



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

**Centro de Ciências Sociais**

**Faculdade de Direito**

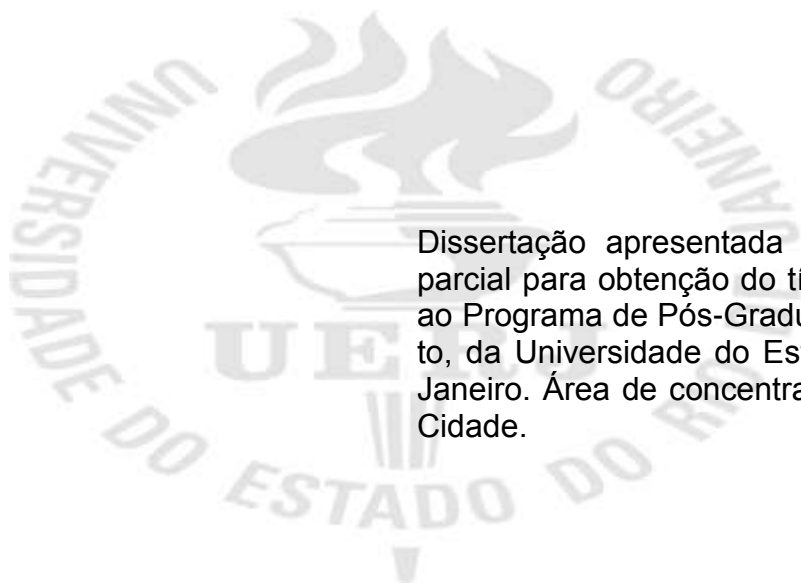
**Raphael Maia Rangel**

**O deferimento de medida liminar em ações possessórias que envolvam a posse coletiva de imóvel urbano para fins de moradia, no cenário do proprietário do imóvel não estar cumprido com a sua função social**

**Rio de Janeiro  
2017**

Raphael Maia Rangel

**O deferimento de medida liminar em ações possessórias que envolvam a posse coletiva de imóvel urbano para fins de moradia, no cenário do proprietário do imóvel não estar cumprido com a sua função social**



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito da Cidade.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R196 Rangel, Raphael Maia.

O deferimento da medida liminar em ações possessórias que envolvam a posse coletiva e imóvel urbano para fins de moradia, no cenário do proprietário do imóvel não estar cumprido com a função social /Raphael Maia Rangel. - 2017.

167f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Ação possessória - Teses. 2. Medidas liminares.–Teses. 3. Direito de propriedade – Teses. I. Torres, Marcos Alcino de Azevedo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.23

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Raphael Maia Rangel

**O deferimento de medida liminar em ações possessórias que envolvam a posse coletiva de imóvel urbano para fins de moradia, no cenário do proprietário do imóvel não estar cumprido com a sua função social**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito da Cidade.

Aprovado em 27 de janeiro de 2017.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo Kloh Muller Neves  
Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2017

“Visto que o fundamento da propriedade é a utilidade, onde não houver utilidade possível, não pode existir propriedade.”

Jean-Jacques Rousseau

***Dedico este trabalho***

Aos meus pais, Lucia Maria Soares Maia  
e José Nicolau Rangel, por tudo!

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho respira UERJ, ele é resultado do conhecimento adquirido em sala de aula, dos debates com professores da pós-graduação, da troca de ideias entre alunos, da inspiração com sucesso de tantos ícones do universo jurídico nacional que transitam pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Enfim ele é o meu legado do curso de mestrado em direito da UERJ. Assim meu muito obrigado a esta fantástica universidade.

Ao meu orientador, Dr. Marcos Alcino, obrigado pelo precioso direcionamento a temática desta pesquisa e pelas valiosas dicas no decorrer do curso que sempre foram densamente consideradas e aprofundadas.

Aos meus ilustres professores neste extraordinário percurso que me enriqueceram com conhecimento e inquietações. Dr. Luís Roberto Barroso, Dr. Marcos Alcino, Dr. Maurício Motta, Dra. Vânia Aieta, Dr. Antônio Cabral, Dra. Rosangela Gomes, Dra. Bethânia Assy e Dr. José Ricardo Cunha, o meu muito obrigado.

Aos meus colegas de pós-graduação que foram fundamentais para a assimilação do conteúdo temático apresentado para o adequado desenvolvimento acadêmico, na qual agradeço na pessoa do meu amigo Álvaro Barbosa.

À minha mãe Lucia, meu pai Nicolau, e meus irmãos Rodolfo, Vanessa e Priscilla, pelo incentivo no ingresso ao mundo acadêmico e pelo alicerce nos momentos de angústia.

À Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pelo tempo concedido para que essa aspiração se tornasse realidade, a fim de que o resultado deste trabalho possa engrandecer sua história.

Finalmente à minha mulher Clarissa pelo imenso suporte durante todo o curso, pelo apoio nas horas difíceis, pelo companheirismo nos momentos de isolamento, pelas conversas nos períodos de reflexão. Obrigado por isso e por ser meu amor.

## RESUMO

RANGEL, Raphael Maia. *O deferimento de medida liminar em ações possessórias que envolvam a posse coletiva de imóvel urbano para fins de moradia, no cenário do proprietário do imóvel não estar cumprido com a sua função social*. 2018. 167 f. Dissertação (Mestrado em 27/01/2017). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O art. 562 do CPC de 2015 manteve a possibilidade do deferimento de medida liminar em ações possessórias, sem ouvir o réu, caso a petição inicial contenha os quatro requisitos descritos no art. 561 do mencionado código. Assim basta ao autor da petição inicial comprovar tais condições que permitirá ao magistrado deferir a medida liminar. Nas exigências enumeradas na norma legal não existe qualquer alusão que o autor da petição inicial tenha que provar que sua propriedade, que está sendo turbada, esbulhada ou ameaçada, estava cumprindo com a sua função social<sup>1</sup>. É sobre este aspecto processual que transborda para o direito material que esta dissertação é direcionada, ou seja, o ponto central deste estudo é questionar os requisitos listados no CPC para o deferimento de uma medida liminar em uma ação possessória. O fato do autor da ação possessória conseguir comprovar os quatro requisitos descritos no art. 561 do CPC faz com que ele tenha direito subjetivo ao deferimento do seu pedido liminar? Não é razoável exigir do autor da ação possessória, que ele comprove que sua propriedade estava cumprindo com a sua função social antes de ser molestada, para que a liminar pleiteada seja concedida? Caso o autor da demanda possessória seja beneficiado por uma medida liminar apesar de não cumprir os deveres constitucionais e legais de funcionalizar sua propriedade, ele não estará se beneficiando da sua própria torpeza? Enfim, estas e outras questões que circulam este assunto deverão ser dirimidas por esta investigação, a fim de dar suporte ao entendimento que sustenta que a função social da propriedade deva ecoar no campo processual<sup>2</sup>.

Palavras-chave: Ação possessória. Liminar. Função social da propriedade.

---

<sup>1</sup>Lei 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil de 2015 - Art. 561. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbção ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbção ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração. Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

<sup>2</sup>Constituição Federal de 1988 - artigo 182, § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.



## ABSTRACT

RANGEL, Raphael Maia. *The deferral of preliminary injunction in possessory actions that involve the collective possession of urban property for housing purposes, in the scenario of the owner of the property not being fulfilled with its social function*. 2018. 167 f. Dissertação (Mestrado em 27/01/2017). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The art. 562 of the CPC of 2015 maintained the possibility of receiving preliminary injunction in possessory actions, without hearing the defendant, if the initial petition contains the four requirements described in art. 561, that is enough for the petitioner prove that it will be up to the magistrate to grant the measure injunction, in the requirements enumerated in the legal norm there is no hint that the author of the initial must prove that his possession, which is being disturbed, looted or threatened, was fulfilling his social function. It is on this procedural aspect that overflows to the material right that this dissertation is directed, that is, the Central point of this study is to question the requirements listed in the CPC for the deferral of an injunction in a possessory action. The fact of the author of the possessory action to be able to prove the four requirements described in article 561 of the CPC, does it have a subjective right to receive its preliminary injunction? Is it not reasonable to require the proposer of the initial, to prove that his property was fulfilling his social function before being molested, so that the injunction pleaded is granted? If the author of the possessory claim is benefited by a preliminary injunction despite not complying with the constitutional and legal duties to functionalize his property, is he not benefiting from his own awkwardness? Lastly, these and other issues that circulate in this subject will try to be resolved by this investigation, in order to supports the thesis that the social function of property should echo in the procedural field.

Keywords: Possessory action. Injunction. Social function of property.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
1	<b>INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E VEDAÇÃO A TORPEZA</b> .....	16
1.1	<b>Teoria da argumentação jurídica</b> .....	16
1.1.1	<u>O Princípio da Universalizabilidade e a Proteção da Confiança</u> .....	20
1.2	<b>Do conflito entre regras e da colisão de princípios</b> .....	22
1.2.1	<u>Do Postulado da Ponderação</u> .....	24
1.3	<b>Da interpretação constitucional de casos difíceis</b> .....	27
1.3.1	<u>A argumentação jurídica como elemento adequado para persuadir o julgador</u> .....	29
1.4	<b>Da vedação a torpeza</b> .....	30
1.4.1	<u>Disposições gerais</u> .....	30
1.4.2	<u>A boa-fé objetiva no processo civil</u> .....	30
2	<b>A ORIGEM DO DIREITO À MORADIA</b> .....	35
2.1	<b>Disposições gerais</b> .....	36
2.2	<b>A propriedade</b> .....	36
2.2.1	<u>Função social da propriedade</u> .....	40
2.2.2	<u>Do equivocado entendimento de que a função social da propriedade é uma norma constitucional programática</u> .....	44
2.2.3	<u>Propriedade sem função social</u> .....	47
2.3	<b>A posse</b> .....	51
2.3.1	<u>Legitimação da posse</u> .....	56
2.4	<b>A moradia</b> .....	58
2.4.1	<u>Direito à moradia – Conteúdo Mínimo versus Reserva do Possível</u> .....	61
2.4.2	<u>Direito à moradia e o Estatuto da Cidade</u> .....	64
2.4.3	<u>Déficit habitacional no Brasil</u> .....	65
3	<b>AÇÕES POSSESSÓRIAS E SUAS LIMINARES</b> .....	71
3.1	<b>Disposições gerais</b> .....	71
3.2	<b>Considerações sobre as ações possessórias no Brasil</b> .....	72
3.3	<b>Ações possessórias no Código de Processo Civil de 1973</b> .....	74
3.4	<b>Ações possessórias no Código de Processo Civil de 2015</b> .....	77
3.4.1	<u>A necessidade de um novo Diploma Processual Civil</u> .....	77

3.4.2	<u>Compreensão das ações possessórias sob a ótica do CPC de 2015</u> .....	79
3.4.3	<u>A manutenção da fungibilidade das ações possessórias</u> .....	81
3.4.4	<u>Os requisitos formais autorizadores da tutela possessória</u> .....	83
3.4.5	<u>As inovações nas ações possessórias com o CPC de 2015</u> .....	87
3.5	<b>Das medidas liminares em ações possessórias</b> .....	94
3.5.1	<u>Noções preliminares das tutelas provisórias</u> .....	94
3.5.2	<u>Do cumprimento dos requisitos do artigo 561 do CPC</u> .....	97
3.5.3	<u>Da equivalência entre a medida liminar das ações possessórias com a tutela antecipada</u> .....	100
3.5.4	<u>Das liminares no litígio coletivo pela posse de imóvel</u> .....	103
3.5.5	<u>Da oitiva do réu nas ações possessórias</u> .....	106
3.6	<b>O reforço no dever de fundamentar decisões judiciais</b> .....	108
3.7	<b>Novas técnicas decisórias que podem reverberar nas ações possessórias</b> .....	111
4	<b>O EXAME DAS MEDIDAS LIMINARES NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS QUANDO ENVOLVEM PROPRIEDADES PRIVADAS URBANAS QUE NÃO CUMPREM COM A SUA FUNÇÃO SOCIAL</b> .....	114
4.1	<b>Conflito entre a posse com função social e a propriedade sem função social</b> .....	114
4.2	<b>Como podemos detectar que uma propriedade não cumpre com a sua função social?</b> .....	118
4.2.1	<u>Um estacionamento cumpre com a sua função social?</u> .....	123
4.2.2	<u>O tamanho de um imóvel possui relevância no ato de determinar se ele cumpre ou não sua função social?</u> .....	125
4.3	<b>Da timidez dos avanços processuais no litígio coletivo pela posse de imóvel provocada pelo CPC de 2015</b> .....	127
4.4	<b>É razoável o juiz deferir liminares em ações possessórias que envolvam propriedades privadas urbanas que não tenham cumprido sua função social?</b> .....	133
4.4.1	<u>Dez premissas para embasar uma resposta</u> .....	133
4.4.2	<u>Sim, a função social da propriedade deve reverberar nas ações possessórias e impedir o deferimento de medidas liminares que</u>	

	<u>envolvam propriedades privadas urbanas que não cumprem com a sua função social</u> .....	135
4.5	<b>Existe jurisprudência que endosse o entendimento de que a função social da propriedade se aplica no campo processual?</b> .....	137
5	<b>DESDOBRAMENTOS RELACIONADOS À MAIOR EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NOS LITIGIOS COLETIVOS PELA POSSE DE IMÓVEL</b> .....	143
5.1	<b>Existem limites ao que se defende nesta dissertação?</b> .....	143
5.2	<b>A posse funcionalizada é uma contrapartida necessária ao que se defende nesta dissertação?</b> .....	146
5.3	<b>A efetivação do que se sustenta neste estudo pode estimular ocupações em imóveis alheios?</b> .....	148
6	<b>CONCLUSÃO</b> .....	149
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	151
	<b>ANEXOS</b> .....	162

## ABREVIATURAS

AI	Agravo de Instrumento
Art.	Artigo – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002
CC	Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002
CPC de 1973	Código de Processo Civil – Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973
CPC de 2015	Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil – 05 de outubro de 1988
EC	Emenda Constitucional
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
RE	Recurso Extraordinário
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJPA	Tribunal de Justiça do Pará
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## INTRODUÇÃO

As ocupações coletivas, como regra, ocorrem em áreas vazias, pois se estivessem em efetivo uso haveria impossibilidade lógica do seu apoderamento. Como regra, os ocupantes não são selvagens violentos e hostis que invadem com agressividade os imóveis alheios, como querem nos fazer crer os veículos de comunicação que são conduzidos pelas mesmas forças dominantes do mercado imobiliário, mas sim por famílias pobres e humildes que apenas realizam as mencionadas ocupações em decorrência da profunda desigualdade social de nosso país e por falta de perspectiva na adoção de políticas públicas que venham a efetivar o direito fundamental a moradia e a dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto social que normalmente ocorrem os litígios coletivos pela posse de imóveis urbanos no Brasil e o desfecho das citadas contendas acaba com violência ou com o retorno imediato dos imóveis aos seus proprietários, não importando se os mesmos cumprem ou não com a função social de sua propriedade imposta pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de todos.

Assim, este estudo tem o intuito de aprofundar as questões relacionadas às disputas fundiárias de cunho coletivo urbano e, a partir daí questionar o procedimento determinado pelo legislador, às interpretações consolidadas pela jurisprudência e o desfecho provável dos fatos acima narrados.

Esta pesquisa não tem a intenção de apresentar uma resposta definitiva sobre este tema, mas apenas introduzir argumentos a discussão para ajudar a encontrar soluções diversas das usualmente obtidas pela jurisprudência e engrossar a corrente que defende a irradiação absoluta da função social da propriedade em nosso ordenamento jurídico.

O art. 3º da Resolução Recomenda nº 87 do Concidades conceituou o conflito fundiário como sendo a “disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos vulneráveis que necessitam ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade<sup>3</sup>.”

---

<sup>3</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. CONSELHO DAS CIDADES. Disponível em: <[http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/87\\_Resolucao\\_Conflitos\\_versao\\_final\\_ConCidades\\_Nacional.pdf](http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/87_Resolucao_Conflitos_versao_final_ConCidades_Nacional.pdf)>. Acesso em 19 jan. 2017.

A partir deste conceito, é possível construir a importância do conflito fundiário para a sociedade contemporânea, a disputa pela posse ou propriedade do imóvel urbano é o pano de fundo da profunda desigualdade que reina na sociedade brasileira, ou seja, poucos com muito e muitos com pouco ou quase nada, de certa forma, por meio das disputas fundiárias estamos materializando a colisão frontal entre o direito constitucional a propriedade e o direito constitucional a moradia.

Em muitos casos as desavenças fundiárias são consubstanciadas em uma propriedade privada urbana não utilizada, subutilizada ou não edificada, ou seja, um imóvel que não cumpre com sua função social, e é nesse cenário que esta dissertação irá encontrar seu núcleo duro, a fim de revelar os detalhes desse poderoso movimento nacional de luta de classes.

A cada dia que passa estamos mais habituados a nos deparar com notícias sobre embates em ações de reintegração de posse, situações que de certo modo caracterizam-se como rixas fundiárias, pois pessoas sem propriedade lutam para ter suas moradias e os donos utilizam todos os instrumentos jurídicos disponíveis para impedir isto e assim manter seus domínios, mesmo que tais propriedades estejam sem qualquer finalidade social imediata ou mediata.

A falta de moradias no Brasil é um problema muito antigo, porém vem se intensificando a cada ano que passa e com isso mais e mais invasões em propriedades alheias ocorrem em nosso país com o objetivo de efetivar tal direito. Assim, é imperiosa uma resposta para esta alarmante adversidade.

É partindo desta premissa que esta dissertação se concentra, ou seja, em contribuir como uma alternativa a evitar o agravamento da crise de habitação que o Brasil passa atualmente através de uma análise criteriosa sobre a possibilidade ou não de deferir medidas liminares em ações possessórias, especialmente as liminares que envolvam conflitos coletivos.

A legislação possessória no Brasil, apesar de ter sido recentemente atualizada, através da entrada em vigor do novo código de processo civil, manteve a tônica do código anterior, uma vez que no art. 561 do CPC de 2015 o legislador ordinário sequer impôs a necessidade da comprovação da função social da propriedade para que pudesse ser deferida uma liminar em uma ação possessória<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/Notícias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-março](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-março)>. Acesso em 19 jan. 2017.

É importante ressaltar que houve sim, pequenos avanços nos dispositivos relacionados com a ação possessória no CPC de 2015 que serão minuciosamente explicados ao longo desta dissertação, mas o importante para este momento é afirmar que os elementos essenciais de proteção exagerada da propriedade foram mantidos<sup>5</sup>.

É nesse contexto que esta dissertação se insere, com o propósito de contribuir para obstar a manutenção de propriedades privadas urbanas não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas, e esta colaboração será efetivada através da impossibilidade do deferimento de medidas liminares em ações possessórias que envolvam propriedades privadas urbanas que não tenham cumprido sua função social, em especial as ações que litigam a posse coletiva de terras.

O desenvolvimento desta dissertação foi dividido em cinco títulos.

No primeiro título é difundida a correlação entre a teoria da argumentação jurídica de Alexy e o tema central deste estudo, assim como a relevância da compreensão dos contornos do conflito entre as regras e da colisão dos princípios necessários para auxiliar o julgador na produção de uma interpretação inovadora do texto legal. Posteriormente é ressaltada a adoção da boa-fé objetiva no campo processual pelo CPC de 2015 e como isso enfatizou o respeito ao princípio da vedação a torpeza na seara processual.

No segundo título são abordados os institutos relacionados à propriedade, à posse e à moradia e seus desdobramentos pautados ao cumprimento ou não da função social.

O terceiro título é dedicado às ações possessórias, seus elementos e suas características, com destaque para o exame das medidas liminares e para o litígio coletivo pela posse de imóvel urbano.

No quarto título apresenta-se uma visão crítica do estudo sobre o atual cenário do litígio coletivo pela posse de imóvel urbano e posteriormente é apresentada ao leitor à interpretação que resulta desta investigação relacionada à análise de liminares em ações possessórias.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 561. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.



No quinto e último título são exibidos desdobramentos relacionados à posição defendida nesta dissertação.

Enfim, o desenvolvimento desta pesquisa visa efetivar o posicionamento que será defendido nesta investigação através da construção de bases jurídicas para tanto.

# 1 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E VEDAÇÃO A TORPEZA

## 1.1 Teoria da argumentação jurídica

Parece adequado afirmar que de acordo com as indagações que serão levantadas nesta pesquisa é interessante dissecar as obras “teoria da argumentação jurídica” e “teoria dos direitos fundamentais” ambas de Alexy, a fim de buscar uma compreensão de tais produções intelectuais e iniciar a pavimentação para o núcleo desta investigação.

Este estudo tem o intuito de aprofundar a percepção que o referido autor possuía da técnica de ponderação de valores, pois tal destreza é crucial para que possamos ultrapassar o conflito entre o direito de propriedade sem função social versus a posse com função social á luz do tratamento que o operador do direito atribuiu às ações possessórias no direito brasileiro.

Para deixar claro, esta exploração tentará encontrar o ponto de conexão das supramencionadas obras de Alexy, com especial atenção a técnica de ponderação de valores, para então poder ter lastro suficiente para compreender o real significado do confronto entre a propriedade que não respeita sua função social, versus a posse que possui função social no âmbito das ações possessórias.

Após esta apresentação preliminar quanto aos objetivos que serão buscados nesta fase inicial, esta investigação irá dissecar as referidas obras de Alexy com a finalidade de produzir, ao final deste capítulo, o ponto de ebulição que irá reverberar para outra fase desta pesquisa.

De acordo com este contexto, é importante esclarecer que para o mencionado autor existem diferentes tipos de conflitos jurídicos podendo ser feito uma distinção entre essas contendas como deliberações sobre a dogmática legal, deliberações judiciais, debates no tribunal, tratamentos jurídicos de questões legais, discussões envolvendo estudantes, juristas ou advogados, assim como debates sobre problemas jurídicos na mídia; em todos esses exemplos apresentados como espécies de conflitos jurídicas é possível encontrar elementos que identificam as discussões e outros que as diferenciam, porém, para todas as contendas jurídicas

elencadas o elemento mais importante que compõem tais deliberações são os argumentos jurídicos<sup>6</sup>.

Um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico é a distinção entre a argumentação geral prática da argumentação jurídica, sendo a argumentação jurídica caracterizada pelo seu relacionamento com a lei válida<sup>7</sup>.

Existem diversas limitações nos discursos jurídicos, porém, tais restrições são de intensidades desiguais; por exemplo, a discussão jurídica mais livre e menos limitada é a discussão com conteúdo científico jurídico<sup>8</sup>.

Outro ponto de destaque é que o processo de argumentação jurídica tem limite de tempo e é regulado pelas leis processuais, porém, na maioria das vezes, as partes não se preocupam em chegar a um resultado justo para o processo, mas sim, a um efeito que seja vantajoso para o autor da argumentação.

É fácil concluir que no mundo jurídico a argumentação é crucial em praticamente todos os momentos, pois os operadores do direito narram situações ou cenários e, a partir daí, constroem raciocínios que buscam persuadir o outro lado. Em uma ação o autor narra os fatos posteriormente, conecta estes fatos ao direito e, por fim, tira diversas conclusões dessa conexão visando o convencimento do interprete com relação as suas análises.

Em uma sustentação oral proferida em um julgamento na suprema corte ou em uma discussão trivial de trabalho entre operadores do direito, o poder de argumentação e de persuasão será crucial para o sucesso ou insucesso da tese defendida pelo expositor.

Contudo, no mundo jurídico, os operadores do direito se deparam com acontecimentos de fácil resolução e com ocorrências de difícil solução. Parece fácil concluir que os eventos de fácil resolução serão decididos de forma lógica ou dedutiva aplicando basicamente a técnica da subsunção. Já nos eventos de difícil solução, caberá ao interprete ou julgador fazer valorações dos diversos elementos contidos no caso concreto, a fim de encontrar a melhor resposta para o episódio e isso será feito por meio da argumentação jurídica<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> ALEX Y. Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Editora Landy. p 211.

<sup>7</sup> ALEX Y. Robert.. Ob. cit. p 212.

<sup>8</sup> ALEX Y. Robert.. Ob. cit. p 213.

<sup>9</sup> ALEX Y. Robert.. Ob. cit. p 213.

Quando um operador do direito defende um ponto de vista tentando influenciar e persuadir terceiros para que concordem com sua opinião sobre certos fatos ou eventos, estamos diante de um dos elementos da argumentação jurídica.

Dessa maneira é fácil perceber que existem elementos fundamentais que descrevem o conteúdo da argumentação jurídica. Esses elementos são: a linguagem, os argumentos jurídicos propriamente ditos e os limites que norteiam os argumentos jurídicos. Assim, quando esses três dados são reunidos de forma adequada, conseguiremos extrair deles conclusões que visam persuadir os destinatários dos argumentos<sup>10</sup>.

É importante ter em mente que estamos diante de um procedimento lastreado na racionalidade que busca uma solução para o caso concreto. Este método é calcado na linguagem dos participantes, nas suas reflexões e nos limites que orientam tais argumentos, visando encontrar soluções para potencializar a necessidade de reflexão em detrimento da mera aplicação da lógica formal dos fatos ou da simples capacidade dedutiva dos acontecimentos.

Ou seja, quão mais difícil é o caso concreto, o operador do direito terá que apresentar alegações consistentes sobre os fatos com uma linguagem adequada para que o interprete ou julgador seja persuadido pelas referidas justificativas em detrimento da aplicação de uma lógica dedutiva e natural dos fatos<sup>11</sup>.

Após mapear as informações fundamentais que descrevem a argumentação jurídica, é importante constatar que os discursos jurídicos se relacionam com a justificação e que a justificação é dividida pelo mencionado autor em justificação interna e externa<sup>12</sup>.

Alexy utiliza-se de complexas formulas para caracterizar a justificação interna e concluir que é muito fácil superestimar ou subestimar a importância das formas e regras da justificação interna:

Engisch observa corretamente que “chegar a uma conclusão como esta exige a um mínimo de esforço; a principal dificuldade está em descobrir as premissas para ela.” No entanto, a exigência de justificação interna não é vã. No curso da justificação interna se torna claro quais premissas têm de ser externamente justificadas. Pressuposições que caso contrário permaneceriam ocultas têm de ser explicitamente formuladas. Isso aumenta a possibilidade de reconhecer erros e criticá-los. Finalmente, articular regras

---

<sup>10</sup> ALEXY. Robert.. Ob. cit. p 217.

<sup>11</sup> ALEXY. Robert.. Ob. cit. p 219.

<sup>12</sup> ALEXY. Robert.. Ob. cit. p 220.

universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim, contribui para a justiça e a segurança jurídica<sup>13</sup>.

Quanto à justificação externa, o autor divide em três premissas: (1) regras da lei positiva, (2) afirmações empíricas e (3) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva. Posteriormente ele classifica os argumentos da justificação externa em seis grupos de regras e formas: (1) interpretação, (2) argumentação dogmática, (3) uso de precedentes, (4) argumentação geral prática, (5) argumentação empírica e (6) formas especiais de argumentos jurídicos<sup>14</sup>.

Para o dito autor a análise lógica das formas de argumento descritas nos grupos por ele definidos são cruciais para o embasamento da justificação externa. Além disso, para que o resultado de tais análises admita a possibilidade de relacionar os conhecimentos descritos nos referidos grupos, é imperioso que o interprete consiga relacionar tais grupos e, com isso, justifique seus argumentos externamente.

A diferenciação de justificação interna para justificação externa delineada por Alexy é encontrada no estudo realizado por Geremberg:

A argumentação jurídica deve ser estudada a partir de duas etapas;  
 (a) A primeira etapa é denominada justificação interna, fase de descoberta das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada segundo as estruturas formais das regras ou dos princípios.  
 (b) A segunda etapa é denominada justificação externa, fase de justificação das premissas, quando as premissas elencadas na etapa anterior serão fundamentadas. É na justificação externa que a relação entre fato e norma é completada<sup>15</sup>.

Uma das mais importantes tarefas da interpretação é a justificação adequada ao que está sendo interpretado; para conseguir isto, as formas de compreensão são divididas em interpretação semântica e genética, sendo que a semântica se caracteriza por afirmações sobre a validade das normas e a genética, por asseverações sobre a intenção do legislador. Para Alexy, ambas as formas de interpretação estabelecem a intenção dos participantes perante o processo

<sup>13</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 224.

<sup>14</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 225/6.

<sup>15</sup> GEREMBERG, Alice Leal Wolf. A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do "tribalismo". Tese de doutorado apresentada na PUC-RIO. Rio de Janeiro, 2006. p. 16.

legislativo e também demonstram que o uso adequado da linguagem implica em estabelecer fatos<sup>16</sup>.

Quanto à argumentação dogmática Alexy ressalta que não existe ainda uma teoria amplamente aceita pela doutrina que conceitue adequadamente a argumentação dogmática, porém, tende a prosperar o entendimento de que ela é a ciência jurídica no sentido mais estreito e apropriado do termo, isto é, uma mistura de, ao menos, três atividades: (1) a que descreve a lei em vigor, (2) a que sujeita a análise conceitual e sistemática e (3) aquela destinada a elaborar propostas sobre a solução própria do problema jurídico<sup>17</sup>.

Dentre os grupos apresentados para embasar a justificação externa deve ser destacada a aliança que inclui o uso de precedente, pois este é um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica. Um precedente serve como forte argumento jurídico para persuadir o interprete ou julgador para que conclua ou decida no mesmo sentido do julgado paradigma, ou seja, se um caso análogo um interprete ou julgador já decidiu de certo modo, esta forma de decisão poderá ser mais facilmente repetida do que em uma decisão inovadora.

Em suma, ao dissecar a teoria da argumentação jurídica é possível concluir que tal tese defende que, através da linguagem dos participantes, das suas reflexões e nos limites que orientam seus argumentos, é factível obter soluções que potencializam a reflexão do interprete ou do julgador, em detrimento da mera aplicação da lógica formal dos fatos ou da simples capacidade dedutiva dos acontecimentos.

### 1.1.1 O Princípio da Universalizabilidade e a Proteção da Confiança

Após ultrapassarmos a compreensão do que a teoria da argumentação jurídica defende e como ela será importante na elaboração de adequadas alegações para que o interprete possa concluir diversamente da simples lógica formal dos fatos, este estudo passará a tratar do princípio da universalizabilidade adotado por Alexy como uma exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 231.

<sup>17</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 241.

<sup>18</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 258.

Como será demonstrado ao longo desta investigação, existem precedentes do STJ que concretizam o que se sustenta neste estudo, ou seja, de que seja reverberada a função social da propriedade do âmbito material para o campo processual, porém, para que seja dada efetividade a isso é importante ter em mente o que exatamente argumenta Alexy em seu princípio da *universalizabilidade* e como os precedentes estão cada vez mais relevantes no cenário jurídico atual do nosso país.

O princípio da *universalizabilidade* sustenta que devemos tratar situações iguais de forma semelhante, porém, isto não é tão simples assim, pois dois casos, na maioria das vezes, não são idênticos, ou seja, possuem certas particularidades que podem fazer com que o julgador deva decidir de forma diversa, contudo esta não deve ser a regra, mas sim a exceção, e uma decisão consolidada como precedente só deve ser alterada se existirem razões suficientes para que o julgador decida de outra forma. Em outras palavras, o precedente deve provocar uma presunção relativa de que a decisão então tomada deveria ser replicada em um caso semelhante<sup>19</sup>.

No ordenamento legal do *common law* é conhecida a força vinculante dos precedentes, já nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, normalmente se atribui um papel secundário no processo de produção normativa; no entanto, isso vem mudando na *civil law* e os precedentes estão deixando de ter uma função meramente persuasiva para ter uma função vinculante, como no controle abstrato, de constitucionalidade, nos incidentes de uniformização de jurisprudência, dentre outros mecanismos<sup>20</sup>.

Cabral sustenta que o princípio da proteção da confiança se aplica também aos atos jurisdicionais, tema polêmico com forte resistência dos defensores do *civil law*, contudo, tal rejeição tende a desaparecer, ou diminuir drasticamente, com a consolidação das bandeiras levantadas pelo CPC de 2015<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Nota explicativa: De acordo com Kant o princípio da universalizabilidade significa que quem “age apenas segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”. E continua “uma máxima é uma regra que deve valer para certos tipos de acção e será moral ou imoral consoante esteja ou não de acordo com o princípio moral, que é uma regra que deve valer para todas as acções.” <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Direitos%20Humanos.pdf>. P.331. acesso 19/01/2017 às 12:38.

<sup>20</sup> CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada, in Revista de Processo, n. 221, pp. 1-8, 2013.

<sup>21</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Ob. cit. pp. 1-8, 2013.

Enfim, a relevância do princípio da *universalizabilidade*, assim como a importância da constatação de que os precedentes acarretam uma presunção relativa de que uma situação semelhante seja tratada de forma similar, e o eco que o princípio da proteção da confiança começa a ter no *civil law* são elementos importantes para sustentar o que esta investigação parece conduzir.

## 1.2 Do conflito entre regras e da colisão de princípios

De acordo com Alexy a diferenciação entre regras e princípios é a mais importante distinção construída em sua celebre obra “teoria dos direitos fundamentais”, pois ela é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais<sup>22</sup>.

É importante esclarecer que Alexy define que tanto à regra quanto o princípio são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Além disso, ambos são formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, logo, a distinção entre regra e princípio é uma diferenciação entre duas espécies de normas<sup>23</sup>.

Antes de apresentar seu critério de distinção, Alexy lembrou que tal diferenciação não é algo novo e listou assim alguns critérios utilizados por outros autores. Após tal introdução Alexy apresentou ao leitor que o seu critério poderia ser definido em uma única frase: princípios são mandamentos de otimização.

As regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva e sua forma de aplicação é feita por meio da subsunção, ou seja, quando uma norma é válida, espera-se que seja feito exatamente aquilo que ela exige, assim sendo, ocorrendo a regra ela é cumprida, e não sendo a regra não é cumprida.

Para Alexy as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou descumpridas, isto é, não existe meio termo para elas; a expressão tudo ou nada, “all or nothing”, consegue captar a essência das regras<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> ALEXY. Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. 2ª edição. 4ª tiragem. 2015. p 85.

<sup>23</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 87.

<sup>24</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 116.



Já os princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas, assim, para Alexy, princípios são mandamentos de otimização, pois eles podem ser cumpridos de diferentes formas e em diversos graus de intensidade dependendo da realidade fática e jurídica do caso concreto<sup>25</sup>.

A diferença entre regras e princípios é evidenciada na colisão entre princípios e no conflito entre regras, ou seja, duas normas, quando aplicadas isoladamente, levariam a resultados inconciliáveis entre si e a principal distinção entre regras e princípios para Alexy surge da forma de solução da colisão de princípios para os conflitos de regras<sup>26</sup>.

O conflito entre regras leva a constatação que nessas circunstâncias pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. Alexy apresentou em sua obra um exemplo no qual se pode visualizar com facilidade este conflito e a forma de solução que é a invalidade de uma das regras:

Um exemplo de conflito entre regras que o Tribunal Constitucional Federal resolveu exatamente nesse sentido – com base na norma sobre conflitos do art. 31 da Constituição alemã (“o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual”) – é aquele entre o parágrafo 22, 1, da ordenação sobre o horário de trabalho, de 1934 a 1938 (direito federal vigente na época da decisão), que pela interpretação do tribunal, permitia a abertura de lojas entre 7 e 19hs nos dias úteis, e o parágrafo segundo da lei do Estado de Baden sobre o horário de funcionamento do comércio, de 1951, que, entre outras coisas, proibia a abertura de lojas após as 13hs nas quartas-feiras. As duas regras não podem valer ao mesmo tempo, caso contrário a abertura das lojas nas tardes de quartas-feiras seria tanto permitida quanto proibida. A possibilidade de considerar a cláusula da lei estadual como uma exceção ao direito federal estava excluída, em face do disposto no art. 31 da Constituição. Nesse sentido, restou apenas possibilidade de declaração de nulidade da norma de direito estadual<sup>27</sup>.

Já a colisão entre princípios foi atestada de forma totalmente diferente, pois quando ocorre à colisão entre princípios, um deles deve ceder, mas isso não significa que o princípio que cedeu deve ser considerado inválido, nem que será apresentada uma cláusula de exceção, mas sim, prevalecerá o princípio que possui maior peso, e o que possui menor densidade continuará a existir, porém com incidência limitada, naquela hipótese em exame, vez que a colisão de princípios só

<sup>25</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 116.

<sup>26</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Argumentação jurídica, ponderação e representatividade argumentativa na obra de Robert Alexy. Quaestio Iuris, v 5. P.21-50, 2012.

<sup>27</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 93.

existe entre princípios válidos, cabendo ao julgador sopesar os conflitos. Assim, utilizando uma expressão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha “a colisão deve ser resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”<sup>28</sup>.

O objetivo deste sopesamento é encontrar qual dos princípios em colisão que, abstratamente examinado, estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto. Diante desse cenário, Alexy cria diversas formulas, quase matemáticas, para explicar o modo adequado para aplicar sua teoria, por fim Alexy define estas formulas como a “lei de colisão” e atribui a ela um dos fundamentos para a teoria que ele apresenta em sua obra “teoria dos direitos fundamentais”<sup>29</sup>.

Após definir a “lei da colisão”, depois de concluir que os princípios em colisão devem ser sopesados para que o interprete descubra no caso concreto qual o princípio que possui maior peso e assim deva prevalecer, Alexy disserta sobre o postulado da ponderação que é a aplicação do critério de sopesar princípios em conflito<sup>30</sup>.

Para Alexy a ponderação é a forma ideal de aplicação de um princípio, pois ela é o comando de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto<sup>31</sup>.

O pano de fundo desta investigação flutua entre o direito da propriedade e a função social da propriedade, ambos protegidos pela CRFB de 1988, porém, com aspectos muito conflitantes, fato que estimula um arranjo para que sejam compatibilizados seus efeitos nas situações reais. É nesse cenário que se torna relevante a tese defendida por Alexy, pois apenas com o sopesamento dos direitos em colisão através do postulado da ponderação, é que se pode encontrar uma solução justa para o caso concreto e, assim, abrigar os valores defendidos em direitos colidentes.

### 1.2.1 Do Postulado da Ponderação

Quando ocorrer à colisão entre princípios, cabe ao interprete ou julgador sopesar os interesses do caso concreto e tentar encontrar uma solução adequada

---

<sup>28</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 95.

<sup>29</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 99.

<sup>30</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 116.

<sup>31</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 116.

ou, ao menos, obter uma resposta razoável para a resolução da situação real que se debruça. Assim, é fácil constatar que a ponderação é utilizada preponderantemente para a resolução de casos de difícil deliberação, vez que nas hipóteses de fácil desfecho não é necessário ponderar valores para encontrar uma resposta adequada ao que se indaga<sup>32</sup>.

Alexy dispõe sobre o postulado da ponderação e sua íntima relação com a aplicação dos princípios no caso concreto:

A construção oposta à construção em princípios, a construção em regras, pode ser vista como uma tentativa de se evitar os problemas ligados à ponderação. As normas de direito fundamental são consideradas regras que são aplicadas fundamentadamente sem a necessidade de ponderação. Isso não significa que a aplicação de direitos fundamentais se transformou em todos os casos em uma subsunção não problemática. A subsunção em geral e especialmente no direito pode ser difícil e exigir mais passos intermediários, bem como outros argumentos dos mais diversos tipos que justifiquem esses passos intermediários. Assim, pode ser muito duvidoso se uma manifestação constitui a manifestação de uma opinião, uma atividade constitui propriedade. Para a construção em regras é decisivo que não só essa questão, mas todas as questões que surgem na aplicação de direito fundamentais devam ser resolvidas fundamentadamente sem a ponderação. A solução sem ponderação pode assim ter um caráter tanto positivista quanto não-positivista<sup>33</sup>.

Nesse mesma linha de pensamento Barroso descreve sobre os institutos da subsunção e da ponderação:

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna<sup>34</sup>.

