, sequer a indagação de propriedade. E mais, se a pretensão, reintegratória ou mantenedora, for com base no domínio de quem o tiver, a ele será deferida. Isto é o que dispõe a Súmula 487 do STF, de forma clara e precisa que não dá lugar a leguleios diversionistas. E se for com base na posse fática, o que a lei impõe ao possuidor é demonstrar:

“Art. 927 do CPC:

I – a sua posse;

II – a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbacão ou do esbulho;

IV – a continuacão da posse, embora turbada, na açã de manutençã; a perda da posse na açã de reintegracão.”

Não se alegue que isso é uma mera interpretaçã gramatical da lei. Essa é a regra de sua aplicaçã. A menos que se queira sofismar. Não há o que interpretar nesse dispositivo da lei. Ele elenca imperativo categórico, cuja inteligênciã não dá lugar a entendimento dúbio, a significado oculto.

O juiz há que suprir pela exegese as lacunas da lei, buscar revelar o sentido e a extensã da vontade nela contidos, mas lhe é defeso acrescentar ou suprimir preceitos, ao seu livre alvedrio. Buscará a harmonia com o sistema jurídico, valorando os preceitos em

consonância com os valores prevalentes na sociedade, mas nunca se substituindo nas prerrogativas que são próprias do legislador.

Se assim agir estará usurpando competência ao legislador e assumindo uma atitude de soberba e arrogância que a investidura no poder-dever jurisdicional não lhe confere. É esclarecedora a citação que Romeu Marques Ribeiro Pinto faz, em sua obra *Das Invasões Coletivas* (Livraria do Advogado Editora, 1998, pág.121), de trecho de julgado do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, nestes termos:

“O Judiciário não formula regras jurídicas. Não é da sua competência. O Legislativo elabora as leis. O judiciário interpreta-as, colmando lacunas, quando presentes, visando à justiça”.

E adiante:

“A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém, como que inconscientemente, com o intuito de compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie. Examina o Código, perquirindo das circunstâncias em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais; interpreta a regra com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal (*rithiges recht*); porém tudo procura achar e resolver com a lei, jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, (*proeter ou contra legem*)”. (Obra citada, pág. 122).

É muito tênue o limite que se estabelece para o julgador, entre as competências de julgar e de legislar. Isso exige do julgador sólida formação cultural e ética. Busca da isenção, muito embora não se possa exigir-lhe dispa-se de suas convicções próprias. Tudo isso se resolve com clara visão do que seja o interesse do bem comum, atentando-se para a multifacetada gama de interesses privados que se debatem no enfrentamento social.

Portanto, quando o Des. Carlos Rafael dos Santos Jr. invoca doutrinadores americanos, como na citação seguinte:

“Os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, *INTERPRETAÇÃO* propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam *CONSTRUÇÃO*. Para eles, o jurista reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico aplicável à vida real. A *INTERPRETAÇÃO* atém-se ao texto como a velha exegese; enquanto a *CONSTRUÇÃO* vai além,

examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito; aquela presta maior atenção às palavras e ao sentido respectivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói.” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Sutherland, Campbell Black, John Bouvier e Woodburn. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 9ª ed., pág. 40) – Citação transcrita do ac. nº 70003434388, TJRS, pág. 04, de 06.11.2001;

não está trazendo qualquer suporte à sua posição, antes pelo contrário.

Destarte, donde concluir que a citada regra de hermenêutica autorize o juiz, no caso das possessórias, a avocar competência que não lhe pertence, para perquirir função social da propriedade extravagante à hipótese?

Donde concluir que possa acrescentar exigência que a lei não contém? Donde concluir que possa inverter o ônus da prova? Donde concluir que possa legitimar a posse obtida mediante violência e privar o possuidor do seu direito ao devido processo legal? Donde concluir que tal interpretação *constitutiva* se harmonize com os dispositivos da lei em questão (CPC) ou de outro repositório (Código Civil, Constituição Federal ou a Lei 8.629/93, que estabelece os requisitos para aferição do cumprimento da função social da propriedade, nas desapropriações para fins de reforma agrária)?

