

**REFLEXOS DO INTERESSE SOCIAL DA POSSE NA DECRETAÇÃO DA
PERDA DA PROPRIEDADE PRIVADA: PERSPECTIVA PARA A
COMPREENSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA MOLDURA DO
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

*REFLECTIONS OF SOCIAL INTEREST OF POSSESSION ON LOSS DECREE OF
PRIVATE PROPERTY: A PERSPECTIVE TO UNDERSTAND THE SOCIAL FUNCTION
OF POSSESSION UNDER THE CONSTITUTIONAL CIVIL LAW*

*Gilson Ferreira **

Resumo: Analisa-se neste artigo a questão do interesse social da posse para o problema da decretação da perda da propriedade privada. Trata-se de examinar o comando estampado no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, servindo de material de pesquisa a produção bibliográfica produzida sobre o tema retratado no texto normativo apontado. O problema será analisado pela dimensão retórica e argumentativa do discurso jurídico e normativo, a partir da noção de complexidade e poder simbólico discutido por Niklas Luhman e Pierre Bourdieu.

Palavras-chave: Interesse social. Posse. Propriedade.

Abstract: This article is addressed to examine the social interest concerning the problem of possession legal proceedings between a large number of people and the private owner when it comes to private property loss determination as ruled by the article 1.228, §§ 4º and 5º of Civil Code. The approach designed to deal with this issue consists of making rethorical and argumentative analyses of the legal prescription under the ideas developed by Niklas Luhman and Pierre Bourdieu on social complexity and symbolic power respectively.

Keywords: Possession. Property. Social Interest.

* Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Pesquisador do Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente GEAMA/USP e Professor de Direito Civil da Universidade Nove de Julho. E-mail: g.ferreira@usp.br

1 INTRODUÇÃO

Este artigo resultou de um projeto de pesquisa centrado na problemática trazida pela redação do artigo 1.228, do Código Civil para o regime jurídico da propriedade, especialmente em razão dos §§ 4º e 5º, cuja proposição normativa permite ao juiz, no processo judicial de retomada pelo proprietário de uma extensa área de terras ocupada, sem título por um grande número de pessoas.

A decretação da perda da propriedade privada traz como consequência e como contra partida a indenização do proprietário, que será suportada pela coletividade ou pelo Poder Público, no âmbito das políticas públicas urbanas ou agrárias, caso se trate de uma comunidade de baixa renda e desde que tenha havido intervenção do Poder Público como assentado pelos Enunciados de número 84 e 308, aprovados, respectivamente pela I e IV Jornadas de Direito Civil (2005).

De acordo com o referido texto normativo do artigo 1.228, do Código Civil, a perda da propriedade privada no processo reivindicatório depende para sua concretização de a coletividade estar investida de boa-fé no exercício da posse assim como ter materializado a função social da posse por meio da implantação de obras e serviços de caráter relevante na área ocupada há mais de cinco anos.

Apresentado o panorama geral da questão, pretendeu-se nessa pesquisa investigar a eficácia do regramento civil que autoriza a decretação da perda da propriedade privada por ato judicial em favor de uma coletividade.

O Estado Juiz atuando no sentido de buscar solução de um conflito entre o proprietário privado e uma coletividade, viabiliza por meio da proteção à posse o direito de moradia como expressão de cidadania e de materialização do princípio da dignidade humana, como base fundamental do Estado Social e Democrático de Direito e das relações de direito privado na contemporaneidade.

No âmbito do Direito Privado, particularmente na seara do Direito Civil contemporâneo, tem-se de alguma forma sentido a repercussão, os impactos e efeitos da adoção

de um sistema privatístico orientado por valores e princípios, que estão a tornar o Direito Civil mais permeável às ideias de justiça social.

A abertura do Direito Privado habilita-o a assumir seu aspecto instrumental de concretização da funcionalidade de que se revestem os direitos subjetivos, que não podem mais ser compreendidos como o exercício de um poder soberano da vontade do sujeito de direito.