Posteriormente Barroso descreve a relevância da ponderação de valores para obter a solução de uma situação de difícil resposta e divide este procedimento em três fases, a fim de que o interprete possa com prudência e racionalidade decidir pela melhor resolução encontrada:

<sup>32</sup> BARROSO. Luís Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Renovar, 2000. pp.72-73.

<sup>33</sup> ALEXY. Robert. Ob. cit. p 147.

<sup>34</sup> BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 358.

Na primeira fase, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito - insuperável pela subsunção - é o ambiente próprio de trabalho da ponderação.

(...)

Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos - isto é, as diversas premissas maiores pertinentes - são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. Na segunda fase, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

(...)

Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

(...)

É na terceira fase que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção.

(...)

Os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade<sup>35</sup>.

Na descrição de Barroso deve ser destacada a terceira fase, em que a ponderação irá singularizar-se em oposição à subsunção, e com isso os princípios poderão ser aplicados com maior ou menor intensidade, tendo em vista as situações fático jurídicas do caso concreto buscando conciliar o conflito de normas, a fim de graduar a intensidade da solução escolhida, isto tudo lastreado no princípio da proporcionalidade e da racionalidade para a máxima concordância dos direitos em conflito.

Neste mesmo sentido Alexy conceitua a lei da ponderação como sendo a ideia fundamental de otimização em relação às possibilidades jurídica, ou seja, o exame da proporcionalidade:

---

<sup>35</sup> BARROSO. Luís Roberto. Ob. Cit. p 374/5.

Quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento de outro princípio<sup>36</sup>.

E prossegue sobre os três níveis em que a ponderação deve ser dividida para que seja compreendido o seu completo alcance:

A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente no terceiro nível, identifica-se a importância do cumprimento do princípio oposto e justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. Se não fosse possível emitir juízos racionais sobre, em primeiro lugar, a intensidade da interferência, em segundo lugar, o grau da importância da razão justificadora da interferência e, em terceiro lugar, a relação de uma com o outro, as objeções levantadas por Habermas e Schlink seriam verdadeiras<sup>37</sup>.

Enfim, após compreender o significado do conflito de regras e a aplicação da subsunção a tais conflitos, depois de transcorrer sobre a colisão de princípios e a necessidade de sopesar tais colisões, em seguida a demonstrar que a técnica de ponderação de interesse é ideal para sopesar as colisões entre princípios, fica mais fácil enxergar a utilidade desta teoria para o que esta investigação se propõe.

Contudo, para que este capítulo teórico consiga obter êxito na forma de encontrar os alicerces necessários ao que esta investigação propõe, é importante que sejam debatidas preceitos do que o interprete deve fazer nas situações de interpretação constitucional de casos difíceis.

### **1.3 Da interpretação constitucional de casos difíceis**

Os casos difíceis são aqueles que não possuem uma solução abstratamente pronta no ordenamento jurídico e, por isso, necessitam de uma construção do interprete de acordo com as peculiaridades do caso concreto. E nesse cenário que a argumentação jurídica é fundamental para que o interprete ou julgador consiga ser persuadido da tese defendida pelo operador de direito que expõe seus argumentos.

A colisão de princípios em algumas hipóteses necessita ser resolvida por meio do procedimento adequado para a solução de casos difíceis e é nessas

<sup>36</sup> ALEXY. Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Editora Universitária. p.154.

<sup>37</sup> BARROSO. Luís Roberto. Ob. Cit. P 377.

hipóteses que a argumentação jurídica torna-se importante, isto juntamente com a técnica de sopesar ou de ponderar princípios em colisão.

Como salientado por Barroso, nesse ambiente mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, em diversas hipóteses, acarreta apenas o início de solução; os fatos fazem parte da normatividade, vez que só é possível construir uma solução adequada respeitando as particularidades da situação real, e o intérprete terá um papel decisivo em analisar os argumentos jurídicos e tentar sopesar a colisão entre princípios para dar voz à norma apropriada à luz dos fatos, tornando-se assim coparticipante da elaboração do processo de criação do direito<sup>38</sup>.

Barroso descreveu três situações geradoras de casos difíceis que pela densidade dos argumentos peço vênia para transcrevê-los integralmente:

*Ambigüidade da linguagem.* Quando se vale de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, o Direito utiliza termos e expressões que têm múltiplos significados possíveis e cujo sentido somente poderá ser estabelecido à luz dos elementos do caso concreto. Princípios como eficiência, razoabilidade ou solidariedade; cláusulas abertas como a calamidade pública, repercussão geral ou impacto ambiental, e mesmo vocábulos plurissignificativos, como tributos, servidores públicos ou privacidade, envolvem na sua concretização, uma dose maior ou menor de valoração subjetiva por parte do intérprete. A consequência natural é a existência de algum grau de variação e de incerteza na sua interpretação, com implicações inevitáveis sobre a segurança jurídica.

*Desacordos morais razoáveis.* No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. Não é difícil comprovar e ilustrar o argumento com situações envolvendo (a) eutanásia e suicídio assistido, isto é, a existência ou não de um direito a morte digna; (b) a questão da recusa de transfusão de sangue por pessoas adeptas da religião Testemunhas de Jeová; e (c) o debate sobre a descriminalização das drogas leves. Também aqui a pré-compreensão do intérprete, seu ponto de vista de observação, sua ideologia e visão de mundo acabam por ser, consciente ou inconscientemente, fator determinante na escolha da decisão que se afigura mais acertada.

*Colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais.* A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. Não é difícil oferecer exemplos emblemáticos. O cantor Roberto Carlos foi a juízo para impedir a divulgação de uma biografia não autorizada, invocando seus direitos constitucionais de imagem e de privacidade. O autor da obra defendeu-se fundado na sua liberdade de expressão e no direito de informação, igualmente protegidos constitucionalmente. Naturalmente, como os dois lados tem normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver este problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, porque mais de uma postula incidência sobre a hipótese. Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de

<sup>38</sup> BARROSO. Luís Roberto. Ob. Cit. p 347.

elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso concreto. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo interprete<sup>39</sup>.

Ou seja, a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais razoáveis e a colisão de normas constitucionais ou de direitos fundamentais são para Barroso as três principais situações cotidianas que o interprete terá que tomar uma penosa escolha.

O terceiro exemplo descrito por Barroso, como de árdua escolha, é o pano de fundo deste estudo e para este cenário é sugerido que “a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso concreto. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo interprete<sup>40</sup>”.

### 1.3.1 A argumentação jurídica como elemento adequado para persuadir o julgador

Neste cenário é importante ressaltar que de acordo com os argumentos apresentados por Barroso não existe na resolução de casos difíceis uma solução certa e outra errada, mas sim, elucidações adequadas ou não, de acordo com o ponto de vista de cada interprete.

Nesta conjuntura onde não existem deliberações certas ou erradas é que a argumentação jurídica ganha musculatura para auxiliar o interprete e favorecer a parte que tem sucesso em empregar-las corretamente.

Assim, a utilização adequada da argumentação jurídica e da ponderação de interesses através da técnica de sopesar os princípios em colisão para construir no caso concreto uma solução adequada é o caminho que este estudo irá trilhar para efetivar o princípio da função social da propriedade na esfera processual, em especial nas ações possessórias.

Isto porque, a argumentação jurídica adequada visa persuadir o interprete ou julgador para que adote a tese defendida pelo autor dos argumentos, ou seja, ao utilizar a técnica de sopesar os princípios em colisão, o interprete irá escolher a decisão que melhor se encaixa a sua ideologia, a sua visão de mundo, mas,

---

<sup>39</sup> BARROSO. Luís Roberto. Ob. Cit. p 348.

<sup>40</sup> BARROSO. Luís Roberto. Ob. Cit. p 348.

principalmente, a decisão em que os argumentos jurídicos foram apresentados mais concatenados com o caso concreto.

## **1.4 Da vedação a torpeza**

### **1.4.1 Disposições gerais**

É importante ter em mente que o direito deve ter uma profunda correlação com a situação fática em uma ótica atual, para, então tentar compreender o que significa torpeza para o direito naquele momento.

A definição do que significa torpeza é modificada de tempos em tempos tendo em vista a dinâmica da sociedade, ou seja, o que poderia significar torpeza na década de 1950 pode muito bem ser completamente aceito pela sociedade em 2016, e é com essa premissa inicial que esta investigação pretende caminhar.

Iuri Falcão discorre muito bem sobre a real necessidade da aplicação do direito aos fatos cotidianos com uma profunda conexão “a dinâmica urbana e os consequentes atos coletivos populares de ocupação de terra precisam ser analisados a partir de aspectos estruturais e conjuntarias que conformam a produção e reprodução das grandes cidades no Brasil. O mundo jurídico não pode se negar a compreender as raízes destas questões, sob pena de aplicar um direito morto, superficial, enclausurado em sua própria cientificidade, sem utilidade para a maioria da população”<sup>41</sup>.

Neste sentido, a vedação a torpeza consagrada no ordenamento jurídico nacional como um dos deveres anexos da boa-fé objetiva deve ser interpretada nas ações possessórias, sob a análise do atual contexto da sociedade, a fim de que a conduta do proprietário do imóvel que não cumpriu a função social do seu bem não seja agraciada com uma benesse do ordenamento jurídico processual que consiste no deferimento de uma medida liminar em caso de turbação ou esbulho do imóvel desfuncionalizado.

### **1.4.2 A boa-fé objetiva no processo civil**

---

<sup>41</sup> FALCÃO Iuri, As ações possessórias nos conflitos fundiários coletivos de imóveis urbanos. Salvador 2009. p.10.



O Código Civil de 2002 consagrou a boa-fé objetiva, logo com a entrada em vigor desta codificação; a boa-fé deixa de ser apenas um elemento inserido na vontade do indivíduo da relação jurídica e se torna um elemento objetivamente esperado na manifestação dos atos realizados.

Assim, a boa-fé objetiva passa a ser considerada como uma regra de conduta independentemente da vontade para todos os agentes que venham a realizar atos ou negócios jurídicos, esta regra de comportamento visa, em última análise, efetivar o princípio da confiança, assim como concretizar o postulado da segurança jurídica, conforme podemos observar abaixo:

o reconhecimento da necessidade da tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos de sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou <sup>42</sup>.

Na mesma velocidade que surge a regra objetiva de conduta para todos os indivíduos relacionados com atos ou negócios jurídicos, surgem também as formas de mascarar esta regra, ou seja, atos que aparentam uma ilusória licitude, porém que visam se beneficiar de terceiros, maculando diretamente a referida norma.

Os mencionados atos de aparente legalidade, mas com violação direta ou indireta da boa-fé objetiva são denominados pelo legislador como atos de abuso do direito<sup>43</sup>.

O abuso do direito foi materializado no direito civil através de cinco teorias descritas por Schreiber, sendo elas: 1 - teoria dos atos próprios, ou *venire contra factum proprium*; 2 - teoria do abuso do direito por omissão ou *supressio e surrectio*; 3 - teoria do dever de mitigar as próprias perdas ou *duty to mitigate de loss*; 4 - teoria de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza ou *turpitudinem suam allegans non auditur* e 5 - teoria do adimplemento substancial do contrato ou o nome de substancial performance<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 94.

<sup>43</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. pp.23-29.

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. - A proibição de comportamento contraditório – Tutela de Confiança e Venire Contra Factum Proprium. 4ª edição, Atlas, 2016. Pp.134-145.

Para este estudo é relevante à quarta teoria acima descrita, denominada *Turpitudinem Suam Allegans Non Auditur*, ou, ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza; esta tese consiste basicamente na vedação da malícia ou da má-fé nas relações jurídicas.

Segundo Tartuce, o brocardo jurídico de que ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza também é conhecido na doutrina como *tu quoque* e informa que tal instituto consiste na existência de uma contradição em que um dos sujeitos na relação obrigacional exige um comportamento em circunstâncias tais que ele mesmo deixou de cumprir<sup>45</sup>.

Também neste mesmo sentido é a doutrina de Farias e Rosevald que destacam os limites do *tu quoque* e sua incidência direta sobre o princípio da boa-fé e da justiça contratual, conforme descrito a seguir:

O *tu quoque* é um tipo específico de proibição de comportamento contraditório na medida em que, em face da incoerência dos critérios valorativos, a confiança de uma das partes é violada. Isto é, a parte adota um comportamento distinto daquele outro adotado em hipótese objetivamente assemelhada.

Ocorre o *tu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação, com o fito de se beneficiar.

(...) No *tu quoque* a contradição (...) reside (...) na adoção indevida de uma primeira conduta que se mostra incompatível com o comportamento posterior. O *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, pois pretende evitar não só que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta, como também resguardar o equilíbrio entre as prestações<sup>46</sup>.

Leite também contribui para a perfeita compressão do leitor desta pesquisa sobre o tema, ao descrever que o *tu quoque* ou *turpitudinem suam allegans non auditur* consiste em um dos deveres anexos de uma relação contratual decorrentes da boa-fé e que demonstram que um indivíduo que viola uma regra jurídica não pode invoca-la para beneficiá-lo:

O *tu quoque* é uma expressão que revela os deveres anexos de uma relação contratual, decorrentes da boa-fé. Essa locução, também conhecida como *turpitudinem suam allegans non auditur* (o sujeito não pode valer-se da própria torpeza), é designativa de situação na qual a pessoa que viola

<sup>45</sup> TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil. Metodo. V. único. p. 919. 2016.

<sup>46</sup> FARIAS. Cristiano Chaves de e ROSENVALD. Nelson – Curso de Direito Civil – v.1 – Parte Geral e LINDB. Juspodivam. 2016.

uma regra jurídica não pode invocar a mesma regra a seu favor, sem violar a boa-fé objetiva<sup>47</sup>.

Costa, de forma didática, expõe os limites impostos a uma pessoa através do brocardo jurídico *ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza*. Para ele “a pessoa que violou uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso: a) prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; b) exercer a posição jurídica violada pelo próprio; ou c) exigir de outrem que aceite a situação já violada”<sup>48</sup>.

Nesse sentido, o primeiro dos limites impostos pelo mencionado brocardo é o que realmente interessa para esta pesquisa, pois o indivíduo que violou a norma jurídica não pode prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente sem com isso cometer abuso do direito.

Assim, com lastro nesta compreensão, é que este estudo propõe uma mudança de entendimento com relação ao deferimento de liminares em ações possessórias propostas por indivíduos que não cumpriram com a função social da sua propriedade.

Ou seja, de forma direta, o dono de um imóvel que não cumpriu com a função social da sua propriedade e por esta razão a mesma não foi utilizada, nem edificada ou ainda ficou apenas subutilizada, estaria ferindo diretamente o parágrafo 4º do art. 182 da CRFB de 1988 e conseqüentemente o art. 5º da lei 10.257 de 2001.

Neste cenário em que o indivíduo violou a norma jurídica constitucional não é razoável conceber que ele venha a se aproveitar da sua própria torpeza e assim ser privilegiado com o deferimento de uma medida liminar em uma ação possessória, mesmo tendo deixado de concretizar um dever constitucional.

Tendo esta conclusão afluída junto ao direito civil, o leitor deste estudo pode questionar a sua aplicabilidade no direito processual que é um dos temas centrais desta pesquisa; contudo, esta dúvida será em seguida respondida no sentido de que o abuso do direito possui total incidência no direito processual, ou seja, consiste tanto em uma violação do direito material quanto de direito processual.

O Superior Tribunal de Justiça já consagrou no REsp Repetitivo nº 1267995/PB, tema 524, que é inaceitável o abuso do direito nas relações

---

<sup>47</sup> LEITE, Moraes Danielle, Teorias Consectárias do Abuso do Direito – Artigo Científico apresentado na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. pp.8-9.

<sup>48</sup> COSTA, Aldo de Campos. A toda prova - A tipologia do exercício abusivo de posições jurídicas. Consultor Jurídico. 14 de novembro de 2013. pp 1-3.

processuais, logo, não se trata apenas de uma teoria civilista de cunho material, mas sim, uma teoria que possui reflexos tanto no âmbito material como processual do ordenamento jurídico nacional:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. NÃO CONSENTIMENTO DO RÉU. ART. 3º DA LEI 9.469/97. LEGITIMIDADE.

1. Segundo a dicção do art. 267, § 4º, do CPC, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu. Essa regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Entretanto, a discordância da parte ré quanto à desistência postulada deverá ser fundamentada, visto que a mera oposição sem qualquer justificativa plausível importa inaceitável abuso de direito.

2. No caso em exame, o ente público recorrente condicionou sua anuência ao pedido de desistência à renúncia expressa do autor sobre o direito em que se funda a ação, com base no art. 3º da Lei 9.469/97.

3. A existência dessa imposição legal, por si só, é justificativa suficiente para o posicionamento do recorrente de concordância condicional com o pedido de desistência da parte adversária, obstando a sua homologação.

4. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, após o oferecimento da contestação, não pode o autor desistir da ação, sem o consentimento do réu (art. 267, § 4º, do CPC), sendo que é legítima a oposição à desistência com fundamento no art. 3º da Lei 9.469/97, razão pela qual, nesse caso, a desistência é condicionada à renúncia expressa ao direito sobre o qual se funda a ação.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08<sup>49</sup>.

Além disso, o CPC de 2015 inovou o ordenamento jurídico nacional ao consagrar a boa-fé objetiva no âmbito do processual civil, conforme podemos observar no art. 5º, do mencionado diploma:

Art. 5º - Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé<sup>50</sup>.

Desta forma, se existiam dúvidas sobre a aplicabilidade da boa-fé objetiva no direito processual civil, o novo código dissipou todas as incertezas. Albrecht informa que a incidência do princípio da boa-fé objetiva no direito processual é oriunda do direito suíço e que sua aplicabilidade visa o comportamento justo, desprovido de maldade ou de segundas intenções:

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1267995/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 03/08/2012.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 5º.

O novo código de processo civil (Lei 13.105/15) preocupado com a garantia do devido processo legal, dentre outros princípios, trouxe a tona um princípio já conhecido, porém pouco utilizado efetivamente. Interessado em reprimir os comportamentos ímprobos, e não cooperativos das partes, o novo código de processo civil, vem por meio do princípio da boa fé objetiva, mostrar as partes os benefícios da cooperação, garantindo assim a rapidez e eficácia na resolução dos conflitos.

Dispõem o artigo 5º do novo diploma legal que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Mencionado artigo foi inspirado pelo direito suíço, que em seu Código de Processo Civil, mais exatamente no artigo 52 traz o princípio da boa fé objetiva. Ele tem como base, o comportamento justo, desprovido de maldade ou segundas intenções. É uma forma de repulсар a má fé subjetiva, ou seja, a conduta dolosa que visa lesar a outra parte no processo<sup>51</sup>.

Diante do exposto, podemos verificar que a boa-fé objetiva possui incidência no direito processual civil e que sua violação acarreta o abuso do direito, que tem entre os seus deveres anexos à vedação de beneficiar-se da sua própria torpeza, ou seja, o indivíduo que violou a norma jurídica não pode prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente sem com isso cometer abuso de direito.

Essa vedação deve ter total aplicação junto ao procedimento especial das ações possessórias, vez que apesar de tais ações terem um procedimento específico junto ao CPC de 2015, isso não faz com que a tutela possessória deixe de ter que observar os princípios gerais do direito contidos no mencionado código, nem que os deveres anexos da boa-fé objetiva deixem de irradiar efeitos sobre os litígios possessórios.

## **2 A ORIGEM DO DIREITO À MORADIA**

---

<sup>51</sup> ALBRECHT, Odair. Princípio da Boa-Fé objetiva e sua importância no novo código de processo civil. Jurídico certo. 11/05/2016. Disponível em: <[https://juridicocerto.com/p/aznar-neves-e-albrec/artigos/principio-da-boa-fe-objetiva-e-sua-importancia-no-novo-codigo-de-processo-civil-2252?fb\\_comment\\_id=1218910654820628\\_1257029684342058](https://juridicocerto.com/p/aznar-neves-e-albrec/artigos/principio-da-boa-fe-objetiva-e-sua-importancia-no-novo-codigo-de-processo-civil-2252?fb_comment_id=1218910654820628_1257029684342058)>. Acesso em 19/01/2017.

## 2.1 Disposições gerais

Este título tem a intenção de apresentar ao seu leitor um mínimo de informações sobre o direito à moradia de forma que também ocorra a análise do direito à propriedade e da posse, uma vez que o direito à moradia possui suporte no solo, logo intimamente ligado aos mencionados institutos e assim possibilitando a compreensão seus desdobramentos no campo processual e, com isso, vislumbrar novas interpretações legais.

Esta introdução será feita através do relato das origens, dos conceitos, dos elementos e do desenvolvimento dos mencionados institutos, para então correlacionar a relevância da correta percepção deles a adequada interpretação do direito constitucional a moradia.

Cumprе ressaltar que este título não terá um enfoque apenas informacional, vez que em diversas situações serão levantadas críticas e conjecturas sobre possíveis correlações legais e teóricas com o tema em discussão, porém, tudo isto é feito com o propósito de preparar o leitor para sua inserção no seara processual desta temática.

## 2.2 A propriedade

O conceito de propriedade aflorou paralelamente a transformação do homem selvagem para o homem sedentário, uma vez que este, com a descoberta da agricultura, precisava se adaptar a esse novo cenário e com isso transformou seus costumes primitivos em hábitos que visavam à exploração da terra e o seu sustento e, em consequência disso, nasce à importância da propriedade para o ser humano<sup>52</sup>.

O Direito Romano não definiu expressamente o direito da propriedade, porém, em um fragmento do Digesto foi encontrado algo que se assemelhou muito com o conceito da propriedade nos séculos seguintes<sup>53</sup>. Tácito descreveu bem isso ao expor que no Digesto o principal elemento dominante da senhoria ocorria através da faculdade de usar, fruir e dispor da coisa como um direito subjetivo que se opõe a

---

<sup>52</sup> MADEIRA, Helio Maciel de França Digesto de Justiniano. Introdução ao Direito Romano.. Revista dos Tribunais. 6ª edição, p. 18.

<sup>53</sup> MADEIRA, Helio Maciel de França .Digesto de Justiniano. Ob. Cit. p 19.

terceiros, obrigando-os a respeitá-los, ou seja, a caracterização clássica do *jus utendi, fruendi e disponendi*<sup>54</sup>.

Isso foi o suficiente para reverberar os valores defendidos no direito de propriedade e assim consagrar este direito perante a sociedade nas décadas e séculos seguintes.

Neste contexto, com o passar dos anos o acúmulo de terras cada vez mais significou a concentração de poder ao seu detentor e isso foi enfatizando o peso da propriedade sobre os demais elementos da vida. Não é difícil recordar a obsessão do homem pelo acúmulo indiscriminado de terras para expor sua influência e ascendência sobre os demais. A conquista de novas terras e a usurpação do direito de propriedade alheia eram circunstâncias essenciais para o aumento do prestígio do seu detentor<sup>55</sup>.

O iluminismo, ou a filosofia das luzes, introduziu uma enorme revolução intelectual na história da humanidade que varreu em larga escala o continente europeu, e em menor prestígio o americano, mas influenciou uma série de ideais que preponderaram na transição da Idade Média para a Idade Moderna em todo o mundo; contudo, entre seus pontos negativos o iluminismo contribuiu decisivamente para a excessiva concentração da propriedade privada aos seus adeptos.

O iluminismo era dividido em duas grandes correntes: o racionalismo e o empirismo; isso acarretou a elaboração de duas perspectivas para a positivação do direito de propriedade. O contratualismo, que defendia que o Estado não era fruto do acaso, mas sim resultado da ação racional e concreta do homem. Já a linha jusnaturalista, que tinha entre seus principais expoentes Rosseau, Hobbes e Locke, defendiam que os direitos fundamentais eram anteriores ao Estado e a sociedade, cabendo respeitá-los independentemente da sua origem. Entretanto, em ambas as correntes, a concentração da propriedade privada mantinha-se nas mãos dos seus seguidores<sup>56</sup>.

Nesse ambiente houve a consolidação do direito à propriedade através da sua inclusão no art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia de 1786 e no art. 2º da

---

<sup>54</sup> O *Digesto* (do latim *digerere*, que significa pôr em ordem) é uma compilação de fragmentos de juriconsultos clássicos. Escrito em latim e grego é a obra mais completa que a Codificação Justinianéia.

<sup>55</sup> TACITO. Caio. Temas de direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 581.

<sup>56</sup> ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. A Evolução do Direito de Propriedade ao Longo dos Textos Constitucionais. pp. 1-11.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 relacionando ele aos ideais de liberdade e de trabalho e o consagrando como direito fundamental inato à pessoa humana<sup>57</sup>.

Definitivamente neste ponto da história mundial estávamos no auge do direito da propriedade como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. A partir desse ponto o direito da propriedade inicia um longo período de mitigações e absorção de outros valores, porém, a nível nacional, o status profundamente individualista da propriedade privada ainda permaneceria até o início do século XX.

A origem do direito da propriedade no Brasil foi bem anterior à consolidação da propriedade como direito fundamental inato à pessoa humana, isto porque, Portugal trouxe para o Brasil o regime sesmarial que havia adotado dois séculos antes através da Lei Régia de 16 de junho de 1375 sob o reinado de D. Fernando. Ulteriormente a resolução de 17 de julho de 1822 extinguiu o regime sesmarial no Brasil e 27 anos depois entrou em vigor o primeiro marco de legislação fundiária brasileira, que foi a Lei de Terra, que visava basicamente à manutenção das terras aos antigos detentores de sesmarias<sup>58</sup>.

LIRA conseguiu captar a essência da Lei de Terras e assim descreveu os objetivos da citada norma legal:

Os objetivos básicos dessa lei – primeiro marco da legislação fundiária brasileira – eram os seguintes:

- a) vedar a investidura de qualquer súdito, ou estrangeiro, no domínio de terras devolutas, ressalvados os casos de compra e venda;
- b) outorgar títulos de domínio aos detentores de sesmarias;
- c) titular o domínio dos portadores de quaisquer outros tipos de concessões de terras ocorridas na forma da lei, desde que cumpridas integralmente as condições prescritas nos respectivos títulos;

<sup>57</sup> TRATADO INTERNACIONAL. **Declaração de Direitos da Virgínia de 1786** - Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e segurança. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>> Acesso em 19/01/2017.

TRATADO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789** - Artigo 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 19/01/2017.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.



- d) assegurar a aquisição do domínio de terras devolutas através da legitimação de posses, desde que mansas e pacíficas, sem oposição de terceiros, preexistentes à data da vigência da lei<sup>59</sup>.

Ao analisar o regime das sesmarias, assim como a Lei de Terras e o Código Civil de 1916, é fácil constatar que o direito a propriedade era tido no passado como um direito pleno sem deveres e obrigações. Silva conceituou o direito à propriedade, dispondo ser ele absoluto, pois assegurava ao proprietário o dispor completo da propriedade conforme sua conveniência, exclusivo, por que somente a ele poderia dispor, e perpétuo, por que a propriedade permanecia em seus domínios mesmo com a sua morte, passando assim aos seus sucessores<sup>60</sup>. Nesse contexto é imperioso expor que a propriedade era vista como um fenômeno social que encarnava ao mesmo tempo a liberdade do homem e a escravidão. Conforme disposto por Torres:

A propriedade é um dos fenômenos sociais que ao mesmo tempo é justificadora da existência da liberdade do homem e justificadora da pior instituição que o passado registra e que em alguns lugares ainda se pratica: a escravidão, caracterizada pela exploração de um ser a outro seu semelhante<sup>61</sup>.

Logo, nesta fase estávamos diante de um direito pleno que não comportava obrigações e dignificava plenamente o poder do ser humano sobre o outro desprovido da propriedade. Contudo, diante da onda de influência gerada pelos ideais do Estado do Bem Estar Social, a propriedade começou a ser encarada como uma forma de garantir o desenvolvimento da sociedade nos seus aspectos social, econômico, cultural e político. Neste cenário o tripé da propriedade como direito absoluto, perpétuo e exclusivo começa a ser atenuado pelo dever de garantir o desenvolvimento da sociedade e a partir dessa visão o direito à propriedade começou a ser mitigado<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> LIRA, Ricardo Pereira - Elementos do Direito Urbanístico. Ed. Renovar. 1ª edição. 1997. p 319.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed, Mallheiros, 1994. p. 294

<sup>61</sup> TORRES, Marcos Alcino. Impacto das novas ideias na dogmática do Direito de Propriedade a multiplicidade dominial. Revista da Cidade, vol 03, nº 02, p.278.

<sup>62</sup> Nota explicativa: Estado social é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes de acordo com o país em questão. Cabe, ao Estado do bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população.

### 2.2.1 Função social da propriedade

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social identificou a necessidade de que fossem promovidas profundas mudanças na forma de enxergar as obrigações do Estado, tendo em vista a ampliação das desigualdades sociais e, com isso, a necessidade de garantir não apenas os direitos individuais que o Estado Liberal muito bem fazia, mas também os direitos sociais ao cidadão, a fim de mitigar as desigualdades e promover a justiça social<sup>63</sup>.

É importante destacar que os ideais do Estado do Bem Estar Social apenas irradiaram as influências sobre a funcionalização ou socialização da propriedade, porém, desde a idade média já se falava em função social da propriedade, sobretudo na doutrina cristã, como na Suma Teológica de São Tomás de Aquino, conforme bem observou Tepedino<sup>64</sup>.

No Brasil, a Constituição Brasileira de 1824 garantiu, em toda a sua plenitude, o direito de propriedade aos seus cidadãos, com a ressalva da possibilidade de desapropriação<sup>65</sup>.

Superado o conceito absolutista de propriedade, tal como um direito inviolável e sagrado, a Constituição de 1934 introduz o conceito de função social da propriedade. Desta forma, o exercício do direito de propriedade passa a ser restringido pelo interesse social da coletividade, devendo adequar-se às relações de vizinhança impostas pelo direito civil e ao interesse social concretizado nas limitações à propriedade particular<sup>66</sup>.

A Constituição Federal de 1946 fortaleceu a preocupação com a funcionalização da propriedade ao interesse social, uma vez que o art. 147 do

---

<sup>63</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo **Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana móvel**. In: Gustavo Tepedino. (Org.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 467-513, 2004.

<sup>64</sup> **SIMÕES. APUD TEPEDINO. GUSTAVO. ANÁLISE HISTÓRICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE COM ÊNFASE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISPONÍVEL EM <HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/36845/ANALISE-HISTORICA-DA-FUNCAO-SOCIAL-DA-POSSE-E-DA-PROPRIEDADE-COM-ENFASE-NO-DIREITO-CIVIL-BRASILEIRO-EM-FACE-DA-CONSTITUICAO-FEDERAL-DE-1988>. ACESSO 19/01/2017.**

<sup>65</sup> XAVIER. Bruno de Fini. O Direito de Propriedade nas Constituições Brasileiras. Pág.1 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-de-propriedade-nas-constituicoes-brasileiras,50686.html>> Acesso 19/01/2017.

<sup>66</sup> XAVIER. Bruno de Fini. Ob. Cit p.2.

mencionado texto constitucional dispôs que o uso da propriedade estaria condicionado ao seu bem-estar social<sup>67</sup>.

A Constituição Federal de 1967, no seu art. 157, consagrou a função social da propriedade como um princípio da ordem econômica e social elevando a funcionalização da propriedade a um preceito de status constitucional<sup>68</sup>.

Já a Constituição Federal de 1988 consagrou o dever da função social da propriedade como um princípio inserido dentro dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o mesmo foi posto no seu art. 5º, inciso XXIII<sup>69</sup>.

Além da mencionada consagração, a função social da propriedade pode ser verificada em diversos dispositivos constitucionais de forma direta, indireta, expressa ou implícita. Assim, na análise, apenas do art. 5º da CRFB de 1988, podemos verificar que o direito à propriedade é um direito fundamental incluído no *caput* do referido artigo, porém integrado pela sua função social de forma direta ou indireta, expressa ou implícita pelos incisos XXIII, XXIV, XXV e XXVI.

O Código Civil de 2002 respeitou o comando constitucional e descreveu de forma detalhada como deve ser realizado o exercício do direito de propriedade, ou seja, descreveu que os referidos direitos devem ser exercidos em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados diversos direitos que circulam a propriedade, conforme podemos observar no art. 1228 do mencionado código<sup>70</sup>.

Uma rápida análise do art. 1228 do código civil demonstra de forma patente o alcance da função social da propriedade dentro do ordenamento jurídico nacional a ponto da doutrina contemporânea dispor que a função social da

---

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição de 1988. Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição. Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade.

<sup>69</sup> BRASIL. Constituição. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXII - a propriedade atenderá a sua função social.

<sup>70</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

propriedade é parte integrante da propriedade e que não sendo respeitada tal função social a propriedade deixa de ser protegida, desaparecendo, assim, o direito, neste sentido, manifesta-se Silva:

A função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens<sup>71</sup>.

Percebe-se que houve um avanço gradual da concepção do direito da propriedade desde a ideia do Código Civil de 1916, que considerava a propriedade o reflexo de uma visão individualista e liberal, inspirada no modelo do código de Napoleão, até chegar ao seu ápice na Constituição Federal de 1988 ao definir que a função social da propriedade é um direito e uma garantia fundamental da nossa carta magna.

Logo, o direito da propriedade, que até então era absoluto, exclusivo e perpétuo, sofre uma pesada contenção através da obediência à efetivação da sua função social, muito se discute se a função social da propriedade é realmente um limite do direito da propriedade ou um dos seus elementos internos, sendo que prevalece o entendimento de que não seria um limite, pois a função social da propriedade não se confunde com as limitações impostas pelo direito administrativo ou pelo direito civil, pois caso a função social fosse um limite, “representaria uma noção somente do tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres”<sup>72</sup>.

Ao contrário das limitações do direito administrativo como o poder de polícia e do direito civil, a função social da propriedade é um elemento interno da propriedade, definidor do próprio conteúdo contemporâneo do direito subjetivo de propriedade que atinge a sua essência, ou seja, o proprietário tem direito a propriedade, mas deve exercê-lo de forma a atender aos interesses sociais, logo, a propriedade só existe caso seja efetivada sua função social<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª edição, São Paulo, Mallheiros, 1994. p 294

<sup>72</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 226.

<sup>73</sup> Nota explicativa: Poder de Polícia é definido pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional. “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do

Tepedino e Schreiber são categóricos ao concluir que o fato do direito a propriedade estar incluído de forma conjunta com a função social da propriedade, tanto no art. 5º quanto no art. 170 da Constituição Federal, demonstram a postura do constituinte de que a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social<sup>74</sup>.

Ulteriormente através da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, o legislador constitucional positivou o direito a moradia como direito fundamental, modificando assim o *caput* do art. 6º da CRFB de 1988.

Não obstante a esta inclusão expressa, prevalece o entendimento de que desde a promulgação da CRFB de 1988 o direito à moradia já estava amparado através do seu art. 23, inciso IX, assim como em outros dispositivos da nossa carta magna que demonstram de forma implícita à vontade do poder constituinte de consagrar o direito à moradia digna como um direito subjetivo de todos os brasileiros<sup>75</sup>.

Esta conclusão é possível de se verificar partindo do ideal implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, associado com o direito à intimidade e à privacidade<sup>76</sup>. Desta forma, parece razoável concluir que o poder constituinte originário tinha o intuito de estabelecer o direito à moradia como atribuição para todos os entes federativos desde a promulgação da CRFB de 1988 e não apenas após a EC 26/2000<sup>77</sup>.

Contudo, não obstante a grande evolução do conceito de propriedade desde o CC de 1916 até o ápice na CRFB de 1988, assim como a relevância que o direito à moradia ganhou na sociedade brasileira contemporânea, o tratamento conferido as ações possessórias pelo CPC de 1973, timidamente evoluído pelo CPC de 2015, parece estar desassociado de tal desenvolvimento.

É importante destacar que a garantia da propriedade não pode ter aplicação nas situações em que a propriedade não atenda a sua função social, entretanto, esta constatação, que parece lógica junto ao direito civil-constitucional ainda parece

---

mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

<sup>74</sup> TEPEDINO Gustavo e SCHREIBER Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 6, Junho de 2005. Pp.1-17.

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição. Artigo 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ... IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

<sup>76</sup> BRASIL. Constituição. Artigo 1º, inciso III.

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição. Artigo 5º, inciso X.

esquecida no direito processual civil, vez que as ações possessórias não avaliam adequadamente a propriedade com a presença do elemento interno da sua função social para com isso determinar o desfecho de tais demandas<sup>78</sup>.

Ademais, como observou Schreiber, funcionalizar a propriedade ao atendimento de interesses sociais não significa o esvaziamento dos direitos individuais ou pregar a negação do direito da propriedade privada; longe disso, uma vez que a função social, ao impor ao proprietário o respeito de certos valores sociais, legitima a propriedade capitalista e a harmoniza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos<sup>79</sup>.

### 2.2.2 Do equivocado entendimento de que a função social da propriedade é uma norma constitucional programática

Conforme disposto acima este estudo trabalha com o entendimento de que a função social da propriedade é um dos elementos internos da propriedade e que caso este instrumento não seja efetivado, o direito constitucional a propriedade não poderá concretizar todo o seu alcance.

Para Torres a propriedade sem função social, ao entrar em confronto com a posse funcionalizada, acarreta uma exceção de direito material que não elimina o direito a propriedade, mas o encobre. Torres somente chegou a esta conclusão porque para ele a função social da propriedade é uma norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, logo, o seu não cumprimento acarreta sua parcial ineficácia<sup>80</sup>.

Entretanto é muito importante ressaltar que existe outra corrente que ainda se mantém forte entre os operadores de direito do nosso país, que sustenta que a função social da propriedade é apenas um limite abstrato ao direito da propriedade e que possui uma perspectiva programática, ou seja, uma mera declaração de

---

<sup>78</sup> SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro. PADMA Editora, v. 6, abr/jun, 2001, p. 159.

<sup>79</sup> SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Disponível em: <<http://www.guergolet.com/direito/la/upload/Schreiber%20-20Funcao%20Social%20da%20Propriedade%20na%20Pratica%20Jurisprudencial%20Brasileira.pdf>> Acesso em 19/01/2017.

<sup>80</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 424.

intenções do constituinte, a fim de que a norma seja efetivada gradualmente, à medida que ocorra o natural e progressivo desenvolvimento nacional<sup>81</sup>.

Esta corrente discorda do entendimento de que a função social é um elemento interno da propriedade com eficácia direta e imediata, para eles, isto é uma visão progressiva e utópica e que não deve ser considerada ao examinar o direito do proprietário<sup>82</sup>.

Infelizmente esta corrente, que é lastreada em ideais completamente ultrapassados e individualistas, ainda seduz muitos operadores de direito, e com bastante frequência. Não há sombra de dúvidas que esta linha luta pela manutenção do *status quo* e pela inexistência de obrigações sociais ao proprietário de um imóvel.

Este estudo discorda de forma veemente deste posicionamento, porém, como o entendimento que é adotado nesta pesquisa não é pacífico, esta investigação entende importante apresentar ao leitor esta visão, até para que este compreenda os obstáculos existentes ao que irá se propor neste estudo, ou seja, a irradiação dos efeitos da função social da propriedade para o campo processual.

Como todos sabem, a efetivação de direitos sociais no Brasil nunca foi algo fácil de ser realizado, logo, não será agora que isso irá mudar, ainda mais quando tal execução visa atacar o direito a propriedade que para os retrógrados significa o maior bastião de poder e influência existente na sociedade contemporânea.

Parte da doutrina chancela este entendimento, ou seja, defende que a função social da propriedade é apenas um limite abstrato do direito constitucional da propriedade, uma norma constitucional programática, isto é, sem aplicação direta e imediata, mas apenas um verniz para um mundo ideal<sup>83</sup>.

Neste mesmo sentido Vasconcelos apresenta uma visão míope e protecionista do direito à propriedade, defendendo uma posição difícil até de se imaginar para uma norma constitucional de cunho positivo:

---

<sup>81</sup> VASCONCELOS, Caio Ricardo Gondim Cabral de. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/35576/a-funcao-social-da-propriedade-enquanto-norma-programatica>> Acesso em 29/10/2016.