Donde, enfim, autorizar a eleição axiológica, para dar prevalência da função social da propriedade sobre direitos de mesma hierarquia enunciados na Constituição, como o direito de ir e vir; o direito a inviolabilidade de domicílio; ao usufruto dos bens próprios; ao trabalho e ao devido processo legal?

Como concluir, a partir da tendência moderna de exegese jurídica, que se possa admitir em juízo e dar voz a sedizentes movimentos sociais, que sequer informam sua forma de constituição; que não dizem como se estabelecem suas chefias, como e onde funcionam suas sedes, de onde provêm os recursos que os mantêm?

Como permitir-lhes a ampla gama de exclusão de punibilidade para o elenco de atos ilícitos que praticam, como porte ilegal de arma; danos ao patrimônio público e privado; ao meio ambiente: aos direitos de crianças e adolescentes, usados como escudos humanos nos confrontos; às leis de trânsito; as afrontas às autoridades; o esbulho possessório?

Tudo isso decorre da ânsia desmesurada de enxertar, nas possessórias, a condição de exercício do direito de propriedade, denominada de *FUNÇÃO SOCIAL*, para erigi-la a suprema condição de farol iluminador de exegese casuística, que pode derrogar todo o sistema de proteção da posse, que remonta aos primórdios do direito universal, pois a posse antecede a propriedade e é forma para sua obtenção, como consagra a prescrição aquisitiva, através da *usucapião*.

Não é a isto que se pode chamar de *interpretação analítica e sistemática do direito*. Tal atitude seria melhor entendida como mero esforço de dar sustentação judiciária a procedimentos que não têm escondido seu desiderato maior de suprimir todo o ordenamento democrático, começando pela propriedade, pelo desmonte da justiça, apodada de burguesa, pelos arautos da tese. Para quem ainda tinha alguma dúvida aí estão as tentativas de reforma da Previdência e do Judiciário. Ambas projetadas, não para aperfeiçoar, mas para apequenar e tornar subalterno o Poder Judiciário, indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Esquecem tais intérpretes as premissas da hermenêutica, enunciadas por Eros Roberto Grau, já no prefácio da obra de Juarez Freitas (citação supra), que adverte:

“A interpretação do direito, assim, há de ser sistemática, na medida em que apenas e tão somente ela nos permitirá a realização do sistema normativo do Estado Democrático.”

E, adiante, na citação que faz de Giovanni Tarello (*Storia della Cultura Giuridica Moderna*, Bolonha, Il Mulino, 1991, pp. 15-18):

“...Estado moderno”, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolvem uma atividade técnica – e não política –, seu requisito único de validade repousa na representação popular (expressão da *volonté générale*) associada à maioria legislativa. Os pressupostos que fundamentam a sua legitimidade encontram-se na separação dos poderes e na vinculação do juiz à lei.”

A hierarquização axiológica é trabalho que o juiz hermeneuta desenvolve para revelar e, como querem os modernos intérpretes, desvelar a ordem de valoração que o legislador atribui ao dispositivo em exame, no texto legal e na sua conjugação harmônica ao conjunto da normatividade que constitui o moderno estado democrático.

Logo, do exegeta exige-se um mínimo de isenção técnica (consabido que todo o julgamento envolve juízo valorativo, como



adverte Plauto Faraco de Azevedo, *Direito Justiça e Neoliberalismo*), mas que não pode romper com a necessária e prévia imparcialidade.

Não pode, o juiz, eleger o princípio a que ele atribui valor superior, por critérios subjetivos, e subordinar a aplicação dos demais direitos de igual hierarquia ao desiderato de demonstrar sua tese estabelecida *a priori*.

Os valores e a hierarquia são os estabelecidos no direito primário e originário dados pelo legislador e não aqueles que o julgador pretenda atribuir acriticamente. Caso contrário, que valor teria a lei? Pudesse o Judiciário alterá-la a seu bel prazer, não haveria por que temer reformas propostas e processadas atrabiliariamente, no jogo das conveniências políticas do momento.