2 A PERDA DA PROPRIEDADE PRIVADA

A propriedade tem um importante significado político, econômico e, por conseguinte social. A análise do desenvolvimento da ideia de propriedade revela que de recurso necessária à manutenção da vida – moradia e trabalho na terra – a propriedade se transformou em instrumento de dominação política e econômica.

Em outros termos, a propriedade passou a significar poder e riqueza, expressão da liberdade no pensamento moderno e fundamento primeiro da ordem econômica, razão pela qual a perda da propriedade não se podia operar senão em função dos interesses primários do Estado.

No caso da desapropriação, como o procedimento administrativo iniciado pelo Poder Público ou por qualquer de seus agentes delegados a partir da prévia e antecedente declaração de utilidade pública, interesse social ou necessidade pública que apresenta a propriedade privada, o bem móvel ou imóvel objeto da desapropriação é substituído por uma indenização, operando-se, assim, a sub-rogação do bem desapropriado na sua expressão econômica.

A perda da propriedade privada por meio da desapropriação é uma forte manifestação da intervenção do Estado nas relações privadas. Na estrutura do atual Estado Social e Democrático de Direito, as estruturas normativas produzidas pelo Estado puseram em relevo as dimensões funcionais e promocionais da dignidade da pessoa humana de que se revestem as tradicionais categorias de Direito Privado.

É nesse cenário que se compreende a desapropriação como uma forma de harmonizar de um lado, o direito de propriedade e de outro, o dever que a Constituição impôs ao

proprietário de fazer com que a propriedade cumpra sua função social, como explica Carvalho Filho¹.

O atual Código Civil não se divorciando dessa perspectiva funcional e promocional do Direito inovou a ordem privada trazendo para o regime jurídico do direito de propriedade imobiliária a possibilidade de decretação de sua perda por ato judicial, quando, a um só tempo, de acordo com o artigo 1.228, § 4º, se tratar de:

i) ação reivindicatória em sentido amplo, isto é, ação possessória ou petítória em que se veicule a pretensão de retomada da coisa imóvel ocupada;

ii) bem imóvel que represente uma extensa área, que seja objeto de ocupação por um número considerável de cidadãos;

iii) posse de boa-fé exercida coletivamente e de forma ininterrupta há pelo menos 5 (cinco) anos e

iv) na coisa imóvel a coletividade tenha implantado obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

Em se tratando de imóvel localizado na zona rural, haverá de ser considerado como extensa área aquela que, de acordo com o artigo 1.239, do Código Civil permite o manejo da usucapião rural. Fala-se, portanto, em área com dimensão superior a 50 (cinquenta) hectares, o que corresponde a uma área de 500.000 metros quadrados.

De outro lado, se a área estiver localizada em zona urbana, a regra hermenêutica a ser empregada é aquela estampada no artigo 1.238, do Código Civil que permite a usucapião individual de área não superior a 250 metros quadrados, o que a contrário senso, tendo em vista envolver um considerável número de pessoas, há de se considerar na zona urbana uma área superior a 250 metros quadrados, a teor do que estabelece, inclusive, no artigo 10 da Lei nº 10.257, de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, ao estabelecer a usucapião coletiva como mecanismo de regularização fundiária urbana.

Aliás, é esse o sentido da decretação da perda da propriedade privada ocupada por um número considerável de cidadãos, que sem acesso à propriedade e sem moradia ocupam vastas áreas urbanas ou rurais desocupadas e desfuncionalizadas socialmente pelo proprietário, conforme se vê da redação do §5º, do artigo 1.228, do Código Civil.

À vista, portanto, desse sentido de integração social e de regularização fundiária é que se torna possível trazer à lume o artigo 2º, da Lei 4.132, de 1962, a fim de completar o sentido da expressão “um grande número de pessoas” empregado na redação do artigo 1.228, § 4º, do Código Civil.