<sup>82</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **Questões urbanas. Uma reflexão sobre a ocupação do espaço urbano. O capital e a função social da cidade.** In: Vania Aieta. (Org.). Cadernos de Direito da Cidade - Série II: estudos em homenagem à Prof. Maria Garcia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, p. 75-101, 2014.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. A Função Social da Propriedade e a Luta de Classes. Disponível em: <<http://www.pliniocorreiaoliveira.info>> acesso em 29/10/2016.

Em outras palavras: a verdadeira função social da propriedade é atender à vontade do proprietário, enquanto indivíduo politicamente correto<sup>84</sup>.

Enfatizando esta corrente, é lastreada em entendimentos jurisprudenciais, conforme podemos verifica no julgado abaixo:

Ementa: APELAÇÃO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE ESBULHO DOMÍNIO INDENIZAÇÃO OCUPAÇÃO BENFEITORIAS SENTENÇA FUNDAMENTAÇÃO FUNÇÃO SOCIAL X DIREITO DE PROPRIEDADE - I - **Reconhecido que, nas ações possessórias, é irrelevante a comprovação da propriedade do bem, pois o que se discute é a posse, não o domínio.** Posse da autora bem comprovada pela prova testemunhal Réus que não esclareceram a qual título ocuparam o imóvel Suposta pacificidade que não elide a característica de posse injusta II - Ocupação de má-fé, que afasta a possibilidade de indenização por benfeitorias e autoriza a condenação dos apelantes ao pagamento por perdas e danos à apelada III - Sentença devidamente fundamentada nas razões para a aludida condenação, pelo fato de que a apelada ficou impossibilitada de fruir do bem, no período do esbulho IV - Demonstrado o exercício da posse pela apelada e configurada a ocupação de má-fé pelos apelantes, **não há que se falar em prestígio da função social do imóvel em face do direito de propriedade** - Inteligência do art. 921 e seguintes do CPC Ação procedente - Apelo improvido<sup>85</sup>. **(meus grifos)**

Este julgado e a doutrina de Vasconcelos, demonstram que parte dos juristas ainda mantém uma visão ultrapassada, e individualista do direito a propriedade, reverberando o entendimento de que a propriedade se mantém com um caráter absoluto, isento de obrigações sociais e que a sua função social é uma mera carta de intenções para satisfazer a sociedade, especialmente quando analisada no âmbito processual.

Enfim, como exposto acima, este tópico visou unicamente colocar o leitor deste estudo a par da existência desta linha de pensamento, porém tal corrente não será considerada no desenvolvimento desta pesquisa, particularmente na difícil travessia do direito material para o direito processual, em especial em decorrência da sua fragilidade intelectual e dos seus motivos pouco republicanos.

<sup>84</sup>VASCONCELOS. Caio Ricardo Gondim Cabral de. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/35576/a-funcao-social-da-propriedade-enquanto-norma-programatica>> Acesso em 29/10/2016.

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Apelação nº 00001231420108260045 SP, Relator: Salles Vieira, Data de Julgamento: 26/02/2015, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2015.



### 2.2.3 Propriedade sem função social

A função social da propriedade é um princípio constitucional positivado no art. 5º, inciso XXIII e em diversos outros dispositivos de forma expressa ou implícita.

Neste momento o que interessa discorrer são as consequências que ocorrem na propriedade que não cumpre sua função social. O texto constitucional, assim como o Código Civil e o Estatuto da Cidade, lei 10.257 de 10 de julho de 2001, descrevem sanções para a propriedade que não cumpre com a sua função social, porém, as decorrências encontram-se muito mais no plano do direito formal do que do direito material, ou seja, estão positivadas no ordenamento jurídico nacional, mas não são efetivadas.

Uma das hipóteses formais positivadas em nosso ordenamento jurídico para o não cumprimento da função social da propriedade é a “*desapropriação-sanção*” ou “*desapropriação urbana sancionatória*”, nesse instituto disposto no inciso III, § 4º, do art. 182 da CRFB de 1988 e regulamentado pelo art. 8º do Estatuto da Cidade é apresentado um eficaz instrumento de política urbana.

Contudo, o referido dispositivo é apenas formalmente eficaz, pois no campo material reflete apenas um mecanismo sem aplicação real. Este estudo não conseguiu encontrar informações que demonstrem que já existiu alguma desapropriação urbanística com fulcro no art. 8º do Estatuto da Cidade em nosso país<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001.

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

Deve ser ressaltado que o objetivo desta dissertação não é discorrer detidamente sobre a efetividade ou não dos institutos de concretização de política urbana descritos na Constituição Federal, mas apenas apresentar para ao leitor um conteúdo mínimo sobre tais assuntos para que o mesmo possa compreender a densidade do contexto jurídico e assim entender a crítica que está sendo proposta para impedir o deferimento de medidas liminares em ações possessórias que envolvam propriedades privadas urbanas que não cumprem com a sua função social.

Outro instrumento descrito no Estatuto da Cidade como “sanção” ao não cumprimento da função social da propriedade do imóvel é o IPTU progressivo, tema este que começa a despertar grande interesse da mídia e da sociedade, vez que este instrumento urbanístico ainda é muito confundido como um imposto tradicional e que acarreta quase ojeriza da sociedade, tendo em vista a altíssima carga tributária de nosso país<sup>87</sup>.

O STF já se manifestou sobre a adoção pelo constituinte do IPTU progressivo dispondo ser ele de natureza extrafiscal e direcionado apenas a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

Além disso, conforme podemos observar no julgado a seguir, o STF expôs que para a adoção de referido instrumento é necessária à elaboração de uma lei específica:

IPTU – PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA –FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – FINALIDADE EXTRAFISCAL – NECESSIDADE DE LEI NACIONAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - A Constituição Federal de 1988, ao delinear o esquema normativo pertinente ao IPTU, contemplou a possibilidade de essa espécie tributária ser progressiva, em ordem a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (CF, art. 156, § 1º, e art. 182, §§ 2º e 4º, II). O discurso normativo consubstanciado nesses preceitos constitucionais evidencia que a progressividade do IPTU, no sistema instaurado pela Constituição da República, assume uma nítida qualificação extrafiscal . - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a única progressividade admitida pela Carta Política, em tema de IPTU, é aquela de caráter extrafiscal, vocacionada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, desde que estritamente observados os requisitos fixados pelo art. 156, § 1º, e, também, pelo art. 182, § 4º, II, ambos da Constituição da República. Precedente (Pleno) <sup>88</sup>.

<sup>87</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Conteúdo mínimo do direito de propriedade. Revista Quaestio Iuris Revista Jurídica On Line da Uerj, Rio de Janeiro, n 5, 1998.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 590360 ES, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011.

Ou seja, para a aplicação das “sanções” descritas no Estatuto da Cidade é indispensável à existência de uma lei específica municipal para que a municipalidade possa praticar tais instrumentos de coação aos proprietários que não cumprem com a sua função social.

Desta forma, o STF considerou constitucional a determinação disposta no art. 5º do Estatuto da Cidade que estabeleceu a elaboração de uma lei municipal específica para que seja determinado o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, assim como a fixação de condições e prazos para a implementação de tais obrigações<sup>89</sup>.

Caso não sejam cumpridas as condições e os prazos determinados na referida lei municipal, o art. 7º do Estatuto da Cidade determinou que caberá a municipalidade proceder a aplicação do IPTU progressivo até a alíquota máxima de 15%<sup>90</sup>.

Nesse sentido, é fácil constatar que o Estatuto da Cidade fixou o IPTU progressivo como sendo à primeira sanção ao não cumprimento dos deveres urbanísticos impostos pelo ordenamento jurídico nacional. Desta forma, sua efetivação é crucial para a concretização dos deveres funcionalizadores do direito da propriedade.

O município do Rio de Janeiro ainda não aprovou uma lei específica com esta temática, porém, encontra-se tramitando na câmara municipal do Rio de Janeiro o projeto de lei nº 1396/2012, de autoria do Poder Executivo, a fim de disciplinar estes instrumentos essenciais para a eficácia do princípio da função social da propriedade e, com isso, coagir a funcionalização das propriedades desfuncionalizadas.

---

<sup>89</sup>BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

<sup>90</sup>BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos

§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.

§ 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

Devido à importância do tema e a riqueza dos detalhes expostos no mencionado projeto, entendeu-se como adequada a transcrição integral do dito projeto para que o leitor deste estudo possa vislumbrar as nuances deste instituto sancionador urbanístico, assim o mesmo encontra-se no ANEXO I deste estudo<sup>91</sup>:

Na mensagem nº 201 de 29 de maio de 2012 o Prefeito do município do Rio de Janeiro na época, Eduardo Paes, justificou a necessidade da aprovação da mencionada lei, expondo que a adoção de tais medidas era necessária para o adequado aproveitamento das edificações e dos terrenos ociosos na cidade, inclusive mediante força coercitiva:

O Município do Rio de Janeiro possui uma grande quantidade de imóveis desocupados ou subutilizados, mesmo em áreas bem servidas de infraestrutura. As Macrozonas de Ocupação Incentivada e Controlada destacam-se por terem uma infraestrutura mais significativa do que as regiões de expansão periférica e, portanto, apresentam um maior potencial de adensamento no que diz respeito à ocupação os imóveis ociosos ou vazios existentes. A grande quantidade de imóveis subutilizados em áreas consolidadas da Cidade representa não só um problema, mas também um desafio para o planejamento e gestão do solo, inclusive, podendo resultar na degradação e desvalorização de regiões inteiras, bem como resultar no comprometimento da estabilidade da própria edificação, colocando em risco a população. É nesse contexto que se impõe a adoção de medidas que possibilitem o aproveitamento das edificações e terrenos ociosos, inclusive de forma coercitiva, mediante instrumentos que propiciem uma gestão mais eficiente do solo urbano.

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU Progressivo no Tempo é um dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade – e incluído no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro – que obriga, quando em associação ao Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsória, também regulamentados nesta Lei, aos proprietários de imóveis ociosos, definidos pelo Plano, a aproveitá-los adequadamente.

Convém salientar que o instrumento do IPTU Progressivo no Tempo insere ainda uma perspectiva de tempo ao planejamento da Cidade, permitindo a adequação da utilização dos imóveis em consonância com o planejamento de determinada região.

Nesse intuito, encaminhamos o presente Projeto de Lei para a regulamentação destes importantes instrumentos de gestão de uso e ocupação do solo e que, certamente, muito contribuirão para reduzir os riscos advindos da subutilização de imóveis<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Projeto de lei 1396/2012. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro0711.nsf/449a94f8ca1f125a832566ec00172e93/5649cac29c0c135e03257a0e007211b6?OpenDocument>>. Acesso 19/01/2017.

<sup>92</sup> Mensagem 201 de 29 de maio de 2012. Projeto de lei 1396/2012. Município do Rio de Janeiro Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro0711.nsf/449a94f8ca1f125a832566ec00172e93/5649cac29c0c135e03257a0e007211b6?OpenDocument>>. Acesso 19/01/2017.

Assim, parece lógico concluir que a propriedade que não cumpre sua função social começa a preocupar, em especial, devido à existência de milhões de imóvel desocupados nas grandes cidades brasileiras e da presença de outras centenas de milhares de indivíduos sem moradia digna enfatizando ainda mais a brutal desigualdade social persistente em nosso país<sup>93</sup>.

É nesse contexto que o núcleo central desta dissertação se desenvolve, uma vez que a propriedade que não cumpre a sua função social deve ser objeto de sanções dos instrumentos urbanísticos descritos no Estatuto da Cidade, logo, não pode se favorecer de alguma benesse da legislação processual, como o deferimento de liminares, tema este que será profundamente debatido ao longo desta pesquisa.

### 2.3 A posse

Ruggiero discorre com bastante singularidade sobre as peculiaridades do direito à posse: “não há matéria que se ache mais cheia de dificuldades do que esta, no que se refere a sua origem histórica, ao fundamento racional da sua proteção, à sua terminologia, à sua estrutura teórica, aos elementos que a integram, ao seu objeto, aos seus efeitos, aos modos de adquiri-la e de perdê-la”<sup>94</sup>.

Neste mesmo sentido, Moreira Alves “poucas matérias há, em direito, que tenham dado margem a tantas controvérsias como a posse. Sua bibliografia é amplíssima, e constante a afirmação dos embaraços do seu estudo”<sup>95</sup>.

Tratando-se de posse, estamos no seara do provável e da aparência, porém, apesar de estarmos em um estado de aparência, a posse é protegida pelo ordenamento jurídico, isto porque inicialmente se protege a aparência de direito contida na posse para posteriormente se analisar com retidão a existência ou não de outros direitos correlacionados com a posse.

Assim, a posse, antes de ser considerada através da sua concepção social, jurídica ou econômica ela é representada por um estado de fato, uma vez que a posse implica um poder, um domínio, uma autoridade sobre algo; este estado de

---

<sup>93</sup>REVISTA EXAME. Editora Abril. **Desigualdade social no Brasil**. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/dino/noticias/desigualdade-pessoas-sem-casa-casas-sem-pessoas.shtml>> Acesso 05/11/2016.

<sup>94</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I, p. 179.

<sup>95</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: evolução histórica*. 1.ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1985. p.2.

fato é facilmente verificado nas palavras de Venosa em que “defende-se a posse porque é uma situação de fato que provavelmente envolve um direito”<sup>96</sup>.

Nesse mesmo sentido Rodrigues leciona, ao expor que como a posse pode encobrir uma situação de direito o legislador o protege, até que se comprove o contrário, assim, a condição de possuidor é melhor que a de um estranho, logo, aquele deve ser protegido em face deste<sup>97</sup>.

Em nome da harmonia social é defendida a situação aparente, pois esta é a primitiva forma em que a posse desponta, e é dentro deste contexto que se insere um dos questionamentos desta dissertação, através do confronto entre a posse com função social versus a propriedade sem função social.

O nosso direito protege não só a posse correspondente ao direito de propriedade e a outros direitos reais, como também a posse como figura autônoma e independente da existência de um título. Tanto na posse causal, com título, como na posse autônoma, sem título, é assegurado o direito a proteção dessa situação contra atos de violência, para garantia da paz social.

Existem duas grandes teorias voltadas para a conceituação da posse no ordenamento jurídico. A teoria subjetiva, também conhecida como teoria clássica, que foi desenvolvida por Friedrich Karl von Savigny e a teoria objetiva, difundida por Rudolf von Ihering<sup>98</sup>.

Savigny entendia que a posse consistiria na conjugação de dois elementos: o *corpus*, sendo este o poder físico material sobre a coisa, e o *animus*, que consiste na intenção de ter a coisa como sua; ao reunir esses dois elementos ocorreria à constituição da posse<sup>99</sup>. Savigny sofreu grandes críticas a sua teoria em decorrência da mesma ter uma visão restrita sobre a posse. Tal teoria, denominada teoria subjetiva da posse, não conseguia explicar a posse do possuidor indireto, como, por exemplo, o locador, que não tem *corpus*, mas é possuidor<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Comentado – Direito das Coisas. Vol.XII, p 27.

<sup>97</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito das Coisas, 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003, v.5, p.17.

<sup>98</sup> **COSTA, JAIRO DO SOCORRO DOS SANTOS DA. BREVE ESTUDO SOBRE A POSSE E A TEORIA OBJETIVA DE RUDOLF VON IHERING VERSUS TEORIA SUBJETIVA DE FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR/ARTIGO,BREVE-ESTUDO-SOBRE-A-POSSE-E-A-TEORIA-OBJETIVA-DE-RUDOLF-VON-IHERING-VERSUS-TEORIA-SUBJETIVA-DE-FRIEDRICH-CARL,52413.HTML> ACESSO 19/01/2017.**

<sup>99</sup> **COSTA, JAIRO DO SOCORRO DOS SANTOS DA. OB. CIT. P.2.**

<sup>100</sup> Nota explicativa: Há, historicamente, notícias sobre outras teorias intermediárias na doutrina, como a de Ferrine, Riccobono, Barassi, mas que não gozaram de ampla repercussão.

Já para a teoria objetiva da posse introduzida por Ihering a posse traduziria o simples exercício de poderes de proprietário, ainda que o possuidor não o fosse, ou seja, exerce posse aquele que se comporta objetivamente como se fosse proprietário, imprimindo destinação econômica à coisa. Assim, para Ihering, para ter a posse basta o *corpus*, porém, o *corpus*, para ele, não significava o contato físico com a coisa, mas apenas a conduta de dono, e tais condutas podem ser analisadas objetivamente, sem a necessidade de pesquisar-se a intenção do agente. Para a teoria objetiva, posse não pressupõe título, assim, em uma das hipóteses descritas por Ihering, exerce a posse quem se comporta como se proprietário fosse; nesse sentido, o sem teto exerce a posse do imóvel ocupado, para o direito civil clássico uma posse injusta, mas posse<sup>101</sup>.

No direito brasileiro a teoria adotada é a objetiva de Ihering, nos termos do art. 1196 do Código Civil de 2002,<sup>102</sup>. É importante ressaltar que a teoria de Savigny interferiu em pontos específicos do nosso sistema a exemplo da usucapião, pois para usucapir uma propriedade é preciso que aja tempo, posse e *animus domini*, logo, nítida influência da teoria subjetiva.

Nesse sentido, GONÇALVES:

Para Savigny, a posse caracteriza-se pela conjugação de dois elementos: o *corpus*, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento subjetivo, que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Não é propriamente a convicção de ser dono (*opinio seu cogitatio domini*), mas a vontade de tê-la como sua (*animus domini ou animus rem sibi habendi*), de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular.

Para Ihering, portanto, basta o *corpus* para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa contato físico com a coisa, mas sim conduta de dono. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. Tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*. O elemento psíquico não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*)<sup>103</sup>.

Conforme exposto, o CC de 2002 adotou a teoria objetiva de Ihering, pois para ser possuidor não se exige a intenção de ser dono, nem o poder físico sobre a

<sup>101</sup> VENOSA, Silvío de Salvo. Código Civil Comentado – Direito das Coisas. Vol.XII, p 29.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

<sup>103</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 5, Editora Saraiva.

coisa, mas apenas sua utilização econômica, isto é, a lei protege o indivíduo ao atuar sobre determinada coisa como se fosse seu proprietário explorando economicamente e, com isso, dando exteriorização ao seu domínio.

A posse no ordenamento jurídico nacional pode ser desdobrada em posse direta e posse indireta; ambas as posses são jurídicas e tem o mesmo valor. Uma das hipóteses da relação possessória que se desdobra é visualizada no contrato de locação, pois nesta hipótese o proprietário exerce a posse indireta como consequência do seu domínio; já o locatário exerce a posse direta por concessão do locador, uma não anula a outra e ambas existem no mesmo tempo e no mesmo espaço e são posses jurídicas, não autônomas, pois implicam o exercício de efetivo direito sobre a coisa.

A função social da posse ou a posse com função social foi positivada implicitamente em diversos dispositivos legais em nosso ordenamento jurídico<sup>104</sup>, mas a normatização jurídica que melhor demonstrou a densidade deste instituto jurídico é o § 4º do art. 1228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

(...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante<sup>105</sup>.

É importante destacar que a funcionalização das situações patrimoniais é elemento de vital importância em uma sociedade desigual como a brasileira, pois concretiza o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana ao buscar efetivar o direito a moradia digna para todos e com isso dar concretude ao objetivo fundamental da CRFB de 1988, descrito em seu art. 3º, inciso III, isto é, a erradicação da pobreza, da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais.

<sup>104</sup> BRASIL. Constituição. Art. 5º, XXIII, XXIV, XXV e XXVI.

<sup>105</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.



Neste mesmo sentido a doutrina inclina-se ao definir a concretude do princípio da função social da posse e seus desdobramentos, conforme podemos verificar nas palavras de Albuquerque:

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos<sup>106</sup>.

Cumprido ressaltar que a função social não significa de forma alguma uma limitação a posse, mas tão somente a exteriorização do seu conteúdo permitindo uma visão mais ampla da sua utilidade social e autonomia perante outros institutos jurídicos.

Na doutrina Melo é fácil perceber a grande contribuição que a posse trás para uma sociedade desigual como a brasileira, isto porque, o modelo tradicional de aquisição de bens ocorre por meio do contrato de compra e venda e do direito hereditário, logo, a parte mais pobre da nossa sociedade, que infelizmente é a maioria, não possui acesso à aquisição de bens, logo a posse torna-se elemento empoderador para permitir o acesso dos cidadãos menos abastados aos bens e com isso efetivar o direito fundamental a moradia e reverberar a dignidade da pessoa humana como fundamento máximo de nossa República:

A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. p.135.

<sup>107</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P.23-24

O enunciado nº 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal também consagra tal entendimento, isto é, de que a posse constitui um direito autônomo em relação à propriedade e que deve expressar o aproveitamento de bens e ter alcance de interesses sociais e econômicos<sup>108</sup>.

Torres consegue encontrar com simplicidade a compreensão de que a propriedade sem a posse é como um recipiente vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas.<sup>109</sup>

Em outro trecho expõe Torres que “a propriedade sem a posse é mera abstração jurídica, uma linha tênue de existência – o registro imobiliário na propriedade imóvel e tal propriedade só despertarão interesse econômico se estiver caracterizado que, num determinado tempo, o titular terá a plena propriedade, pois do contrário é absurdo imaginar que alguém a adquira.” O que demonstra com clareza a fragilidade do instituto propriedade sem posse<sup>110</sup>.

Teori Zavaski observa que “o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade”, logo a força jurídica independe da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário<sup>111</sup>.

É com base nesse contexto que a função social da propriedade deve reverberar ao direito processual, em especial, as ações possessórias e com isso produzir reflexões na forma de análise processual do direito a posse.

### 2.3.1 Legitimação da posse

Através de um ato administrativo oriundo de um procedimento administrativo de regularização fundiária que o Poder Público legitima a posse urbana, este procedimento foi muito bem explicado no caderno nº 60 da Série Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania, na qual transcrevo importante trecho para as inquietações desta dissertação, a fim de que o

<sup>108</sup> Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais econômicos e sociais merecedores de tutela” Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso 19/01/2017.

<sup>109</sup> TORRES. Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse um confronto em torno da função social. 2ª edição. Lumen Juris. p.303.

<sup>110</sup> TORRES. Marcos Alcino de Azevedo. Ob Cit 109. p. 303.

<sup>111</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela de Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: A reconstrução do Direito Privado. Judith Martins-Costa (Org.), p.844.

seu leitor tenha noção deste procedimento tão importante para a efetivação do direito a moradia no ordenamento jurídico nacional:

A legitimação de posse urbana é o ato administrativo, decorrente de procedimento administrativo de regularização fundiária, através do qual o Poder Público, mediante prévia demarcação urbanística da área cujos imóveis a regularizar estejam inseridos, reconhece voluntariamente a posse de quem o ocupe sem oposição de pretensão titular, sujeito a registro cartorário, o qual, após cinco anos, pode ser convolado em domínio, conforme disciplina prevista na lei que instituiu o PMCMV. Em seu livro *Elementos de Direito Urbanístico* (LIRA, 1997), o Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Ricardo Lira, apresentava anteprojeto de lei em que, entre outras regras, dispunha acerca da legitimação de posse convolável em domínio, já então preconizando a importância da “desjudicialização” da proteção da posse, a ser garantida não mais por um longo e solene processo de usucapião, mas por um procedimento mais célere e simplificado, perante a própria Administração Pública: o da legitimação de posse. Revisitando o tema em um artigo, o Professor Ricardo Lira (2007, pp. 50–51) ponderava que: *(...) o juiz poderia solicitar aos locatários a mudança do pedido inicial da ação de usucapião para pretensão de legitimação de posse, que se convolaria em domínio se, dentro de certo prazo, não surgisse alguém com domínio evidente sobre o espaço em questão. Tal solução implica [todavia] alteração do Código de Processo Civil. (...)*

Por tal razão — e pela dicção legal do texto normativo, que admite a convalidação da legitimação da posse em propriedade, “na forma do artigo 183 da Constituição”, que trata da usucapião especial urbana — é que se concede ao instituto da convalidação de posse legitimada pela Administração em domínio demandado junto ao cartório após o transcurso de cinco anos o nomen juris de usucapião administrativa ou usucapião extrajudicial<sup>112</sup>.

Assim, como salientado por Ricardo Lira, o ideal seria que fosse convolado o pedido de legitimação de posse em domínio sem a necessidade de judicializar tal interesse, mas sim, através de um procedimento perante a administração pública que certamente seria mais célere e efetivo, fato que efetivamente ocorreu, por exemplo, na lei que deu origem ao programa federal denominado Minha Casa Minha Vida<sup>113</sup>.

A legitimação da posse de certa forma é a porta de entrada para a concretização do direito a moradia, direito este que, apesar de estar positivado como fundamental em nossa Carta Magna, ainda sofre com a sua pouca efetivação<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito nº 60. Não tinha teto, não tinha nada: Porque os instrumentos de Regularização Fundiária (ainda) não efetivaram o Direito à Moradia no Brasil. p. 83

<sup>113</sup> BRASIL. Lei 11.977, de 7 de julho de 2009.

<sup>114</sup> AIETA, Vânia Siciliano. Ver a cidade como espaço social da Educação Cidadã. In Antonio Rochette Cordeiro; Luis Alcoforado; Antonio Gomes Ferreira (Org.). Territórios, Comunidades Educadoras e Desenvolvimento Sustentável. 1 ed. Coimbra, p 55-56, 2014.

## 2.4 A moradia

Nolasco definiu o direito a moradia como sendo a posse exclusiva de um lugar onde as pessoas possuem um amparo, que resguarde a sua intimidade e tenha condições para desenvolver práticas da sua vida<sup>115</sup>.

Nesse sentido, moradia pode ser concebida como o abrigo e o amparo para si próprio e para seus familiares, isto é, é o asilo inviolável do cidadão ou, como apregoou Edwark Coke, no século XVI, “a casa de um homem é o seu castelo”<sup>116</sup>.

Scarlet trata o direito à moradia como um direito autônomo que possui esfera de cobertura e fins próprios, mas destaca que isto não impossibilita a sua possível conexão com outros bens definidos como fundamentais; ressalta também que o mencionado direito possui natureza prestacional, o que significa dizer que sua aplicabilidade plena está condicionada à intervenção do Poder Público e à realização de políticas públicas que garantam não só a imediatividade desse direito, como também sua eficácia<sup>117</sup>.

Barin define o direito à moradia como um direito social de acesso, consagrado pelo simples fato de o indivíduo existir, e que através deste direito faz-se a justiça distributiva, repassando bens à sociedade por meio do capital produzido pela moradia, ou seja, com a efetividade da moradia ocorreria um ciclo virtuoso que faria gerar renda e satisfação e acarretaria a diminuição das desigualdades sociais<sup>118</sup>.

Apesar das diversas definições sobre o direito fundamental a moradia divergindo sobre a abrangência e a intensidade deste direito em nossa sociedade, este estudo entende que este direito é inerente a todo indivíduo e apenas com sua efetividade estaremos concretizando o fundamento maior da nossa constituição que é a dignidade da pessoa humana.

O direito à moradia foi incluído no rol dos direitos humanos desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, com isso,

<sup>115</sup> NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Pillares, 2008. pp. 87/88.

<sup>116</sup> SANTOS, Camila Buzinaro dos. *A Moradia como Direito Fundamental*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13677](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13677)> Acesso 19/01/2017.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. In: FACHIN, Zulmar (coord.). *20 anos de Constituição cidadã*. São Paulo: Método, 2008, pp. 41-46.

<sup>118</sup> BARIN, Erico Fernando. *A Efetivação do Direito Social Constitucional à Moradia como pressuposto à dignidade da pessoa humana*. 2006. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2006.

iniciou uma nova dimensão de direitos sociais, favorecendo a promoção e a valorização de uma vida digna para aquela geração e as vindouras<sup>119</sup>.

O art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o entendimento de que todo ser humano faz jus a um padrão de vida mínimo, considerado por muitos como o mínimo necessário para que a vida seja considerada decente:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e à sua família, a saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle<sup>120</sup>.

Posteriormente, o sistema internacional de direitos humanos protegeu o direito à moradia em diversos tratados e convenções internacionais que confirmaram o entendimento inicialmente exposto na declaração universal de 1948, OSÓRIO lista essa ratificação de legitimidade do direito à moradia como direito humano fundamental:

O direito à moradia é reconhecido como um direito humano nas seguintes declarações e tratados internacionais de Direitos Humanos: Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, art.11 (1); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, art. 5 (e) (iii); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, art. 9 (2); na Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, art. 14 (2) (h); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, art. 27 (3); Convenção dos Trabalhadores Migrantes de 1990, art. 43; e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, art. 13 a 19<sup>121</sup>.

Parece razoável concluir que o direito à moradia ostenta status consolidado de direito humano fundamental em âmbito internacional, uma vez que obteve pleno reconhecimento em inúmeros instrumentos normativos essenciais.

Em âmbito interno, o direito à moradia foi previsto de modo expresso como direito social constitucional pela emenda constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, modificando assim o *caput* do art. 6º da CRFB de 1988.

<sup>119</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)> Acesso em: 29 de setembro de 2016.

<sup>120</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Ob. Cit. 114.

<sup>121</sup> OSÓRIO, In: ALFONSIN; FERNANDES (Org.), 2006, p.31-32.

Não obstante a esta inclusão expressa ao caput do art. 6º do texto constitucional, existe entendimento amplamente reconhecido que desde a promulgação da atual Constituição Federal, o direito à moradia já estava amparado através do seu art. 23, inciso IX<sup>122</sup>.

Ademais, existem diversos outros dispositivos constitucionais que demonstram, de forma implícita, à vontade do poder constituinte de consagrar o direito à moradia digna como um direito subjetivo de todos os brasileiros<sup>123</sup>.

Este estudo entende que esta conclusão é facilmente verificável partindo do ideal implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, associado com o direito à intimidade e à privacidade<sup>124</sup>.

Desta forma, é razoável concluir que o poder constituinte originário ao incluir o art. 23, inciso IX, no texto constitucional, tinha o intuito de estabelecer uma atribuição para todos os entes federativos de combate as causas da pobreza, os fatores de marginalização e promover a integração social dos setores mais desfavorecidos.

Cumprе ressaltar que uma das formas mais efetivas de combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização da sociedade brasileira, visando a promover a integração social dos setores menos favorecidos, é a concretização do direito à moradia digna para todos os brasileiros.

O Programa das nações unidas para assentamentos humanos denominada Agenda Habitat define habitação digna ou adequada como sendo aquela que proporciona a população, adequadas condições de vida com segurança, infraestrutura básica, suprimento de água, saneamento básico, energia e eficiente prestação de serviços públicos, como em saúde, educação, transporte coletivo e coleta de lixo<sup>125</sup>.

Não é difícil concluir que grande parte da população brasileira “sobrevive” em locais sem os requisitos básicos determinados pelas Nações Unidas como o mínimo necessário para viver com dignidade.

---

<sup>122</sup> BRASIL. Constituição, Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ... IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

<sup>123</sup> BRASIL. Constituição, Art. 1º, inc. III.

<sup>124</sup> BRASIL, Constituição, Art. 5º, inc X.

<sup>125</sup> NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU HABITAT). Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponível em: <<http://www.un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2016.

Assim, o direito à moradia digna constitui parte do que se ajustou chamar direito à cidade, ou seja, direito aos requisitos mínimos de infraestrutura para que um indivíduo possa viver com decência, como a existência de saneamento básico, água encanada, energia elétrica disponível, segurança presente; juntamente com tais direitos o indivíduo faz jus à prestação eficiente de serviços públicos essenciais, como acesso a educação e saúde públicas de qualidade.

Contudo, o que parece consolidado formalmente está muito distante de ser uma realidade em âmbito material, isto é, a concretização do direito à moradia decente ou ao direito da cidade em nosso país importa um mutirão de esforços do poder público, da sociedade civil, do terceiro setor, visando uma grande mobilização para que o direito a moradia decente deixe de ser apenas um sonho distante para se tornar uma realidade bem-vinda.

#### 2.4.1 Direito à moradia – Conteúdo Mínimo versus Reserva do Possível

O Direito a moradia está diretamente relacionado à existência de um conteúdo mínimo de elementos associados com o direito de habitação, isto porque, não se correlaciona o direito a moradia com a simples existência de um local para morada, mas sim de um lugar onde o indivíduo possa habitar com qualidade de vida, dotada de condições adequadas de higiene e conforto<sup>126</sup>.

Assim, ao falarmos de direito a moradia estamos dialogando sobre a habitação com decência dotada de elementos mínimos de conforto e higiene para que seja assim assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana no seu elemento moradia.

Sim, é fácil constatar que o direito a moradia, além de estar intimamente correlacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e um elemento que integra tal princípio, ou seja, é pressuposto existencial do outro, quer dizer, sem o mínimo existencial consubstanciado em uma habitação decente, não é possível se efetivar a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, podemos criar algumas conjunções relacionadas ao direito de moradia e a dignidade da pessoa humana, isto é, elementos de ligação entre eles.

---

<sup>126</sup> RANGEL, Heleno Márcio Vieira e SILVA, Jacilene Vieira da. O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial, e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.6, n.12, p 57-78. julho-dezembro de 2009.

Assim, a habitação, para ser considerada digna, necessita ser dotada de elementos mínimos de higiene e conforto.

Ultrapassado este entendimento, caminhamos para a compreensão sobre os elementos necessários para que o direito a moradia seja efetivado em nossa sociedade. Não é difícil enxergar que o direito de todos os indivíduos possuírem um local decente de habitação é algo muito fora da nossa realidade, pois não existe capital suficiente para implementar este direito<sup>127</sup>.

Neste sentido, é razoável concluir que quanto ao aspecto formal, a carta de 1988 conseguiu atingir o patamar esperado para a implementação de uma sociedade justa, humana e plural, porém, no aspecto material, o Estado confronta esta obrigação constitucional com a teoria da reserva do possível.

Canotilho dispõe que “A reserva do possível é entendida pela doutrina e jurisprudência germânicas no sentido de que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários à satisfação de prestações materiais que constituem seu objeto como a saúde, moradia, educação, assistência e etc.”<sup>128</sup>.

A expressão “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em sua primeira ocasião no julgamento proferido em 18 de julho de 1972 que analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera<sup>129</sup>.

A doutrina nacional largamente critica a mencionada teoria sob o argumento de que ela foi elaborada na Alemanha, ou seja, em um país com uma realidade econômico social vigorosamente diferente da encontrada no Brasil.

---

<sup>127</sup> BRASIL. Constituição. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>128</sup> CANOTILHO apud CAMARGO, Marcelo Novelino et al. Leituras Complementares de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2006. p 131.

<sup>129</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 173; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 29. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010



Não obstante as críticas da doutrina sobre a aplicação da teoria da reserva do possível no cenário nacional, tal doutrina tem sido rotineiramente utilizada para endossar a negativa da ampliação de direitos sociais ou, até, sua disponibilização.

Contudo, em célebre decisão, o Supremo Tribunal Federal, confrontou a teoria da reserva do possível com a intangibilidade do mínimo existencial construiu um arcabouço jurídico denominado de “escolhas trágicas” na qual nossa corte maior, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, concluiu que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois ela encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana:

(...)A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá- los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. – A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana<sup>130</sup>.

Assim, para o STF, a teoria da reserva do possível encontra guarita em nosso direito, porém jamais para impedir a aplicação de políticas públicas que constituem o arcabouço jurídico idealizado como mínimo existencial, pois este representa a essência da dignidade da pessoa humana<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida no Agravo nº 761.127/AP. Relator: Min. Luís Roberto BARROSO. Julgamento: 24/06/2014.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ob. Cit. 125.

Dito isto, é razoável concluir que o direito a moradia digna para todos os indivíduos não pode ser sacrificado, sob o argumento da aplicação da teoria da reserva do possível, pois o direito a moradia digna é elemento formador da dignidade da pessoa humana e esta se constitui de uma insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

#### 2.4.2 Direito à moradia e o Estatuto da Cidade

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania elaborou um detalhado retrato do atual cenário das práticas de Regularização Fundiária em nosso país descrevendo os poucos casos bem sucedidos e questionando as razões dos instrumentos de regularização fundiária disponíveis em nosso ordenamento jurídico não terem ainda efetivado o Direito à Moradia no Brasil<sup>132</sup>.

Este estudo apresenta uma interessante introdução à mencionada pesquisa que expõe, de forma ágil e detalhada, a influencia do Estatuto da Cidade ao Direito à Moradia e ressaltado a relevância do programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ na linha de Pesquisa Direito da Cidade:

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) inaugurou seu Programa de Pós-Graduação com Linha de Pesquisa de Direito da Cidade no ano de 2001, voltada para a análise multidisciplinar do fenômeno urbano e para os instrumentos de concretização de um direito fundamental a uma cidade mais inclusiva e equitativa, defendendo a positivação de instrumentos de direito urbanístico que contribuíssem para a efetivação, entre outros, do direito à moradia, tais como o direito de superfície (LIRA, 1997) e a concessão especial de uso de imóveis públicos, que acabaram sendo incorporados ao Estatuto da Cidade (a Lei n. 10.257/2001), “complementado” pela Medida Provisória n. 2.220/2001, e, mesmo, a “usucapião administrativa”, que permitisse a legalização da posse e propriedade de imóveis objeto de transações informais e que evitasse as delongas do equivalente processo judicial (LIRA, 1997), o que veio a se concretizar com a Lei Federal n. 11.977/2009. Passados quase quinze anos do Estatuto e outros seis, do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, o desafio deixou de ser a positivação de instrumentos de direito da cidade ou sua eficácia jurídica formal e passou a ser, na prática, a falta de respectiva eficácia social ou efetividade. Foi por esta razão que, no ano de 2013, o Instituto de Economia Aplicada – IPEA lançou o edital de Chama n. 132, sob a encomenda da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania, justamente para desvendar as razões pelas quais

<sup>132</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito nº 60. Não tinha teto, não tinha nada: Porque os instrumentos de Regularização Fundiária (ainda) não efetivaram o Direito à Moradia no Brasil. p.21.

instrumentos de direito urbanísticos altamente vocacionados para a legalização de posse e propriedade em cidades “informais”, como a usucapião especial urbana coletiva, a concessão especial de uso para fins de moradia e a legitimação de posse, não são levados a efeito na realidade concreta da vida, exigindo do pesquisador análises empíricas destinadas à verificação dos óbices à “concretude” dos instrumentos, de forma a superá-los, seja no plano normativo e mesmo de retroalimentação doutrinária, seja na órbita institucional<sup>133</sup>.

Como exposto na mencionada apresentação, tal pesquisa buscou desvendar as razões pelas quais os instrumentos de direito urbanísticos disponíveis pelo Estatuto da Cidade e posteriormente pela Lei 11.977/09 não conseguiram efetivar o Direito à Moradia na vida real do cidadão brasileiro apesar de altamente qualificados para a legalização da posse e propriedade em áreas tidas como informais.

Esse estudo vai à mesma direção que se defende esta dissertação, isto é, de que no “papel” os instrumentos urbanísticos disponíveis são suficientes para efetivar a tão sonhada justiça social no seu elemento moradia digna, porém, no dia a dia, eles parecem não existir e com isso, o mantra de que o Estatuto da Cidade é formalmente qualificado, mas materialmente esvaziado, continua persistir.

Logo, cabe à doutrina buscar alternativas para a efetivação de políticas públicas que auxiliem o poder executivo a concretizar os instrumentos descritos no Estatuto da Cidade e, através disso, reverberar a massificação do conceito de moradia digna para toda a população brasileira.

#### 2.4.3 Déficit habitacional no Brasil

É muito importante para a adequada interpretação do que se defende neste estudo a compreensão perfeita do déficit habitacional no Brasil, assim, os gráficos apresentados abaixo, elaborados pelo Centro de Estatística da Fundação Pinheiro, visam à construção da fotografia da nossa situação fundiária.