Pode-se atribuir menor importância “à vontade histórica, do que à vontade do sistema no presente, em função de sua própria historicidade, que reclama adaptação constante às premissas finalísticas contemporâneas. Dito de outra forma, para compreender o singular como singular, uma interpretação prévia do todo se faz imprescindível. Interpretar é uma tarefa que só se realiza bem quando se conexiona e se relaciona bem.” (Sublinhei). Assim leciona Juarez Freitas (obra citada, pág. 23).

Do juiz exige-se isenção. É direito das partes. Não há de portar-se como um proselitista desta ou daquela posição. Terá suas posições, mas não pode contaminar o julgamento com teses preconcebidas.

Do julgador não se pode esperar o silogismo falacioso, pelo comprometimento prévio com premissa falsa. Só assim ter-se-á julgamento técnico. Ao contrário, se lhe for facultado acrescentar ou suprimir exigências, inexistentes no texto legal, sob o pretexto de que está produzindo interpretação sistemática, que não se sustenta nos cânones elementares da lógica jurídica, estar-se-á agredindo a segurança dos atos processuais e, portanto, afetando a própria segurança jurídica, indispensável a todos que demandam a solução dos conflitos pela via judiciária.

As presunções de fragilidade de uma das partes; de unção pela boa causa daqueles, *a priori*, tidos como desvalidos no conflito, têm na experiência da justiça especializada do trabalho consequências que redundam em prejuízo da própria parte que visam favorecer, pelo achatamento de salários e pelo desemprego. A isso está levando a extensão indiscriminada do conceito de hipossuficiência.

É salutar, portanto, que se mantenha o princípio da igualdade das partes.

## O DIREITO DE PROPRIEDADE

Há curiosas peculiaridades na construção constitucional brasileira, que se materializaram na chamada Constituição Cidadã de 1988. O título dos Direitos e Garantias Fundamentais deveria ocupar-se dos direitos e garantias individuais, consagrado pelo processo civilizatório, nas grandes constituições democráticas, à proteção da fragilidade do indivíduo frente ao poderio do Estado.

No embate entre esquerda e direita, a primeira fincou pé para introduzir, no capítulo que deles se ocuparia a extensão “individuais e coletivos”. A direita, por sua vez, firmou posição no sentido de que ali também deveriam figurar os deveres. Ora, todos os direitos que não sejam individuais serão coletivos e, se são individuais e coletivos, abarcam inteiramente o universo jurídico, porque não há outros direitos além dos individuais e coletivos.

Então, para corroborar a vocação minudente de regulamento da Constituição, acrescentaram ao título os **deveres**. A partir daí, como destacou, certa vez, o Deputado Constituinte Ibsen Pinheiro, toda a Constituição poderia se reduzir ao seu Capítulo I, perdendo os direitos e garantias individuais a sua proteção específica.

Faz-se essa alusão para acentuar o caráter de má sistemática de uma Constituição gerada sob a égide dos mais variados “lobbies” e sujeita a todo o gênero de negociações. Mas, não obstante isso, no que pertence ao direito de propriedade ela manteve aquilo que já consta de todos os textos constitucionais que a antecederam.

Não resta dúvida de que o direito de propriedade aí colocado é de natureza individual, com extensão *erga omnes* (art. 5º, inciso XXII, da CF) e que os dois incisos que lhe seguem (incisos XXIII e XIV), versando sobre a função social da propriedade e sobre as hipóteses de sua perda, por desapropriação, em suas modalidades de utilidade pública ou interesse social, são de natureza coletiva, relativizando-o, e estabelecendo a condição de seu exercício, subordinado ao atendimento da função social.

Logo, por exercício de lógica elementar, deduz-se que o direito originário e substantivo garantido é o de propriedade. A sua condição qualificadora é o atendimento da função social. Aliás, a conjugação do

que é próprio com o que é social encerra uma antinomia conceitual. Se é próprio e a seu detentor se garante o uso e a fruição do bem, como pode ser ao mesmo tempo social?

Esse aparente paradoxo se resolve na Constituição, estabelecendo-se as condições que subordinam o direito de propriedade ao interesse social. E sublinhe-se: **condições de exercício do direito**. Que é no seu núcleo essencial **direito de propriedade**. Condicionado a atender determinada função, cuja verificação é cercada de garantias jurídicas e cuja efetividade, associada à natureza produtiva, garante não só direito de propriedade, bem como a imunidade de desapropriação, juntamente com a pequena propriedade, para fins de reforma agrária (Art. 185, incisos I e II, da CF).