Referido texto legislativo estabelece o regime jurídico da desapropriação por interesse social. Seu fundamento é promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal de 1946. Desse texto legislativo extrai-se a ideia fundamental de interesse social que permite compreender melhor o novo instituto encartado no Código Civil.

Há, de acordo com o inciso I, do artigo 2º, da Lei 4.132, de 1962, interesse social no aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico e segundo o inciso IV, o interesse social reside na manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias.

Outro elemento objetivo é a implantação de obras e serviços de caráter social e econômico relevante põe em destaque a função social da posse, de que faz ascender o interesse social e político em sua proteção de forma autônoma.

A posse exercida com a realização de obras ou com a realização de serviços de caráter produtivo advém do trabalho destinado à obtenção de riquezas em razão do caráter produtivo. O imóvel rural ou urbano assume o caráter produtivo quando é destinado à produção e circulação de riquezas. Se urbano é com a indústria e o comércio.

Também é produtivo, o imóvel que sedia a prestação de serviços de fins econômicos e não perde essa sua característica mesmo quando mista sua utilização, como no caso de moradia e comércio ou moradia e prestação de serviços. O caráter social e produtivo da posse continua em evidência.

Há, ainda, um elemento anímico a presidir a relação possessória da coletividade – a boa-fé, que deve estar presente durante, pelo menos, o prazo de 5 (cinco) anos, como o lapso temporal mínimo necessário para a consolidação do interesse social da posse.

Esse talvez seja o mais problemático dos aspectos jurídicos que envolvem a decretação da perda da propriedade privada por interesse social de uma coletividade, qual seja, o de fazer repercutir um conceito herdado do direito romano-canônico, que é o da boa-fé subjetiva retratado no artigo 1.201, do Código Civil de forte caráter individualista a uma situação plural e complexa.

A boa-fé que marca presença na relação possessória consiste num estado de ignorância acerca dos vícios que legitimam o exercício do direito ou das prerrogativas que o cidadão acredita ser titular.

Sendo as ocupações de um modo geral clandestinas ou violentas, a ignorância sobre a existência do vício impeditivo é inexistente², o que, se mantido o perfil conceitual da boa-fé subjetiva, impede a decretação da perda da propriedade, ainda que presentes os demais requisitos.

Mostra-se, imperioso, nesse compasso, uma releitura conceitual da boa-fé em termos possessórios, ampliando-se seu conceito ou reconstruindo-o de forma a que a norma do artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil não se mostre socialmente ineficaz.

Presentes esses pressupostos fáticos, na ação de retomada seja ela veiculada no juízo petitório, por meio da ação reivindicatória ou no juízo possessório, por meio da ação de reintegração de posse, poderá o juiz ao julgar procedente o pedido de retomada, decretar a perda da propriedade, desde que a coletividade de possuidores tenha manejado a exceção ao pedido reivindicatório do autor da demanda e no mesmo ato judicial – a sentença – fixa a indenização a ser suportada pela coletividade de possuidores, de acordo com o assentado no artigo 1.228, § 5º, do Código Civil.

Sobre a natureza jurídica da decretação da perda, há divergentes linhas teóricas que buscam, cada uma de per si, identificar no instituto ora uma espécie de desapropriação que sendo realizada em juízo, é chamada de desapropriação pretoriana; ora uma expropriação social ou desapropriação indireta; ora uma espécie de usucapião; ora uma figura *sui generis* que congregaria aspectos da usucapião e da desapropriação; ora como hipótese de acessão invertida.

Melhor razão assiste, até porque encontra suporte na interpretação sistemática e histórica do direito de propriedade no Brasil, a tese de que o instituto retratado no artigo 1.228,

§§ 4º e 5º é uma acessão invertida tal como a que se encontra definida no art. 1.255, parágrafo único do Código Civil³.