O primeiro gráfico descreve que 83,9% do déficit habitacional brasileiro no ano de 2014 era representando por pessoas que possuíam na época da pesquisa uma renda familiar mensal inferior a três salários mínimos; já 9,7% integravam a faixa de renda familiar mensal de três a cinco salários mínimos e 5,0% eram

---

<sup>133</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito nº 60. Não tinha teto, não tinha nada: Porque os instrumentos de Regularização Fundiária (ainda) não efetivaram o Direito à Moradia no Brasil. p. 03

representados na faixa de renda familiar de cinco a dez salários mínimos mensais e por fim, 1,4% das famílias com déficit habitacional possuem mais de dez salários mínimos<sup>134</sup>.

Ou seja, 93,6% do déficit habitacional brasileiro no ano de 2014 possuía renda familiar mensal de até cinco salários mínimos, o que demonstra, de forma evidente, que o déficit habitacional é um grave problema da população com poucos recursos financeiros.

No segundo gráfico é apresentado ao leitor o déficit habitacional absoluto e o déficit habitacional relativo por componentes. Neste gráfico fica evidente a disparidade entre as regiões do Brasil referente à falta de moradias. A que possui maior carência de habitações é vivenciada na região sudeste, com insuficiência de 2,42 milhões de moradas, posteriormente, a região nordeste com escassez de 1,90 milhões de habitações, seguida, em escada muito inferior, pela região sul, com falta de 0,64 milhões de domicílios, a região norte, tem ausência de 0,63 milhões de viviendas e, por fim a região centro-oeste, com exiguidade de 0,46 milhões de casas<sup>135</sup>.

Curiosamente, na análise do déficit habitacional relativo o cenário é diverso, uma vez que a região norte é a que lidera o déficit com 12,80% da sua população sem habitação, seguida pela região nordeste com 10,80%, da região centro-oeste com 9,00%, da região sudeste com 8,00% e da região sul com 6,30%<sup>136</sup>.

Desta forma, a verificação dos gráficos 1 e 2 expõe que a região sudeste lidera em números absolutos a ausência de habitações, exatamente porque a maioria da população se situa nesta região, porém, em termos relativos, fica demonstrado que a região norte é a que apresenta pior quadro de moradia no Brasil, sendo que a região sudeste é somente a quarta. Enfim, o cenário é mais problemático na região sudeste, em decorrência dos números absolutos, porém, mais drástico na região norte, em consequência do alto percentual de habitantes

---

<sup>134</sup> GRÁFICO nº 01. Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Disponível em <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em 19/01/2017 às 20:23

<sup>135</sup> GRÁFICO nº 02 Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Disponível em <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em 19/01/2017 às 20:25.

<sup>136</sup> GRÁFICO nº 03 Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Disponível em <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em 19/01/2017 às 20:24.

sem moradia; contudo, apesar dos realces negativos, os gráficos evidenciam que a falta de moradia é um problema nacional.

A visualização dos três gráficos a seguir apresentados é muito importante para que o leitor desta investigação, consiga captar a grande necessidade de que sejam apresentadas alternativas para a profunda falta de moradas em nosso país. É nesse contexto que esta pesquisa luta para contribuir com a citada adversidade.

É nesse cenário que o questionamento principal desta investigação atinge seu ponto mais alto. É razoável o juiz deferir liminares em ações possessórias que envolvam a posse coletiva de imóvel urbano no cenário do proprietário do imóvel violado não ter cumprido com a sua função social, sobretudo em um país onde existe um grande déficit habitacional? Este estudo entende que não, ainda mais tendo em vista o grande déficit habitacional que o Brasil possui atualmente.

Logo, além de estarem presentes argumentos jurídicos para embasar o posicionamento defendido por esta pesquisa, os dados fáticos que demonstram um grande déficit habitacional corroboram para tal entendimento, conforme podemos verificar nas três páginas seguintes:

**GRÁFICO Nº 01<sup>137</sup> - DISTRIBUIÇÃO PERCENTUAL DO DÉFICIT HABITACIONAL URBANO  
POR FAIXAS DE RENDA MÉDIA FAMILIAR MENSAL**

	até 3	mais de 3 a 5	mais de 5 a 10	mais de 10
<b>Região Norte</b>	<b>79,5</b>	<b>11,8</b>	<b>6,5</b>	<b>2,2</b>
Rondônia	88,8	4,6	3,3	3,3
Acre	87,6	5,4	6,2	0,8
Amazonas	77,7	13,3	6,9	2,1
Roraima	82,2	14,3	3,6	-
Pará	78,8	12,0	6,8	2,4
Amapá	65,5	22,7	9,1	2,7
Tocantins	86,9	5,4	6,2	1,5
<b>Região Nordeste</b>	<b>88,2</b>	<b>7,0</b>	<b>3,5</b>	<b>1,2</b>
Maranhão	90,5	5,4	4,1	-
Piauí	83,9	10,7	5,4	-
Ceará	89,2	7,2	2,8	0,8
Rio Grande do Norte	82,9	10,3	3,4	3,4
Paraíba	83,2	8,4	5,3	3,2
Pernambuco	90,6	5,4	3,3	0,7
<i>RM Recife</i>	87,0	7,3	4,5	1,3
Alagoas	94,7	4,7	0,6	-
Sergipe	91,3	5,3	3,3	-
Bahia	86,3	7,8	4,0	1,9
<i>RM Salvador</i>	88,3	5,9	4,0	1,9
<b>Região Sudeste</b>	<b>83,7</b>	<b>10,0</b>	<b>5,2</b>	<b>1,0</b>
Minas Gerais	86,0	7,8	4,7	1,5
<i>RM Belo Horizonte</i>	82,6	8,2	6,4	2,8
Espírito Santo	83,1	8,4	6,7	1,7
Rio de Janeiro	89,7	6,4	3,0	1,0
<i>RM Rio de Janeiro</i>	87,7	7,9	3,2	1,2
São Paulo	80,8	12,3	6,1	0,8
<i>RM São Paulo</i>	80,2	12,5	6,7	0,7
<b>Região Sul</b>	<b>78,2</b>	<b>13,1</b>	<b>6,4</b>	<b>2,3</b>
Paraná	78,7	12,4	7,9	0,9
<i>RM Curitiba</i>	74,6	12,4	11,9	1,1
Santa Catarina	76,1	14,1	5,9	3,9
Rio Grande do Sul	79,1	13,1	5,0	2,7
<i>RM Porto Alegre</i>	77,5	13,8	5,1	3,5
<b>Região Centro-Oeste</b>	<b>83,9</b>	<b>8,8</b>	<b>5,0</b>	<b>2,4</b>
Mato Grosso do Sul	76,7	14,5	6,9	1,9
Mato Grosso	84,7	6,7	7,3	1,3
Goiás	87,5	8,2	2,7	1,6
Distrito Federal	81,4	7,7	6,4	4,5
<b>BRASIL</b>	<b>83,9</b>	<b>9,7</b>	<b>5,0</b>	<b>1,4</b>
<i>Total das RMs</i>	82,9	10,0	5,6	1,5
<i>Demais áreas</i>	84,4	9,5	4,7	1,4

<sup>137</sup> Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Disponível em <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em 19/01/2017 às 20:23.

**GRÁFICO Nº 02<sup>138</sup> - DÉFICIT HABITACIONAL TOTAL, RELATIVO E POR COMPONENTES**  
BRASIL, GRANDES REGIÕES, UF E REGIÕES METROPOLITANAS – 2014.

Especificação	Déficit Habitacional					
	Total absoluto	Total relativo	Componentes			
			Habitação precária	Coabit. Familiar	Ônus excessivo aluguel	Adens. excessivo
<b>Região Norte</b>	<b>632.067</b>	<b>12,8</b>	<b>152.156</b>	<b>280.303</b>	<b>155.339</b>	<b>44.269</b>
Rondônia	45.339	7,9	11.086	7.808	22.919	3.526
Acre	30.071	13,3	8.400	15.287	4.704	1.680
Amazonas	168.668	16,2	26.023	84.015	44.832	13.798
Roraima	22.810	14,7	3.040	9.315	7.795	2.660
Pará	286.766	12,6	81.878	132.807	55.126	16.955
Amapá	30.201	14,8	4.129	17.297	5.420	3.355
Tocantins	48.212	10,0	17.600	13.774	14.543	2.295
<b>Região Nordeste</b>	<b>1.900.646</b>	<b>10,8</b>	<b>501.406</b>	<b>651.606</b>	<b>671.431</b>	<b>76.203</b>
Maranhão	392.517	20,4	249.165	97.352	36.033	9.967
Piauí	88.569	9,2	25.223	48.769	9.532	5.045
Ceará	283.102	10,2	72.943	67.620	127.002	15.537
Rio Grande do Norte	97.833	9,1	8.096	43.859	43.179	2.699
Paraíba	135.153	11,1	13.697	60.417	51.073	9.966
Pernambuco	274.905	9,3	36.531	82.352	144.577	11.445
<i>RM Recife</i>	131.077	10,4	11.059	46.398	67.419	6.201
Alagoas	122.063	12,2	20.940	40.689	56.844	3.590
Sergipe	69.032	9,9	7.950	27.473	32.887	722
Bahia	437.472	8,8	66.861	183.075	170.304	17.232
<i>RM Salvador</i>	121.793	8,8	1.289	41.247	73.460	5.797
<b>Região Sudeste</b>	<b>2.425.679</b>	<b>8,3</b>	<b>104.425</b>	<b>653.986</b>	<b>1.476.024</b>	<b>191.244</b>
Minas Gerais	529.270	7,6	23.132	179.256	310.949	15.933
<i>RM B Horizonte</i>	161.086	9,2	17.084	54.512	83.386	6.104
Espírito Santo	108.728	8,2	3.528	34.087	66.411	4.702
Rio de Janeiro	460.273	7,7	25.907	108.156	293.811	32.399
<i>RM R Janeiro</i>	327.435	7,3	20.102	86.237	192.567	28.529
São Paulo	1.327.408	8,9	51.858	332.487	804.853	138.210
<i>RM São Paulo</i>	636.154	9,1	20.789	137.209	388.763	89.393
<b>Região Sul</b>	<b>645.189</b>	<b>6,3</b>	<b>72.720</b>	<b>199.933</b>	<b>346.696</b>	<b>25.840</b>
Paraná	257.531	6,7	30.217	73.462	142.031	11.821
<i>RM Curitiba</i>	85.650	7,2	13.816	21.635	45.594	4.605
Santa Catarina	155.777	6,5	20.166	34.777	93.881	6.953
Rio G do Sul	231.881	5,7	22.337	91.694	110.784	7.066
<i>RM P Alegre</i>	93.180	6,1	7.475	34.376	47.093	4.236
<b>Região C-Oeste</b>	<b>464.480</b>	<b>9,0</b>	<b>32.323</b>	<b>125.770</b>	<b>277.053</b>	<b>29.334</b>
Mato G do Sul	71.651	8,1	7.166	22.335	37.934	4.216
Mato G	72.399	6,6	7.283	23.562	36.414	5.140
Goiás	202.720	9,1	10.249	52.127	129.209	11.135
Distrito Federal	117.710	12,5	7.625	27.746	73.496	8.843
<b>BRASIL</b>	<b>6.068.061</b>	<b>9,0</b>	<b>863.030</b>	<b>1.911.598</b>	<b>2.926.543</b>	<b>366.890</b>
<i>Total das RMs</i>	1.759.094	8,6	101.899	503.370	995.299	158.526
<i>Demais áreas</i>	4.308.967	9,2	761.131	1.408.228	1.931.244	208.364

<sup>138</sup> Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Disponível em <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em 19/01/2017 às 20:25.

**GRÁFICO Nº 03<sup>139</sup> - TOTAL POR SITUAÇÃO DO DOMICÍLIO  
DEFICIT HABITACIONAL - PERMANENTES E IMPROVISADOS  
BRASIL, GRANDES REGIÕES, UF E REGIÕES METROPOLITANAS – 2014**

Especificação	2014			
	Total	Urbano	Rural	Total Relati- vo
<b>Região Norte</b>	<b>632.067</b>	<b>498.787</b>	<b>133.280</b>	<b>12,8</b>
Rondônia	45.339	38.283	7.056	7,9
Acre	30.071	21.671	8.400	13,3
Amazonas	168.668	150.489	18.179	16,2
Roraima	22.810	21.289	1.521	14,7
Pará	286.766	205.497	81.269	12,6
Amapá	30.201	28.395	1.806	14,8
Tocantins	48.212	33.163	15.049	10,0
<b>Região Nordeste</b>	<b>1.900.646</b>	<b>1.389.189</b>	<b>511.457</b>	<b>10,8</b>
Maranhão	392.517	170.192	222.325	20,4
Piauí	88.569	62.785	25.784	9,2
Ceará	283.102	210.003	73.099	10,2
Rio Grande do Norte	97.833	78.938	18.895	9,1
Paraíba	135.153	118.338	16.815	11,1
Pernambuco	274.905	239.605	35.300	9,3
<i>RM Recife</i>	128.920	124.335	4.585	10,2
Alagoas	122.063	101.720	20.343	12,2
Sergipe	69.032	54.214	14.818	9,9
Bahia	437.472	353.394	84.078	8,8
<i>RM Salvador</i>	120.503	119.536	967	8,7
<b>Região Sudeste</b>	<b>2.425.679</b>	<b>2.376.198</b>	<b>49.481</b>	<b>8,3</b>
Minas Gerais	529.270	504.557	24.713	7,6
<i>RM Belo Horizonte</i>	157.019	155.393	1.626	9,0
Espírito Santo	108.728	104.616	4.112	8,2
Rio de Janeiro	460.273	458.340	1.933	7,7
<i>RM Rio de Janeiro</i>	306.690	306.690	-	6,9
São Paulo	1.327.408	1.308.685	18.723	8,9
<i>RM São Paulo</i>	625.759	623.680	2.079	8,9
<b>Região Sul</b>	<b>645.189</b>	<b>608.807</b>	<b>36.382</b>	<b>6,3</b>
Paraná	257.531	245.515	12.016	6,7
<i>RM Curitiba</i>	83.809	79.665	4.144	7,1
Santa Catarina	155.777	142.562	13.215	6,5
Rio Grande do Sul	231.881	220.730	11.151	5,7
<i>RM Porto Alegre</i>	91.436	90.191	1.245	6,0
<b>Região Centro-Oeste</b>	<b>464.480</b>	<b>442.270</b>	<b>22.210</b>	<b>9,0</b>
Mato Grosso do Sul	71.651	67.014	4.637	8,1
Mato Grosso	72.399	64.256	8.143	6,6
Goiás	202.720	196.034	6.686	9,1
Distrito Federal	117.710	114.966	2.744	12,5
<b>BRASIL</b>	<b>6.068.061</b>	<b>5.315.251</b>	<b>752.810</b>	<b>9,0</b>
<i>Total das RMs</i>	1.715.186	1.695.413	19.773	8,4
<i>Demais áreas</i>	4.352.875	3.619.838	733.037	9,3

<sup>139</sup> Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Disponível em <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em 19/01/2017 às 20:26.



### 3 AÇÕES POSSESSÓRIAS E SUAS LIMINARES

#### 3.1 Disposições gerais

Após transcorrer sobre os elementos interpretativos da atual ordem jurídica atravessando a teoria da argumentação jurídica de Alexy, assim como compreender os contornos do conflito entre as regras e da colisão entre os princípios, que servirá de norte para ultrapassarmos a compreensão que atualmente impera no processo civil sobre os conflitos possessórios<sup>140</sup>. Depois de acompanhar Barroso na interpretação de casos difíceis e compreender que a argumentação jurídica é o principal elemento para persuadir o julgador a alterar a análise da norma jurídica. Em seguida, a estudar a incidência dos deveres anexos da boa-fé objetiva no seara processual e, com isso, verificar a construção de limites claros para evitar a ocorrência do abuso de direito no campo processual e com isso reverberar que a vedação a torpeza, é um dever anexo da boa-fé que deve incidir sobre todo o ordenamento jurídico nacional<sup>141</sup>.

Posteriormente, o leitor deste estudo teve contato com os elementos essenciais do direito, necessário para a análise adequada das ações possessórias como o direito a propriedade e o cumprimento ou não da sua função social, assim como pelos institutos legitimadores da posse e pela intrincada compreensão dos limites e das garantias que o direito a moradia contempla em nosso ordenamento jurídico.

Enfim, após ultrapassarmos os assuntos acima mencionados, que são imperiosos para a compreensão adequada do tema nuclear deste estudo, chegou o momento de direcionarmos nossas forças para compreender intensamente as ações possessórias e a análise criteriosa sobre o deferimento ou não de suas liminares.

---

<sup>140</sup> ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy, 2001. pp. 210-230.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros. 2ª ed. 2015. pp. 87-118.

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. 2015, 3ª tiragem. Saraiva, 2016. pp. 347-377.

### 3.2 Considerações sobre as ações possessórias no Brasil

Nos últimos tempos o Brasil conviveu com graves consequências da efetivação de decisões judiciais em ações possessórias decorrentes de conflitos coletivos na posse de imóveis urbanos e rurais. Em muitos desses episódios houve remoções sem qualquer auxílio acarretando excessos, por parte dos órgãos encarregados de cumprir as decisões judiciais, ocasionando violações aos direitos dos ocupantes, inclusive produzindo lesões e até morte nas desocupações<sup>142</sup>.

Nesse cenário prevalece o exclusivo interesse do direito a propriedade em detrimento do direito a moradia, especialmente a dignidade da pessoa humana, ou seja, claramente estávamos diante de um panorama onde o “ter” é mais relevante do que o “ser”<sup>143</sup>.

Diante desta conjuntura, houve uma grande queda de braço na formulação das regras que seriam incluídas no novo código de processo civil; entre os movimentos sociais prevalecia à tese dos que defendiam que antes de qualquer tipo de ação possessória derivada de conflitos coletivos pela posse de imóvel urbano, fosse realizadas audiências de conciliação e os movimentos ruralistas que defendiam o oposto, ou seja, de que não fosse realizada qualquer conciliação prévia, a fim de não atenuar o direito a propriedade e, com isso, estimular as invasões de imóveis ocupados ou desocupados<sup>144</sup>.

Nessa queda de braço, o CPC de 2015 consagrou o meio termo, isto é, apenas determinou a necessidade de uma audiência de conciliação nas hipóteses de força velha – mais de um ano e dia, negando tal direito nas situações de força nova – menos de um ano e dia do esbulho ou da turbação<sup>145</sup>.

Infelizmente a decisão que prevaleceu foi uma postura intermediária na condução de conflitos possessórios coletivos, isto porque a realização de uma audiência de conciliação prévia a análise de uma medida liminar em uma ação possessória possui vários aspectos positivos e todos elogiáveis.

<sup>142</sup> GLOBO.COM. G1. NOTÍCIA. 17/06/2015. 08:19. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/justica-de-sp-recebeu-1659-acoes-de-reintegracao-de-posse-em-2015.html>  
Acesso Janeiro de 2017

<sup>143</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 152.

<sup>144</sup> LEITE, Lucas Alves. Entre montecchios, capuletos, petistas e ruralistas: As Ações Possessórias no novo CPC. Universidade Federal Fluminense. Trabalho de conclusão de curso. pp.58/59.

<sup>145</sup> LEITE, Lucas Alves. Ob. Cit. p.48.

Inicialmente, ao determinar que o conflito possessório coletivo mereça um procedimento diferenciado do conflito possessório tradicional o legislador reconheceu que o litígio coletivo é, antes de tudo, uma contenda social e, por isso, necessitaria de regras próprias<sup>146</sup>.

Além disso, através da tentativa de conciliação ou mediação prévia, o legislador tentou evitar que tais conflitos sejam resolvidos unicamente no poder judiciário, colocando, assim, na mesa de negociações, as partes e os entes públicos para tentar encontrar uma solução que possa ser razoável para ambas os lados e evitar as consequências danosas da efetivação das medidas judiciais em sede possessória.

Contudo, apesar das inúmeras condições favoráveis a adoção de que uma audiência prévia ocorresse em todos os litígios possessórios coletivos, o que prevaleceu foi que ela deva ser adotada apenas nas situações de força velha, ou seja, ingresso da ação judicial após ano e dia do esbulho ou da turbação<sup>147</sup>.

É claro que isso significou um avanço na interpretação das normas processuais em nosso país, em especial por considerar que em algumas hipóteses o conflito possessório coletivo merece ser tratado com características diferenciadas da contenda possessória não coletiva e, de certo modo, é isso que irá se defender nesta dissertação, ou seja, que a disputa possessória coletiva tenha um procedimento particularizado, a fim de efetivar o direito a moradia, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e a vedação a torpeza<sup>148</sup>.

É evidente que a maioria das ocupações coletivas ocorre por diversas razões, como a busca por uma moradia digna, o confronto ao poder constituído que não favorece os ocupantes, a luta por uma vida melhor e até visando se locupletar ilicitamente. Contudo, a regra das ocupações são formadas por enredos relacionados à união de grupos hipossuficientes, como moradores de assentamentos informais de baixa renda, que se conectam com o objetivo de satisfazer as suas necessidades básicas relacionadas à dignidade da pessoa humana e a uma vida digna.

---

<sup>146</sup> GARJARDONE, Fernando da Fonseca. JOTA. Os Conflitos coletivos pela posse de imóvel no novo CPC. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/os-conflitos-coletivos-pela-posse-de-imoveis-no-novo-cpc-04072016>> Acesso Jan. 2017.

<sup>147</sup> GARJARDONE, Fernando da Fonseca. JOTA. Ob. Cit.

<sup>148</sup> GARJARDONE, Fernando da Fonseca. JOTA. Ob. Cit.

Nesse sentido parece razoável concluir que as disputas fundiárias são profundamente complexas, uma vez não envolvem apenas o direito fundamental a moradia digna, mas também indiretamente se relacionam com os direitos fundamentais da saúde, segurança, trabalho, entre outros; logo, sua análise não poderá ser dissociada deste quadro geral.

Não há sombra de dúvidas que, apesar dos avanços que o CPC de 2015 impôs ao procedimento que rege os conflitos possessórios coletivos em nosso ordenamento jurídico, ficou a sensação de que o legislador poderia ir muito além do que realmente caminhou. Sim, o legislador reconheceu, ainda que implicitamente, e apenas para a força velha, que as disputas de posse coletiva merecem um tratamento específico que difere do regime geral possessório, porém, as alterações concebidas não serão suficientes para acabar com as contendas fundiárias que se multiplicam anualmente em nosso país<sup>149</sup>.

A conclusão desta dissertação é no mesmo caminho que o legislador percorreu na elaboração das regras específicas para a disputa possessória coletiva no CPC de 2015, porém de forma muito mais incisiva e desafiadora.

Ou seja, o primeiro passo foi dado pelo legislador e em alguns julgados dos nossos tribunais superiores que serão destacados no decorrer deste estudo, porém, esta dissertação caminhará muito além deste primeiro passo com o intuito de contribuir para a pacificação social que parece tão difícil em nosso atual cenário de multiplicações de litígios fundiários pela posse coletiva de imóveis em todo o país.

Este estudo irá delinear os contornos das ações possessórias no CPC de 1973 para que o leitor tenha ideia exata da evolução que ocorreu entre o antigo regimento processual civil e o atual, para então ingressar no CPC de 2015 e, posteriormente, nos desafios para o futuro, que estarão dando alicerce ao que se defende nesta dissertação.

### **3.3 Ações possessórias no Código de Processo Civil de 1973**

O CPC de 1973 já se encontra rompido pelo seu sucessor de 2015, logo este tópico não visa uma análise profunda de como era o procedimento

---

<sup>149</sup> LACERDA, Marina. As ações possessórias coletivas no novo CPC. Rede Nacional de Advogados Populares. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=874361>> Acesso Jan. 2017.

possessório revogado, mas apenas compreender as razões pela qual o mencionado diploma era desprovido de normas que protegiam a posse de cunho coletivo, assim como de um olhar mais contundente na função social da posse e da propriedade.

As ações possessórias eram descritas nos artigos 920 a 933 do CPC de 1973, contudo, para que tais normas sejam corretamente compreendidas pelo operador de direito, não basta à mera leitura da norma, isto porque a mesma não é apenas decorrente de concepções impulsivas do legislador, mas sim, resultado de interesses e pretensões dos grupos sociais dominantes na época de sua elaboração, ou seja, as normas, como as mesmas foram descritas, apenas retratam a visão de mundo naquele momento histórico<sup>150</sup>.

Assim, não obstante as inúmeras reformas na legislação processual após a introdução do CPC de 1973, assim como a elaboração e vigência da CRFB de 1988, o ordenamento jurídico nacional não foi capaz de suprimir a essência do CPC de 1973 que retratou o período de repressão da ditadura militar, absorvendo obviamente elementos deste contexto.

Com base nesta importante premissa pode-se afirmar que o individualismo, o autoritarismo e o patrimonialismo, marcas duradouras daquele momento histórico, foram absorvidas também pelos procedimentos possessórios.

Tendo ciência deste contexto histórico e dos valores que guiavam este tumultuado período nacional é mais fácil compreender as razões pela qual o legislador não elaborou estruturas mínimas para tentar resolver conflitos possessórios de cunho coletivo no CPC de 1973. No mencionado diploma processual, as normas possessórias foram criadas para solucionar o conflito entre o proprietário X e o proprietário Y.

Daí, parece razoável constatar que os procedimentos possessórios do código de 1973 cotejavam um procedimento possessório individualista e não procedimentos fundiários de cunho coletivo, logo, na medida em que o momento histórico militarista foi sendo superado, à medida que uma nova concepção do direito foi sendo criada, em especial através da introdução no ordenamento jurídico da CRFB de 1988, os procedimentos possessórios se tornaram obsoletos, pois retratavam uma visão de mundo que não existia mais.

---

<sup>150</sup> RODRIGUES, Carlos Divino Vieira. Direitos Humanos e Direito Social à Moradia: A Regularização Fundiária Urbano-Ambiental do “Condomínio Porto Rico”, na Cidade De Santa Maria – Distrito Federal. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília pp.65/66.

No código de 1973 o legislador descreveu que o autor, ao comprovar os requisitos do art. 927, o mesmo seria merecedor do direito possessório em disputa, ou seja, da reintegração ou da manutenção da sua posse, inclusive em caráter liminar e sem ouvir a parte contrária<sup>151</sup>.

Este entendimento é facilmente encontrado na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, ou seja, a simples comprovação dos requisitos do art. 927 do código de 1973 acarretam o consequente deferimento do pedido de reintegração de posse:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. ÁREA OCUPADA POR FAMÍLIAS CARENTES. REQUISITOS SATISFEITOS. CITAÇÃO DOS CÔNJUGES. IDENTIFICAÇÃO DOS INVASORES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA ÁREA.

Tratando-se de ação pessoal, prescindível é a citação dos cônjuges. Em caso de ocupação de terreno urbano por milhares de pessoas, é inviável exigir-se a qualificação e a citação de cada uma delas (AgRg na MC n. 610/SP). Área objeto da ação perfeitamente individualizada. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias. **Comprovados a posse da autora e o esbulho, encontram-se preenchidos os pressupostos do art. 927 do Código de Processo Civil.** Aplicação também neste item da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 870-MG e cassada a liminar ali deferida.

REsp 154.906/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 395<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

**Art. 926.** O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

**Art. 927.** Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

**Art. 928.** Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

**Parágrafo único.** Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

**Art. 929.** Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

**Art. 930.** Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos cinco (5) dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação.

**Parágrafo único.** Quando for ordenada a justificação prévia (art. 928), o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar.

**Art. 931.** Aplica-se, quanto ao mais, o procedimento ordinário.

<sup>152</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 154.906/MG. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19526867/recurso-especial-resp-154906-mg-1997-0081257-0/inteiro-teor-19526868?ref=juris-tabs> > Acesso em 20/01/2017.

Entretanto, a cultura possessória então projetada pelo código de 1973 e reiteradamente utilizada ao longo dos anos seguintes coincidiu com o interesse da classe dominante em nosso país, que visava manter o seu *status quo*. Logo qualquer reforma que tentasse diminuir o poder possessório do proprietário esbulhado, turbado ou ameaçado teria imensas dificuldades de prosperar.

Assim, é possível compreender as pesadas contradições existentes em nosso ordenamento jurídico, uma vez que temos uma constituição federal que consagra à função social da propriedade e o direito de moradia como direitos fundamentais, um código civil que irradia tais diretos, a fim de reverberarem em todo o campo civil, porém, na esfera processual civil continuamos a ter uma visão das relações possessórias com o cunho individual, autoritário e patrimonialista.

Nesse sentido, era de se esperar que na elaboração do código de 2015 o legislador fosse romper com as contradições acima expostas e, com isso, produzir um procedimento possessório que refletisse os entendimentos consolidados pela CRFB de 1988 e reverberados pelo código civil de 2002, porém, infelizmente não foi exatamente isto o que ocorreu, uma vez que os grandes proprietários de terra no Brasil são oriundos das classes dominantes, econômica e politicamente, logo, sua forte influencia atenuou dramaticamente as inovações no seara processual.

Assim, as contradições ainda persistem no ordenamento jurídico nacional em âmbito possessório e, por isso, precisam ser superadas, logo, apenas com a força da doutrina, como mola propulsora do ordenamento jurídico, a fim de dar substrato à jurisprudência, para então iniciar um procedimento de atualização da interpretação das disputas possessórias e, com isso, forçar uma atualização legislativa, é que conseguiremos alcançar, no âmbito processual, a interpretação já obtida pelos diplomas de direito material referente à função social e do direito a moradia.

### **3.4 Ações possessórias no Código de Processo Civil de 2015:**

#### **3.4.1 A necessidade de um novo Diploma Processual Civil**

Não obstante as muitas modificações em que o CPC de 1973 foi submetido, permaneciam válidas as fortes críticas da doutrina de que aquele CPC não representava a realidade jurídica brasileira, pois após sua vigência entraram em

vigor a CRFB de 1988, o CDC em 1990 e ao CC em 2002. Logo, existia um entendimento preponderante que o CPC de 1973 possuía conceitos ultrapassados e que não representavam o espírito inovador das outras ordenações jurídicas vigentes no Brasil.

Didier listou quatro exemplos em que o CPC de 1973 não representava a realidade jurídica brasileira após o advento de outras ordenações, em especial da CRFB de 1988, e que um novo CPC seria salutar para todo o ordenamento jurídico:

1 - O novo CPC deve dar ao Ministério Público o tratamento adequado ao seu atual perfil constitucional, muito distinto daquele que vigia em 1973. Para ilustrar, é preciso rever a necessidade de intervenção do Ministério Público em qualquer ação de estado – exigência de um tempo em que se proibia o divórcio.

2 - O CPC/1973 não menciona a Defensoria Pública. Trata-se de omissão inaceitável, notadamente tendo em vista o papel que esta instituição alcançou com a CF/88.

3 - A arbitragem, no Brasil, praticamente não existia em 1973. Atualmente, o Brasil é o quarto país do mundo em número de arbitragens na Câmara de Comércio Internacional. O CPC/1973 pressupõe a realidade da arbitragem daquela época. É preciso construir um código adequado a esta realidade, prevendo, por exemplo, o procedimento da carta arbitral e criando a alegação autônoma da convenção de arbitragem.

4 - Não por acaso, a Câmara dos Deputados está debruçada na construção de um modelo adequado para a disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica – instituto consagrado no CDC e no Código Civil, amplamente utilizado na prática forense, mas simplesmente ignorado pelo CPC 1973<sup>153</sup>.

Assim, em um campo de profundas divergências processuais quanto aos conceitos descritos no CPC de 1973, em um cenário de pesadas críticas quanto à efetividade do processo civil brasileiro e diante de um código que não representava adequadamente a realidade jurídica, tornou-se patente a necessidade de uma nova codificação processual.

Nesse sentido, a lei federal nº 13.105 de 16 de março de 2015 trouxe o novo código de processo civil e, com ele, uma série de novos conceitos e consolidações jurisprudenciais, com o intuito maior de ser um diploma processual que representasse adequadamente a sociedade brasileira no século XXI.

<sup>153</sup> DIDIER, Fredie Jr. O novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://direitonabahia.com.br/noticia.php?cod=519>> Acesso 20/01/2017.



Além disso, o CPC de 2015 trouxe um viés conciliador para a resolução das disputas, privilegiando a composição entre as partes do que uma decisão judicial imposta à contenda. Este enfoque será crucial na composição das bandeiras que serão levantadas nesta dissertação, no capítulo seguinte.

### 3.4.2 Compreensão das ações possessórias sob a ótica do CPC de 2015

As ações possessórias são um procedimento especial de natureza contenciosa que visam, como regra, a recuperação da posse, através da manutenção ou reintegração da posse.

A proteção possessória também pode consistir no impedimento de que uma ameaça não se realize, assim como na aplicação de pena, caso a lesão venha a se repetir, conforme podemos verificar a seguir.

O regramento do Código de Processo Civil ainda vigente prevê três tipos de ações possessórias, as quais possuem objetos específicos. São elas a Reintegração de Posse, a Manutenção da Posse e o Interdito Proibitório. Esta divisão e o objeto de cada uma destas ações são mantidos pela nova lei processual<sup>154</sup>.

Desta forma, podemos observar que as principais características da tutela possessória são: a tutela integral e dinâmica da posse, a cumulação de pedidos e a variação de medidas executivas.

Bueno descreve uma compreensão inicial sobre as ações possessórias, na qual transcrevo abaixo, tendo em vista a relevância do tema para este pesquisa:

As “ações possessórias” são o procedimento especial de jurisdição contenciosa que tem como finalidade a proteção da posse. Na expressão estão compreendidos não só os pedidos de tutela jurisdicional voltados à *manutenção* (casos em que há turbação da posse, isto é, embaraços no exercício pleno da posse) e à *reintegração* (quando houver esbulho na posse, isto é, perda total ou parcial da posse) de posse, mas também o chamado “interdito proibitório”, voltado à proteção *preventiva* da posse, cabendo ao magistrado expedir “mandado proibitório” com multa em detrimento de quem descumprir-lo. As duas primeiras hipóteses estão previstas no art. 560 e a terceira no art. 567, e dialogam suficientemente bem com a previsão do art. 1.210 do CC, segundo o qual: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de

<sup>154</sup> POIDOMANE, Isabella Lucia. O princípio da função social da posse e das propriedades e seu reflexo no novo código de processo civil. UFMG. Congresso nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Direito. p 294.

esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado<sup>155</sup>.

É importante ressaltar que existem outros procedimentos especiais que buscam a proteção da posse no processo civil, como, por exemplo, os embargos de terceiros, porém, em intensidade e alcance limitados em comparação a tutela possessória descrita nos artigos 554 a 568 do CPC de 2015.

Outro ponto de grande relevância nas ações possessórias, em especial as ações que se referem à posse coletiva, é que no caso de existirem grande número de pessoas, a identificação das mesmas é extremamente difícil, quando não impossível ou inviável, assim, o legislador positivou um procedimento em que será feita a citação pessoal dos indivíduos encontrados no local do imóvel e os demais serão citados por meio de edital.

Além disso, o legislador determinou a intimação do Ministério Público, assim como da Defensoria Pública, esta última apenas na hipótese do litígio envolver pessoas hipossuficientes, o que é a grande maioria das hipóteses nos conflitos possessórios que envolvam grande número de pessoas no pólo passivo, isto tudo com a finalidade de dar a mais ampla e possível publicidade a demanda possessória<sup>156</sup>.

Neste sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis consolidou entendimento sobre o tema, na qual sugeriu que quando figurarem no polo passivo grande número de pessoas em uma demanda possessória, deve ser registrado um protesto na matrícula imobiliária do imóvel que está sofrendo o litígio possessório.

Conforme podemos verificar abaixo na transcrição do Enunciado 63:

---

<sup>155</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Saraiva. Vol. Único. 2ª edição. 2016. pp. 534/535.

<sup>156</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Art. 554. (...)

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no pólo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.”

Enunciado 63: No caso de ação possessória em que figure no pólo passivo grande número de pessoas, a ampla divulgação prevista no § 3.º do art. 568 contempla a inteligência do § 3.º do art. 301, com a possibilidade de determinação de registro de protesto para consignar a informação do litígio possessório na matrícula imobiliária respectiva<sup>157</sup>.

O referido procedimento visa dar maior publicidade a contenda pela posse coletiva de imóvel e demonstra que tais disputas necessitam de normas específicas e particulares em comparação com os litígios possessórios tradicionais.

Outro ponto de grande relevância para as ações possessórias, que foi mantido no CPC de 2015, diz respeito à diferença de tratamento que o legislador concedeu a posse de ano e dia, denominada pela doutrina e pela jurisprudência como posse nova, e pela posse de mais de ano e dia, apelidada também pela doutrina e pela jurisprudência, como posse velha.

O art. 558 do atual CPC manteve o entendimento de que o procedimento especial descrito no capítulo III dos procedimentos especiais do CPC de 2015 apenas se aplica ao procedimento de manutenção ou reintegração de posse que ocorra dentro do prazo de ano e dia da turbacão ou do esbulho disposto na petição inicial. Contudo, o mesmo dispositivo legal ressalta que a posse velha, apesar de ser regida pelo procedimento comum, não perde o caráter possessório.

Para que fique claro ao leitor, o CPC de 2015 manteve a determinação de que o litígio possessório somente seguirá as regras do procedimento especial quando a disputa envolver posse nova. Nas situações de posse velha, a contenda será regida pelas normas do procedimento comum, porém, isso não fará com que este conflito deixe de ser possessório.

Deve ser ressaltado que esta diferenciação com relação a posse nova e a posse velha já existia no CPC de 1973 e foi devidamente mantido no CPC de 2015.

### 3.4.3 A manutenção da fungibilidade das ações possessórias

O autor do pedido pode ajuizar um interdito possessório, ação que visa à proteção preventiva de posse, mas posteriormente constatar a necessidade do

---

<sup>157</sup> FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS. CIVIS. Enunciados. Carta de Vitória. Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/2C/F5/DF/3F/98FB4510660CAB45DD4E08A8/Enunciados%20do%20Forum%20Permanente%20de%20Processualistas%20Civis.pdf>> Acesso em 20/01/2017.

amparo contra o esbulho, logo, seu pedido teria que ser convertido em reintegração de posse<sup>158</sup>.

De outra forma, a complexidade das relações fáticas poderia conduzir que o autor compreendesse que a violação possessória ocorrida tratava-se de uma turbacão, e o magistrado, de um esbulho.

Portanto, nas duas situaçoes acima listadas, que são corriqueiras, é fácil verificar que a relaçaõ possessória se desenvolve de maneira dinâmica; nesse sentido, a admissãõ pelo legislador da fungibilidade das açoes possessórias é um dado positivo.

Para dar agilidade ao processo e para evitar disputas interpretativas sobre qual seria a açãõ correta para disciplinas os conflitos possessórios o legislador entendeu, por bem, a positivaçaõ da fungibilidade de tais contendadas.

Nesse sentido, a fungibilidade das açoes possessórias foi mantida no ordenamento processual civil, conforme podemos observar no artigo 920 do CPC de 1973 e no art. 554 do CPC de 2015:

Art. 920. A propositura de uma açãõ possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteçaõ legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

Art. 554. A propositura de uma açãõ possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteçaõ legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados<sup>159</sup>.

A doutrina descreve esta situaçaõ com bastante clareza:

A distiçaõ, não obstante ter relevo no plano material é minimizada pelo *caput* do art. 554, que prevê verdadeira *fungibilidade*, no plano processual, entre as técnicas a serem empregadas pelo Estado juiz para tutelar a posse, tenha ou não sido esbulhada, meramente turbada ou, ainda, de forma preventiva, isto é, ainda quando ameaçada. O que pode ocorrer, destarte, é que a petiçaõ inicial descreva, para o Estado-juiz, uma situaçaõ de mera *ameaça* a direito e que seja formulado, conseqüentemente, pedido de expediçaõ do mandado a que se refere o art. 567 e que, pelo passar do tempo, mesmo que breve, entre a apresentaçaõ da petiçaõ inicial e a análise do pedido a ser feita pelo magistrado, a *ameaça* tenha se transformado, no plano fático, em *lesãõ*. Nem por isso, contudo, haverá necessidade de emendas ou de qualquer outra formalidade no plano do

<sup>158</sup> GOUVEIA, Michel. Fungibilidade nas açoes possessórias. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10188&revista\\_caderno=21](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10188&revista_caderno=21)>. Acesso em jan 2017.