O art. 186 da CF fixa os requisitos para o cumprimento da função social, segundo critérios e graus estabelecidos na lei, a saber:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Até aqui a novidade é que tais requisitos foram alçados à condição de preceitos constitucionais, pois antes já constavam de Lei 4.204, de 1964, denominada Estatuto da Terra.

A perda da propriedade pode, então, consumir-se, quando ela, em processo formal de apuração, desatender a sua necessária função social, sendo considerada improdutiva.

O art. 184 da CF fixa a competência da União para a desapropriação-sanção, por interesse social, para fins de reforma agrária, quando não cumprida a função social.

Mesmo autores de ostensiva militância em favor das invasões coletivas e que subscrevem obras de indisfarçável cunho panfletário admitem que:

“Os níveis de produtividade são apurados em procedimento administrativo em que se asseguram a ampla defesa e o contraditório,

tendo o Supremo Tribunal Federal, em dezenas de oportunidades, anulado Decretos Presidenciais que declaravam imóveis rurais de interesse social para fins de reforma agrária em decorrência do descumprimento do devido processo legal administrativo” (Domingos Sávio Dresch da Silveira, in *O Direito Agrário em Debate*, Livraria do Advogado Editora, 1998, pág 20 – grifei).

Ora, a Constituição e a lei relativizam o direito de propriedade, mas não o suprimem, como também não retiram as garantias ao devido processo legal e ao contraditório, tanto no processo de aferição do cumprimento da função social, quanto no de desapropriação. Nenhuma norma legal, nenhum precedente jurisprudencial idôneo, nenhuma interpretação técnica deslocam a competência, estabelecida constitucionalmente, da Justiça Federal para ao âmbito da Justiça Estadual, tanto para o processo expropriatório, quanto para deslinde dos feitos que têm por objeto a função social e o processo administrativo de sua apuração.

De tudo isso se conclui, para argumentar, que devem ser respeitadas as regras que incidem na aferição da função social para a desapropriação, mesmo quando forem elas tomadas supletivamente, em sede de possessórias. Ou seja, se o juiz invoca a necessidade de prova da função social, deveria ela ser aferida, como se para desapropriação fosse, sob pena de legalidade. Mesmo assim, nenhuma justificativa existiria para a retirada do possuidor da sua posse, *mano militari*, por parte dos invasores e sob o pálio de uma decisão judicial, pela via transversa, de uma liminar negada, quando presentes todos os requisitos para sua concessão.

## DA POSSE E SUA PROTEÇÃO

Já se tratou neste trabalho, anteriormente, sobre a posse, sua natureza de bem protegido pela ordem jurídica. Para breve abordagem do instituto é sempre oportuno invocar Pontes de Miranda, o enciclopédico mestre, sistematizador do Direito Privado. Muito embora alguns neojuristas, de mirradas e pretensiosas teses acadêmicas, acoimem-no de superado, seguramente muito mais pela ousadia que a ignorância permite, do que pela humildade que o saber confere.

E assim assevera Pontes:

“Não há exagero em dizer-se na que evolução do instituto de proteção possessória muito se lê da história humana” (*Tratado de Direito*

*Privado*, Tomo X, Direito das Coisas – Posse. Rio de Janeiro: Editora Borsóí, 2ª edição, pág. 19).

Da posse se ocuparam e se ocupam exaustivamente muitos e respeitáveis autores antigos e contemporâneos, nacionais e estrangeiros. Ulpiano, segundo Pontes, já não se apegara à teoria da posse como simples sombra do domínio. Friedrich Karl Von Savigny e sua teoria subjetiva, acolhida no BGB e no nosso Código Civil de 1916, e Rudolf Von Jhering, com sua teoria objetiva, desenham o painel controvérsido da natureza da posse.

Não é objetivo deste trabalho aprofundar o exame da questão da posse, até porque existem excelentes trabalhos monográficos, como: *A Proteção Processual da Posse*, de Cláudia Aparecida Simardi (Revista dos Tribunais, 1997), e *Da Função Social da Posse*, de Ana Rita Vieira Albuquerque (Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2002). Esta última, na quarta parte de sua obra, aprofunda a História da Posse no Brasil.