A acessão invertida prevista no Código Civil em vigor representa uma exceção ao princípio da gravitação jurídica do acessório em torno do principal. Em outras palavras, a acessão invertida significa atribuir ao implantador das obras ou serviços – acessórios – a propriedade do terreno – principal, quando revestido de boa-fé, as obras ou serviços que implantou têm um valor econômico considerável em relação ao principal.

Nessa modalidade de aquisição originária da propriedade, o implantador se vê obrigado a indenizar o proprietário do principal, evitando com isso o enriquecimento sem justa causa e em, alguma medida, mantendo o equilíbrio das forças sociais e econômicas nos domínios do direito de propriedade.

Guardadas as devidas proporções e mudando o que deve ser mudado, a moldura fática entre as situações jurídicas espelhadas nos referidos artigos são em tudo e por tudo assemelhadas, aspectos que reforçam a tese de que a figura que inova o regime jurídico do direito de propriedade, mais do que implicar em perda da propriedade é um modo originário de aquisição da propriedade, desta feita não por um indivíduo, mas por uma coletividade.

A diferença, no entanto, entre uma e outra das acessões invertidas está na relevância do interesse que determina o seu reconhecimento: na acessão invertida do artigo 1.228, §§ 4º e 5º o interesse social da posse ao passo que na acessão invertida do artigo 1.255, parágrafo único, a expressão econômica do acessório em relação ao principal.

De toda a sorte, uma e outra impõem ao beneficiado com a inversão o dever de indenizar o proprietário que se viu privado da propriedade.

A atual estrutura constitucional brasileira trouxe uma radical mudança na forma de se compreender o direito, pondo em relevo sua função promocional do bem estar social, garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, Direito Privado e, especialmente as categorias de Direitos Reais – propriedade e posse – assumiram uma posição de relevância na ordem jurídica, deixando de ser compreendidas apenas como instrumentos da atividade econômica, expressão de poder e riqueza.

Reflexos do interesse social da posse na decretação da perda da propriedade privada: perspectiva para a compreensão da função social da posse na moldura do direito civil constitucional

Esses institutos – propriedade e posse - mostraram, a partir da luz irradiada pela Constituição da República, a face que antes estava voltada para as sombras. Trata-se de compreender a propriedade, enquanto expressão do direito individual em estreita correlação com o direito da coletividade.

A funcionalização social da propriedade não implica em aniquilar ou esvaziar o conteúdo econômico ou jurídico da propriedade, especialmente a imobiliária, na medida em que:

[...] O princípio da função social da propriedade não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar a socialização de um tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por outro lado, em concreto, também não autoriza a esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de garantia do direito de propriedade⁴. [...]

A dimensão social da propriedade representa a refundação de duas ordens, antes antagônicas: a ordem privada, cujo vetor - o homem burguês e proprietário - que orientou todo o processo de codificação civil, era a expressão de um intrincado complexo de regras jurídicas produzidas para regulamentar com exclusividade as relações de natureza privadas, centradas na autonomia da vontade e na liberdade plena de cada um para exercer seus direitos sem restrição por parte do Estado e a ordem pública, limitada restringir não apenas a atuação do Estado, mas também a possibilidade de interferência do poder público na esfera das relações patrimoniais privadas.

É a partir dessa perspectiva que:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.⁵

Essa moldura jurídico-normativa da propriedade contemporânea permite compreender as intervenções estatais nos domínios que antes lhe foram vedados, na medida em que a propriedade privada se expande para os domínios dos direitos sociais, difusos e coletivos, ampliando suas fronteiras e seus interstícios, o que explica, não apenas os mecanismos de

materialização da função social da propriedade descritos no artigo 182, da Constituição da República, senão e primordialmente, no âmbito das relações privadas o comando do artigo 1.228, do Código Civil.

Esse cenário permite concluir que a perda da propriedade não pode mais ser compreendida a partir da perspectiva oitocentista, centrada na antiga noção de autonomia da vontade, de liberdade, de imposição da personalidade jurídica, expressões de um absolutismo que não se sustenta num mundo marcadamente plural, complexo, repleto de contradições e antagonismos sociais e econômicos.