<sup>159</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Boletim Jurídico. Disponível em <[http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Qua\\_dro-comparativo-CPC-1973-x-CPC-2015.pdf](http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Qua_dro-comparativo-CPC-1973-x-CPC-2015.pdf)>. Acesso em 20/01/2017.

processo. A *ordem* do magistrado deverá proteger a *posse*, tida como digna de tal proteção, mesmo que a *ameaça* tenha se convertido em *lesão* ou vice-versa. Ademais e em rigor, o *procedimento* do “interdito proibitório” é idêntico aos dos casos de manutenção ou reintegração na posse, tal como revela, expressamente, o art. 568<sup>160</sup>.

Nesta mesma linha entende MEDINA:

Fungibilidade da tutela possessória. Fato superveniente. *Da mihi factum dabo tibi jus*. A relação possessória se desenvolve de forma dinâmica. Pode-se ter ajuizado interdito proibitório e, posteriormente, ver-se que se torna necessária a reintegração da posse, porque a ameaça de violação à posse se consumou em lesão. No caso, está-se diante de *fato superveniente*, que altera o *status* da situação fático-jurídica subjacente, a ser merecedora de tutela jurisdicional (incide, pois, o disposto no art. 493 do CPC/2015). A complexidade das relações socioeconômicas também justifica que, bem compreendido o libelo (pedido e causa de pedir), se dê à hipótese tutela adequada, ainda que pouco adequada a terminologia empregada pela parte, p.ex., se o que é considerado turbação pelo autor consiste, segundo o juiz, em esbulho, deve ser concedida a reintegração na posse (*da mihi factum dabo tibi jus*, cf. comentário ao art. 319 do CPC/2015). O art. 554, *caput*, do CPC/2015 compreende ambas as situações referidas<sup>161</sup>.

É razoável concluir que a principal função da fungibilidade nas ações possessórias é evitar que o autor ingresse com uma nova demanda possessória caso a violação inicial modifique-se, seja pelo entendimento diverso entre o magistrado e o autor do que está acontecendo na prática, seja em decorrência da modificação da situação possessória.

Portanto, a fungibilidade das ações possessórias é basicamente um instituto que visa à economia processual e a efetividade dos atos realizados.

#### 3.4.4 Os requisitos formais autorizadores da tutela possessória

De acordo com o art. 561 do CPC de 2015, para que seja acolhida a tutela possessória pleiteada na inicial, é necessário que o autor comprove os quatro requisitos lá descritos, sendo eles, a posse, a turbação ou o esbulho praticado pelo

<sup>160</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Saraiva. Vol. Único. 2ª edição. 2016. pp. 535/536.

<sup>161</sup> MEDINA. José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais. 3ª edição. 2016. p.562.

réu, a data da turbação ou do esbulho e a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração<sup>162</sup>.

No âmbito processual é relevante ter consciência de que a posse sempre se lastreia ou deve se lastrear em uma situação fática, pois a posse é a materialização de uma situação de fato, conforme foi minuciosamente exposto no capítulo relacionado a este tema.

Logo, presentes os requisitos autorizadores da tutela possessória descritos no CPC, caberá ao magistrado conceder o pleito autoral, não sendo necessário avaliar qualquer outra condição para sua autorização.

Este entendimento está consolidado desde o CPC de 1973, uma vez que o referido código possuía um comando legal que vedava o autor, assim como o réu, na pendência de um procedimento possessório, intentar uma ação de reconhecimento de domínio<sup>163</sup>.

Furtado esclarece esta situação, conforme podemos observar abaixo:

O art. 923 do CPC, ao vedar a propositura de ação tendente ao reconhecimento do domínio na pendência de ação possessória, leva em conta a distinção entre os juízos possessório e petitório: naquele, discute-se o ius possessionis, isto é, o exercício de um poder fático sobre a coisa; neste, discute-se o ius possidendi, ou seja, a titulação jurídica para esse exercício<sup>164</sup>.

Para melhor compreensão deste assunto peço vênias para transcrever o entendimento de Rocha sobre a análise da vedação legal da análise do direito de propriedade nas ações possessórias:

A atual redação do art. 923, dada já em 1980 pela Lei n.º 6.820, embora não deixe dúvidas sobre a intenção de evitar discussões paralelas sobre posse e propriedade, apenas recentemente parece encontrar interpretação capaz de sepultar antiga polêmica nascida de contradição entre sua original parte final, aliada ao art. 505 do Código Civil de 1916, e seu enunciado inicial. Assim dispunha o revogado dispositivo processual, em ressalva à regra hoje estampada: “Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a

<sup>162</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Art. 561. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

<sup>163</sup> BRASIL. Lei 5.869 de 11 de fevereiro de 1973.

Art. 920. Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.

<sup>164</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 406.

alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”. De igual modo, o Código Civil de 1916, em seu art. 505, estabelecia que “Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”.

A evidente impropriedade da ressalva não passou despercebida, ensejando, ao revés, se acendesse acalorado debate sobre a discussão de matéria afeta à propriedade em demanda possessória. Rejeitou-se sempre tal possibilidade, defendendo-se que o esbulhador, ainda que titular do ius possidendi, tem de restituir primeiro, mesmo podendo reivindicar depois. A admissão da exceção de domínio, como percebeu a doutrina, estimularia a violência ao permitir que o proprietário agredisse a posse de outrem e, quando demandado, visse chancelada essa conduta socialmente indesejável sob a alegação de que tinha o domínio.

Não obstante, não podendo ignorar a existência das malsinadas disposições legais, doutrina e jurisprudência orientaram-se, por muitos anos, a uma tentativa de compatibilização entre a primeira e a segunda parte (hoje revogada) do art. 923 do CPC<sup>165</sup>.

Adiers caminha neste sentido ao defender a completa separação entre a análise da posse e da propriedade na avaliação da tutela possessória, justificando que os planos jurídicos que elas se situam, se desenvolvem, e se estruturam são diversos e que não atentar para esta realidade fatalmente irá acarretar um desvio de perspectivas:

Importa, e aqui um aspecto que também se mostra de fundamental importância, não trazer para o âmbito da discussão possessória a ideia da propriedade, pois os planos jurídicos em que elas se situam, se desenvolvem e se estruturam são diversos. Não se atentar para essa realidade fatalmente levará a um desvio de perspectiva quanto ao tratamento da posse, capaz de alcançar, e nisso está a sua gravidade, a decisão a ser dada ao caso concreto submetido à apreciação judicial. Alerta-se, no entanto, não se estar, com isso, afirmando, e nem se poderia afirmar, que a propriedade não possa ser invocada em demanda de natureza possessória, isso que, de modo excepcional, é possível admitir-se a sua alegação, mas desde que ambos os litigantes disputem a posse na condição de proprietários, ou quando duvidosa a posse de ambos. O que se está afirmando é que, no comum dos casos, não é possível deduzir pretensão de tutela possessória com fundamento na propriedade, e nem mesmo é dado ao demandado, ao defender-se de pedido de proteção possessória, baseá-la em eventual direito à posse decorrente do direito de propriedade, do qual se afirme titular. Na demanda possessória, a discussão fica centrada e limitada ao factum possessionis, isto é, restringe-se à verificação da efetiva existência da situação fática da posse e da sua moléstia. O ius possidendi - o direito à posse ou de ter a posse -, isso pelo fato de alguém dizer-se proprietário da coisa ou do bem, ou afirmar-se com direito de receber a posse em virtude de negócio jurídico transmissivo (v.g., contrato de compra e venda, de comodato, locação, etc.),

<sup>165</sup> ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Das ações possessórias (Comentários aos art. 920 a 923 do CPC). Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6091-das-aco-es-posse-ssorias-comentarios-aos-arts-920-a-933-do-cpc> Acesso em 20/01/2017

constitui-se em matéria estranha, ininvocável, inadmissível e impertinente em demanda de natureza possessória. A propriedade quanto à coisa desimporta no juízo possessório. Mesmo quando o proprietário pede tutela possessória alegando exercer posse sobre determinada coisa, da qual também é titular do direito de propriedade, a sua pretensão fica situada apenas no plano fático da posse, abstraída que fica a propriedade. Em tal hipótese, o proprietário é tratado tal qual o é o possuidor, o que torna inadmissível o exame da propriedade ou a suscitação da exceção de domínio. Daí mostrar-se também impertinente e inadequado sustentar e fundamentar decisões proferidas em demandas de cunho possessório através e com invocação do princípio constitucional da função social da propriedade. Isso pela singela razão de a posse não poder ser confundida com o direito de propriedade. Além disso, não é preciso buscar alhures o que está contido e expresso no próprio conceito de posse que demos, isso que ele revela a função social de que se reveste, e sempre se revestiu, a posse<sup>166</sup>.

Em sua explanação, Adiers excepciona a análise conjunta da posse e da propriedade nas hipóteses em que ambos os litigantes que disputam a posse estarem na condição de proprietários ou quando duvidosa a posse das duas partes:

Alerta-se, no entanto, não se estar, com isso, afirmando, e nem se poderia afirmar, que a propriedade não possa ser invocada em demanda de natureza possessória, isso que, de modo excepcional, é possível admitir-se a sua alegação, mas desde que ambos os litigantes disputem a posse na condição de proprietários, ou quando duvidosa a posse de ambos<sup>167</sup>.

Ora, as duas exceções listadas por Adiers para que ocorra a análise conjunta da posse com o direito a propriedade, demonstra, de maneira cabal, que o entendimento defendido pelo citado autor e por grande parte da doutrina processualista visa unicamente à manutenção do *status quo*. Isto porque, nas hipóteses, extremamente usuais, de um conflito entre proprietário versus posseiro não seria possível adentrar nesta contenda, logicamente porque a avaliação meticulosa desta disputa muitas vezes acarretaria um ônus ao proprietário e a doutrina processualista não admite este encargo.

Defender que apenas é admissível a análise conjunta da posse com o direito a propriedade quando ambas as partes são proprietários, ou quando duvidosa a posse das duas partes, é consagrar que quase nunca haverá o exame do conflito da posse versus a propriedade no âmbito da tutela processual, o que este estudo

---

<sup>166</sup> ADIERS, Moacir. A posse e a tutela possessória. Revista Jurídica. v. 51, n. 306, pp. 19-52. Sapucaia do Sul: Notadez, abr/2003.

<sup>167</sup> ADIERS, Moacir. A posse e a tutela possessória. Revista Jurídica. v. 51, n. 306, pp. 19-52. Sapucaia do Sul: Notadez, abr/2003.



entende ser uma visão ultrapassada, individualista e não conectada com os princípios constitucionais<sup>168</sup>.

Esta investigação entende adequada à análise da posse com o direito de propriedade conjuntamente em uma tutela possessória, não somente nas duas exceções que a doutrina processualista tanto defende, mas principalmente a que os processualistas rejeitam, que é a decorrente do conflito entre posseiros e proprietários.

O norte deste estudo não é apenas combater o *status quo* que protege os proprietários de terras das suas obrigações constitucionais no âmbito processual, mas, especialmente, difundir o exame da função social da propriedade na análise da tutela possessória em todos os seus desdobramentos.

Dito isto, é importante sintetizar que para a doutrina processualista basta a presença dos quatro requisitos descritos no art. 561 do CPC de 2015 para que seja concedida à tutela possessória, assim como não é pertinente à análise da propriedade, em especial da sua função social, em demandas possessórias, salvo quando o litígio for integrado por proprietários de ambos os lados da contenda, ou quando as duas partes que disputam a posse são tidas como duvidosas, não é necessário a presença de nenhuma outra avaliação para acolher a tutela possessória.

Desta forma, repise-se, o entendimento dos processualistas visa basicamente à manutenção do *status quo* que os donos de imóveis possuem em nosso país e a permanência da supremacia da propriedade.

#### 3.4.5 As inovações nas ações possessórias com o CPC de 2015

O CPC de 2015 manteve grande parte da redação do CPC de 1973 com relação às ações possessórias, logo, em uma primeira análise, o leitor pode compreender que não houve qualquer modificação relevante introduzida pela novel codificação civil.

---

<sup>168</sup> COELHO, Marina da Silva Varela. Academia Brasileira de Processo Civil. A extinção do procedimento especial nas ações de reintegração e de manutenção de posse: causas e consequências. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/MARINA%20DA%20SILVA%20VARELA%20COELHO-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf> Acesso em 20/01/2017.

Efetivamente não foram muitas as mudanças introduzidas pelo CPC de 2015 no capítulo referente às ações possessórias, porém, as poucas alterações têm o potencial de produzir um impacto relevante com o passar do tempo, isto porque, uma das variações possui a capacidade de reverberar muito no campo processual no futuro, vez que, neste momento inicial de eficácia do novo CPC, ela ainda não possui tal efetividade, mas com o passar o tempo e o amadurecimento do tema, fato que este estudo tentará ajudar, isto é plenamente possível.

A doutrina costuma mencionar que no campo possessório o novo CPC trouxe duas relevantes alterações, ambas relacionadas aos litígios que envolvam a posse coletiva, sendo a primeira a possibilidade de citação por edital dos ocupantes que não forem encontrados no local da contenda possessória, caso o polo passivo seja contemplado por grande número de pessoas, conforme disposto no § 1º do art. 554 do CPC de 2015<sup>169</sup>.

Com relação a esta primeira modificação, é importante ressaltar que além da possibilidade de citação por edital das pessoas não encontradas no local da disputa possessória, o legislador determinou a intimação do Ministério Público para que acompanhe o litígio e também da Defensoria Pública, caso o litígio envolva pessoas consideradas hipossuficientes.

É notório, conforme o leitor poderá observar nos gráficos que integram a seção deste estudo sobre o déficit habitacional no Brasil, que aproximadamente 90% das demandas possessórias envolvem pessoas que possuem renda familiar mensal inferior a 3 salários mínimos, ou seja, potenciais hipossuficientes, fato que determina a intimação da Defensoria Pública.

Este estudo defende que o fato mais relevante que a primeira alteração trouxe para as regras possessórias foi à constatação pelo legislador de que o litígio que

---

<sup>169</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

envolva a posse coletiva deva ter regras especiais e diferenciadas das normas contidas no conflito possessório tradicional, ou seja, a contenda que envolva polo ativo e passivo singular ou representado por poucas pessoas.

A intimação do Ministério Público como fiscal da lei e da Defensoria Pública como guardiã dos hipossuficientes no sistema de justiça é, sem dúvida nenhuma, um passo acertado no sentido de efetivar a função social da propriedade, o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana nos conflitos possessórios que estão protegidos sobre a capa processual e, por tal razão, fogem dos entendimentos consolidados do direito material<sup>170</sup>.

Cumprе ressaltar, que é importante a participação tanto do Ministério Público quanto da Defensoria Pública nos conflitos possessórios coletivos, a fim de que todos os direitos litigados sejam amplamente resguardados.

Como se pode observar deste estudo, uma das principais características dos processualistas ao analisar o conflito possessório é defender que no exame da posse inserida em uma contenda possessória não seja possível ao interprete ou julgador avaliar o direito da propriedade então relacionado e, com isso, não trazer a baila a discussão da função social da propriedade para a disputa possessória.

Notoriamente este entendimento está sendo ultrapassado, uma vez que o campo processual não pode ser uma bolha de exclusão dos direitos fundamentais materiais descritos em nossa constituição federal, logo, a introdução dos parágrafos do art. 554 do CPC de 2015, em especial a convocação do Ministério Público e da Defensoria Pública para que participem da demanda possessória que envolva muitas pessoas no pólo passivo, é um forte indicativo de que até mesmo o campo processual está concluindo não ser mais aceitável deixar de avaliar os princípios constitucionais na análise possessória.

Torres ressaltou a importância da atuação da Defensoria Pública nos litígios coletivos de posse de imóvel que envolva pessoas economicamente

---

<sup>170</sup> BRASIL. Constituição. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

hipossuficientes e como isso agregou significativamente para uma melhor arrumação do desfecho de tais demandas<sup>171</sup>.

Neste sentido cabe transcrever relevante trecho do artigo de Torres sobre a importância da Defensoria Pública nos litígios possessórios coletivos, ampliada pelo novo código de processo civil:

No parágrafo 1º do art. 554 o legislador de 2015, atento aos problemas sociais decorrentes da má distribuição de nossas terras (urbanas e rurais), iniciado, pode-se dizer ao tempo da colonização e aprovado, em parte, pela primeira lei que regulou a distribuição de nossas terras – Lei 601 de 1850 – estabeleceu que no caso de ações possessórias em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, intimando-se o Ministério Público e se envolver pessoas hipossuficientes economicamente, será necessária a intimação da Defensoria Pública<sup>172</sup>.

Assim, a atuação da Defensoria Pública como órgão independente e constitucionalmente formado para defender os direitos dos indivíduos hipossuficientes, que são a grande maioria das pessoas que efetivam ocupações em propriedades alheias, é demasiadamente apropriada para o momento e para a conjuntura possessória que estamos vivenciando.

Nesse sentido, o momento para a elaboração deste estudo é muito adequada, pois o legislador do novo CPC deu um passo nesse sentido, apesar de demasiadamente acanhado; mas o primeiro passo foi dado, cabendo à doutrina e a jurisprudência consolidar o caminho para que a estrada seja pavimentada no sentido da completa irradiação dos princípios fundamentais no litígio possessório.

A segunda alteração de relevo introduzida pelo novo CPC com relação às regras do conflito possessório ocorreu pela redação do seu art. 565, que diz respeito diretamente ao litígio coletivo pela posse de imóvel<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> TORRES, Marcos Alcino. Das ações possessórias e a Defensoria Pública. Revista de Direito da Cidade, v. 7, pp. 1359-1392, 2015.

<sup>172</sup> TORRES, Marcos Alcino. Das ações possessórias e a Defensoria Pública. Revista de Direito da Cidade, v. 7, pp. 1359-1392, 2015.

<sup>173</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

Nesta alteração o legislador determinou que nas situações em que a violação da posse seja maior que ano e um dia, isto é, posse velha, será necessária que o magistrado, antes de analisar o pedido de concessão da medida liminar, designe uma audiência de mediação.

Sem entrar a fundo na discussão, se o ideal seria a realização de uma audiência de mediação ou de conciliação, uma vez que o novo CPC trouxe esses dois instrumentos com características distintas e, obviamente, para situações diversas, a fim de aplicar a técnica adequada ao caso concreto. Este estudo entende que o ideal seria que o legislador incluísse ambas as técnicas e que estas fossem escolhidas ao exame da situação de fato, porém, como esta contenda parece de menor relevância este estudo não irá se aprofundar quanto a isso, até porque não é raro compreender que quando o legislador determinou a realização de uma audiência de mediação, ele quis dizer uma audiência com cunho conciliatório e assim que abrangeria ambas as modalidades de audiência, isto é, mediação e conciliação.

Ao determinar à realização de uma audiência prévia a análise do pedido liminar nas violações possessórias de cunho coletivo, o legislador novamente dá indícios de que a função social da propriedade passa a ser tema relevante no campo processual possessório.

Assim, o discurso da doutrina processualista de que na avaliação da posse no âmbito processual não deveria ser feito o exame do direito a propriedade, pois a análise desta contenda importa em *“não trazer para o âmbito da discussão possessória a ideia da propriedade, pois os planos jurídicos em que elas se situam, se desenvolvem e se estruturam são diversos. Não se atentar para essa realidade fatalmente levará a um desvio de perspectiva quanto ao tratamento da posse, capaz de alcançar, e nisso está a sua gravidade, a decisão a ser dada ao caso concreto*

---

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

*submetido à apreciação judicial*” está notoriamente sendo superado pelo novo CPC<sup>174</sup>.

Não existem razões jurídicas para que a audiência prévia ao exame do pedido liminar ocorra apenas nas hipóteses de posse velha, como determinou o legislador, sendo visivelmente questões fora da esfera jurídica que foram determinantes para este fato, ou seja, questões políticas como o lobby de setores contrários a efetivação da função social da propriedade no âmbito processual, a exemplo da bancada ruralista, que fizeram com que o legislador não irradiasse corretamente a função social da propriedade para o âmbito processual dos litígios possessórios de cunho coletivo.

Contudo, esta pesquisa não irá intensificar este tema neste momento, uma vez que o intuito desta seção é apenas relatar as inovações do novo CPC na esfera possessória, deixando assim o aprofundamento deste assunto, assim como as críticas, para oportuno cenário que irá se desenrolar nos dois últimos títulos deste estudo.

Bueno comentou as alterações do CPC de 2015 no domínio possessório relacionado ao litígio coletivo pela posse de imóvel no mesmo sentido do que já foi apresentado ao leitor deste estudo:

Preocupado com a realidade social do país, o CPC de 2015 trouxe importantes modificações na disciplina das “ações possessórias:

As primeiras correspondem aos três parágrafos do art. 554, que estabelecem regras a serem observadas na citação “no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas”. Neste caso, como se lê do § 1º, será feita a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, sem prejuízo da intimação do Ministério Público e, havendo pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

O § 2º, complementando a regra, prevê que, “para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-os por edital os que não forem encontrados”. Sem prejuízo, o § 3º impõe ao magistrado o dever de determinar a ampla publicidade do processo e dos prazos processuais respectivos, valendo-se, conforme o caso, de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito, e de outros meios.

A outra novidade trazida pelo CPC de 2015 para as “ações possessórias” está no art. 565, que, pela sua importância e rente à realidade brasileira, abrange, excepcionalmente, também o litígio sobre a *propriedade* do imóvel (§ 5º).

De acordo com o *caput* do dispositivo, no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver

---

<sup>174</sup> ADIERS, Moacir. A posse e a tutela possessória. Revista Jurídica. v. 51, n. 306, p. 19. Sapucaia do Sul: Notadez, abr/2003.

ocorrido há mais de ano e dia, o magistrado, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até trinta dias. Desta audiência participarão o Ministério Público e a Defensoria Pública sempre que houver parte beneficiária da justiça gratuita (§ 2º). Também poderão ser intimados da audiência os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado, do Distrito Federal ou do Município em que esteja situada a área em litígio. Caberá a estas pessoas manifestarem, ou não, seu interesse no processo e a existência de possibilidade de solução para o conflito (§ 4º). A audiência também será designada quando, após a concessão da proteção liminar, ela não for cumprida no prazo de um ano (§ 1º). O § 3º, por fim, autoriza que o magistrado compareça à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional<sup>175</sup>.

Medina também caminhou neste sentido, ao destacar que a função social da posse do imóvel é a razão maior para que o legislador tenha incluído a audiência prévia ao exame da medida liminar pleiteada em um litígio possessório:

Justifica-se o cuidado do legislador, se considerada a função social da posse do imóvel: a não oposição à turbação ou ao esbulho por mais de ano e dia permite deduzir haver pouco interesse em proteger a posse, de um lado, e, de outro, que aqueles que ocupam o imóvel podem estar a lhe dar destinação adequada<sup>176</sup>.

Desta forma, torna-se razoável concluir de que a função social começou a reverberar nos domínios processuais possessórios com a entrada em vigor do novo CPC que ocorreu em março de 2016. Contudo, é relevante destacar que esta iniciativa do legislador apenas endossou parte da doutrina e da jurisprudência que já lutavam por isto há muito tempo.

É sob a ótica desta interpretação que ocorreu a decisão do Superior Tribunal de Justiça contida no REsp 111/PR de 2014, na qual fica evidente esta temática nas relevantes conclusões exaradas:

A remoção das 190 pessoas que ocupam o imóvel, já agora corridos vários anos, constituindo cerca de 56 famílias sem destino ou local de acomodação digna, revelam quadro de inviável atuação judicial, assim como não recomendam a intervenção federal para compelir a autoridade administrativa a praticar ato do qual vai resultar conflito social muito maior que o suposto prejuízo do particular. Mesmo presente a finalidade de garantia da autoridade da decisão judicial, a intervenção federal postulada perde a intensidade de sua razão constitucional ao gerar ambiente de insegurança e intranquilidade em contraste com os fins da atividade

<sup>175</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Saraiva. Vol. Único. 2ª edição. 2016. pp. 536/537.

<sup>176</sup> MEDINA. José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais. 3ª edição. 2016. p. 563.

jurisdicional, que se caracteriza pela formulação de juízos voltados à paz social e à proteção de direitos. Pelo princípio da proporcionalidade, não deve o Poder Judiciário promover medidas que causem coerção ou sofrimento maior que sua justificação institucional e, assim, a recusa pelo Estado não é ilícita. Se ao Estado não resta senão respeitar a afetação pública do imóvel produzida pela ocupação de terceiros sobre o bem particular com o intuito de ocupá-lo para distribuí-lo, segue-se que, em razão da motivação identificada nos autos, cuida-se de caso de afetação por interesse público a submeter-se então ao regime próprio dessa modalidade jurisprudencial de perda e aquisição da propriedade, que, no caso, por construção, se resolverá em reparação a ser buscada via de ação de indenização (desapropriação indireta) promovida pelo interessado<sup>177</sup>.

Assim, repise-se, o primeiro passo no sentido da efetivação da função social nos domínios processuais possessórios foi dado pelo legislador com as inovações do CPC no campo possessório, porém, timidamente. Neste sentido, caberá a doutrina e a jurisprudência reverberar este primeiro passo para que se torne uma grande estrada pavimentada e com isso, ocorra a tão sonhada efetividade da função social no âmbito processual possessório.

### **3.5 Das medidas liminares em ações possessórias**

#### **3.5.1 Noções preliminares das tutelas provisórias**

O cerne deste estudo está relacionado às medidas liminares em ações possessórias, assim, apesar de se tratar de uma espécie particular de tutela provisória dirigida apenas para as ações possessórias, a mencionada proteção possui requisitos similares às tutelas provisórias descritas no livro V do CPC de 2015, logo, para correta compreensão do significado das medidas liminares nas ações possessórias, esta pesquisa entende adequado introduzir o leitor aos elementos básicos da tutela provisória, que estão descritos nos artigos 294 a 311 do CPC de 2015.

Para Câmara existem três características centrais que diferenciam as tutelas provisórias das tutelas definitivas, são elas: a provisoriedade, a revogabilidade e a cognição sumária, ou seja, as tutelas provisórias possuem eficácia limitada no tempo, podem ser revogadas no futuro e não são objeto de uma análise exauriente

---

<sup>177</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 111/PR, rel. Min. Gilson Dipp, Corte Especial, j. 01.07.2014.



de alegações e provas, mas sim de um exame superficial lastreado na probabilidade, previstas nos artigos 294 a 299 do CPC de 2015<sup>178</sup>.

No CPC de 2015 há um livro destinado à tutela provisória. Este livro foi dividido em tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência. A tutela provisória de urgência objetiva proteger o jurisdicionado em função do risco de dano; já na tutela provisória de evidência a proteção jurisdicional será concedida quando existir evidências de que o jurisdicionado possui razão no seu pleito, não sendo necessária a presença do risco de dano para que a mesma seja concedida<sup>179</sup>.

Outrossim, ao analisar o novo código de processo civil, é fácil constatar que ocorreu uma intensa aproximação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, pois ambas passaram a ser tratadas como espécies de tutela provisória de urgência, sendo a primeira satisfativa e a segunda, acautelatória, e também pelo fato do legislador ter tornado homogêneo o procedimento de tais tutelas<sup>180</sup>.

É importante esclarecer que as tutelas provisórias podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, ou seja, trata-se do momento do requerimento dessas medidas. A tutela antecedente é pleiteada antes da formulação do pleito que se visa proteger, já a tutela incidental é solicitada após a formulação da demanda que se visa assegurar.

A tutela de urgência antecipada consiste na concessão de providência que antecipe os efeitos da sentença de mérito. É uma técnica que combate as consequências do tempo no processo, antecipando as implicações do acolhimento do pedido. Além disso, ela será outorgada quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e poderá ser prestada liminarmente, ou após justificação prévia, dependendo do caso concreto e do juízo de valor que o aplicador da lei fará<sup>181</sup>.

O art. 300 do CPC de 2015 elenca os requisitos para a concessão da tutela antecipada: (i) plausibilidade da existência do direito, em outras palavras, o *fumus*

---

<sup>178</sup> CÂMARA. Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Editora Atlas. 2015. pp. 161/167.

<sup>179</sup> CARNEIRO. Raphael Funchal. A Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37807/a-tutela-provisoria-no-novo-codigo-de-processo-civil> Acesso 20/01/17.

<sup>180</sup> CARNEIRO. Raphael Funchal. Ob. Cit.

<sup>181</sup> RODRIGUES, Daniel Colnago. Tutela Provisória de Urgência no NCP: Perplexidades em torno da unificação de seus pressupostos. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/04/tutela-provisoria-de-urgencia-no-ncpc-perplexidades-em-torno-da-unificacao-de-seus-pre-supostos/> > Acesso 20/01/2017.

*boni iuris*; (ii) perigo de dano, ou seja, o *periculum in mora*; e (iii) o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Além dos referidos requisitos, existe também um requisito negativo das tutelas de urgência que é um impeditivo de concessão da medida, assim na prática deve ser feito pelo interprete um juízo de ponderação, uma análise de proporcionalidade, para avaliar se deve ou não ser concedida a medida pleiteada. Esse requisito é esclarecido por MOREIRA ALVES em análise sobre o CPC de 1973, porém que possui total pertinência ao CPC de 2015<sup>182</sup>.

É relevante esclarecer sobre o terceiro requisito para a concessão da tutela de urgência antecipada, que também existe o perigo de irreversibilidade na não concessão da medida pleiteada, pois o não acolhimento da medida pode levar a situações extremas como, por exemplo: a morte de um indivíduo em uma ação de internação hospitalar em UTI, assim na prática, os magistrados devem fazer uma juízo de ponderação e, com isso, encontrar o valor que deverá prevalecer na situação fática.

Já a tutela de urgência cautelar é concessão de providências que assegurem o resultado útil do processo, ou seja, não é uma tutela que antecipa os efeitos de mérito, mas objetiva dar providências protetivas a esta demanda. Esta tutela deixou de ter um procedimento próprio, como ocorria no CPC de 1973, isto porque, o procedimento da tutela provisória de urgência cautelar passou a ser único e igual ao da tutela antecipada.

Outrossim, não existem mais as cautelares nominadas e específicas, agora as medidas cautelares são atípicas e inominadas, ou seja, são as medidas necessárias ao caso concreto e o CPC de 2015 apenas listou no seu art. 301 algumas espécies de tutelas cautelares a título de exemplificação<sup>183</sup>.

Por fim, importante esclarece que a ação cautelar antecedente é proposta como uma ação, levando à citação do réu para resposta utilizando o procedimento comum do processo de conhecimento descrito no art. 307 do CPC de 2015<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. A nova definição de sentença. In Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, nº 39, pp 78-85, jun/2006.

<sup>183</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

<sup>184</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Feitas essas considerações sobre a tutela provisória contida no CPC de 2015, este estudo entende que o leitor desta investigação já possui elementos mínimos para a correta compreensão e alcance de uma medida liminar em uma ação possessória, vez que tais medidas são apenas uma forma especial de tutela provisória feita de modo antecedente direcionada para as ações possessórias.

Logo, as particularidades descritas para a tutela provisória de urgência tendem a serem aplicadas nas medidas liminares relacionadas às ações possessórias.

### 3.5.2 Do cumprimento dos requisitos do artigo 561 do CPC

Conforme o art. 562 do CPC de 2015, caso a petição inicial esteja devidamente instruída, o juiz deverá, independentemente da oitiva da parte contrária, determinar a expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração de posse<sup>185</sup>.

Caso o pedido inicial não esteja corretamente instruído, o magistrado deverá determinar que o réu seja citado para comparecer em audiência de justificação, só após a mencionada audiência é que o pedido liminar deverá ser avaliado.

É importante deixar claro que o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência consolidada é que a audiência de justificação só deve ocorrer caso os documentos que instruem a petição inicial não se mostrarem suficientes para formar o convencimento do magistrado, logo, a audiência de justificação não é obrigatória:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CPC APTOS A ENSEJAR A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESIGNAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. PETIÇÃO INICIAL DEVIDAMENTE INSTRUÍDA. ART. 928, CPC. LITGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS. CONFIGURAÇÃO.

1. Os requerentes, na ação de reintegração de posse, precisam demonstrar em Juízo a existência do ato ou fato por eles descrito na inicial como

---

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

<sup>185</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

ensejador de seu direito à proteção possessória, sob pena de não cumprimento do ônus da prova consoante art. 333, I do Código de Processo Civil. Tendo sido cumprido o ônus da prova com a demonstração da posse e do esbulho praticados sobre os bens, há que se conceder a tutela jurisdicional ao direito possessório invocado. Desta forma, evidenciados os requisitos do artigo 927 e seus incisos, do Código de Processo Civil, a manutenção da sentença que julgou procedente o pedido de reintegração de posse se impõe, ainda mais se aplicados os efeitos da revelia ao caso concreto. 2. A designação da audiência de justificação só se faz necessária se os documentos que instruem a petição inicial não se mostram suficientes para formar o convencimento do Juízo (art. 928, CPC). 3. A alteração da verdade dos fatos por parte de um dos litigantes leva a aplicação da pena de multa (art. 17, II c/c art. 18, CPC). 4. Apelação conhecida e não provida<sup>186</sup>.

Contudo, caso a petição inicial não esteja devidamente instruída, não pode o magistrado rejeitar o pedido liminar antes da realização da audiência de justificação, ou seja, a audiência de justificação ela não é obrigatória, porém, caso seja necessária, na hipótese dos documentos da inicial não estarem corretamente instruídos, ela se faz obrigatória para, somente após sua realização, o magistrado avaliar o acolhimento ou não do pedido liminar.

Sendo assim, como diversas vezes exposto neste estudo, para que seja deferida uma medida liminar em uma ação possessória são apenas necessários, segundo a maioria absoluta da doutrina e da jurisprudência, que estejam presentes os requisitos do art. 561 do CPC:

Recebida a petição inicial e estando devidamente instruída, o magistrado deferirá sem a oitiva do réu mandado liminar de manutenção (se a hipótese for de turbação) ou de reintegração (se a hipótese for de esbulho). Não havendo elementos suficientes, o autor e o réu serão citados para o que é chamado de “audiência de justificação”, na qual serão colhidas provas tendentes à expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração (arts. 562, *caput*, e 563)<sup>187</sup>.

Entretanto, o legislador criou uma exceção legal à regra da não obrigatoriedade da realização de uma audiência de justificação para deferir liminares em ações de reintegração e manutenção de posse, esta restrição visou favorecer as pessoas jurídicas de direito público e está contida no parágrafo único do art. 562 do CPC de 2015.

<sup>186</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão. Apelação Cível nº 5028940-PR, 18ª Câmara Cível, Relator: José Carlos Dalacqua. Data de Julgamento: 27/05/2009, .

<sup>187</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão. Apelação Cível nº 5028940-PR. Ob. Cit. 183.

Sobre essa exceção legal a regra da não obrigatoriedade da realização de uma audiência de justificação para deferir liminares, a doutrina vem criticando duramente tal ressalva, sob o argumento de que isto violaria o princípio da isonomia entre as partes, conforme podemos verificar na doutrina de BUENO:

O parágrafo único do art. 562 veda a expedição de mandado liminar sem a prévia oitiva das pessoas de direito público, por intermédio de seus respectivos representantes judiciais. A regra é flagrantemente inconstitucional porque viola a isonomia que deve presidir as relações dos particulares e das pessoas de direito público e que é princípio vetor da administração pública (art. 37, *caput*). Nada há que autorize a distinção preservada pelo CPC de 2015 porque inexistente nenhuma presunção de que pessoas de direito público não turbem ou não esbulhem a posse dos particulares. Fosse assim, aliás, e a doutrina e a jurisprudência não teriam desenvolvido o que é chamado de “desapropriação *indireta*”. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou reintegração, o autor deverá, nos cinco dias seguintes, criar condições para que o réu seja citado para apresentar, em quinze dias, sua contestação (art. 564, *caput*). Quando houver a designação da audiência de justificação, contudo, o prazo para o autor tomar as providências que lhe couber, a citação fluirá da intimação da decisão que deferir ou não o referido mandado (art. 564, parágrafo único)<sup>188</sup>.

Este estudo entende que não existe qualquer inconstitucionalidade no mencionado dispositivo, pois o princípio da isonomia é multifacetado, não existindo apenas uma concepção de igualdade, logo, o fato do ente público possuir prerrogativas especiais aos olhos do particular, não caracteriza uma violação ao princípio da igualdade, mas, apenas, a efetivação da igualdade material, ou seja, o fato de tratar os desiguais de forma diferenciada na exata medida das suas diferenças.

Rocha descreve com propriedade como o princípio da igualdade é multifacetado e a forma como uma interpretação para um indivíduo e outra para outro pode não caracterizar qualquer violação ao mencionado princípio:

[...] esta interpretação da expressão *iguais perante a lei* propiciou situações observadas até a muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivia com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. É o que se verificava nos Estados Unidos em que a igualdade não era considerada desrespeitada, até o advento do caso *Broen versus Board of Education*. Até o julgamento deste caso pela Suprema Corte norte-americana, entendia-se nos Estados Unidos da América que os negros não estavam sendo comprometidos em seu

<sup>188</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 561.

direito ao tratamento jurídico igual se, mantidos em escolas de negros, fossem ali tratados igualmente<sup>189</sup>.

Nesse sentido é possível constatar no próprio CPC que em diversas oportunidades o tratamento conferido a uma parte é diverso da outra, pois o legislador compreendeu que certas pessoas necessitam de particularidades especiais, para que seja assim efetivada a igualdade material entre elas, isto é facilmente verificado na forma de intimação do ente público que exige intimação pessoal, conforme verificado no art. 183 do CPC, como em diversos outros dispositivos legais no mesmo sentido<sup>190</sup>.

A exceção legal descrita no parágrafo único do art. 562 do CPC de 2015 consagra uma regra especial para uma situação diferenciada. O legislador privilegiou o ente público no momento de acolher pedidos liminares em demandas possessórias, determinando uma audiência prévia ao seu exame, de certa forma, isto é exatamente o que se defende nesta investigação, ou seja, a adoção de práticas especiais para situações diferenciadas, e é nesse contexto que marcha o cerne deste estudo quanto à impossibilidade de se acolher medidas liminares em ações possessórias que envolvam propriedades que não cumprem com a sua função social.

### 3.5.3 Da equivalência entre a medida liminar das ações possessórias com a tutela antecipada

O art. 558 do atual CPC dispõe que o procedimento descrito no capítulo III dos Procedimentos Especiais do CPC de 2015 apenas se aplica ao procedimento de manutenção ou reintegração de posse que ocorra dentro do prazo de ano e dia da turbação ou do esbulho disposto na petição inicial. Assim, é razoável concluir que a medida liminar só teria aplicação nas hipóteses de posse nova, uma vez que a posse velha, que é regida pelo procedimento ordinário, não possui tal medida<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte, 1990, p.36.

<sup>190</sup> BRASIL. Constituição. Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

<sup>191</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2016.