O que se pretende acentuar é que alguns parecem esquecer a relevância da posse e de sua historicidade e toda a gama de sua proteção jurídica.

O princípio do *uti possidetis* foi invocado e acolhido no Tratado de Madrid de 1750, consagrando quase integralmente a configuração do atual território do Rio Grande do Sul.

Modernamente o *uti possidetis* foi adotado na “Paz de Breda”, em 1667, que pôs fim à guerra entre Holanda e Inglaterra, como refere Miguel Frederico do Espírito Santo em sua obra “*O Rio Grande de São Pedro entre a Fé e a Razão*” (Martins Livreiro – Editor, 1999, pág. 128). O *uti possidetis* tem o valor de um reconhecimento sucessivo do direito já constituído, na interpretação de Norberto Bobbio.

Este instituto tem a mesma gênese do *animus domini*, que gera a prescrição aquisitiva pela usucapião.

Por sua vez, as capitânias hereditárias e sesmarias foram concessões outorgadas para que seus donatários pudessem estabelecer posse e ocupar o território brasileiro. As concessões das sesmarias, em 1737, antecederam a fundação oficial do Rio Grande de São Pedro. Não há como apagar a história ou pretender reescrevê-la à luz de conceitos e valores atuais. Pode-se produzir a sua avaliação crítica, como o fez o Professor Ruy Cirne Lima.

Isso, porém, não revoga a História e não desconstitui a idéia da posse. Como acentua Pontes de Miranda:

“Em verdade, quando a propriedade se abstratizou, a posse continua concreta, fáctica, a despeito de, nos tempos mais próximos, se passar a aludir a *possessio* como se fora al distinto dos acontecimentos do mundo fáctico”.

A remissão histórica é relevante para reafirmar a importância, a permanência e o profundo sentido social da proteção possessória. Ela se dá, segundo Pontes “*por que se tem de proteger o possuidor para se evitar a via da luta*” (Obra já citada, pág. 12).

Para Savigny, na expressão de Ana Rita Viera Albuquerque, “a proteção da posse e esta espécie de assimilação do fato a um direito têm por fim a pessoa humana, que deve estar ao abrigo de toda a violência, e, porque a violência é, por si, um fato contrário ao direito” (obra já citada, pág. 99).

Cláudia Simardi transcreve Eusébio de Queiroz Lima, afirmando que as garantias da posse decorrem dos próprios fundamentos dessa, qual seja “o princípio jurídico pelo qual a pessoa, que tem de fato o exercício de um direito deve ser mantida nesse exercício, enquanto não se provar que esse direito não existe” (Obra citada, pág. 47).

Não é por outra razão que ela vem reconhecida e a previsão de sua defesa jurídica se estabelece na legislação civil através do interdito proibitório e é consagrada no mundo dos fatos pela sua legítima defesa, através do desforço *incontinenti* (autodefesa ou defesa imediata da posse).

Mas não só no âmbito civil se consagra a defesa da posse. Na esfera do Direito Penal, no Título II do Código Penal Brasileiro, quando trata – Dos Crimes Contra o Patrimônio, no seu art. 161, § 1º, inciso II, está tipificada como crime a invasão, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante o concurso de mais de duas pessoas, de terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

## CONCLUSÃO

Chega a ser assombroso que todo o arsenal protetor da posse possa ser desconsiderado, sob a alegação de que se está interpretando a lei processual “em harmonia axiológica com o sistema jurídico integral”.

Em verdade tal sofisma não decorre de qualquer equívoco. Ele faz parte de deliberada ação de desconstituição do Estado Democrático de Direito. A supressão do direito de propriedade, começando pelo campo, faz parte dos mais elementares manuais revolucionários, que se inspiram

no marxismo-leninismo e que praticam, como dogma de fé, a incitação à luta de classes.

Embora a via do reformismo revolucionário esteja em descrédito dentro da própria esquerda, grupos radicais insistem na sua pregação e prática em estranho conúbio com setores oriundos do catolicismo.

