

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

ALCENIR JOSÉ DEMO

**DIREITO DE PROPRIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA SOB A
ÓTICA DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

VITÓRIA
2011

ALCENIR JOSÉ DEMO

**DIREITO DE PROPRIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA SOB A
ÓTICA DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Willian Couto Gonçalves

VITÓRIA

2011

ALCENIR JOSÉ DEMO

DIREITO DE PROPRIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direitos de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em de..... de

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Willian Couto Gonçalves
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Faculdade de Direito de Vitória

Profª Drª Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade Federal do Estado do E. Santo

Ao DEUS VIVO, sempre, por Sua bênção, que “*enriquece, e nunca acrescenta dores*” (Prov. 10:22).

Aos meus pais Américo e Zenaide (*in memoriam*), pelo contínuo cuidado na criação e educação de seus seis filhos (nesta ordem: Penha, Graça, Aparecida, Alcenir, Fátima e Alex).

A Thays, minha amada esposa, e às minhas queridas filhas (Grazielli, Letícia, Luísa e Lissa), pelo incentivo, pelas orações e por permitirem, em prol dos meus estudos, tantas horas de privação da minha presença.

Aos meus irmãos e demais entes queridos, pelo apoio em cada conquista na vida...

A todos os professores, desde a minha infância, pela herança educacional transmitida.

Para a confecção deste trabalho, contei com o auxílio de muitas pessoas, razão pela qual aqui registro os meus sinceros agradecimentos pela contribuição de cada uma delas, e em especial:

Ao Coordenador e Professor Daury Cezar Fabriz, em nome de quem agradeço a todos os professores da FDV, mormente pelo conteúdo das aulas ministradas, com as quais foi possível tornar real o sonho de um dia me tornar Mestre em Direito.

Aos funcionários da FDV, pela maneira sempre cordial a mim dispensada.

Aos meus colegas do curso de Mestrado, ao longo do qual nasceu e se fortaleceu o vínculo de uma grande amizade.

Last, but not least, ao Professor Doutor Willian Couto Gonçalves, meus efusivos agradecimentos pelas sábias lições jusfilosóficas, bem como pela maneira solícita com que sempre me atendeu durante esta jornada.

“Na verdade, os homens dependem mais da justiça que da lei; muito mais do juiz do que do legislador. É utilíssimo para um povo ter boas leis, mas é melhor ainda ter bons juízes. O bom juiz resiste às leis manifestamente iníquas, corrige as imperfeitas, dá provimento e vida às excelentes e põe em prática a norma que se aproxima do ideal. E, sem arranhar as garantias dos jurisdicionados, encontra meios de fazer justiça.”

Hélio Tornaghi

RESUMO

O presente trabalho trata do *direito de propriedade e seu acesso à justiça, sob a ótica da jurisdição no Estado Constitucional*. Para alcançar uma melhor compreensão da temática, optou-se em dividir esta dissertação em três Capítulos. No Capítulo 1, o instituto da propriedade é visto como um direito natural do homem, enquanto ser de domínio, cuja característica foi determinante na passagem do *estado de natureza* para o *estado de sociedade civil*; tanto que, dentre os direitos garantidos pelo Estado, sobressaem os relativos à vida, à liberdade e à propriedade. No Capítulo 2, a jurisdição e a hermenêutica jurídica são analisadas sob a perspectiva do modelo de Estado Liberal e do vigente Estado Constitucional, azo em que foram vistas as chamadas técnicas interpretativas, concentrando-se uma maior atenção para a moderna *técnica de ponderação de interesses*. Ainda no Capítulo 2, em seu tópico derradeiro, a jurisdição é apresentada em suas três etapas (antes, durante e depois de provocada), oportunidade em que é analisado o princípio constitucional da duração razoável do processo, com reflexões pontuais em torno do conflito entre posse e propriedade. Destinou-se a parte final desta dissertação (Capítulo 3) ao estudo do direito fundamental da propriedade e do acesso à justiça, ao longo do qual é defendida e justificada a exceção de domínio na demanda possessória, apesar do teor do art. 923 do CPC, em busca da realização de um “processo de resultados justos”.

Palavras-chave: Direito de Propriedade. Doutrina da Função Social. Jurisdição e Hermenêutica Jurídica. Acesso à Justiça. Duração Razoável do Processo. Exceção de Domínio. Relativização do art. 923 do CPC. Processo de Resultados Justos.