Em uma síntese, a perda da propriedade privada se opera, numa estrutura normativa de tessitura aberta e plástica, própria do Estado Social quando ela não se acha socialmente funcionalizada; quando o seu titular insiste em se mantê-la presa aos paradigmas política e economicamente construída ao tempo do Estado Liberal.

3 O INTERESSE SOCIAL DA POSSE

O interesse social da posse resulta do relevo que, contemporaneamente, se tem colocado na perspectiva funcional do Direito em detrimento de sua percepção estrutural. Essa mudança de perspectiva implica numa radical alteração do perfil do Direito que de repressor e regulamentador de comportamento passa a ser um agente promocional de aspectos sociais econômica e socialmente relevantes de que se reveste toda e qualquer categoria de direito subjetivo.

Na atuação do Estado contemporâneo substituiu-se a expressão garantir pela expressão promover e nesse diapasão, as ações do Estado se dão no sentido de estimular comportamentos positivos que contribuam para o cumprimento da promessa constitucional de redução das desigualdades sociais.

É nesse contexto que emerge a função social da propriedade e da posse. Não se trata de uma restrição coativa à liberdade do proprietário; de um não fazer, mas um estímulo ao exercício de prerrogativas social e economicamente relevantes para a coletividade e, pois, de um

fazer conforme a ordem jurídica, que tem a sua centralidade na promoção da dignidade da pessoa humana.

O interesse social que a posse desperta para o Direito Privado contemporâneo a tal ponto de impactar fortemente na civilística tradicional, permitindo a decretação da perda da propriedade encontra seu fundamento nas bases da ordem social e econômica, previstas no artigo 170, da Constituição da República.

Essa ordem se constrói em torno da valorização do trabalho, o que explica a posse *pro labore*, ou seja, a posse associada à implementação de obras e serviços de caráter econômico que se articula com os direitos sociais de moradia, previstos no artigo 6º, do texto constitucional permitem a realização do mínimo existencial com dignidade – moradia e trabalho.

A função social da posse se insere, na moldura constitucional do Estado brasileiro contemporâneo, como um mecanismo de realização de direitos fundamentais, por meio dos quais se expressa a cidadania e se opera a valorização da pessoa humana.

O aspecto funcional de categorias jurídico-normativas, portanto, é uma dimensão que toma como medida a revalorização do aspecto subjetivo das relações jurídicas, isto porque as relações jurídicas, quando socialmente funcionalizadas levam a uma revitalização do Direito, porquanto Direito e sociedade estão imbricados, não podendo ser compreendidos independentemente um do outro.

A ruptura paradigmática da posse se dá, na contemporaneidade, para além de toda a sua construção histórico-dogmática, no momento em que a posse se despatrimonializa, o que ocorre quando se lhe reconhece uma função social que, embora sempre presente porque a posse é um antes de tudo um fato social, fora até esse momento de sua despatrimonialização tornada invisível pela supremacia e hegemonia jurídica da propriedade, que lhe ofuscava a luz e grandeza próprias.⁶

É a posse que permite a proteção da pessoa humana nas exigências mínimas da vida em sociedade: um lugar para morar (posse-moradia), um lugar para plantar (posse-trabalho), um lugar para exercer atividades econômicas e sociais relevantes e a detenção dos meios básicos para o exercício de tais atividades (TORRES,2008, p. 376)

Na contemporaneidade, a posse não apenas se despatrimonializa, mas repersonaliza, porque sendo a posse expressão da vida mesma e verdadeira práxis social concreta, ela não pode ser compreendida senão em estreita articulação com a vida, o que permite a compreender a dimensão social e política da posse no seu confronto com a propriedade, na arena da função social do artigo 1.228, do Código Civil.

O interesse social que deriva do fato jurídico da posse, segundo se extrai da redação dada ao artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil tem forte implicação no direito de propriedade na medida em que faz nascer o direito de aquisição da coisa e nisto parece consistir a natureza jurídica da figura desenhada no texto normativo acima referido.