Mas, as tendências contemporâneas, que transcenderam à experiência do Leste europeu, converteram-se, em parte à social democracia e, em outra parte, à tática da revolução silenciosa, pela conquista das consciências, apregoada por Antonio Gramsci.

Importante referir estudo produzido pelo Promotor de Justiça Marcio Antônio Incarato, publicado em JUSTITIA, ano XXXVIII, vol 92, págs. 141 e seguintes, sobre a obra e o pensamento de ROUSSEAU, cujas bases lançadas no CONTRATO SOCIAL impregnam toda a concepção do Estado Democrático de Direito, fundada na tripartição de poderes de MONTESQUIEU. Pensamento que se dilui e embasa a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Tal estudo revela quanto é caro para a sociedade humana a manutenção dos princípios e a preservação das bases do moderno Estado de Direito, que tem no respeito à dignidade da pessoa humana, na organização do Estado com a repartição do poder e na sua interdependência, bem como na propriedade e no livre exercício do pensamento e das atividades humanas, construções de engenharia política e econômica que se revelaram as mais eficientes, em que pese as brutais desigualdades que persistem entre os homens e suas nações.

O que se verifica é que o “*tour de force*”, estabelecido no debate deste tema, não é entre duas correntes interpretativas do direito processual, mas entre duas concepções antagônicas de organização do Estado. Caso contrário, como entender afirmações contidas em julgados recentes exarados por alguns magistrados da justiça gaúcha em incidentes possessórios decorrentes de invasões coletivas, como as seguintes:

“Maiores considerações sobre essa problemática e sobre o dilema que ela desencadeia para o juiz, vale dizer, encontra o justo equilíbrio entre os dois direitos igualmente relevantes, o dos proprietários de terras e o dos integrantes desse movimento que não buscam, claramente, apropriar-se do que é dos outros, mas que fazem da estratégia da ocupação instrumento de pressão com vistas à obtenção de uma reforma agrária séria e efetiva” (Des. João Francisco Pellegrini, Proc. 70004215364, j. 18.04.2002, TJRS – grifei).

Ou,

“Muitas vezes não há outra forma de modificar as coisas, com sucesso, a não ser afrontando o *status quo* vigente” (Des. Guinther Spode, Proc. 70001063296, j. 21.12.2001, TJRS).

Tais afirmações desbordam do debate jurídico e afrontam a própria concepção do Poder Judiciário, que jamais seria demandado, por possuidores esbulhados ou turbados, que imaginassem receber sentenças que legitimem a violência, como instrumento de pressão contra o poder público ou que visem a modificações afrontando o *status quo*, pois o papel do Judiciário é justamente o de solucionar conflitos, prevenindo e evitando o uso da violência. Fora para receber esse tipo de decisão, por certo, as partes prefeririam o exercício da legítima defesa da posse, pelo desforço, que lhes é reconhecido pela lei.

Restam perguntas sem resposta na linha de raciocínio das decisões sob crítica, a saber:

1. Se não há intenção de apropriar-se do que é dos outros, quem responde pelos danos sofridos pelo possuidor esbulhado ou turbado? O juiz que manteve a invasão da posse, feita sob ameaça e/ou violência? O Estado, para que a sociedade pague a conta? Por entender não caracterizada a alegada ofensa ao art. 37, § 6º, da CF, o STF, concluindo o julgamento de recurso extraordinário, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que assegurara o direito de particular à indenização por danos causados em sua propriedade em face de invasão por membros do movimento dos sem-terra por haver reconhecido, na espécie, a omissão do Estado, ante o descumprimento, pela polícia militar estadual, das ordens judiciais de reforço policial na área invadida (art. 37, § 6º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"). Esclarece-se que está incorreta a notícia da conclusão desse julgamento, veiculada no Informativo 241 (RE 283.989- PR, rel. Min. Ilmar Galvão, 28.5.2002. – RE-283989).

2. Na hipótese de permanência dos invasores na área invadida, por rejeição judicial de liminar reintegratória, operar-se-á uma expropriação sem processo próprio, sem direito à defesa, sem indenização prévia, sem a intervenção da União, como dispõe a Constituição?