RESUMEN

El presente trabajo se trata del derecho de propiedad y su acceso a la justicia, sobre la mira de la jurisdicción en el Estado Constitucional. Para una mejor comprensión del tema, se decidió dividir este ensayo en tres Capítulos. En el Capítulo 1, la institución de la propiedad es vista como un derecho natural del hombre, como un dominio, cuyo carácter fue fundamental en la pasada del estado de naturaleza al estado de sociedad civil así, entre los derechos garantizados por el Estado, se sobresalen los relativos a la vida, a la libertad y a la propiedad. En el Capítulo 2, la jurisdicción y la hermenéutica jurídica se analizan desde la perspectiva del modelo de Estado Liberal y el actual Estado Constitucional, en cual caso fueron vistas las llamadas técnicas interpretativas, prestando mayor atención a la moderna técnica de equilibrio de intereses. También en el Capítulo 2, en su último tema, la jurisdicción se presenta en sus tres etapas (antes, durante y después de inducida), oportunidad en que es analizado el principio constitucional de la duración razonable del proceso, con reflexiones puntuales sobre el conflicto entre posesión y propiedad. Se destinó la parte final de esta tesis (Capítulo 3) al estudio del derecho fundamental de la propiedad y del acceso a la justicia, por el que se defiende y justifica la excepción de dominio en la demanda de posesión, a pesar del contenido del art. 923 del CPC, en la búsqueda de lograr un "proceso de resultados justos".

Palabras clave: Derecho de Propiedad. Doctrina de la Función Social. Jurisdicción y Hermenéutica Jurídica. Acceso a la Justicia. Duración Razonable del Proceso. Excepción de Dominio. Relativización del art. 923 del CPC. Proceso de Resultados Justos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O INSTITUTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA	
1.1 CONSIDERAÇÕES EXORDIAIS	16
1.2 O HOMEM COMO SER DE RELAÇÃO, LIBERDADE E DOMÍNIO: ENTRE O ESTADO DE NATUREZA E O ESTADO DE SOCIEDADE CIVIL	19
1.2.1 O direito de propriedade no <i>estado de natureza</i>	30
1.2.2 O direito de propriedade no <i>estado de sociedade civil</i> e o problema de seu fundamento jurídico	34
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE	39
1.4 A PROPRIEDADE INDIVIDUAL COMO DIREITO ABSOLUTO EM CONFRONTO COM A DOCTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL	46
2 JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	
2.1 A JURISDIÇÃO NO MODELO DE ESTADO LIBERAL	55
2.2 A JURISDIÇÃO SOB A ÉGIDE DO ESTADO CONSTITUCIONAL	63
2.3 HERMENÊUTICA JURÍDICA: DO LEGALISMO FORMAL AO NEOCONSTITUCIONALISMO	65
2.4 AS TRÊS ETAPAS DA JURISDIÇÃO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	84
3 DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO CONSTITUCIONAL	
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	96
3.2 MEIOS LEGAIS DE TUTELA DA PROPRIEDADE	108
3.3 A FUNÇÃO SOCIAL COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL	121
3.4 UMA (RE)LEITURA DO ART. 923 DO CPC À LUZ DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	128
3.4.1 A proteção possessória no atual Código de Processo Civil	132
3.4.2 Proibição legal de concomitância entre demandas possessória e petitória (CPC, art. 923)	135
3.4.3 Relativização da vedação legal, na hipótese de exceção de domínio <i>incidenter tantum</i> , como garantia do acesso à justiça e da duração razoável do processo – por um <i>processo de resultado justo</i>	147
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	172
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito é um fenômeno histórico-social, sempre sujeito às variações e intercorrências, fluxos e refluxos, no espaço e no tempo.

Por assim ser, renova-se em nosso País, no limiar deste século XXI, o debate sobre a posse e a propriedade no contexto jurídico-processual, mormente em razão da vigência do Código Civil de 2002,¹ sucedendo ao vetusto Código Civil brasileiro de 1916.

Um dos motivos que têm propiciado essa discussão jurídica é o fato da propriedade – que sempre foi tratada pelo nosso ordenamento jurídico como um direito absoluto e intocável (no campo interno, pela faculdade de uso, gozo e disposição, e, no aspecto externo, pela exclusão das ingerências alheias) – se encontrar, agora, condicionada à sua *função social*, querendo tanto o constituinte quanto o legislador ordinário que ela seja vista, em seu aspecto dinâmico, como uma unidade produtiva, um verdadeiro "bem de produção" a serviço da sociedade.² Em suma, na observação de Edson Fachin, o que se pretende é "*menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção*."³

Com efeito, o art. 1.228, § 1º, do vigente Código Civil brasileiro, na esteira do art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, III, da Carta Magna da República, condiciona o uso, gozo e disposição do direito de propriedade à função social e ambiental.