Trata-se de medida que busca concretizar a função social da propriedade, permitindo uma espécie *sui generis* de regularização fundiária em favor de um coletivo de pessoas que, de boa fé, exercem posse mansa, pacífica e contínua há pelo menos 5 (cinco) anos sobre uma extensa área de terras, onde tenham implantado obras e serviços de caráter relevante.

Enquanto a propriedade é uma figura abstrata, a posse se realiza na concretude da vida, a partir da necessidade de um lugar para morar ou da terra para trabalhar e dela tirar o próprio sustento e nesse sentido a posse abriga um sentido social e econômico.

A polêmica sobre ser a posse um fato ou um direito é questão irrelevante quando se tem em vista o direito fundamental à vida, à moradia, à existência digna e ao meio ambiente equilibrado, embora considerar a posse como um fato signifique em última análise promover a sua exclusão do mundo do direito⁷. O Direito na contemporaneidade não se limita mais a permitir e a proibir; busca mais, almeja promover a dignidade da pessoa humana e nesse sentido, a noção de função social do direito ambiental permite ressignificar e superar a dicotomia tradicional entre público e privado de tal forma que assegure a fruição em comum de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e das futuras gerações.

Esta fruição que só pode ser concebida como justa, quando referenciada a valores e veiculada através de normas abertas, como cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a serem valorativamente compostos e nesse sentido

4 O INTERESSE SOCIAL NO ESPAÇO DO CONFLITO POSSESSÓRIO

O marco teórico que dá sustentação à análise é de um lado a teoria social de Niklas Luhmann e de outro, o poder simbólico de Pierre Bourdieu. Para Niklas Luhmann o Direito não pode ser pensado como imutável e universal tal como na clássica compreensão do Direito Natural, na medida em que ele se insere numa estrutura mais ampla e estruturalmente complexa: a sociedade, que se organiza, segundo o autor de forma a captar a variada gama de ações dos atores sociais.

Na medida em que a contemporaneidade tornou as relações sociais cada vez mais complexas, a relação o Direito, ainda que não tenha perdido aquela noção fundacional de orientação social, não pode ser mais compreendido de uma perspectiva positivista, em que o Direito se fecha hermeticamente e permanece enclausurado em seus conceitos pretensamente universais e universalizadores.

A abertura do Direito para a complexidade das relações sociais na contemporaneidade se abre como uma possibilidade de compreensão dessas relações sociais, que ao reverso não se ajustam ao modelo do dever-ser positivista, que dá mostras de não poder mais reduzir as expectativas de comportamento social e reduzir os comportamentos desviantes.

As relações entre Direito e Sociedade se ampliaram de tal maneira o texto normativo precisa ser o mais amplo, geral, abstrato a fim de poder conter e reduzir as expectativas de pessoas que são muito diferentes entre si, com interesses e necessidades diversas e muitas das vezes antagônicas e sempre em conflito a partir da constatação do fracasso do projeto de poder político e econômico do Estado Liberal.

A sucessão do Estado Liberal pelo Estado Social se operou em razão do reconhecimento da existência de vários subsistemas sociais, de que derivaram outras estruturas que o Direito legalizado se viu obrigado, por meio do processo de positivação, a criar para conter as expectativas e reduzir os comportamentos socialmente desajustados.

O direito de propriedade, nesse cenário, antes considerado em sua perspectiva absoluta, passou a ser disciplinado pelo Direito não mais como uma medida limitadora do comportamento social; em que se estabelecia a certeza social e a segurança jurídica, porque os comportamentos das pessoas estavam disciplinados.

A complexidade das relações sociais e as contingências derivadas da pluralidade de grupos sociais, explica reestruturação do texto normativo, sua substituição por cláusulas abertas, de tessitura mais flexível, que não são endereçadas a um determinado tipo de ator social, mas a qualquer ator social a depender do contexto em que ele se encontra.