Contudo, não foi este o entendimento da jurisprudência, conforme podemos verificar no conteúdo da decisão contida no enunciado nº 238 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 238: Ainda que a ação possessória seja intentada além de “ano e dia” da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (art. 924, CPC - **correspondente ao artigo 558 do CPC/2015** -), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e parágrafos, todos do CPC. - **correspondentes aos artigos 298, 309 e 536 do CPC/2015**<sup>192</sup>.  
(meus grifos em referência do CPC de 1973 para o CPC de 2015)

Inicialmente, a jurisprudência do STJ se colocou no sentido de que a posse velha, não afastaria de plano da possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível, a depender do caso concreto:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEDIDA DE EFEITO PRÁTICO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. POSSE VELHA. ADMISSIBILIDADE. CASO CONCRETO. ART. 273, CPC. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.  
I - Conquanto para alguns se possa afastar, em tese, o cabimento da tutela antecipada nas ações declaratórias, dados o seu caráter exauriente e a inexistência de um efeito prático imediato a deferir-se, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a antecipação nos casos de providência preventiva, necessária a assegurar o exame do mérito da demanda.  
**II - Em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto.**  
III - Tendo as instâncias ordinárias antecipado os efeitos da tutela com base nas circunstâncias da demanda e no conjunto probatório dos autos, dos quais extraíram a verossimilhança das alegações e o caráter inequívoco da prova produzida, torna-se inviável o reexame do tema na instância especial<sup>193</sup>.  
(meus grifos)

Posteriormente, o STJ consolidou tal entendimento no sentido de que apesar do código de processo civil fazer a diferenciação entre posse nova e posse velha, direcionando a primeira para o rito especial e a segunda para o rito ordinário, a

---

Art. 558. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial.

Parágrafo único. Passado o prazo referido no caput, será comum o procedimento, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

<sup>192</sup> BRASIL. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 238. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em 20/01/2017.

<sup>193</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 201219/ES, Relator Sávio de Figueiredo Teixeira, Julgamento 25/06/2002.

proteção maior direcionada ao rito especial para a posse nova também seria conferida a posse velha no rito ordinário, fato que tornou evidente a equiparação dos efeitos dos institutos da posse nova e velha:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. **AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSE VELHA. REQUISITOS. ART 273, CPC. POSSIBILIDADE.** 1. O art. 527 do CPC permite a negativa de seguimento do agravo sem a audiência da parte contrária (inciso I), porque tal decisão não altera a situação jurídica do agravado. O provimento do recurso, todavia, seja ele por decisão singular ou colegiada, não prescinde da prévia intimação da parte adversária (inciso V). Precedente da Corte Especial - RESP 1.148.296/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos. 2. Esta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula 735 do STF (Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar), entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. 3. Hipótese em que se trata de violação direta ao dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida (CPC, art. 273), razão pela qual é cabível o recurso especial. **4. É possível a antecipação de tutela em ação de reintegração de posse em que o esbulho data de mais de ano e dia (posse velha), submetida ao rito comum, desde que presentes os requisitos que autorizam a sua concessão, previstos no art. 273 do CPC, a serem aferidos pelas instâncias de origem.** 5. Recurso especial provido<sup>194</sup>.  
(grifos realizados pelo autor da dissertação)

Desta forma, tanto faz tratar a posse nova ou a posse velha, caso estejam presentes os requisitos para a concessão da medida liminar ou da tutela antecipada, o magistrado deverá deferir a imediata reintegração ou manutenção de posse, sem a necessidade de qualquer outra formalidade.

Logo, apesar da posse velha ser regida pelo procedimento ordinário do CPC e este não estar dotado da medida liminar específica descrita no seu art. 562, à doutrina consolidou o entendimento de que o magistrado poderia conceder a tutela antecipada na posse velha, que teria os mesmos efeitos da liminar da posse nova, desde que presentes os mesmos requisitos autorizadores<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1139625/RJ, Relator Maria Isabel Gallotti, Julgamento 12/06/2012.

<sup>195</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.



### 3.5.4 Das liminares no litígio coletivo pela posse de imóvel

O legislador determinou no art. 565 do CPC de 2015, regras específicas para o litígio coletivo pela posse de imóvel. Tendo em vista que o núcleo central deste estudo está relacionado com este dispositivo legal, transcrevo o citado artigo:

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel<sup>196</sup>.

De acordo com a referida norma interpretado a *contrario sensu*, no litígio coletivo pela posse de imóvel, a medida liminar somente poderá ser deferida sem a mediação nas hipóteses do esbulho ou da turbação da posse que tiver ocorrido a menos de ano e dia.

É fácil constatar que o legislador incluiu uma regra no conflito coletivo pela posse de imóvel que não existe na contenda singular possessória, ou seja, ao acrescentar tal regra, o legislador concordou, ainda que implicitamente, que a demanda coletiva pela posse de imóvel necessita de regras específicas, conforme podemos verificar abaixo:

O procedimento referente às ações possessórias em caso de invasão coletiva está disciplinado nos parágrafos 1º a 3º do mesmo art. 554, os quais determinam o procedimento para citação nestes casos, tendo em vista a dificuldade em identificar os réus e citar todos eles 294 quando for o caso de invasão coletiva. **O antigo CPC não tratava da temática, posto que regravava basicamente os litígios individuais, concepção esta que é reconhecida como ultrapassada por esta nova legislação que passa a**

<sup>196</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 565.

**estar vigente em 2016.** Os réus serão, assim, citados por Oficial de Justiça em única diligência citatória. Aqueles réus que não forem identificados ou se recusarem à identificação serão citados por edital, ao qual será dada a mais ampla publicidade possível<sup>197</sup>.  
(meus grifos)

Assim, caso a turbação ou o esbulho seja decorrente de violação possessória de até ano e dia, conhecida como posse nova, à análise da medida liminar é permitida ao magistrado competente; contudo, caso a violação possessória seja superior ao prazo de ano e dia, denominado de posse velha, o exame da medida liminar somente é permitido após uma audiência de mediação entre as partes.

Cumpra esclarecer que na posse velha, após a realização da audiência de mediação, sendo ela infrutífera, poderá o magistrado realizar o exame da medida liminar e, conseqüentemente, acolher o pedido, ressaltando que sendo a mediação frutífera não há que se falar em avaliação do pedido liminar.

Em um primeiro momento é importante ter em mente a razão de o legislador ter excepcionado a regra na posse velha. Isto ocorreu, pois a não oposição à turbação ou ao esbulho por mais de ano e dia proporciona depreender não haver grande interesse em proteger a posse violada, logo, razoável ouvir as partes sobre o que ocorreu, no caso concreto, antes de examinar a medida liminar<sup>198</sup>.

O exame de liminar em conflito coletivo pela posse de imóvel foi objeto de análise da doutrina, em especial, pelo fato de que antes de decidir o referido pedido liminar, cabe ao magistrado realizar uma audiência de mediação:

Liminar em litígio coletivo pela posse de imóvel. Dispõe o art. 565 restrição à concessão de liminar em se tratando de litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido *há mais de ano e dia*.

O dispositivo está (mal) inserido em seção dedicada à ação proposta *dentro de ano e dia* da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial, tendo aplicação restrita à situação mencionada (isso é, de esbulho ou turbação de mais de ano e dia). No caso, de acordo com referido dispositivo legal, antes de decidir sobre a concessão de liminar deve o juiz designar audiência de mediação.

Parece-nos que o meio consensual mais adequado, como regra, será a conciliação, e não a mediação; mas tudo dependerá das circunstâncias do

<sup>197</sup> POIDOMANE, Isabella Lucia. O princípio da função social da posse e das propriedades e seu reflexo no novo código de processo civil. UFMG. Congresso nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Direito. pp 294/295.

<sup>198</sup> NUNES. Jorge Amaury Maia. NOBREGA. Guilherme Pupe da. Da Manutenção e da Reintegração da Posse. Migalhas.com. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI234450,21048Da+manutencao+e+da+reintegracao+de+posse>. Acesso 20/01/2017.

caso, não sendo determinar que a hipótese será, sempre, de mediação, excluindo e a conciliação<sup>199</sup>.

Posteriormente, o legislador dispôs que caso seja concedida a liminar e essa não for executada no prazo de 01 ano, a contar da data da distribuição, caberá ao juiz designar outra audiência de mediação.

Desta forma, é imperioso ressaltar que são duas hipóteses distintas de realização de uma audiência de mediação pelo magistrado nos litígios coletivos de posse de imóvel, a primeira, na eventualidade da violação possessória ser decorrente de posse velha e a segunda, na circunstância da liminar não ser executada após o prazo de 01 ano, contado da data da distribuição<sup>200</sup>.

O Ministério Público será intimado para comparecer a ambas as audiências exercendo a função de fiscal da lei, e a Defensoria Pública será intimada, também, na ocorrência das duas audiências, caso a contenda envolva partes beneficiárias pela gratuidade de justiça.

Ulteriormente o legislador dispôs que o magistrado poderá comparecer a área objeto do conflito caso entenda que sua presença é importante para a concretização da tutela jurisdicional.

Por fim, o legislador determinou que os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município onde está localizado a disputa poderão ser intimados para a audiência, a fim de manifestarem seus interesses na solução do conflito possessório.

Cumprido esclarecer que o legislador, para determinar a intimação dos entes políticos, utilizou a expressão “poderão”, mas isto não significa que o magistrado possui a faculdade de intimar ou não o ente político que tenha pertinência ao assunto, mas sim, um poder-dever de intimá-lo, pois o mesmo certamente poderá auxiliar na construção de um melhor resultado para o desfecho do conflito coletivo de posse de imóvel.

Não há sobra de dúvidas que a redação do art. 565 do CPC de 2015 falhou em efetivar a função social da propriedade no âmbito processual, uma vez que delimitou a realização da audiência de mediação a hipóteses de posse velha e por

---

<sup>199</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Atlas. 2ª edição. 2016.

<sup>200</sup> SANTOS. Luciano Falkowisk Silveira dos. Ações Possessórias no Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.lsilveira.adv.br/2016/05/23/as-acoes-possessorias-no-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: Jan. 2017.

não impedir que mesmo nas situações de posse velha a liminar seja deferida após a realização da dita audiência.

Enfim, críticas a timidez da redação do citado dispositivo legal não faltarão neste estudo, porém, elas ocorrerão no seu devido momento, em especial no título IV deste estudo, assim como este tópico visava apenas apresentar ao leitor as características das liminares nos litígios coletivos de posse de imóveis, esta investigação entende que o mesmo se exaure aqui, ressaltando que a parte reflexiva desta seção será intensamente debatida nos dois últimos títulos deste estudo.

### 3.5.5 Da oitiva do réu nas ações possessórias

A paridade de tratamento entre as partes é o crucial elemento intrínseco do princípio do contraditório e algo que deve ser sempre almejado no processo judicial para que seja efetivada a justiça processual.

O novo CPC consagrou em seu art. 7º um dever objetivo para todos os magistrados, inserido dentro das normas fundamentais do processo civil, que é a positivação do princípio do contraditório substancial<sup>201</sup>.

Câmara também entendeu, nesse sentido, ao expor que o novo CPC consagrou que o contraditório no processo judicial não deve ser aquele meramente formal, mas sim, efetivo e substancial, ou seja, de que o contraditório deve ser visto como uma garantia de participação com influência no processo e não de surpresa:

O novo CPC traz, em alguns dispositivos, textos que apresentam de forma bastante detalhada (quase “desenhada”) o modo como deve ser observado o princípio do contraditório no processo judicial. Assim é que, nos termos do art. 8º, incumbe ao juiz zelar pelo *efetivo* contraditório (o que mostra que o contraditório não deve ser meramente formal, mas efetivo, substancial); o art. 9º estabelece que, com as ressalvas do parágrafo, o contraditório deve ser *prévio* à produção da decisão; e o art. 10 expressamente proíbe as “decisões-surpresa”. Fica claro, assim, que o Código acolhe a ideia de que o contraditório deve ser visto como uma *garantia de participação com influência e de não-surpresa*, já há bastante tempo sustentada pela doutrina<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. O contraditório substancial e a atuação do juiz: Uma nova leitura dos artigos 462 e 131 do Código de Processo Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8009](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8009)>. Acesso em: Jan. 2017.

<sup>202</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Atlas. 2ª edição. 2016.

No art. 9º do CPC de 2015 o legislador determinou que não fosse proferida qualquer decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, salvo em três hipóteses: na tutela provisória de urgência, nas hipóteses de tutela de evidência e na decisão do art. 701 que está inserida no capítulo sobre ação monitória<sup>203</sup>.

Assim, em uma rápida análise, poderíamos concluir que não seria possível nas ações possessórias uma decisão contra a parte contrária sem que ela fosse ouvida, pois nenhuma das três exceções legais incluiu a liminar descrita no art. 562 do CPC.

É importante ressaltar que este entendimento estaria lastreado no fato de que quando o legislador quis excepcionar a regra geral aos procedimentos especiais, ele destacou, expressamente, como ocorreu na ressalva contida na ação monitória. Logo, como não houve qualquer restrição à aplicação da regra geral descrita no art. 9º do CPC, as ações possessórias a mencionada regra deveria incidir sobre tais ações.

Entretanto, este entendimento não merece prosperar, pois conforme disposto acima, as medidas liminares das ações possessórias descritas no art. 562 do atual CPC são equivalentes às tutelas provisórias de urgência, assim a ressalva contida no inciso I do art. 9º do CPC abrange as liminares listadas nas ações possessórias.

Desta forma, uma decisão contra uma das partes envolvida em uma ação possessória, sem que esta parte seja ouvida, como ocorre no art. 562 do CPC, é possível e estaria amparada nas regras gerais descritas pelo novo CPC.

No entanto, esta regra deve ser aplicada apenas para as liminares de ações possessórias que não envolvessem o litígio coletivo de posse de imóvel, pois o legislador determinou regras específicas para o dito litígio coletivo, não sendo razoável incidir a mencionada regra geral em detrimento a proteção da função social da posse.

Dito com outras palavras, o cuidado que o legislador teve ao determinar a necessidade de uma audiência prévia de mediação para examinar uma liminar em posse velha não pode ter como contrapartida a possibilidade do magistrado deferir a

---

<sup>203</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

liminar na posse nova sem sequer ouvir a parte contrária, conforme lembrado por Barket<sup>204</sup>.

É muito contraditório o legislador exigir uma audiência prévia de mediação na disputa coletivo pela posse de imóvel que envolva turbação ou esbulho de mais de ano e dia, e, nas hipóteses relacionadas a violações de posse de menos de ano e dia o legislador admitir que o magistrado conceda uma liminar sem sequer ouvir a parte contrária.

A norma deve ser interpretada de forma sistemática, assim o dispositivo legal que permite que o magistrado defira uma liminar, sem ouvir a parte contrária, descrita no caput do art. 562 do novo CPC, apenas deve ter incidência nas hipóteses de litígio de posse singular, uma vez que o legislador não impôs para a posse singular a exigência de uma audiência prévia em nenhuma situação, diferentemente do que determinou para a contenda de posse coletiva de imóvel<sup>205</sup>.

Diante do exposto, este estudo possui o entendimento de que o legislador determinou, apesar do texto legal ser omissivo, de que é vedado ao magistrado deferir liminares, sem ouvir a parte contrária, na disputa coletiva pela posse de imóvel que envolva posse nova.

### **3.6 O reforço no dever de fundamentar decisões judiciais**

O núcleo central deste estudo são as ações possessórias, porém, uma inovação do atual CPC que indiretamente afeta as ações possessórias é o reforço no dever de fundamentar qualquer decisão judicial que o legislador impõe ao magistrado.

O novo CPC determinou a mencionada tonificação listando uma série de situações em que uma decisão judicial não é considerada fundamentada pelo legislador, logo, nula de pleno direito. Esse reforço, na maioria das situações descritas no código, exige do magistrado uma individualização das normas aplicáveis.

---

<sup>204</sup> BARKET. Juliana Sales. Comentários gerais a sistemática das ações possessórias no novo CPC. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222070,11049-Comentarios+gerais+a+sistemica+das+acoes+possessorias+no+novo+CPC>> Acesso em: Jan. 2017.

<sup>205</sup> LEITE, Gisele. Os procedimentos especiais em face do CPC/2015. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16843](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16843)>. Acesso em: Jan. 2017.

É de conhecimento geral que a fundamentação é um dos três elementos essenciais da sentença, juntamente com o relatório e o dispositivo, disciplinado pelo art. 458 do CPC de 1973 e reproduzido no CPC de 2015, apesar da prática forense estar mitigando a exigência do relatório nos dias atuais, porém, no antigo CPC, o legislador não se preocupou em descrever situações em que a sentença ou qualquer decisão judicial, apesar de estar justificada, não estaria fundamentada.

De certa forma, é factível concluir que esta postura do legislador demonstra certa desconfiança em relação ao judiciário ao impor limites mínimos de fundamentação para que uma decisão judicial seja considerada válida.

Assim, ao verificarmos a redação do art. 489 do CPC de 2015, em especial a do seu parágrafo primeiro, podemos listar seis hipóteses em que o legislador estabeleceu parâmetros mínimos de fundamentação da sentença para que ela seja considerada válida.

Os incisos do § 1º do art. 489 do novo CPC demonstram de forma patente o receio que o legislador teve ao incluir a necessidade de que o magistrado explique, justifique, identifique, demonstre como conseguiu chegar as suas conclusões, a fim de evitar decisões judiciais sem a devida justificação.

Não obstante a este reforço no dever de fundamentar qualquer decisão judicial imposto pelo legislador ao magistrado no CPC de 2015, nas ações possessórias os requisitos para a concessão das medidas liminares permaneceram idênticos as listadas do CPC de 1973, o que parece uma grande contradição, pois se cobrou reforço de todas as decisões judiciais, porém se manteve os requisitos frágeis para a concessão de liminares em ações possessórias.

Este tema será aprofundado na sequencia deste estudo, mas o fato que deve ser ressaltado neste momento é o paradoxo entre o parágrafo primeiro do art. 489 c/c o art. 561, ambos do CPC de 2015, pois naquele dispositivo é determinado o reforço geral de qualquer decisão judicial, inclusive de decisões interlocutórias, porém, neste preceito jurídico não foi feito qualquer estímulo para fundamentar tais decisões<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> MENDONÇA, Ailton Nossa; HERRAN, Rosemary Samartino. Das ações possessórias – Lei 13105 de 2015. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17525](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17525)>. Acesso em: Jan 2017.

Deve ser destacado o disposto no inciso IV do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC de 2015 que descreve não estar devidamente fundamentada as decisões judiciais, inclusive as interlocutórias, que não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Ora, uma das situações mais rotineiras nas ações possessórias é o magistrado não enfrentar o cumprimento da função social da propriedade do bem que está sendo turbado ou esbulhado por alegar que este tema não possui relação com as ações possessórias, mas sim, apenas com o fundo do direito, ou seja, do direito material.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Pará, através do AI nº 2008.3.006982-6, julgado em 25 de maio de 2009, dispôs expressamente que na análise do pedido liminar de reintegração de posse não cabe ao julgador avaliar se a função social da propriedade foi cumprida ou não, sendo apenas necessários para o deferimento ou indeferimento da liminar os requisitos descritos no art. 927 do CPC de 1973 (art. 561 do CPC de 2015), conforme podemos observar abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LIMINAR INDEFERIDA – FUNDAMENTOS - NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DESNECESSIDADE - POSSE COM MENOS DE ANO E DIA NÃO COMPROVADA.

1 - Liminar de Reintegração de posse indeferida pelo Juízo a quo sob dois fundamentos: não comprovação do cumprimento da função social da propriedade e posse com mais de ano e dia.

2 - Princípio da função social da propriedade deve ser levado a efeito pelo Poder Público, através de procedimento próprio. **Não compete ao julgador da ação possessória a solução dessa questão.**

3 - Na ação possessória, devem ser observados os requisitos do art. 927 do CPC. A ausência de qualquer dos requisitos, impõe o indeferimento da medida liminar. Elemento probandi evidencia a ocorrência do esbulho de mais de ano e dia.

4 - Recurso conhecido e negado provimento<sup>207</sup>.  
(meus grifos)

No dito julgado, o magistrado expressamente dispôs que não cabe a ele em sede de ação possessória a solução da questão quanto ao cumprimento ou não da função social da propriedade do imóvel turbado ou esbulhado. Notoriamente, no exemplo acima descrito, esta justificativa não cumpriria o requisito da fundamentação determinado no § 1º do art. 489 do CPC de 2015.

<sup>207</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Acórdão. Agravo de Instrumento nº 2008.3.006982-6. julgado em 25 de maio de 2009.



Ressalto, novamente, que no julgado acima apresentado, a liminar de reintegração de posse foi indeferida, contudo, a mesma não teve seu deferimento acolhido pela ausência dos requisitos formais descritos no diploma processual civil em vigor na época do julgamento, e não pelo descumprimento da função social da propriedade do requerente.

Enfim, o objetivo deste tópico foi apresentar ao leitor o paradoxo entre a parte geral e a parte especial do CPC de 2015, evidenciada através da análise dos artigos 489 e 561 do CPC de 2015, pois lá houve uma tonificação dos deveres do magistrado, porém, cá não houve qualquer endurecimento e isso apenas enfatiza o que já foi dito diversas vezes neste estudo, ou seja, de que a ausência da aplicação do princípio da função social da propriedade no âmbito das ações possessórias apenas não ocorreu adequadamente, em decorrência do pesado lobby dos ruralistas que tentam a todo custo manter o *status quo* dos proprietários de terrenos em nosso país e, com isso, minimizar ao máximo seus deveres<sup>208</sup>.

### **3.7 Novas técnicas decisórias que podem reverberar nas ações possessórias**

As novas técnicas decisórias que serão apresentadas neste tópico visam contribuir para uma melhor aceitação da conversão entre o regramento processual, que ignora a função social da propriedade na análise das ações possessórias, a regulamentação que considera a dita função social como elemento interno da propriedade e, através disso, reverberar, seus elementos para o âmbito processual e, conseqüentemente, para as ações possessórias.

Conforme já disposto o ordenamento do *common law* é conhecida a força vinculante dos precedentes, já nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, normalmente se atribui um papel secundário no processo de produção normativa, no entanto, isso vem mudando na *civil law* e os precedentes estão deixando de ter uma função meramente persuasiva para ter uma função vinculante, como no controle abstrato de constitucionalidade, nos incidentes de uniformização de jurisprudência, dentre outros mecanismos.

Cabral sustenta que o princípio da proteção da confiança se aplica também aos atos jurisdicionais, tema polêmico com forte resistência dos defensores do *civil*

---

<sup>208</sup> LEITE, Lucas Alves. Entre montecchios, capuletos, petistas e ruralistas: As Ações Possessórias no novo CPC. Universidade Federal Fluminense. Trabalho de conclusão de curso. pp.58/59.

*law*. Contudo, tende a ser consolidada tal proteção com o advento do novo CPC, como, por exemplo, o termo *a quo* dos prazos do MP. O STJ alterou seu entendimento de que o prazo não mais seria iniciado pelo recebimento pessoal dos autos pelo membro do MP, mas sim, pela entrada dos autos no *parquet*. Posteriormente, o STJ concluiu que a nova forma de contar o prazo seria aplicada retroativamente. Para Cabral isso fere a segurança jurídica que se espera das decisões judiciais ao modificar bruscamente entendimentos consolidados<sup>209</sup>.

Com intuito de proteger os operadores do direito dessas mudanças bruscas, um instrumento denominado por Cabral como “anúncio público” ou “julgamento-alerta” avisaria aos operadores do direito a possibilidade real de mudança de uma jurisprudência consolidada. O conteúdo do anúncio visa apresentar aos operadores jurídicos uma possibilidade de alteração que não vincularia os demais tribunais, mas apenas visaria à garantia da segurança jurídica e, com isso, suavizar a transição entre os dois regramentos<sup>210</sup>.

As principais críticas são direcionadas a possibilidade de gerar uma frustração ou prejudicar a esperança que os indivíduos depositam no judiciário caso não houvesse a alteração sinalizada nos julgamentos alertas. Cabral, avaliando os pontos positivos e negativos, concluiu que o julgamento alerta é uma prática que deveria ser adotada para afirmar a proteção jurídica nos atos jurisdicionais e possibilitar a renovação do debate sobre um tema duvidoso, mesmo nos casos em que não houvesse alterações na jurisprudência<sup>211</sup>.

Cabral concluiu que o Julgamento Alerta pode ser útil para estabelecer um diálogo democrático para o processo de superação de jurisprudência consolidada e também um poderoso mecanismo de proteção de confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento prevalecente do judiciário:

Num momento em que mais e mais se enaltece a importância da jurisprudência no ordenamento jurídico-processual, sua relevância como norte para os comportamentos humanos, bem assim a crescente preocupação com a estabilidade do entendimento consolidado dos tribunais, cabe aos processualistas debruçar-se sobre as mudanças de jurisprudência e sobre os sérios impactos que estas alterações podem infligir nas relações jurídicas, desenvolvendo métodos e técnicas para regulá-las e as controlar. Neste breve ensaio, quisemos trazer à reflexão uma interessante

<sup>209</sup> CABRAL. Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada, in Revista de Processo, nº. 221, pp. 1/2, 2013

<sup>210</sup> CABRAL. Antônio do Passo. Ob. Cit. p.3.

<sup>211</sup> CABRAL. Antônio do Passo. Ob. Cit. p.4.

técnica preventiva, já utilizada no estrangeiro, que pode ser útil para estabelecer um diálogo democrático para o processo de superação de jurisprudência consolidada e, ao mesmo tempo, revelar-se um mecanismo poderoso de proteção da confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento antes prevalente no judiciário<sup>212</sup>.

Em suma, o anúncio público ou julgamento alerta é uma interessante técnica preventiva que já é adotada no direito comparado que visa o diálogo democrático para a superação da jurisprudência consolidada e instrumento de proteção de confiança dos indivíduos.

Nesse sentido, como a jurisprudência relacionada às ações possessórias vacila entre avaliar ou não a função social da propriedade para a concessão da tutela pleiteada, a técnica do “julgamento-alerta” pode contribuir para consolidar uma suave transição entre os dois regramentos e com isso consiga consolidar a aplicação da função social da propriedade no âmbito processual, em especial nas ações possessórias, sem grandes traumas.

Enfim, não se está defendendo que a transição deva necessariamente ocorrer através do mecanismo idealizado por Cabral do direito comparado e adaptado ao nosso ordenamento jurídico, mas apenas que o “julgamento alerta” pode, sim, ser um interessante instrumento jurídico para promover a suave transição entre dois regramentos que fatalmente irá ocorrer, pois não é mais razoável conceber que o direito processual continue vacilando sobre a aplicação ou não do princípio da função social da propriedade na análise das ações possessórias.

---

<sup>212</sup> CABRAL. Antônio do Passo. Ob. Cit. p.6.

## **4 O EXAME DAS MEDIDAS LIMINARES NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS QUANDO ENVOLVEM PROPRIEDADES PRIVADAS URBANAS QUE NÃO CUMPREM COM A SUA FUNÇÃO SOCIAL**

### **4.1 Conflito entre a posse com função social e a propriedade sem função social**

A postura de trabalhadores em busca da efetivação do direito constitucional à moradia, através do apossamento de áreas na qual seus proprietários não tenham dado qualquer função social aos seus imóveis, é o cerne da disputa que irradia este estudo. As tensões provocadas pelas ocupações coletivas urbanas e o conflito social oriundo dessas apropriações é o estopim para os conflitos fundiários que fazem reverberar a profunda desigualdade de nossa sociedade.

Marés entende que a função social da propriedade é o quinto elemento constitutivo do direito da propriedade juntamente com o direito de usar, gozar, dispor e reaver de quem injustamente a possui<sup>213</sup>.

Normalmente tendo como pano de fundo os elementos constitutivos da propriedade que se encontram as correntes relacionadas aos seus desdobramentos, ou seja, de um lado uma visão conservadora que se prende as contradições dos elementos buscando impor uma visão absoluta do direito a propriedade, do outro lado uma visão moderna que busca realçar a função social da propriedade como elemento crucial para auxiliar a evitar que propriedades deixem de ser utilizadas em prol da sociedade, através de uma visão individualista do seu proprietário.

É dentro deste contexto que se insere o referido conflito, assim, não é apenas com fulcro no Código Civil que será resolvido o conflito entre a posse com função social versus a propriedade desfuncionalizada, mas sim, com o auxílio imperioso da constituição federal<sup>214</sup>.

Ou seja, juntamente com a constituição federal, e com o código civil é que o conflito entre a posse funcionalizada versus a propriedade sem função social deverá

---

<sup>213</sup> MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.85.

<sup>214</sup> BRANDÃO, Poliana Alves. A função social da posse: fundamento constitucional e aplicação segundo o Código Civil de 2002. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14833](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14833)>. Acesso em: Jan. 2017.

ser resolvida, em comunhão com isso temos a premissa de que os direitos coletivos se sobrepõem aos direitos individuais. Logo, uma pessoa não pode ser beneficiada em detrimento de um grupo de indivíduos quando ambas possuem argumentos em seu favor<sup>215</sup>.

Na doutrina de Torres fica claro que a proteção da posse com função social é a defesa do “ser” enquanto a sustentação da propriedade desfuncionalizada é o escudo do “ter” e que, direta ou indiretamente, isso possui grande influência em diversos fatores importantes para a pessoa em sociedade como nos direitos a vida, a saúde, a segurança, e a efetivação da dignidade. Em contraponto o anteparo do “ter” produz uma sociedade injusta, mesquinha, individualista e que dificulta em demasia o desenvolvimento nacional, fator crucial para a diminuição das desigualdades sociais em nosso país<sup>216</sup>.

Assim, é essencial ter em mente o que a nossa sociedade merece valorizar para que consigamos atingir um desenvolvimento nacional sadio, isto é, vamos lutar por uma visão social e plural ou por uma perspectiva individual e egoística? Parece fácil concluir que o adequado é priorizar uma sociedade plural e social, porém, não é isso que observamos no dia a dia de nossos conflitos fundiários.

Este tema ainda será aprofundado nesta investigação, porém, é importante o leitor desta pesquisa ter ciência que a direção que este estudo defende está intimamente relacionada à efetivação do “ser” sobre o “ter”, ou seja, a concretização de uma visão plural em detrimento de uma interpretação individual, a busca por uma comunidade mais justa e solidária em contraponto a uma sociedade mesquinha e egoísta.

Torres conseguiu captar com bastante propriedade as consequências entre o confronto da posse funcionalizada versus a propriedade sem função social:

Quando protejo a posse com função social, estou protegendo a vida, a saúde, a segurança, enfim, a dignidade da pessoa humana, e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e solidária; para erradicação da pobreza e eliminação da marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais, garantindo o desenvolvimento nacional. Protege-se nesta hipótese o SER e dá-se cumprimento ao mandamento constitucional

---

<sup>215</sup> BRANDÃO, Poliana Alves. A função social da posse: fundamento constitucional e aplicação segundo o Código Civil de 2002. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14833](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14833)>. Acesso em: Jan. 2017.

<sup>216</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.pp. 417/418.

da função social da propriedade (aqui englobando a posse com relação econômica e no contexto do inc. XXII do art. 5º da C.F.) e atende-se aos anseios da sociedade politicamente organizada.

Quando protejo a titularidade desfuncionalizada, estou protegendo o TER, o interesse individual em detrimento do interesse coletivo. Protege-se o egoísmo, contribui-se para a sociedade injusta e não solidária, para a manutenção da pobreza da maioria, mantém-se a marginalização e obstaculiza-se o desenvolvimento nacional. Dito de outro modo, infrinjo a um só tempo através de uma única conduta omissiva, diversos princípios constitucionais e tal atitude não pode ser reconhecida como legítima no Estado Democrático de Direito que constitui o Brasil nos termos do art. 1º da Constituição Federal<sup>217</sup>.

O confronto entre a propriedade que não cumpre com sua função social versus a posse que efetiva sua função social já foi assunto principal de diversos estudos na doutrina, com destaque para o estudo de Torres e Mota contido no livro *Transformações do Direito de Propriedade Privada*:

O direito consubstanciado no art. 1228, § 4º, do Código Civil, expressão da função social da posse, constitui uma exceção material, a exceção de não funcionalização social do domínio. A posse funcionalizada, diante do confronto com a propriedade sem função social, gera uma exceção de caráter material, que não elimina o direito da propriedade, mas o encobre<sup>218</sup>.

Nos ensinamentos produzidos por Torres e Mota a posse funcionalizada em confronto com a propriedade sem função social gera uma exceção de direito material que não elimina o direito da propriedade, mas o encobre.

Esta conclusão parece totalmente adequada ao espírito dos objetivos da nossa constituição federal e dos direitos fundamentais lá positivados, porém, é esquecida pelas cortes brasileiras que parecem não compreender a densidade desta construção e optam pela mera aplicação da norma positivada na norma processual.

Ou seja, o princípio da função social da propriedade casuisticamente não reverbera perante o direito processual, tornando a análise das ações possessórias uma prática de regras processuais conjugadas com um vazio constitucional que precisa ser suprido, razão maior deste estudo.

Para demonstrar este quadro de prática de regras processuais, conjugadas com um vazio constitucional no seara das ações possessórias, listo um julgado do

<sup>217</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 416.

<sup>218</sup> TORRES, Marco Alcino. e MOTA Maurício. *A Função social da Posse no Código Civil*. Revista de Direito da Cidade. v.5.n.1.p 320.

Tribunal de Justiça de São Paulo que examinou uma ação de reintegração de posse que envolvia o confronto entre a posse com função social e a propriedade sem função social, através da ocupação de varias famílias humildes em um imóvel desocupado há anos Neste cenário, o judiciário optou pela aplicação fria da letra da lei e deferiu a liminar determinando a imediata reintegração de posse<sup>219</sup>.

Destaco este julgado pelos argumentos utilizados pela corte bandeirante que demonstram não considerar a densidade do tema e diminuir a riqueza dos institutos contidos em nossa Constituição Federal que buscam efetivar a tão sonhada justiça social:

Réus são integrantes do "Movimento dos Sem Teto", cuja ilegal ocupação de áreas se sustenta invariavelmente na surrada composição teórica da "função social da propriedade" - Teoria que não elimina o princípio constitucional de proteção à propriedade - É a lei, não a vontade de um grupo de pessoas, que estabelece os mecanismos para se impor sanção à propriedade que não cumpre a função social - Ocupação do imóvel por várias famílias humildes – Irrelevância (...)<sup>220</sup>

Com intuito de demonstrar ao leitor que não houve influencia negativa ao destacar apenas um trecho do mencionado julgado da corte paulista transcrevo, integralmente, a ementa do referido julgado que, repise-se, foi proferido há apenas alguns meses atrás:

Ementa: RECURSO – Agravo de instrumento – Não conhecimento por descumprimento do art. 526 do CPC – Inadmissibilidade – Ausência de prejuízo do contraditório da parte adversa – Rejeição da preliminar arguida pela agravada. JUSTIÇA GRATUITA - Pedido pendente de apreciação em primeiro grau nos autos da ação principal – Não conhecimento da matéria, sob pena de supressão de instância. POSSE – Liminar em ação de reintegração de posse – Cabimento – **Réus são integrantes do "Movimento dos Sem Teto", cuja ilegal ocupação de áreas se sustenta invariavelmente na surrada composição teórica da "função social da propriedade"** - Teoria que não elimina o princípio constitucional de proteção à propriedade - É a lei, não a vontade de um grupo de pessoas, que estabelece os mecanismos para se impor sanção à propriedade que não cumpre a função social – **Ocupação do imóvel por várias famílias humildes – Irrelevância** - Questão social que deve ser solucionada pelas autoridades competentes e não torna lícita a ocupação - A Constituição Federal

embora consagrando a finalidade social da propriedade (cf. art. 184), não derogou as normas de proteção ao direito de posse - Fato social não deve ser resolvido pelo particular, mas pelo Poder Público, que o faz, de ordinário, mediante tributação progressiva da propriedade ou

<sup>219</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Agravo de Instrumento nº 22353285120158260000, 20ª Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 29/02/2016.

<sup>220</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ob. Cit. 198.

desapropriação.  
Recurso conhecido em parte e desprovido na parte conhecida<sup>221</sup>.  
**(meus grifos)**

Ao comparar a doutrina sobre este tema com a forma com que nossas cortes vêm julgando, torna-se evidente que estamos muito longe da real efetivação do espírito das normas constitucionais relacionadas à função social da propriedade, e que será necessário muito trabalho da doutrina, como mola propulsora do ordenamento jurídico, para efetivar os ditames máximos da justiça social e da dignidade da pessoa humana contidos em nossa carta magna.

Assim, após esta iniciação sobre o conflito entre a posse com função social e a propriedade sem sua efetivação, é que este estudo entende apropriado ingressar no cerne desta investigação que é o exame das liminares em ações possessórias que buscam recuperar a posse turbada, esbulhada ou apenas ameaçada após a ocorrência de violações em propriedades não funcionalizadas.

#### **4.2 Como podemos detectar que uma propriedade não cumpre com a sua função social?**

Difícil missão para o operador de direito e para o gestor de políticas públicas é identificar se um proprietário cumpre ou não a função social do seu imóvel, por exemplo, para muitos autores, um estacionamento não cumpre a função social da propriedade, para outros, cumpre, e para uma terceira corrente, cumprirá ou não a função social da propriedade dependendo da localização e das demais características que somente poderão ser observadas no caso concreto.

Quanto ao imbróglio particular do estacionamento, este estudo examinará suas particularidades no tópico seguinte, porém, neste capítulo, esta investigação tentará encontrar regras gerais e abstratas para que o jurista ou o gestor possa apontar os imóveis que cumprem e os que não cumprem a função social da propriedade.

Os imóveis abandonados, independentemente da razão do abandono, tendem a ser considerados como descumpridores da sua função social, porém, esta

---

<sup>221</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ob. Cit. 198.



regra, que parece fácil visualizar, possui exceções em decorrência de particularidades existentes no caso concreto<sup>222</sup>.

Um imóvel que estava devidamente edificado, porém que ficou abandonado em decorrência do falecimento do seu dono e da disputa judicial dos herdeiros pelo seu quinhão, este imóvel está cumprindo ou não sua função social? Depende do caso concreto, isto porque, é razoável que exista um prazo de carência para que os herdeiros continuem materializando a função social da propriedade, na hipótese de transmissão hereditária. Logo, se o imóvel era devidamente utilizado pelo seu dono e este vem a falecer, é aceitável que nos meses ou anos seguintes o imóvel tenha sua utilização prejudicada; assim, apesar do mesmo aparentar estar abandonado, isto seria algo provisório e tenderia a se restabelecer no futuro, nesse sentido estaríamos diante de uma exceção à regra plenamente aceitável.

Então, nesta situação, o gestor deveria conceder um prazo de carência e após notificar os herdeiros para que voltem a utilizar o imóvel nos moldes determinados pelo Estatuto da Cidade, sob pena das suas sanções.

Diante desse quadro o leitor poderia questionar qual seria o prazo de carência? Não há como a doutrina previamente determinar o que significa um termo correto para esta situação, isto porque a fixação deste prazo cabe ao poder executivo na efetivação das políticas públicas urbanísticas ou ao poder legislativo na elaboração de normas legais, porém, em ambas as situações, o termo escolhido deveria estar de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>223</sup>.

Outra hipótese seria um imóvel não edificado, não utilizado ou subutilizado que foi adquirido com a finalidade exclusiva de especulação imobiliária, ou seja, o proprietário comprou o imóvel e o mantém no mesmo estado até que ocorra sua valorização e com isso possibilite a sua alienação com a rentabilidade idealizada pelo dono, nesta situação houve violação a função social? A resposta só pode ser afirmativa, não há como ter condescendência com a especulação imobiliária, o proprietário tem todo o direito de buscar fazer um bom negócio e com isso obter um

---

<sup>222</sup> OLIVEIRA, Edezio Muniz de. Da função social da posse. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11698](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11698)>. Acesso em: Jan. 2017.

<sup>223</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 21ª edição. 2006. p 245. Nesta obra MELLO defende que “um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”

lucro alto em uma transação imobiliária, porém, deve, antes disso, cumprir os requisitos constitucionais e legais relacionados ao imóvel que adquiriu<sup>224</sup>.

Ou seja, o titular da propriedade, caso queira especular imobiliariamente, deve efetivar a adequada utilização do imóvel e após isso esperar o momento apropriado para negociá-la. O que não pode ser admitido é o proprietário deixar seu imóvel abandonado esperando a valorização da área onde o mesmo se localiza, com o simples intuito de lucro individual.