De outra banda, há o instituto jurídico da posse⁴ que, como fenômeno social que é, sempre tem despertado interesse dos juristas, notadamente quando em conflito com o direito de propriedade. Registre-se, *en passant*, que a propriedade, sem a posse, é uma mera abstração jurídica.

Assim, considerando que a propriedade e a posse contam com a proteção estatal em nosso ordenamento jurídico para o seu regular exercício de direito, cabe ao Poder Judiciário dizer o justo concreto quando se deparar com um conflito de

¹ O advento do Código Civil brasileiro se deu com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Ele teve origem com o Projeto 634-B/75, contando como mentores os juristas Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. O novo CCb foi aprovado na data de 06 de dezembro de 2001, depois de muitos anos tramitando nas duas Casas integrantes do Congresso Nacional.

² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 18. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 110-111.

³ FACHIN, Luiz Edson. **A cidade nuclear e o direito periférico** – reflexões sobre a propriedade urbana. *Revista dos Tribunais*, v. 743, 1996, pp. 107-110.

⁴ Em virtude de qualquer estudo científico sobre a posse demandar um trabalho monográfico específico, limitou-se aqui em abordá-la de maneira perfunctória e pontual, isto naquilo que fosse estritamente necessário a ela se referir.

interesses envolvendo tais institutos jurídicos. Para a consecução desse poder-dever jurisdicional,⁵ impõe-se uma solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido, exigindo-se, então, do intérprete e aplicador do Direito, hodiernamente, uma postura hermenêutica epistemológica diversa da hermenêutica tradicional.

De fato, o conflito jurídico entre posse e propriedade, em virtude de envolver direitos fundamentais,⁶ demanda, para o bom e justo deslinde desse litígio, um juízo de ponderação de bens e valores, o que se faz pautado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo estes corolários do princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Em sintonia com esse desiderato constitucional está a garantia de um “processo de resultados justos”. Este objetivo precípua só será alcançado à medida que o processo, enquanto instrumento operacional da jurisdição, seja visto sob a perspectiva dos direitos fundamentais, a exemplo do princípio do *acesso à justiça*.

Ocorre que, por força da inteligência da redação atual do art. 923 do Código de Processo Civil brasileiro,⁷ não é mais facultado ao proprietário, enquanto pendente demanda possessória, intentar ação petítória. Eis, literalmente, o teor de tal dispositivo legal: "Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio."⁸

É relevante ainda observar que, com o advento do novo Código Civil de 2002, este, conquanto não tenha vedado expressamente tal alegação de domínio, passou a ver essa *quaestio* como irrelevante para efeito de julgamento do mérito de uma demanda possessória.⁹ É o que se depreende do disposto no art. 1.210, § 2º, do

⁵ A jurisdição, além de compreender “poder” e “dever”, é também “função”. Cf. abordagem nesse sentido no Capítulo 2 deste trabalho.

⁶ Apesar da CF/88 haver consignado, expressamente, apenas a propriedade no elenco dos direitos fundamentais, a posse há de ser também considerada como um direito fundamental; devendo ser dela inclusive exigido, em contrapartida, o “dever de função social”, tal qual se exige do instituto da propriedade. Daí, então, caber ao Estado-juiz, diante de um conflito envolvendo ambos os institutos jurídicos, lançar mão da referida técnica de ponderação de bens e valores, visando alcançar uma boa e justa resolução da lide. Ao longo deste trabalho, o presente tema (*função social*) será debatido com mais vagar.

⁷ Antes do advento da Lei nº 6.820/80, era possível a concomitância de ações possessória e petítória.

⁸ É relevante destacar, desde logo, que o Projeto de Lei nº 8.046/10, que instituiu o novo Código de Processo Civil, já foi aprovado no Senado Federal, encontrando-se, atualmente, em tramitação na Câmara dos Deputados. Frise-se que o aludido Projeto de Lei manteve inalterado o conteúdo jurídico do art. 923 do CPC/73, só tendo sido modificada parte de sua redação original (isto para se adequar à melhor técnica estabelecida pelo Direito), conforme se vê do teor do seu art. 642, *ipsis verbis*: “Na pendência de ação possessória é vedado, assim ao autor como ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio.”