É essa a estrutura de um Direito que busca promover mais do que regulamentar. É por essa perspectiva que o direito de propriedade se funcionaliza, deixando de se tomar como paradigma o modelo burguês de proprietário. É essa diretriz que produz uma nova percepção da posse como fato não apenas social, mas político e econômico. A posse deixa de ser compreendida apenas como expressão da economia e se funcionaliza socialmente.

A disciplina do direito de propriedade e da posse, nessa perspectiva, reduziu a complexidade social na medida em que disciplinou as expectativas, isto é, os comportamentos de proprietários e de não-proprietários, de possuidores e de não possuidores em razão da função social a que esses institutos se descobriram à luz da nova ordem constitucional.

O Direito é, assim, um ato de comunicação de solução não violenta de conflitos⁸, mas isso não quer significar que o Direito, ele mesmo não produza novos conflitos, porque como ato de comunicação é expressão de poder, ainda mais quando judicializado.

Em síntese, com as alterações sucessivas nos comportamentos sociais a partir da crescente complexidade das relações que se operaram na base do Estado Liberal, produz uma decisão política de reconstruir o Estado, transformando-o em suas bases para contemplar o desenvolvimento social com o que se operaria a supressão das desigualdades sociais.

A partir dessa escolha política, os institutos da posse e da propriedade foram recriados legislativamente, pondo-se em relevo, em cada um deles, a função social, a partir da qual, criaram-se, em contra partida, estruturas normativas possibilitadoras da redução dessa complexidade social, dentre elas, a que se insere no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil.

Trata-se de uma escolha política capaz de diminuir as contradições sociais e econômicas derivadas da propriedade desfuncionalizada pelo seu titular, o que abre a possibilidade de compreender o Direito não mais como um mecanismo de opressão e dominação política, mas um mecanismo de distribuição de chances⁹

Quando judicializado o conflito, o Estado por meio da decisão de um seu representante nem sempre atua no sentido da materialização da função social da posse e da propriedade e o discurso decisional que o Estado Juiz emite traz estampadas as relações de poder e dominação o procedimento judicial mascara.

Nesse espaço de conflito, equidistante dos agentes envolvidos, coloca-se o Estado-Juiz, a quem compete emitir uma decisão acerca da solução. A decisão estampa em si mesma um ato comunicacional, que vai desde a declaração de sentido até a constituição de um direito ou a limitação de outro existente e, porque ato de vontade e inteligência estampa todo o capital cultural, jurídico, ideológico e social do seu emissor.

A decisão judicial, nesse compasso, é o exercício de um poder simbólico que segundo Pierre Bourdieu representa “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo [...]”¹⁰.

5 ARREMATES CONCLUSIVOS

A partir dos novos contornos políticos e sociais que o Direito Privado assume numa ordem constitucional, o sujeito de direito é recolocado no centro de todo o ordenamento, o que não justifica a que posse continue atrelada ao direito de propriedade, como um mero apêndice ou uma via de acesso, a teor da teoria objetiva da posse, que orientou a dogmática da posse no século XIX.

Ainda que não se possa falar de um novo direito privado, na medida em que ele ainda se acha preso à tradição oitocentista, é de se lhe reconhecer os avanços, especialmente no espaço de ocorrência do fenômeno possessório que vem num crescente processo de sua autonomização.

Esse processo de ruptura leva a compreender a posse não mais em estreita correlação com a propriedade da qual ela não é serva e nem a propriedade o baú do tesouro cuja chave que lhe abre é a posse; essa mudança de perspectiva rompe com a desigualdade de tratamento que recebe a posse do não proprietário no confronto com a não posse do proprietário.

Com efeito. A desigualdade que se estabelece no plano dos fatos no conflito possessório é apenas transportada para a sentença, espaço e centro de decisão onde essa

desigualdade se legitima pelo discurso mantenedor do proprietário e onde a eficácia social do princípio da dignidade humana, se pulveriza no emaranhado normativo que estrutura a ordem de manutenção da situação proprietária.