Este estudo não defende ideias socialistas ou comunistas, mas apenas o respeito ao que nossa constituição federal determinou há mais de 28 anos atrás e o que foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade em 2001, isto é, a devida utilização dos imóveis.

Ora, estamos no século XXI, em um país profundamente desigual, na qual muitos não têm nada ou quase nada e poucos possuem grande parte da riqueza nacional, neste quadro não é admissível que o proprietário mantenha a postura defendida séculos atrás, de que a propriedade é um direito absoluto abarrotado de direitos e isento de deveres.

Outra situação muito casual é quando o dono do imóvel não possui condições financeiras de efetivar os deveres urbanísticos listados na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade e o imóvel não desperta interesse do mercado em adquiri-lo. Logo neste cenário o imóvel encontra-se abandonado ou ocioso por culpa do seu dono, porém mesmo nessa situação o titular do imóvel não pode deixar de cumprir seus deveres.

Nesta situação é recomendável que o ente público elabore um instrumento que vise auxiliar o proprietário que não cumpre a função social do seu imóvel para que tal omissão deixe de existir através da ação de um terceiro objetivamente escolhido ou pelo próprio ente público.

É importante ter em mente que as sanções urbanísticas devem ser aplicadas aos donos de imóveis que podem efetivar a função social do seu imóvel, mas optam por não fazer, e não aos proprietários que não possuem tais circunstâncias. Para

---

<sup>224</sup> AVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros. 7ª edição. 2013. pp. 35/36. Nesta obra AVILA descreve que “A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos.”

esses indivíduos, cabe ao poder público elaborar um instrumento viável para concretizar os deveres urbanísticos, sem penalizar demasiadamente o referido dono.

Com a intenção de tentar resolver este quadro, o Município de São Paulo adotou uma postura inovadora, através da elaboração e publicação do decreto nº 55.638 de 30 de outubro de 2014, que estabeleceu regras para o cumprimento da função social da propriedade pelos donos de imóveis situados na cidade de São Paulo, isto com o intuito de fiscalizar as áreas desocupadas e ociosas, aplicar as sanções legais urbanísticas e avaliar se os mencionados imóveis são passíveis ou não de serem destinadas para a habitação social<sup>225</sup>.

Diante desse decreto o município de São Paulo começou a notificar os proprietários dos imóveis que se enquadravam nas regras da referida norma legal, a fim de que justificassem a ociosidade, ou que começassem a cumprir as normas constitucionais e legais relativas à função social da propriedade, sob pena de ficarem sujeitos as sanções urbanísticas.

Em reportagem da rede Brasil foi descrito que nos quatro primeiros meses da vigência do referido decreto paulistano foram notificados 81 imóveis abandonados ou ociosos com o objetivo que seus proprietários tomassem as medidas legais adequadas para cumprir os comandos normativos descritos na CRFB de 1988 e no Estatuto da Cidade de 2001:

As notificações começaram em outubro do ano passado quando o prefeito Fernando Haddad publicou decreto estabelecendo regras para a função social da propriedade, prevista na Constituição, e há 13 anos no Estatuto das Cidades, seja cumprida. O objetivo da fiscalização do tipo de uso de áreas é identificar áreas disponíveis para a habitação social.

(...)

Para a Secretaria de Desenvolvimento Urbanos, responsável pelo trabalho, são considerados ocioso os prédios que estiverem com no mínimo 60% da área construída desocupada há mais de um ano e terrenos com mais de 500 metros quadrados sem nenhuma área sendo utilizada<sup>226</sup>.

Notoriamente a iniciativa do município de São Paulo em estabelecer regras claras e objetivas para o cumprimento da função social da propriedade pelos donos

---

<sup>225</sup> BRASIL. Decreto Municipal da Cidade de São Paulo nº 55.638 de 30 de outubro de 2014 - Este decreto regulamentou os procedimentos para a aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade urbana no Município de São Paulo, nos termos da Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, e da Lei nº 15.234, de 1º de julho de 2010, e alterações posteriores, em especial a notificação para o parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

<sup>226</sup> BRASIL. Rede Brasil. Disponível em: <[www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/02/prefeitura-ja-notificou-81-imoveis-que-nao-cumprem-funcao-social-8406.html](http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/02/prefeitura-ja-notificou-81-imoveis-que-nao-cumprem-funcao-social-8406.html)> Acesso em: Jan. 2017.

de imóveis é um excelente passo rumo à concretização da funcionalização da propriedade. Aliando a isso a notificação desses proprietários para que deem efetividade aos seus deveres como donos de imóveis, sob pena de incidência das sanções legais são fatos que demonstram que a busca pela solidificação da função social da propriedade em nossa sociedade pode não estar tão distante quanto o lucrativo mercado de especulação imobiliária nos levam a acreditar.

Um dado chamou atenção dos gestores da prefeitura de São Paulo com relação à notificação de donos de imóveis desocupados ou ociosos que não estavam cumprindo a função social das suas propriedades, 30% dos 81 imóveis notificados impugnaram a comunicação, justificando suas posturas passivas ao invés de confirmar a notória omissão<sup>227</sup>.

Este fato atraiu os olhares porque neste primeiro momento a prefeitura de São Paulo apenas notificou os donos de imóveis que notoriamente não estavam funcionalizando suas propriedades, vez que estavam desocupadas e ociosas e concedeu um prazo de um ano para que os donos dessem uma destinação viável, porém, apesar da situação caricatural de abandono dos imóveis, 30% não acatou tais comunicações e, ao invés de buscar efetivar suas obrigações constitucionais e legais quanto à função social da propriedade, preferiram impugná-las e postergar seus deveres<sup>228</sup>.

Não parece ser difícil compreender esta postura, pois os donos de imóveis defendem seus interesses, mesmo estando notoriamente em mora com a sociedade referente às suas obrigações urbanísticas. A funcionalização das propriedades precisa ser imposta pelo poder público, pois, infelizmente, a sociedade brasileira ainda não possui o nível de compreensão adequada para constatar que uma propriedade também possui deveres sociais e não apenas direitos individuais.

Outro ponto que deve ser destacado da iniciativa do município de São Paulo ao elaborar e publicar o decreto que visa identificar os imóveis na capital paulista que não cumprem com a sua função social foi possibilidade de utilização do instrumento denominado “Consortio Imobiliário” entre o dono do imóvel desocupado ou ocioso e a prefeitura paulistana; nesta situação, o imóvel é transferido para o

---

<sup>227</sup>BRASIL. Rede Brasil. Disponível em: <[www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/02/prefeitura-ja-notificou-81-imoveis-que-nao-cumprem-funcao-social-8406.html](http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/02/prefeitura-ja-notificou-81-imoveis-que-nao-cumprem-funcao-social-8406.html)> Acesso em: Jan. 2017.

<sup>228</sup>BRASIL. Rede Brasil. Ob. Cit. 224.

município, que poderá fatiar o terreno ou construir uma edificação, e o resultado financeiro de parte da área é pago ao proprietário do imóvel.

Ou seja, uma iniciativa que visa efetivar a função social da propriedade e não lesar o dono do imóvel, quando este não possui interesse do mercado e quando aquele que não possui condições financeiras de concretizar os deveres urbanísticos impostos pela CRFB de 1988 e pelo Estatuto da Cidade de 2001.

Em suma, cabem aos poderes legislativo e executivo elaborarem atos normativos que fixem parâmetros objetivos para determinar quais são os imóveis que se encontram em situação de violação dos deveres urbanísticos descritos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, isto pautado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e posteriormente concretizar tais normas legais através da efetiva notificação dos proprietários de imóveis que se encaixam nas situações legais, e, por fim, aplicar as sanções legais aos que foram devidamente notificados e mesmo assim se mantiveram em mora com o poder público e com a sociedade.

#### 4.2.1 Um estacionamento cumpre com a sua função social?

Um terreno que é utilizado como estacionamento está cumprindo ou não sua função social? Este questionamento é de difícil resposta, uma vez que argumentos opostos são muito sedutores e embasam os diferentes posicionamentos.

O Município de São Paulo, através do decreto nº 55.638 de 2014, dispôs que o estacionamento rotativo de veículos, mesmo que envolva atividade econômica, necessita ser edificado para que esteja cumprindo sua função social. Logo, no mencionado decreto, a prefeitura de São Paulo afirmou que os estacionamentos rotativos que não são edificados, que representam a maioria dos existentes na metrópole paulistana, não cumprem a sua função social e, por isso, estão sujeitos às sanções urbanísticas descritas na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Cidade.

Este entendimento foi muito criticado pela iniciativa privada que discorda da necessidade do estacionamento ser edificado para que seja considerado cumpridor da sua função social, pois em uma cidade que não possui uma malha ferroviária, nem metroviária suficiente para dar conta da demanda da população, como é o caso

da cidade de São Paulo, é imperiosa a utilização de veículos e isso acarreta a necessária presença de estacionamentos em diversos locais da cidade. Nesse sentido, impor que o estacionamento seja edificado para que satisfaça uma necessidade da própria cidade parece pouco razoável.

Neste sentido, Hori:

Estacionamento é um equipamento urbano fundamental de uma cidade que se moderniza e se motoriza. Somente quando ela dispuser de uma ampla rede metroviária, que permita a locomoção entre todas as partes da cidade, esta poderá dispensar uma ampla oferta de estacionamentos<sup>229</sup>.

Parte da doutrina entende que um estacionamento não edificado pode cumprir sua função social dependendo da sua localização, ou seja, caso o mesmo esteja situada no centro de uma metrópole, e isso seja considerado sadio para o adequado desenvolvimento da cidade, este imóvel, mesmo não sendo edificado, estaria cumprindo sua função social.

Já um estacionamento em um local com densidade baixa ou média de circulação de veículos, em que o referido terreno serve mais como bem para especulação imobiliária do proprietário do que para o adequado desenvolvimento da metrópole, nesta hipótese um estacionamento não edificado não estará cumprindo sua função social.

Enfim, quando o estacionamento for edificado, parece patente que o mesmo cumpre sua função social ainda que esteja situado em uma área de circulação mediana ou até baixa.

Contudo, nas situações em que o estacionamento não for edificado, este estudo entende que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade serão cruciais para que gestor de políticas públicas possa identificar se o mencionado terreno está cumprindo ou não sua função social, não existindo, a princípio, respostas pré-determinadas, mas sim, de acordo com a localização do terreno, a média de circulação de veículos no local, a necessidade de vagas para o bom fluxo da cidade, a oferta por transportes ferroviário e metroviário, enfim, diversos fatores que poderão fazer o gestor concluir se o estacionamento auxilia mais o circulação

---

<sup>229</sup> HORI, Jorge – Inteligência Estratégica – A Função Social do Estacionamento. Disponível em: <<http://sindepark.com.br/parking-news/noticia/a-funcao-social-do-estacionamento-79>> Acesso em: Out. 2016.

sadia da cidade ou a especulação imobiliária e através desta resposta poder concluir se o mesmo cumpre ou não sua função social.

De acordo com o posicionamento que este estudo adota para os estacionamentos não edificados, esta investigação entende que o decreto nº 55.638 de 2014 do Município de São Paulo tomou uma postura radical ao determinar que todos os estacionamentos não edificados deixam de cumprir sua função social, pois o mencionado decreto não considerou outros fatores relevantes que devem ser sopesados no caso concreto, logo, o que nos parece mais prudente é a análise da situação fática aplicada em comunhão com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, isso conjuntamente com as demais informações relacionadas ao tema.

#### 4.2.2 O tamanho de um imóvel possui relevância no ato de determinar se ele cumpre ou não sua função social?

A questão relativa ao tamanho de um imóvel e o cumprimento de sua função social só tem relevância quanto a imóveis rurais.

A CRFB de 1988, por diversas vezes, trouxe regras especiais à pequena propriedade rural, a fim de excepcioná-la da aplicação de regras constitucionais gerais e abstratas.

Podemos verificar isso no inciso XXVI do art. 5º quando o texto constitucional dispõe que a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva<sup>230</sup>.

Já no título relacionado à tributação e orçamento o texto constitucional dispõe que não incidirá o imposto sobre a propriedade territorial rural em relação às pequenas glebas rurais, desde que o proprietário não possua outro imóvel e o explore<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> BRASIL. Constituição. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

<sup>231</sup> BRASIL. Constituição. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:  
(...) VI - propriedade territorial rural;

Também no título quanto à ordem econômica e financeira, o legislador constitucional determinou que fosse insuscetível a desapropriação para a reforma agrária a pequena e a média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra<sup>232</sup>.

A lei 8.629 de 25 de fevereiro de 1993 regulamentou os dispositivos constitucionais relacionados à reforma agrária e estabeleceu que a pequena propriedade rural fosse a que possui área compreendida entre 1 e 4 módulos rurais, e a média propriedade rural, a que possui área superior a 4 até 15 módulos rurais<sup>233</sup>.

Os dispositivos constitucionais e legais acima apresentados são relacionados à propriedade rural e esta dissertação refere-se à propriedade urbana, porém, o que é relevante para esta investigação é o fato de que a CRFB de 1988 fez três consentimentos para a pequena propriedade rural e uma para a média propriedade rural, logo, existe um tratamento diferenciado para elas e esta especificação tende a reverberar para o tema desta pesquisa.

Ora, se o próprio texto constitucional permitiu por diversas vezes que regras aplicáveis às propriedades fossem excepcionadas a pequena propriedade rural, é porque o constituinte concluiu que ela merecia um tratamento diferenciado, essa recepção encontra-se na mesma linha do significado da igualdade material, ou seja, que dar um tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Nesse sentido, este estudo compreende que as regras constitucionais dispostas para a pequena propriedade devem reverberar para a aplicação da função social da propriedade.

Contudo, nas exceções listas pelo constituinte existe a correlação de que a pequena propriedade seja “trabalhada pela família” ou “explorada” ou que “o proprietário não possua outra”, para que sejam aplicadas as exceções

---

(...) § 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*:

(...) II - não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel.

<sup>232</sup> BRASIL. Constituição. Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

(...) I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.

<sup>233</sup> BRASIL. Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993:

(...) Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

(...) II - Pequena Propriedade - o imóvel rural:

a) de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais;

(...) III - Média Propriedade - o imóvel rural:

a) de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais.



constitucionais. Enfim, o texto constitucional criou regras objetivas que precisam ser cumpridas, para que os comandos constitucionais sejam excepcionados.

E nas obrigações do proprietário da pequena propriedade rural estão posturas relacionadas à sua exploração ou a sua adequada utilização, ou seja, comportamentos similares ao cumprimento da função social da propriedade.

Desta forma, o que é possível compreender da análise conjunta das exceções constitucionais relacionadas à pequena propriedade rural com as obrigações de efetivar a função social da propriedade descrita no texto constitucional é que a exploração do imóvel ou sua adequada utilização são obrigações impostas em todos os cenários constitucionais. Nesse sentido, aplica-se a pequena propriedade o dever de efetivar a sua função social da mesma forma e intensidade que atinge a propriedade de médio e grande porte.

Diante de todo o exposto neste capítulo, esta investigação entende que é possível extrair do texto constitucional que o dever de efetivar a função social é igual para todos os tamanhos de propriedades, não existindo exceção para a pequena propriedade para deixar de efetivar sua função social, pois as exceções aos comandos constitucionais relacionados à reforma agrária só são consideradas caso a propriedade seja explorada ou tenha sua adequada utilização, ou seja, desde que cumpra sua função social.

O único elemento que poderia diferenciar a pequena propriedade, das propriedades de médio e grande porte quanto à efetivação da função social é que o legislador ordinário ou o poder executivo na elaboração e aplicação das sanções urbanísticas referentes ao descumprimento da função social da propriedade deveria priorizar a imposição das sanções as grandes propriedades, para depois efetivar este comando constitucional nas médias propriedades e, por fim, após a concretização da função social nas propriedades de grande e médio porte, aplicar tais sanções as propriedades de pequeno porte, pois desta forma estaria reverberando os privilégios constitucionais concedidos a pequena propriedade, porém sem deixar de consubstanciar o cumprimento da função social.

#### **4.3 Da timidez dos avanços processuais no litígio coletivo pela posse de imóvel provocada pelo CPC de 2015**

Os avanços legislativos que ocorreram no capítulo III, “Das Ações Possessórias”, inserida no Título III, “Dos Procedimentos Especiais”, do CPC de 2015 já foram devidamente apresentados ao leitor na seção 3.4.5. deste estudo, no entanto, uma análise crítica destas inovações será aqui apresentada.

Preliminarmente é imperioso elogiar o legislador por finalmente ter dado o primeiro passo na direção de criar mecanismos diferenciados nos litígios coletivos pela posse de imóvel em comparação com os tradicionais litígios possessórios que envolvem partes identificadas singularmente.

Como já exposto nesta pesquisa, a introdução dessas regras especiais no litígio coletivo pela posse de imóvel é uma demanda antiga dos movimentos sociais organizados no Brasil, porém, diante da queda de braço no congresso nacional entre forças opostas foram determinantes para a timidez dos avanços no novo CPC, relacionado aos litígios coletivos:

Embora, os “deputados petistas” tenham conseguido um dispositivo no Novo Código de Processo que trate de maneira específica sobre os litígios coletivos, ele não veio nos moldes em que era esperado, em razão do grande poder de articulação dos ruralistas e das pressões que realizaram no interior da Comissão Especial com os inúmeros boicotes à votação, então com a redação adotada, será possível a concessão da medida liminar nos litígios coletivos, se a ação for de força nova, nos mesmo molde do que os individuais<sup>234</sup>.

Ou seja, prevaleceu o meio termo entre o defendido pela bancada ruralista do congresso nacional e o que sempre pregou a bancada que apoiava os movimentos sociais organizados e, assim, foram incluídas mudanças aquém do desejável para estancar, ou ao menos diminuir, sensivelmente, os conflitos fundiários no Brasil<sup>235</sup>.

A primeira questão que se propõe é qual a real justificativa para o legislador impor uma audiência de mediação nos litígios coletivos pela posse de imóvel que envolvam posse velha e não determinar para os referidos litígios quando envolvem posse nova? A única resposta que este estudo conseguiu elaborar diz respeito ao fato de que o interesse do legislador não era resolver o problema fundiário em nosso país, mas apenas afagar os pleitos das correntes que defendem os movimentos ruralistas, isto porque, as ocupações coletivas pela posse de imóveis alheios

---

<sup>234</sup>LEITE, Lucas Alves. Entre montecchios, capuletos, petistas e ruralistas: As Ações Possessórias no novo CPC. Universidade Federal Fluminense. Trabalho de conclusão de curso. pp.64/65.

<sup>235</sup>LEITE, Lucas Alves. Ob Cit. pp 67/68.

ocorrem quase na totalidade em imóveis abandonados, desocupados ou parcialmente ocupados, em decorrência da negligência do proprietário em manter funcionalizados seus imóveis.

Ora, como essas hipóteses representam a absoluta maioria, quase a totalidade, das situações de violações de propriedades decorrentes de litígios possessórios coletivos, não existe uma razão, minimamente aceitável, para que o legislador diferencie a posse nova da posse velha ao determinar ou não uma audiência de mediação.

A audiência de mediação é a forma do poder público auxiliar as partes a encontrarem uma solução pacífica para esta demanda que tanto vem afligindo nossa sociedade, logo, deixar de determinar sua realização nas situações de posse nova é um ato contrário a finalidade maior no novo CPC, que é estimular a composição das partes sem a necessidade de judicializar a demanda.

É importante deixar bem claro que os litígios coletivos pela posse de imóvel ocorrem quase sempre em situações que não existe qualquer conflito, ou seja, pessoas sem moradia ocupam imóveis que estão desocupados ou que estão abandonados e em razão disso começam a utilizar o local para a caracterização de suas moradias. Após este ato, é que o proprietário instaura uma contenda no judiciário ao ingressar com uma ação de reintegração de posse ou de manutenção, assim, as ditas disputas coletivas pela posse de imóvel, na grande maioria das hipóteses, se tratam de uma lide jurídica, pois no mundo fático não houve qualquer confronto.

O conflito normalmente ocorre após a decisão judicial de manutenção ou de reintegração de posse através da forçada desocupação do imóvel turbado ou esbulhado. Assim, neste cenário temos uma situação clara que é a do poder estatal atuando para favorecer o proprietário do imóvel violado pelo simples fato dele ser dono do imóvel, pois este sequer cumpriu suas obrigações como proprietário descritas na constituição federal e no estatuto da cidade que determinam a efetivação da função social da sua propriedade.

Se o interesse do legislador fosse a composição nas demandas possessórias determinaria uma audiência de mediação tanto na posse nova quanto na posse

velha, porém, como já exposto acima, os anseios do legislador não eram de composição, mas apenas de proteger os interesses da bancada ruralista<sup>236</sup>.

Além disso, o argumento muito utilizado pela bancada ruralista de que a determinação de uma audiência de mediação nas situações de posse nova poderia favorecer a ocupação de propriedades alheias é tão frágil que é até difícil de ser considerada seriamente, pois a busca pela composição das partes não visa favorecer o litígio, mas sim, que ele não venha a se repetir. Notoriamente, o interesse do legislador, ao não determinar uma audiência de mediação nas situações de posse nova, foi proteger o proprietário pelo simples fato dele ser dono do imóvel, pois sequer impôs a ele qualquer dever de cuidar da sua propriedade apesar de existirem diversos diplomas legais e normas constitucionais que assim determinam, conforme podemos verificar abaixo:

De um lado, alguns dos deputados coligados ao Partido dos Trabalhadores, lutando pela supressão da medida liminar nos conflitos sobre a posse, além de buscarem uma regulamentação específica para os litígios coletivos, objetivando assim atender os anseios dos movimentos organizados que clamavam pela reforma agrária. De outro, alguns dos deputados integrantes da bancada ruralista, defendendo os interesses dos grandes proprietários de terras e do agronegócio, lutando pela permanência da medida liminar e freando os avanços progressistas. Como resultado de tal análise percebeu-se que alguns institutos ou procedimentos do direito processual, por vezes não são elaborados tão somente para um melhor aperfeiçoamento da técnica ou para se coadunar com a tão prestigiada celeridade processual, mas sim para atender os interesses de determinados grupos específicos, sendo imprescindível que o operador do direito tenha conhecimento do que determinou a sua prática<sup>237</sup>.

Enfim, é profundamente lamentável que o legislador não tenha tratado à posse nova de maneira similar a que tratou a posse velha nos litígios coletivos pela posse de imóvel, ainda mais considerando que o espírito maior do novo CPC é a busca incessante pela composição das partes.

Ora, o novo CPC, por diversas vezes, estimula a mediação e a conciliação amigável das partes de uma demanda, pois é uma verdade universal em nossa sociedade que o poder judiciário não aguenta mais a carga de litígios que ingressam em seus tribunais todos os dias e, por isso, encontrou, como alternativa viável e salutar, o estímulo a composição das partes, neste cenário é totalmente fora da razoabilidade não estimular a composição das partes nos litígios coletivos pela

---

<sup>236</sup> LEITE, Lucas Alves. Op. Cit. pp. 47/48.

<sup>237</sup> LEITE, Lucas Alves. Ob. Cit. p.6.

posse de imóvel, assim, não há como não ter a sensação de que o legislador tratou duas situações similares com formulas diversas e isso, para este estudo, chama-se corporativismo, o que é inaceitável em uma república democrática em pleno século XXI.

Dito isso, este estudo sustenta que a audiência de mediação proposta nas situações de posse velha, contidas nos litígios coletivos pela posse de imóvel, deveria também ser realizada nas hipóteses de posse nova pelos argumentos acima elaborados, em especial pela ausência de justificativas razoáveis para esta escolha, salvo a proteção da bancada ruralista e da manutenção do *status quo*.

Uma segunda indagação que este estudo propõe decorre do fato do legislador relutar ao máximo em discutir a função social da propriedade no campo processual, Ora, quais são as reais razões para que a função social da propriedade ainda não tenha irradiado para o campo processual?

É entendimento largamente majoritário de que a função social da propriedade é um elemento interno da propriedade, pois em nosso ordenamento jurídico, para ter direito a propriedade, esta deve ser exercida de forma a atender seus interesses sociais, logo, a propriedade só existe caso seja efetivada sua função social<sup>238</sup>.

Assim, como justificar que a função social da propriedade como elemento interno do direito à propriedade é algo consolidado no direito material, porém esquecida no direito processual? A única justificativa que este estudo encontra novamente está relacionada ao corporativismo, a manutenção do *status quo* e ao privilégio dos detentores de capital.

As explicações jurídicas apresentadas são demasiadamente frágeis e apenas visam dar uma roupagem legal para a extrema proteção que o legislador impõe ao proprietário no Brasil, como já exposto em capítulos anteriores deste estudo, tal tese defende a completa separação entre a análise da posse e da propriedade na avaliação da tutela possessória, explicando que os planos jurídicos que elas se situam, se desenvolvem, e se estruturam são diversos e que não atentar para esta realidade fatalmente irá acarretar um desvio de perspectivas<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> XAVIER. Bruno de Fini. O Direito de Propriedade nas Constituições Brasileiras. p.6 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-de-propriedade-nas-constituicoes-brasileiras,50686.html>> Acesso em: Jan. 2017.

<sup>239</sup> ADIERS, Moacir. A Posse e a Tutela Possessória. Revista Jurídica AMDJUS nº 306. p.19.

O que é mais curioso na corrente que defende a impossibilidade da análise dos elementos da propriedade em demandas possessórias são as exceções a tal regra, pois nas situações em que ambos os litigantes que disputam a posse estarem na condição de proprietários, ou quando duvidosa a posse de ambos, é admitida o exame conjunto dos institutos no campo processual<sup>240</sup>.

Ora, as duas exceções listadas pela doutrina para que ocorra a análise conjunta da posse com o direito a propriedade demonstra, de maneira cabal, que o entendimento defendido visa unicamente à manutenção do *status quo*. Isto porque, nas hipóteses, extremamente usuais, de um conflito entre proprietário versus posseiro não seria possível adentrar nesta contenda no campo processual, logicamente, pois a avaliação meticulosa deste litígio muitas vezes acarretaria um ônus ao proprietário e a doutrina processualista não admite este encargo.

Defender que apenas é admissível a análise conjunta da posse com o direito a propriedade quando ambas as partes são proprietários, ou quando duvidosa a posse para ambas as partes, é consagrar que nunca haverá o exame do conflito da posse versus a propriedade no âmbito da tutela processual, o que este estudo entende ser uma visão ultrapassada, individualista, não conectada com os princípios constitucionais e, principalmente, visando à manutenção do *status quo*.

Enfim, a resposta ao segundo questionamento que este estudo fez quanto às razões para a timidez do legislador no litígio coletivo pela posse de imóvel novamente encontram como resposta o corporativismo, a manutenção do *status quo* e a extrema proteção dos detentores de capital em nossa sociedade.

Outras explicações para a timidez do legislador na elaboração de normas legais para a tutela possessória buscam apenas legitimar a escolha tomada pelo legislativo, no sentido de manter a proteção exagerada ao proprietário no âmbito processual e, por tal razão, não merecem grande destaque nesta investigação.

---

<sup>240</sup> ADIERS: “Alerta-se, no entanto, não se estar, com isso, afirmando, e nem se poderia afirmar, que a propriedade não possa ser invocada em demanda de natureza possessória, isso que, de modo excepcional, é possível admitir-se a sua alegação, mas desde que ambos os litigantes disputem a posse na condição de proprietários, ou quando duvidosa a posse de ambos”. A Posse e a Tutela Possessória. Revista Jurídica AMDJUS nº 306. p.23.

#### **4.4 É razoável o juiz deferir liminares em ações possessórias que envolvam propriedades privadas urbanas que não tenham cumprido sua função social?**

Esta pergunta não é simples de responder, isto porque não cabe a esta investigação apenas apresentar um posicionamento favorável ou contrário ao que se está indagando, mas sim, encontrar a resposta que esteja coerente com o que irradia da nossa constituição federal.

Assim, antes de responder a pergunta acima, é importante percorrer sucintamente as conclusões efetivadas nesta pesquisa para que o próprio leitor consiga chegar a uma resposta lógica e em conformidade com o nosso sistema jurídico.

##### **4.4.1 Dez premissas para embasar uma resposta**

O primeiro argumento é que a teoria da argumentação jurídica de Alexy, juntamente com a compreensão dos contornos do conflito entre as regras e da colisão entre princípios, servirá de norte para ultrapassarmos o entendimento que vigora sobre os litígios coletivos de posse de imóvel na doutrina e na jurisprudência pátria.

O segundo elemento está relacionado aos deveres anexos da boa-fé objetiva no seara processual, através da construção de limites claros, para evitarmos a ocorrência do abuso de direito no campo processual e, com isso, reverberar que a vedação a torpeza é um dever anexo da boa-fé que deve incidir sobre todo o ordenamento jurídico nacional.

A terceira premissa que o leitor deve ter em mente é que com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, foi identificada a necessidade de que fossem promovidas mudanças na forma de enxergar as obrigações do Estado, a fim de mitigar as desigualdades coletivas e promover a justiça social. Nesse cenário houve um avanço gradual da concepção do direito da propriedade, da visão absoluta e individualista para uma compreensão social e comunitária, transformando a função social da propriedade em um elemento interno do direito a propriedade.

O quarto fundamento advém da constatação de que a posse funcionalizada em confronto com a propriedade sem função social gera uma exceção de direito material que não elimina o direito da propriedade, mas o encobre, logo, na concretização desta situação deve prevalecer a posse que exerce a função social.

Um quinto aspecto a ser considerado lastreia-se do fato de que o direito fundamental à moradia está diretamente relacionado à existência de um conteúdo mínimo de elementos relacionados com o direito de habitação e que a limitação proposta pela tese da reserva do possível não pode tolher o conteúdo constitucional do direito à moradia digna.

O sexto elemento relevante para esta construção deriva da conclusão de que a função social da propriedade é enxergada como elemento interno do direito da propriedade apenas na esfera civilista, não sendo assim considerado no plano processual.

O argumento seguinte a ser analisado tem origem no entendimento de que o novo código de processo civil caminhou na direção de tornar o litígio coletivo pela posse de imóvel portador de regras especiais, em comparação com um litígio possessório tradicional, vez que criou normas que visam à funcionalização da propriedade no plano processual.

O oitavo ingrediente desta elaboração é proveniente do paradoxo do legislador em não criar nenhum mecanismo de proteção para examinar as medidas liminares que envolvam litígios coletivos pela posse de imóvel nas situações de posse nova, e determinar a realização de uma audiência de mediação prévia à análise das medidas liminares que envolvam posse velha; assim, diante da omissão dos limites do magistrado para examinar a posse nova, torna-se possível construir uma interpretação sistemática delas com as situações de posse velha.

A nona premissa vem do reforço que o novo CPC determinou aos magistrados para que justifiquem todas as suas decisões judiciais, logo, houve robusta tonificação dos deveres dos juízes na parte geral do CPC, porém, no capítulo relacionado às ações possessórias, não, evidenciando o descompasso das intenções do legislador e, com isso, justificando uma interpretação afirmativa neste tema.

Por fim, o décimo e último elemento para construir o cenário percorrido por este estudo é decorrente do elemento justificante para uma interpretação



progressiva no exame das medidas liminares ligadas às ações possessórias, que é a profunda desigualdade que reina na sociedade brasileira, materializada por meio dos conflitos fundiários, fato que legitima este estudo, a fim de que seja apresentada uma alternativa para este grave problema nacional.

#### 4.4.2 Sim, a função social da propriedade deve reverberar nas ações possessórias e impedir o deferimento de medidas liminares que envolvam propriedades privadas urbanas que não cumprem com a sua função social

A função social da propriedade encontra-se diretamente consagrada dentro do rol de direitos e garantias constitucionais, através do inciso XXII do art. 5º do texto constitucional e, indiretamente, através dos incisos XXIV, XXV e XXVI do mesmo art. 5º.

Assim, o art. 1228 do Código Civil de 2002 respeitou o comando constitucional e descreveu de forma detalhada como deve ser realizado o exercício do direito de propriedade em consonância com a sua função social, isto é, de acordo com suas finalidades econômicas, sociais e de modo que sejam preservados os direitos que circulam a propriedade.

Apesar de ainda existir uma corrente divergente no direito civil, prevalece amplamente o entendimento de que a função social da propriedade é um elemento interno do direito da propriedade e, por tal razão, o seu descumprimento encobre o direito a propriedade.

Este posicionamento já foi largamente apresentado nesta pesquisa, porém, como o leitor já deve ter constatado, o intuito deste estudo é o de refletir esta percepção do direito material para o direito processual e, com isso, reverberar seus efeitos no processo civil, em especial nas ações possessórias.

Portanto, ao aceitarmos a repercussão da função social da propriedade no direito processual, torna-se patente que as regras dispostas nos artigos 554 a 568 do CPC de 2015 não ecoaram esta anuência; nesse sentido, é necessário uma releitura de tais normas legais para que elas venham a refletir a intenção do constituinte ao determinar que todas as propriedades devam cumprir com a sua função social.

Essa releitura acarreta a inclusão de um quinto requisito ao art. 561 do CPC para que o autor de uma ação possessória tenha direito de ser mantido na posse em caso de turbação ou reintegrado em caso de esbulho.

Esse quinto elemento consistiria na comprovação de que a propriedade que está sendo turbada ou esbulhada estava cumprindo com a sua função social, ou seja, o autor da ação possessória, para ter o direito de ser mantido ou de ter reintegrado sua posse, deverá provar:

- 1 - Sua posse;
- 2 - A turbação ou esbulho praticado pelo réu;
- 3 - A data da turbação ou do esbulho;
- 4 - A continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção ou a perda da posse, na ação de reintegração e
- 5 - Que no momento da violação da posse a propriedade turbada ou esbulhada estava cumprindo com a sua função social.

Logo, quando o art. 562 do CPC dispõe que caso a petição inicial esteja devidamente instruída, o magistrado irá acolher o pedido liminar de manutenção ou de reintegração de posse, sem ouvir a parte contrária, isso significaria que para que fosse deferida a medida liminar nas ações possessórias, o autor, além de provar os quatro requisitos descritos no art. 561 do CPC, deveria comprovar também que a propriedade que está sendo violada estava cumprindo com a sua função social e só assim estaria legitimado o acolhimento do pedido liminar.

É importante ressaltar que o ideal era a inclusão de um dispositivo legal com o quinto requisito acima descrito, porém devido à dificuldade de efetivar tal alteração legislativa este estudo prega que não é necessário incluir um requisito legal expresso no art. 561 do CPC de 2015 para que esta investigação concretize seus anseios, mas apenas que o interprete da norma legal ao se deparar com o primeiro requisito do citado art. 561 compreenda “a sua posse” como posse que esteja cumprindo com a sua função social.

Ou seja, esta pesquisa defende que continuem tendo apenas quatro requisitos expressos no art. 561 do CPC de 2015, porém, na análise pelo interprete do primeiro requisito legal, o mesmo terá uma releitura e, implicitamente, será

agregada uma quinta condição. Logo, o julgador ao ler no primeiro inciso do citado art. 561, ele interpretará “a sua posse” como “a sua posse funcionalizada”.

#### **4.5 Existe jurisprudência que endosse o entendimento de que a função social da propriedade se aplica no campo processual?**

No recente julgado de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão é possível verificar que o que se defende nesta dissertação não está tão distante assim do entendimento atual da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>241</sup>.

No mencionado julgado o autor da ação de reintegração de posse, apesar de comprovar os quatro requisitos listados no art. 561 do CPC de 2015, teve negado pedido de reintegração da posse sobre sua propriedade.

É importante ressaltar que no caso concreto tratava-se de um imóvel que foi transformado em bairro populoso e, por tal razão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não seria proporcional o deferimento do pedido autoral em detrimento da realidade fática.

Contudo, menos importante que a decisão em si, são os argumentos para sustentar a negativa do pleito autoral de reintegração de posse de um imóvel em que o proponente da demanda comprovou os quatro requisitos autorizadores da ação de reintegração de posse descritos no art. 561 do CPC.

Nesta justificativa o STJ dispôs que ainda que verificados todos os aludidos requisitos, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar a análise de todas as implicações que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma:

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<sup>242</sup>.

Outra parte do mencionado julgado que deve ser destacada é a que expôs que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à

<sup>241</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1302736/MG, Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, quarta turma, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016.

<sup>242</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ob. Cit. 219.

propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva.

Enfim, notoriamente, o referido julgado acolhe o que se defende nesta dissertação, ou seja, de que a simples presença dos quatro requisitos do art. 561 do CPC de 2015 não são suficientes para o deferimento do pedido de reintegração de posse, quanto mais para o acolhimento do pedido liminar sem ouvir a parte contrária.

É evidente que o REsp 1302736/MG julgou uma situação consolidada na qual o imóvel do proprietário havia se transformado em um populoso bairro e o que se defende nesta dissertação é que não só nessas situações especiais se deve considerar a função social, porém o que importa é que o pano de fundo do julgado do STJ e o que se sustenta nesta dissertação não estão tão distantes assim, logo, é factível concluir que os valores defendidos nesta investigação podem sim, ser encampados pelos tribunais em curto espaço de tempo.

Para que fique clara a densidade do REsp 1302736/MG, transcrevo abaixo integralmente sua ementa:

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<sup>243</sup>.

**(meus grifos)**

REsp 1302736/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016

Não há sobra de dúvida que este julgado pode levar a uma mudança de compreensão dos nossos tribunais na análise dos requisitos do artigo 561 do CPC, em especial por ter sido proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, pela densidade dos argumentos do Ministro Luis Felipe Salomão e por ter sido em data recente.

Este estudo acredita que este julgado pode inaugurar um novo tempo na análise dos requisitos do artigo 561 do CPC e com isso ultrapassar a vasta jurisprudência que existe em sentido oposto, conforme podemos verificar abaixo:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. ÁREA OCUPADA POR FAMÍLIAS CARENTES. REQUISITOS SATISFEITOS. CITAÇÃO DOS CÔNJUGES. IDENTIFICAÇÃO DOS INVASORES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA ÁREA.

Tratando-se de ação pessoal, prescindível é a citação dos cônjuges. Em caso de ocupação de terreno urbano por milhares de pessoas, é inviável exigir-se a qualificação e a citação de cada uma delas (AgRg na MC n. 610/SP). Área objeto da ação perfeitamente individualizada. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias.

**Comprovados a posse da autora e o esbulho, encontram-se preenchidos os pressupostos do art. 927 do Código de Processo Civil.**

Aplicação também neste item da Súmula n. 7-STJ.

<sup>243</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ob. Cit. 219.

Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 870-MG e cassada a liminar ali deferida<sup>244</sup>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO COLETIVA. LIMINAR. DEFERIMENTO. Comprovados os requisitos constantes do art. 927 do CPC (posse anterior, esbulho praticado pelos réus, data do esbulho e perda da posse), cabe a concessão da liminar de reintegração de posse, ao efeito de atingir todos os invasores, ainda que não identificados. A ausência de identificação precisa de todos os invasores não pode inviabilizar o cumprimento do mandado liminar, sob pena de autorizar-se que novos invasores continuem ocupando a área discutida, de sorte a esvaziar o sentido da concessão da medida. Agravo de instrumento provido, para que o mandado de reintegração de posse também alcance todas as pessoas que se encontrem no imóvel no momento da reintegração<sup>245</sup>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA PÚBLICA. INVASÃO COLETIVA. LIMINAR DEFERIDA. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO A QUO QUE SE IMPÕE, ANTE A PRESENÇA DOS REQUISITOS DOS ARTS. 927, DO CPC. Inépcia da inicial. Não caracterização, tendo em vista que, em se tratando de invasão coletiva de área pública, há dificuldade de individualização e qualificação de todos os réus. Posse anterior. Natureza jurídica da posse em comento que afasta a necessidade de exercício efetivo de posse anterior. Atos de posse que não necessitam ser obrigatoriamente representados pela ocupação física atual da área, podendo exsurgir de atividades relacionadas com o encaminhamento de planos para a gleba de terras. Função social da área de terras. Questão que demanda instrução probatória e, em princípio, encontra respaldo na documentação juntada pelo autor. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO<sup>246</sup>.