3. Ao longo desse debate tem-se ouvido argumentos do tipo – *Se o juiz defere a liminar, simplesmente arquiva o processo, sem pôr fim ao litígio.*

Mas, indaga-se, ao manter os invasores na posse, legitimando o uso da violência, estará o juiz solucionando o conflito de fundo, que é a disputa pela terra? Tem o Judiciário poder para tanto?

4. Na hipótese de uma invasão procedida em disputa de divisas, na qual um dos lindeiros organize um grupo de pessoas, desfraldando estandartes vermelhos e se dizendo também sem terra, se aplica a mesma interpretação e não se concede a reintegração?

Em verdade, alguns dos apóstolos dessa tese, em debate que deveria ser técnico e lógico, vão às lágrimas, não se sabe se por ingenuidade ou por pieguice. Em verdade não desenvolvem nenhum esforço no sentido, sequer, de aparentar imparcialidade. Ignoram o ensinamento contido na citação de voto que faz Romeu Marques Ribeiro Filho, como segue:

“Ora, a justiça prestada pelo Órgão jurisdicional é a justiça que flui do direito. Não a *justiça moral*. E se a *norma legal* não aberrar ao *direito*, impõem ao Juiz aplicá-la, ainda que lhe pareça injusta. Mesmo que o faça constrangidamente” (Obra citada, pág. 120).

Caso a solução jurídica da contenda lhe afronte convicções profundas, resta-lhe a via do impedimento ou da suspeição.

Para a solução dos conflitos decorrentes de invasões coletivas, quando se baliza a construção jurídica dentro do ordenamento jurídico vigente, é oportuno transcrever excerto de voto da Desembargadora Elba Aparecida Nicoli, no Ag. de Instrumento nº 598360402, do TJRS, de 06.10.1998, citado pelo Des. Coelho Braga, na decisão antes referida:

“A invasão praticada por força coletiva de grupo organizado não tem sustentação jurídica nos nossos Códigos, nem lei própria a regulá-la. Os argumentos suscitados pelos agravantes para manter a invasão são de natureza moral e de caráter político-social, suscitando seus direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal.

“A questão social invocada é conhecida e existe não só na zona rural, como também nas cidades com o direito à habitação e suprimento das necessidades básicas de sobrevivência. Porém, o Judiciário, onde os conflitos deságuam já em grau de enfretamento, não tem o poder material, nem jurídico para solucionar eficazmente tais problemas de política social do Estado.

“O Juiz não é um mero interpretador das leis, procura humanizá-las, afeiçoá-las aos princípios de justiça, adstrito aos

limites constitucionais. Também o Juiz não pode ignorar a lei, desconsiderando direitos também legítimos, violando o princípio do justo no caso concreto a decidir.

“Nas invasões coletivas, com argumento moral a embasar o pedido, os dados concretos, caso a caso, é que ditarão a Justiça, nos limites da lei civil e do embasamento constitucional vigente, em face da ausência de disposições específicas próprias.

“Os Governos, ao longo de décadas, vêm descurando do problema social. Não reservam suas energias e recursos para reduzi-lo, e encaminhá-lo, de forma competente, a uma situação, se não ideal, pelo menos mais justa.

“Com a ineficiência e burocracia, ao invés do dar um equacionamento, no caso específico da produção agrícola e repartição da terra para finalidades produtivas, alimenta, de um lado, a insegurança dos produtores e proprietários, com decréscimo da necessária produção de alimento e, de outro, alimenta o conflito, mantém grupos ociosos, desvinculados do trabalho, massa esta que torna improdutiva a terra invadida, até pela força da circunstância da provisoriamente da instalação”.

Aos afoitos que preterem a proteção da justa posse em favor dos esbulhadores que a ela acedem pela violência, de forma clandestina e com ânimo provisório, sugere-se que meditem sobre o ensinamento de EDUARDO J. COUTURE em *Meditaciones Sobre La Libertad*:

*“Aquel personaje de escuela de las princesas que decia que no hay revolución que no termine em una dictadura, ni dictadura que no termine em una revolución, demostró com sutil ironía lo difícil que es volver al sendero de la Constitución..*

*Es por eso que toda salida de la legalidad constituye una aventura: no solo por tener que salir de ella, sino porque es mucho más difícil volver.”*