A ordem que se pretende manter, nesse aspecto, é mais aparente do que real, na medida em que o conflito possessório é bem menos um problema patrimonial, do que existencial. A posse, nesse compasso, assume o aspecto de um espaço de luta e de resistência contra a opressão da situação proprietária e instrumento de realização daqueles valores constitucionais que orientam o Estado Social e Democrático de Direito.

O texto constitucional e infraconstitucional no que se refere ao conflito possessório, como ponto de partida para o diálogo abre duas vias: uma, que privilegia a propriedade quase feudal, expressão do patrimônio e outra, que a repersonaliza, tomando a posse como centro de decisão dos aspectos da vida: trabalho e moradia.

Do cruzamento dessas duas vias, surge o paradoxo discursivo em torno da posse e do conflito possessório, pois dele emergem argumentos que: i) tornam as ocupações individuais e especialmente as ocupações coletivas crimes; ii) tomam as ocupações como manifestação política legítima no Estado Social e Democrático de Direito; iii) replicam o discurso oitocentista do direito de propriedade como absoluto e iv) investem na função social da posse e da propriedade.

NOTAS

- ¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 725.
- ² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias de. A extensão do conceito de boa fé em limitação ao direito de propriedade definida no artigo 1.228, §4º, do Código Civil - o controvertido instituto da “expropriação judicial”. *Revista de Direito Privado*, nº 21, jan-mar. de 2005, p. 126
- ³ RENTERÍA, Pablo. A Aquisição da Propriedade Imobiliária pela Acessão Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228. *Revista do Tribunal de Direito Civil. Rio de Janeiro*, v. 34, p.71-91, jun. 2008, p. 88.
- ⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 105-106.

- ⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa - Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal*, v. 36, n. 141, Brasília, 1999, p. 106.
- ⁶ FERREIRA, Gilson. Justiça e eficácia no conflito possessório: o poder simbólico da ordem e da decisão. *Prisma Jurídico*, v. 11, n. 2, p. 407-428, jul./dez. 2012, p. 418.
- ⁷ GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial S.A, 1969, p. 122.
- ⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 105.
- ⁹ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. *Revista AJURIS*. Porto Alegre. n° 49, ano XVII, Julho, 1990. p. 149-168.
- ¹⁰ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. São Paulo: Edusp, 1989.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, Andrew. *Critical legal studies: a liberal critique – studies in moral, political, and legal philosophy*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Coimbra: Ed. 70, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. São Paulo: Edusp, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DUGUIT, Leon. *Le droit social, le droit individuelle et la transformation de L'Etat: Conférences faites a l'École des Hautes Études Sociales*. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1908.

FERREIRA, Gilson. Justiça e eficácia no conflito possessório: o poder simbólico da ordem e da decisão. *Prisma Jurídico*, v. 11, n. 2, p. 407-428, jul./dez. 2012.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias de. A extensão do conceito de boa fé em limitação ao direito de propriedade definida no artigo 1.228, §4º, do Código Civil - o controvertido instituto da “expropriação judicial”. *Revista de Direito Privado*, nº 21, jan-mar. de 2005.

GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial S.A, 1969.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a uma Teoria Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Direito Como Sistema Autopoiético*. Revista Brasileira de Filosofia. nº 163, São Paulo, 1991. p. 185-196.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R.N.M., A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (coord.) *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa - Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal*, v. 36, n. 141, Brasília, 1999, p. 99-109.

LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. Revista AJURIS. Porto Alegre. nº 49, ano XVII, Julho, 1990. p. 149-168.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

RENTERÍA, Pablo. A Aquisição da Propriedade Imobiliária pela Acessão Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228. *Revista do Tribunal de Direito Civil. Rio de Janeiro*, v. 34, p.71-91, jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense:2004

ZAWASCKI, Teori. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.