Parte da doutrina também se posiciona nesse sentido:

O art. 557, CPC/2015, reitera a impossibilidade de propositura de ação petítória durante o curso da ação possessória, pois os fenômenos jurídicos “posse” e “propriedade” são distintos e protegem diferentes relações jurídicas. A única inovação trazida com o novo código é no sentido de que há exceção sobre esta regra do caput quanto à pretensão dominial, nos seguintes termos: “exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa”. **A separação da proteção conferida à posse e à propriedade nas ações possessórias se evidencia principalmente por toda matéria de ação petítória, via de regra, ser estranha e alheia 295 àquela discussão posta em um pleito possessória.** Precedentes do STJ aplicam esta teoria, nos seguintes termos: “(...) 2. A proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada até mesmo contra o proprietário que não tem posse efetiva, mas apenas civil, oriunda de título. (...). (STJ -

<sup>244</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 154.906/MG, Relator Ministro BARROS MONTEIRO, quarta turma, julgado em 04/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 395.

<sup>245</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão. Agravo de Instrumento nº: 70063010623/RS, Relator Voltaire de Lima Moraes, Data de Julgamento: 19/03/2015, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2015.

<sup>246</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão. Agravo de Instrumento nº: 70059947697/RS, Relator Heleno Tregnago Saraiva, Data de Julgamento: 17/07/2014, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/07/2014.

Ag: 1191444, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 29/09/2010)<sup>247</sup>.  
(meus grifos)

Até o julgado REsp 1302736/MG é razoável constatar que o entendimento majoritário da jurisprudência estava no sentido de que o julgador, ao avaliar uma ação possessória, em especial seu pedido liminar, não precisa avaliar se a propriedade violada estava cumprindo ou não sua função social.

Contudo, conforme largamente disposto neste estudo, o mencionado entendimento está cada vez mais frágil e perto de se romper e o REsp 1302736/MG, julgado pelo STJ em 12 de abril de 2016, ou seja, proferido apenas alguns meses atrás, fortalece e muito o que se salienta nesta investigação.

Por fim, trago a baila um julgado do Tribunal de Justiça do Pará que entendo relevante para este estudo. No mencionado acórdão, o TJ/PA concluiu que “o descumprimento da função social não autoriza a invasão do imóvel”, conforme podemos verificar abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. **O DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL NÃO AUTORIZA A INVASÃO DO IMÓVEL**. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART 927 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, assegurado ao proprietário/possuidor, o devido processo legal e o contraditório, bem como, justa e prévia indenização, não podendo ser dirimida pelo Judiciário em sede de ação possessória. 2. Em sede de Agravo de Instrumento, a análise é restrita a verificação da presença dos requisitos ensejadores do deferimento da liminar. No caso dos autos não restou demonstrada a posse. O título de propriedade sozinho não é capaz de comprovar o exercício da posse, ademais, difícil imaginar a impossibilidade de comprovação de posse quando se afirma desenvolver atividades industriais na área, diante das inúmeras documentações decorrentes do exercício de qualquer atividade empresarial, como vínculos empregatícios, contato com fornecedores, licença para funcionamento, contas de energia, dentre outros. 3. Recurso Conhecido e improvido<sup>248</sup>.  
(meus grifos)

<sup>247</sup> POIDOMANE, Isabella Lucia. O princípio da função social da posse e das propriedades e seu reflexo no novo código de processo civil. UFMG. Congresso nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Direito. pp 295/296.

<sup>248</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Acórdão. Aravo de Instrumento nº: 201330045580 PA, Relator: MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Data de Julgamento: 17/03/2014, Data de Publicação 21/03/2014.

Como concluído pelo TJ/PA, o descumprimento da função social da propriedade não concede uma autorização para invasão deste imóvel, esta pesquisa não discorda desta conclusão, porém, desta ilação decorre outra dedução, no sentido de que o proprietário do imóvel invadido, que não estava cumprindo com a sua função social, não pode se valer de uma medida liminar para recuperar a integralidade dos seus domínios com celeridade.

A obrigação inicial cabe ao proprietário de efetivar a função social da sua propriedade para que ela não fique sujeita a ser ocupada por terceiros, porém, caso isto não seja feito, não poderá ele se beneficiar de uma medida de urgência, que no caso concreto é a liminar descrita no art. 562 do CPC de 2015, para então recuperar seus domínios com rapidez.

Reitero que o que se defende neste estudo não irá estimular a invasão de propriedades alheias que estejam abandonadas ou desocupadas, mas sim, fomentar que os proprietários desses imóveis cumpram com a função social dos seus bens e, com isso, concretizem o direito fundamental da função social da propriedade em âmbito processual.



## **5 DESDOBRAMENTOS RELACIONADOS À MAIOR EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NOS LITÍGIOS COLETIVOS PELA POSSE DE IMÓVEL**

### **5.1 Existem limites ao que se defende nesta dissertação?**

O que se é buscou nesta dissertação foi defender a impossibilidade do magistrado acolher tutelas de urgência em ações possessórias que envolvam propriedades privadas urbanas que não cumprem com a sua função social.

Contudo, diante deste posicionamento decorre uma série de questionamentos e o título final deste estudo visa responde-los, para que as bandeiras levantadas por esta pesquisa sejam mais bem absorvidas pelos nossos operadores de direito.

A primeira indagação que surge é: Qualquer ação possessória que envolva uma violação (turbação, esbulho ou ameaça) em uma propriedade privada urbana que não cumpre com a sua função social, não poderá ser beneficiada por uma medida liminar? Ou existem exceções?

Esta investigação sustenta a linha de pensamento de que não existem exceções à indagação acima formulada, uma vez que no momento em que o proprietário de um imóvel não esteja cumprindo a função social do seu bem, ele passa a deixar de ter o direito a se beneficiar de uma medida liminar, que basicamente consiste em um mecanismo processual que visa conferir celeridade ao processo e, com isso, suprir a ineficiência da complexidade procedimental.

Logo, o que se defende é a aplicação de uma regra geral e irrestrita para todos os litígios possessórios que envolvam propriedade privadas urbanas, que estão sendo esbulhadas, turbadas ou ameaçadas e que não estejam cumprindo sua função social.

Não obstante ao que se defende nesta pesquisa, é imperiosa a constatação de que a mencionada posição jurídica não é de fácil aceitação, pois visa tolher privilégios da camada da população que mais possui influência, poder e dinheiro, logo, que mais consegue opor resistência a sua efetivação.

Nesse cenário é razoável concluir que caso a aplicação da mencionada regra seja efetivada gradualmente, sua aceitação será mais plausível, apesar de ainda ser de penosa concordância pelos fatores já expostos.

Assim, para abrir o diálogo com os operadores de direito, no intuito de que a aplicação da regra geral, que se defende nesta investigação, seja feita de forma gradual, este estudo entende que o primeiro grupo que deveria ser afetado é os que envolvem a posse coletiva de bem imóvel, ou seja, uma ação possessória entre um proprietário que não cumpre a função social do seu imóvel e, do outro lado, uma ocupação coletiva pela posse de um imóvel com finalidade de conseguir uma moradia digna, isto é, a posse coletiva funcionalizada.

Apenas após a real concretização da posição jurídica que se defende nesta investigação, com todos os litígios possessórios urbanos que envolvam posse coletiva funcionalizada versus propriedade sem funcionalização, é que a dita regra seria aplicada aos demais conflitos possessórios urbanos.

Neste segundo momento esta investigação sustenta que a graduação deveria ocorrer inicialmente nas propriedades consideradas de grande porte, para só após sua concretização incidir nas propriedades de médio porte e, por fim, nas de pequeno porte, uma vez que este critério facilitaria a diminuição do grande déficit habitacional brasileiro<sup>249</sup>.

Um segundo questionamento que se surge é se a posse coletiva funcionalizada poderia se dar em quaisquer situações ou estaria também sujeita a limitações? Dito de outra forma, uma posse coletiva funcionalizada que ocupasse uma propriedade privada urbana não funcionalizada estaria sujeita a alguma obrigação?

Por certo que sim, pois a posse coletiva funcionalizada também está sujeita a obrigações para que o ordenamento jurídico venha a lhe favorecer. Como já informado algumas vezes ao longo deste estudo, não se prega o estímulo a ocupações em propriedades que não estejam cumprindo sua função social, mas apenas que nas propriedades que não estão funcionalizadas, caso as mesmas venham a ser ocupadas, seus proprietários não poderão se valer de um benefício processual que visa dar celeridade ao litígio possessório, que são as medidas liminares descritas no art. 562 do CPC.

---

<sup>249</sup> MAEDA, Renata de Souza. Análise da política pública habitacional no Brasil, a partir da obra A Estrutura das Revoluções Científicas, de Thomas S. Kuhn, no regime militar, governo FHC e Lula. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13118&revista\\_caderno=24](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13118&revista_caderno=24)>. Acesso em: Jan. 2017.

Para que fique claro para o leitor o que se defende neste estudo, será apresentado um exemplo: Um prédio abandonado há anos no centro de São Paulo em um local profundamente degradado que não aparenta ter a presença vigilante do poder público e nem do proprietário. Nesse cenário, um grupo de pessoas carentes que não possuem moradia digna ocupam de forma ordeira e pacífica o imóvel e desta ocupação não surgem grandes prejuízos aos vizinhos do imóvel ocupado. Assim, caso o proprietário, após a ocupação do seu imóvel venha a ingressar com uma ação possessória com pedido liminar, este pedido não deveria ser acolhido e o processo deveria transcorrer naturalmente.

Após o não deferimento da medida liminar o magistrado determinaria a citação da parte ré para contestar a ação e assim o processo seguiria o procedimento determinado nos artigos 561 a 564 do CPC de 2015.

E durante o processo judicial que respeitará todas as garantias processuais, em especial o contraditório e a duração razoável do processo, o magistrado poderá analisar com calma e prudência o caso concreto estimulando um acordo entre as partes e envolvendo os órgãos estatais para que possam realocar os moradores do imóvel esbulhado ou turbado em algum programa social, visando à moradia digna desses indivíduos.

Neste cenário, o proprietário que não funcionalizou seu imóvel seria prejudicado, pois teria que aturar um longo e penoso processo possessório onde sua propriedade está ocupada por terceiros e é por esta constatação que os donos de imóveis se adiantariam e buscariam cumprir a função social dos seus bens para evitar um duradouro e problemático processo possessório.

Desta forma, a posição jurídica proposta nesta investigação visa a funcionalização das propriedades privadas urbanas abandonadas ou desocupadas pelos seus donos e não a ocupação alheia. O medo da ocupação por terceiros faria com que os proprietários funcionalizassem seus bens.

Para fins de reflexão final a este tópico, este estudo apresenta uma indagação: Na conjuntura atual, o que constrange o proprietário de um imóvel abandonado a funcionalizá-lo?

Esta inquirição pode ser colocada de outra forma. Por que um proprietário se preocuparia em funcionalizar seu bem, se caso este imóvel seja ocupado por terceiros, ele poderá rapidamente ser protegido pelo poder judiciário?

Ora, no exemplo acima descrito, mesmo com todo o desleixo do proprietário que permitiu que seu imóvel ficasse abandonado por anos, caso ele tenha notícia da ocupação por terceiros e venha a ingressar com uma ação possessória com pedido liminar, a regra quase absoluta, é que a referida liminar seja acolhida e com isso ocorra à imediata reintegração da sua posse.

Neste contexto parece ser mais interessante para o proprietário manter o imóvel abandonado, esperando uma valorização imobiliária ou outro fator que não seja sua devida utilização, do que funcionaliza-lo, pois caso o mesmo venha a ser ocupado, ele poderá se socorrer rapidamente ao poder judiciário que prontamente irá protegê-lo.

Além disso, não há como fugir deste questionado: Qual é a necessidade do deferimento de pedidos liminares em ações possessórias que envolvam imóveis vazios? Por que proteger o proprietário que não funcionalizou seus domínios?

Enfim, na sociedade atual, todos têm direitos e deveres e não existe mais espaço para uma proteção tão sem sentido como a que o direito processual ainda mantém para os proprietários de imóveis não funcionalizados. Assim, aquele momento passou e esta investigação visa a dar efetividade a este novo tempo que caminha a passos largos para florescer.

## **5.2 A posse funcionalizada é uma contrapartida necessária ao que se defende nesta dissertação?**

Já foi exposto no tópico acima que a posição jurídica defendida nesta investigação é a da aplicação de uma regra geral e irrestrita na qual uma propriedade privada urbana que esteja esbulhada ou turbada, não pode seu proprietário ser beneficiado com uma medida liminar em uma ação possessória, pois ela não poderia se beneficiar da sua própria torpeza, já que deixou de cumprir sua obrigação constitucional de funcionalizar sua propriedade, logo, não pode se favorecer de um mecanismo de celeridade processual.

Contudo, também foi colocado que a efetivação de tal regra é mais plausível caso seja feita de forma gradual, assim, seria aplicada inicialmente nas hipóteses que envolvessem a posse coletiva funcionalizada, e apenas após a sua total concretização é que o preceito aqui defendido seria aplicado nas demais situações.

Posteriormente foi apresentado que a posse coletiva funcionalizada está sujeita a limites para que seja amparada pelo ordenamento jurídico nacional, como uma posse ordeira, pacífica e que não acarreta grandes prejuízos aos seus vizinhos.

Feita esta introdução, é o momento de expor uma nova indagação: Essa posse coletiva funcionalizada pode proteger indivíduos que apenas visam melhorar suas condições de habitação?

Proferido com elocuições diversas: A posse coletiva funcionalizada deve contemplar apenas indivíduos que não tem um lugar digno de habitação, ou também pode beneficiar pessoas que possuem locais de moradia simples, porém digna, mas que vislumbram com a ocupação uma oportunidade de lucrar ou de melhorar suas condições de habitação?

Novamente é importante deixar claro que a posição jurídica que se patrocina nesta investigação é da aplicação geral e irrestrita da regra que veda o deferimento de medidas liminares em ações possessórias que envolvam propriedades privadas urbanas que não estão funcionalizadas, porém, a título de melhor assimilação deste posicionamento admite-se a aplicação deste preceito de forma gradual e, com isso, iniciaria esta fase com a posse coletiva funcionalizada.

Neste contexto a posse coletiva funcionalizada para ser assim considerada deve ser a posse que visa contemplar indivíduos que não possuem um local digno de moradia e não pessoas que visam o lucro ou que buscam um benefício habitacional.

Ou seja, a posse coletiva genuinamente funcionalizada consiste na posse de pessoas que sobrevivem nas ruas sem ter um local fixo onde morar ou que são beneficiadas por programas de acolhimento habitacional para moradores de rua<sup>250</sup>.

As pessoas que vivem em locais com condições de saneamento básico extremamente precárias também poderiam ser consideradas como indivíduos que postulam uma posse coletiva funcionalizada.

Contudo, o que não é possível admitir é que indivíduos que já possuem uma moradia digna se aproveitem da situação para ocupar terrenos alheios com intuito de conquistar algum benefício, cito essa situação, pois a mesma é muito corriqueira nas ocupações coletivas urbanas e deve ser repelida pelo poder público.

---

<sup>250</sup> Município de Vitória. Portal da Internet. Programa Pop Rua. Disponível em: <<http://www.vitoria.es.gov.br/prefeitura/populacao-de-rua>> Acesso em: Jan. 2017.

Desta forma, esta apuração entende que a posse funcionalizada é, sim, uma contrapartida ao que se defende nesta dissertação. Ressaltando que isso apenas terá efeito na primeira fase de cumprimento da regra sustentada por esta pesquisa, ou seja, de que o proprietário de um bem não funcionalizado não pode se valer das medidas liminares para obstar a posse coletiva sobre seu imóvel.

E esta posse coletiva funcionalizada teria que ser genuinamente funcionalizada, isto é, ser uma posse coletiva de pessoas que efetivamente não possuem uma vivenda digna e através dos movimentos fundiários urbanos tentam efetivar este direito fundamental descrito no texto constitucional, mas ainda muito longe de concretização pelos gestores públicos.

### **5.3 A efetivação do que se sustenta neste estudo pode estimular ocupações em imóveis alheios?**

Provavelmente uma das teses contrárias ao que se sustenta nesta investigação é que sua concretização acarretará um estímulo à ocupação de imóveis de terceiros. Que esta corrente estaria concedendo um “cheque em branco” para que os indivíduos que não possuem moradia digna em nosso país, que são milhões, invadissem terrenos alheios.

Não obstante a existência de milhões de domicílios vagos e outras centenas de milhares de pessoas sem habitação digna em decorrência da profunda desigualdade social existente em nosso país, este estudo em nenhum momento buscou incentivar a ocupação de imóveis de outrem, ainda que estivessem desocupados ou abandonados.

Esta investigação buscou atacar diretamente apenas a existência de propriedades que não estão cumprindo com a sua função social, pois existe um comando constitucional que determina este dever.

Enfim, a consequência direta do que se propôs nesta pesquisa consiste no fato de que o proprietário de um imóvel não funcionalizado não poderá mais contar com a agilidade do poder judiciário para protegê-lo de uma ocupação de terceiros, caso seu imóvel não esteja cumprindo com os comandos constitucionais urbanísticos, vez que não seria mais possível, nessa circunstância, o acolhimento de medidas liminares em ações possessórias.

Desta forma, a provável tese contrária a este estudo não tende a prosperar, pois o que se sustenta nesta pesquisa não é a ocupação de imóveis alheios por pessoas sem moradia digna, mas exatamente o oposto, ou seja, de que o proprietário funcionalize seus imóveis para poder contar com o mecanismo de celeridade processual disponível nas ações possessórias, a fim de proteger sua propriedade nas hipóteses de ocupações alheias.

## **6 CONCLUSÃO**

Partimos nesta dissertação de uma indagação para o qual não existia uma resposta definitiva: *É razoável o juiz deferir medidas liminares em ações*

*possessórias que envolvam a posse coletiva de imóvel urbano para fins de moradia, no cenário do proprietário do imóvel violado não estar cumprido com a sua função social?*

Após esta constatação, este trabalho passou a pesquisar aspectos, fatores e elementos relacionados com esta apuração e com isso aprofundar temas críticos neste ambiente, a fim de tornar valiosas as verificações feitas por este estudo.

Em busca da resposta desta questão, este estudo examinou a teoria da argumentação jurídica de Alexy, cruzando a incidência dos deveres anexos da boa-fé objetiva no campo processual com a introdução do novo CPC, até chegar à impossibilidade do indivíduo se beneficiar de sua própria torpeza.

Neste contexto, esta investigação constatou que a função social da propriedade é enxergada como elemento interno do direito de propriedade apenas na esfera civilista, não sendo considerada no plano processual, e a partir desta apuração foi buscado uma forma de reverberar a função social da propriedade na esfera processual.

Com suporte na intenção do legislador ao promover alterações nas regras das ações possessórias disciplinadas pelo novo CPC e nos argumentos ressaltados em alguns julgados dos nossos tribunais superiores, começaram a pavimentar a possibilidade de ecoar a funcionalização da propriedade no plano processual.

Nesse cenário, esta investigação admitiu a repercussão da função social da propriedade no direito processual e com isso impôs a realização de uma releitura dos comandos legais dispostos nos artigos 554 a 568 do CPC, vez que estes não refletiam a essência da funcionalização da propriedade.

Assim, essa reinterpretação acarretou a inclusão de um quinto requisito ao art. 561 do CPC, que consistiria na prova feita pelo autor da ação possessória, de que sua propriedade turbada ou esbulhada estava cumprindo a função social no momento da violação da posse.

Nessa lógica, a presença deste quinto elemento repercutiu sobre o art. 562 do CPC e, com isso, impossibilitou o deferimento de medidas liminares em ações possessórias que envolvessem propriedades privadas urbanas que não estivessem cumprindo com a sua função social, sobretudo em um país que possui um grande déficit habitacional.



Enfim, este trabalho buscou salientar que é possível uma interpretação jurídica que viabilizasse a análise da função social da propriedade no campo processual e com isso tentar impor ao proprietário de um imóvel não funcionalizado a concretização deste comando constitucional.

## **REFERÊNCIAS**

ADIERS, Moacir. **A posse e a tutela possessória**. Revista Jurídica AMDJUS n. 306. p.19.

AIETA, Vânia Siciliano. Ver a cidade como espaço social da educação cidadã. In: CORDEIRO, Antonio Rochette Cordeiro; ALCOFORADO, Luis; FERREIRA, Antonio Gomes (Orgs.). **Territórios, Comunidades Educadoras e Desenvolvimento Sustentável**. 1. ed. Coimbra: [s.n.], 2014. p. 55-56.

ALBRECHT, Odair. **Princípio da boa-fé objetiva e sua importância no novo código de processo civil**. Jurídico certo. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/aznar-neves-e-albrec/artigos/principio-da-boa-fe-objetiva-e-sua-importancia-no-novo-codigo-de-processo-civil-2252>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. [S.l]: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. [S.l]: Malheiros, 2015.

AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. [S.l]: Malheiros, 2013.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais**, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. Saraiva: [s.n.], 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 152.

BRASIL. **Constituição**. de 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Fórum Permanente De Processualistas Civis**. Enunciados. Carta de Vitória. 2015. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/2C/F5/DF/3F/98FB4510660CAB45DD4E08A8/Enunciados%20do%20Forum%20Permanente%20de%20Processualistas%20Civis.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.629**, de 25 de fevereiro de 1993

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.257**, de 10 de julho de 2001.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto Municipal da Cidade de São Paulo nº 55.638**, de 30 de outubro de 2014

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei Municipal do Rio de Janeiro 1396/2012**. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro0711.nsf/449a94f8ca1f125a832566ec00172e93/5649cac29c0c135e03257a0e007211b6?OpenDocument>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Enunciado nº 238. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Rede Brasil. **Notícia**. Disponível em <[www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/02/prefeitura-ja-notificou-81-imoveis-que-nao-cumprem-funcao-social-8406.html](http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/02/prefeitura-ja-notificou-81-imoveis-que-nao-cumprem-funcao-social-8406.html)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão em Recurso Especial nº 154.906/MG. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19526867/recurso-especial-resp-154906-mg-1997-0081257-0/inteiro-teor-19526868?ref=juris-tab-s>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 1267995/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 03/08/2012.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 1302736/MG, Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, quarta turma, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 154.906/MG, Relator Ministro BARROS MONTEIRO, quarta turma, julgado em 04/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 395.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 201219/ES, Relator Sávio de Figueiredo Teixeira, Julgamento 25/06/2002.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 1139625/RJ, Relator Maria Isabel Gallotti, Julgamento 12/06/2012.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. Recurso Especial nº 111/PR, rel. Min. Gilson Dipp, Corte Especial, j. 01.07.2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Notícias. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/Notícias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-março](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-março)> Acesso em: 10 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Acórdão**. Recurso Extraordinário nº 590360 ES, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão proferida no Agravo nº 761.127/AP. Relator: Min. Luís Roberto BARROSO. Primeira Turma. Julgamento: 24/06/2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Acórdão. Agravo de Instrumento nº 22353285120158260000, 20ª Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 29/02/2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Acórdão. Apelação nº 0001231420108260045 SP, Relator: Salles Vieira, Data de Julgamento: 26/02/2015, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Decisão proferida no Agravo Regimental nº 639337 AGR/SP. AG.RG. no Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 23/08/2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Pará**. Acórdão. Agravo de Instrumento nº 2008.3.006982-6. julgado em 25 de maio de 2009.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Pará**. Acórdão. Aravo de Instrumento nº: 201330045580 PA, Relator: MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Data de Julgamento: 17/03/2014, Data de Publicação 21/03/2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Acórdão. Apelação Cível nº 5028940-PR, 18ª Câmara Cível, Relator: José Carlos Dalacqua. Data de Julgamento: 27/05/2009.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Acórdão. Agravo de Instrumento nº: 70063010623/RS, Relator Voltaire de Lima Moraes, Data de Julgamento: 19/03/2015. Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Acórdão. Agravo de Instrumento nº: 70059947697/RS, Relator Heleno Tregnago Saraiva, Data de Julgamento: 17/07/2014, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/07/2014.

BARIN, Erico Fernando. **A efetivação do direito social constitucional à moradia como pressuposto à dignidade da pessoa humana**. 2006. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2006.

BARRET, Juliana Sales. **Comentários gerais a sistemática das ações possessórias no novo CPC**. Migalhas. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222070,11049-Comentarios+gerais+a+sistematica+das+acoes+possessorias+no+novo+CPC>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

BRANDÃO, Poliana Alves. **A função social da posse**: fundamento constitucional e aplicação segundo o Código Civil de 2002. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr. 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14833](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14833)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil** – Lei 13.105 de 16.03.2015. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, n. 221, p. 01-08, 2013.

\_\_\_\_\_. Da sentença ao conteúdo mandamental: proposta de sistematização do regime jurídico-processual para ordens judiciais. **Jus Podivm**, v. 1, p. 159-182, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Marcelo Novelino *et al.* **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

CARNEIRO, Raphael Funchal. **A tutela provisória no novo código de processo civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37807/a-tutela-provisoria-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COELHO, Marina da Silva Varela. Academia Brasileira de Processo Civil. **A extinção do procedimento especial nas ações de reintegração e de manutenção de posse**: causas e consequências. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/MARINA%20DA%20SILVA%20VARELA%20COELHO-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

COSTA, Aldo de Campos. **A toda prova** – a tipologia do exercício abusivo de posições jurídicas. Consultor Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/toda-prova-tipologia-exercicio-abusivo-posicoes-juridicas>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutelas provisórias. 2015.

EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. Memória. **Déficit habitacional brasileiro**. Censo 2010. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil>>

noticia/2010-12-11/numero-de-casas-vazias-supera-deficit-habitacional-brasileiro-indica-censo-2010>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 406.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII, Tomo III. [S.l.]: Forense, 2003. p. 417.

FALCÃO, Iuri. **As ações possessórias nos conflitos fundiários coletivos de imóveis urbanos**. Salvador: [s.n.], 2009. p.10.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB**. 1. ed. [S.l.]: Juspodivam, 2016.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, **Centro de Estatística e Informações**. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

GARJARDONE, Fernando da Fonseca. JOTA. **Os conflitos coletivos pela posse de imóvel no novo CPC**. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/os-conflitos-coletivos-pela-posse-de-imoveis-no-novo-cpc-04072016>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do “tribalismo”**. Tese (Doutorado em Direito) apresentada na PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2006.

GLOBO.COM. G1. **NOTÍCIA**. 17/06/2015. 08:19. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/justica-de-sp-recebeu-1659-acoes-de-reintegracao-de-posse-em-2015.html>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

GOUVEIA, Michel. **Fungibilidade nas ações possessórias**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10188&revista\\_caderno=21](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10188&revista_caderno=21)>. Acesso em: 07 jan. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HORI, Jorge. **Inteligência estratégica: a função social do estacionamento**. Disponível em: <<http://sindepark.com.br/parking-news/noticia/a-funcao-social-do-estacionamento-79>>. Acesso em: 31 out. 2016.

LACERDA, Marina. **As ações possessórias coletivas no novo CPC**. Rede Nacional de Advogados Populares. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=874361>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

LEITE, Gisele. **Os procedimentos especiais em face do CPC/2015**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 148, maio 2016. Disponível em: <<http://ambito->

juridico.com.br/site/?n\_link= revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=16843>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LEITE, Moraes Danielle, **Teorias consectárias do abuso do direito**. Artigo Científico apresentado na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

LEITE, Lucas Alves. **Entre montecchios, capuletos, petistas e ruralistas: as ações possessórias no novo CPC**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos do direito urbanístico**. 1. ed. [S.I.]: Editora Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito urbanístico. Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. **Revista da Cidade**. v. 1, n. 1, p. 261-276.

MADEIRA, Helio Maciel de França. Digesto de Justiniano. Introdução ao Direito Romano. **Revista dos Tribunais**, v. 6, p. 19.

MAEDA, Renata de Souza. **Análise da política pública habitacional no Brasil a partir da obra *A estrutura das revoluções científicas*, de Thomas S. Kuhn, no regime militar, governo FHC e Lula**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13118&revista\\_caderno=24](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13118&revista_caderno=24)>. Acesso em: 03 jan. 2017.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Sérgio Antonio Fabris (Ed.). [S.I.]: AS Fabris, 2003, p. 85.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. **Revista dos Tribunais**, v. 1, n. 3, 2016.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 23-24.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. [S.I.]: Malheiros, 2006. p. 245.

MENDONÇA, Ailton Nossa; HERRAN, Rosemary Samartino. **Das ações possessórias: Lei 13.105 de 2015**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17525](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17525)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Não tinha teto, não tinha nada: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil**. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD\\_60\\_Aricia\\_web-3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD_60_Aricia_web-3.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. A nova definição de sentença. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 39, p. 78-85, 2006.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Argumentação jurídica, ponderação e representatividade argumentativa na obra de Robert Alexy. **Quaestio Iuris**, v. 5, p. 21-50, 2012.

\_\_\_\_\_. Conteúdo mínimo do direito de propriedade. **Revista Quaestio Iuris** – Revista Jurídica On Line da Uerj, Rio de Janeiro, n. 5, 1998.

NACIONES UNIDAS. **Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU HABITAT)**. Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponível em: <<http://www.un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Da manutenção e da reintegração da posse**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106MI234450,21048Da+manutencao+e+da+reintegracao+de+posse>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 173.

OLIVEIRA, Edezio Muniz de. **Da função social da posse**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11698](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11698)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. **A função social da propriedade e a luta de classes**. Disponível em: <<http://www.pliniocorreiaedeoliveira.info>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 15 set. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **O contraditório substancial e a atuação do juiz**: uma nova leitura dos artigos 462 e 131 do Código de Processo Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura &artigo\\_id=8009](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=8009)>. Acesso em: 05 jan. 2017.



PREFEITURA DE VITÓRIA. Portal da internet. **Programa Pop Rua**. Disponível em: <<http://www.vitoria.es.gov.br/prefeitura/populacao-de-rua>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

RANGEL, Heleno Márcio Vieira e SILVA, Jacilene Vieira da. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n.12, p. 57-78, jul./dez. 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. **Revista de Processo**, n. 160, 2008.

REVISTA EXAME. Editora Abril. **Desigualdade social no Brasil**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/dino/noticias/desigualdade-pessoas-sem-casa-casas-sem-pessoas.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte, 1990, p. 36.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das coisas**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

RODRIGUES, Carlos Divino Vieira. **Direitos humanos e direito social à moradia: a regularização fundiária urbano-ambiental do “Condomínio Porto Rico”, na Cidade de Santa Maria – Distrito Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada à Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. p. 65-66.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Tutela provisória de urgência no NCPC: perplexidades em torno da unificação de seus pressupostos**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/04/tutela-provisoria-de-urgencia-no-ncpc-perplexidades-em-torno-da-unificacao-de-seus-pressupostos>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituciones de Derecho Civil**. v. I. p. 179.

SANTOS, Luciano Falkowisk Silveira dos. **Ações possessórias no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.lsilveira.adv.br/2016/05/23/as-acoes-possessorias-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal. **O direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). 20 anos de Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008. p. 41-46.

SCHREIBER, Anderson. **Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro. PADMA Editora, v. 6, abr/jun, 2001, p. 159.

\_\_\_\_\_. **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Disponível em: <<http://www.guergolet.com/direito/la/upload/Schreiber%20-20Funca%20Social%20da%20Propriedade%20na%20Pratica%20Jurisprudencial%200Brasileira.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **A proibição de comportamento contraditório** – Tutela de Confiança e Venire Contra Factum Proprium. 2. ed. [S.l.]: Renovar, 2007. p 94.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TACITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 6, jun. 2005.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **Impacto das novas ideias na dogmática do Direito de Propriedade a multiplicidade dominial**, 2009.

\_\_\_\_\_. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Das ações possessórias e a defensoria pública. **Revista de Direito da Cidade**, v. 7, p. 1359-1392, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito de propriedade** – Função social das propriedades: confrontos e soluções. In: AIETA, Vânia Siciliano (Org.). 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

\_\_\_\_\_. **Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana móvel**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 467-513, 2004.

\_\_\_\_\_. Questões urbanas. **Uma reflexão sobre a ocupação do espaço urbano: o capital e a função social da cidade**. In: AIETA, Vânia (Org.). Cadernos de Direito da Cidade - Série II: estudos em homenagem à Prof. Maria Garcia. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 75-101.

TORRES, Marco Alcino; MOTA Maurício. **Transformações do direito de propriedade privada**. [S.l.]: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. A função social da posse no código civil. **Revista de Direito da Cidade**, v. 5, n. 1, p. 320.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 103.

TRATATO INTERNACIONAL. **Declaração de Direitos da Virgínia de 1786**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

TRATADO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

VASCONCELOS, Caio Ricardo Gondim Cabral de. **Função social da propriedade enquanto nora programática**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35576/a-funcao-social-da-propriedade-enquanto-normaprogramatica>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado: direito das coisas**. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 27.

XAVIER, Bruno de Fini. **O direito de propriedade nas constituições brasileiras**. p. 01. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-de-propriedade-nas-constituicoes-brasileiras,50686.html>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela de posse na constituição e no projeto do novo código civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). 2005. p. 844.

**ANEXOS****PROJETO DE LEI Nº 1396/2012**

**EMENTA:**  
**INSTITUI, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 5º A 8º DO ESTATUTO DA CIDADE, INSTRUMENTOS PARA O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**

Autor(es): PODER EXECUTIVO

A CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

**D E C R E T A:**

**CAPÍTULO I**  
**Disposições gerais**

Art. 1º Esta Lei regulamenta, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, os instrumentos de gestão do uso e ocupação do solo previstos nos arts 37, III, alínea b, e 71 a 76, da Lei Complementar nº 111, de 1º de fevereiro de 2011, que instituiu o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e nos arts 5º a 8º da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

Parágrafo único. Os instrumentos de gestão do uso e ocupação do solo, de que trata o caput deste artigo, têm por objetivo atender diretrizes e os princípios da política urbana do Município, constantes dos arts. 2º e 3º da Lei Complementar nº 111, de 2011, de forma a contribuir para o pleno desenvolvimento das funções sociais da Cidade e da propriedade urbana.

**CAPÍTULO II**  
**Dos Instrumentos para o Cumprimento da Função Social da Propriedade**

Art. 2º Ficam instituídos no Município do Rio de Janeiro os instrumentos para que os proprietários de imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados promovam o seu adequado aproveitamento, nos termos estabelecidos nos arts. 5º a 8º da Lei Federal nº 10.257, de 2001, e nos arts. 71 a 76 da Lei Complementar nº 111, de 2011.

Art. 3º Os imóveis tombados e preservados em situação de subutilização ou não utilização estarão sujeitos à utilização compulsória, nos termos do § 3º do art. 71 da Lei Complementar nº 111, de 2011, com o objetivo de assegurar sua recuperação, conservação e valorização como patrimônio cultural da Cidade.

Parágrafo único. A utilização compulsória de imóveis tombados e preservados, de

que trata o caput deste artigo, visa a garantir o cumprimento de sua função social e a atender ao disposto nos arts 2º e 3º da Lei Complementar nº 111, de 2011, que tratam dos Princípios e Diretrizes da Política Urbana do Município.

## SEÇÃO I

### Do Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsória

#### SUBSEÇÃO I

##### Das Áreas de Aplicação do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsória

Art. 4º O parcelamento, a edificação e a utilização compulsória limitar-se-ão às Macrozonas de Ocupação Incentivada e Controlada, entendidas como áreas de ocupação consolidada dotadas de infraestrutura.

Parágrafo único. Excepcionalmente, quando a edificação não atender às condições mínimas de segurança, estabilidade, integridade e habitabilidade, a utilização compulsória poderá ser exigida nas demais Macrozonas de Ocupação do Município do Rio de Janeiro.

#### SUBSEÇÃO II

##### Da Notificação para o Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsória

Art. 5º Os proprietários dos imóveis de que trata esta Lei serão notificados pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro para promover o seu adequado aproveitamento.

§ 1º A notificação far-se-á:

I – por servidor do órgão competente, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração e será realizada:

- a) pessoalmente para os proprietários que residam no Município do Rio de Janeiro;
- b) por carta registrada com aviso de recebimento quando o proprietário residir fora do território do Município do Rio de Janeiro;

II – por edital, quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I do § 1º deste artigo.

§ 2º A notificação referida neste artigo deverá ser averbada na matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro.

§ 3º Uma vez promovido, pelo proprietário, o adequado aproveitamento do imóvel na conformidade do que dispõe esta Lei, o órgão municipal competente disponibilizará declaração, a pedido do proprietário, autorizando o cancelamento da averbação tratada no § 2º deste artigo.

Art. 6º Os proprietários notificados deverão, no prazo máximo de um ano a partir do recebimento da notificação, tomar as seguintes providências:

- I – dar regular utilização ao imóvel;
- II – protocolar um dos seguintes pedidos:

- a) licença de parcelamento do solo;
- b) licença de construção de edificação;
- c) licença para reforma ou restauração de edificação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I deste artigo, o proprietário deverá comunicar ao órgão municipal competente que deu início à regular utilização do imóvel, com a apresentação dos documentos comprobatórios de tal fato.

Art. 7º As obras de parcelamento, edificação, reforma ou restauração referidas no art. 6º deverão iniciar-se no prazo máximo de dois anos a partir da obtenção da respectiva licença.

Art. 8º O proprietário terá o prazo de até cinco anos, a partir do início das obras previstas no art. 7º, para concluí-las.

Art. 9º A transmissão do imóvel, por ato “inter vivos” ou “causa mortis”, posterior à data da notificação prevista no art. 5º, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsória aos novos proprietários ou possuidores, sem interrupção de quaisquer prazos.

## SEÇÃO II

### Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU Progressivo no Tempo

Art. 10. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos estabelecidos para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, incidirá sobre os imóveis notificados o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU Progressivo no Tempo, mediante a majoração anual da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos, até o limite máximo de quinze por cento.

§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será igual ao dobro do valor da alíquota do ano anterior.

§ 2º Será mantida a cobrança do IPTU pela alíquota majorada até que se cumpra a obrigação de parcelar, edificar, utilizar o imóvel ou que ocorra a sua desapropriação.

§ 3º Os instrumentos de promoção do adequado aproveitamento de imóveis, nos termos desta Lei, aplicam-se, inclusive, àqueles que possuem isenção da incidência do IPTU, que será cancelada, caso constatada a não edificação, subutilização ou não utilização do imóvel.

§ 4º Observadas as disposições previstas neste artigo, aplica-se ao IPTU Progressivo no Tempo a legislação tributária vigente no Município do Rio de Janeiro.

§ 5º Comprovado o cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o imóvel, ocorrerá o lançamento do IPTU sem a aplicação das alíquotas previstas nesta Lei no exercício seguinte.

### SEÇÃO III

#### Da Desapropriação com Pagamento em Títulos

Art. 11. Decorrido o prazo de cinco anos de cobrança do IPTU Progressivo no Tempo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública, nos termos do art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal.

Art. 12. A emissão dos títulos da dívida pública de que trata o art. 11 deverá ter prévia aprovação pelo Senado Federal.

Parágrafo único. Os títulos de que tratam o caput são resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valorreal da indenização e os juros legais, nos termos do art. 8º da Lei Federal nº 10.257, de 2001.

Art. 13. Efetivada a desapropriação, o Poder Executivo terá o prazo máximo de cinco anos, contados a partir da incorporação do imóvel ao patrimônio do Município, para proceder ao adequado aproveitamento do imóvel, ficando autorizada, desde logo, a sua alienação, mediante prévia licitação.

§ 1º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, bem, como por meio de alienação, concessão, permissão ou cessão a terceiros, observando-se as formalidades previstas na legislação em vigor.

§ 2º Ficam mantidas para o adquirente ou para o concessionário, permissionário ou cessionário do imóvel, nos termos do § 1º deste artigo, as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas nesta Lei.

### CAPÍTULO III

#### Disposições Finais

Art.14. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo máximo de noventa dias, a partir da data da sua publicação.

Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