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado**. 7. ed. São

CC/2002, *in verbis*: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”

Ora, por força do fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito (*neoconstitucionalismo*), desde as últimas décadas do século passado vem sendo enfatizado, pela dogmática jurídica, quanto à necessária adequação da técnica processual com o intuito de promover a tutela do direito material deduzido em juízo, sem dilações indevidas; logo, todo e qualquer obstáculo, presente na lei processual, deve ser analisado à luz do art. 5º, XXXV, da CF.

Ante o acima exposto, tem-se a seguinte indagação: sob a ótica da jurisdição no Estado Constitucional, seria possível relativizar a vedação legal constante do art. 923 do CPC e, por conseguinte, admitir a *exceção de domínio* em demanda possessória com base no princípio do acesso à justiça?

Diante dessa problemática, que não raro acontece no cotidiano forense em demanda dessa natureza, mister se faz buscar uma solução jurídica que se apresente mais factível e razoável com o “justo concreto”, em detrimento do “justo formal”, tendo por base os princípios de justiça e direitos fundamentais.¹⁰ Para tanto, dentre os objetivos aqui propostos, impõe-se analisar:

I – O direito fundamental de propriedade e acesso à justiça, mediante o processo judicial de solução de conflitos no Estado Constitucional, perscrutando acerca da sua duração razoável, a par do garantismo, finalismo e segurança jurídica.

II – O problema do enunciado de conteúdo absoluto, especificamente quanto às (in)consequências fático-jurídicas decorrentes da interpretação e aplicação literal do art. 923 do CPC, c.c. o art. 1.210, § 2º, do CC/2002 (v. g., o juiz, à míngua de prova para o deslinde da demanda possessória, ou de prova conflitante, deve julgar improcedente o pedido autoral, remetendo as partes para as vias ordinárias, instaurando-se nova demanda, desta feita petitoria, onde seria possível, então, discutir acerca da titularidade do domínio).

Paulo: RT, 2009, p. 916.

¹⁰ Serão utilizadas, no decorrer desta dissertação, essas duas expressões (*justo concreto* e *justo formal*) como forma de distinguir duas espécies de decisões judiciais que podem ser prolatadas para uma mesma situação fática: (i) uma decisão embasada nos princípios de justiça e direitos fundamentais, tendo sempre por norte a garantia da dignidade da pessoa humana (*justo concreto*), e (ii) a outra também juridicamente possível, posto que proferida com supedâneo na norma legal prevista para o caso *sub judice*, mas que não alcançará um resultado justo para o processo, enquanto instrumento de solução de conflitos, como sói acontecer com a aplicação literal do art. 923 do CPC (*justo formal*), nas hipóteses suscitadas no presente trabalho.

III – A relevância jurídico-processual do cumprimento da função social da propriedade/posse, quando do julgamento da lide possessória.

IV – Se o enunciado de Súmula/STF nº 487 continua em vigor, isto em face da inteligência do art. 1.210, § 2º, do CC/2002.

V – Se, com base na Hermenêutica Constitucional, a par das teorias da instrumentalidade do processo e do formalismo-valorativo,¹¹ é possível ao Estado-juiz proceder à análise da *exceção de domínio* em demanda possessória, nas hipóteses especificadas, com vista à concretização da justiça substancial (*processo de resultados justos*), malgrado o conteúdo normativo proibitório do art. 923 do CPC.

Para levar a efeito um estudo mais percuciente sobre o tema em foco, dividiu-se o presente trabalho em três partes, cada qual correspondente a um capítulo, a saber: o Capítulo 1 apresenta a propriedade como sendo um instituto jurídico integrante do rol dos direitos fundamentais, acompanhando a história da humanidade desde os primórdios, mais precisamente com o primeiro ser humano que passou a habitar na Terra,¹² posto se tratar o homem de um ser de busca, encontro e domínio; enfatizando-se quanto à passagem do *estado de natureza* ao *estado de sociedade civil*, momento em que o direito de propriedade passou a ser garantido em lei, juntamente com outros direitos fundamentais da pessoa humana (*v.g.*, o direito à vida e à liberdade), todos eles hoje expressos nas Constituições de países democráticos. É o homem aqui perscrutado, também, como um ser de relação e de liberdade. Ainda nessa primeira parte é feita uma abordagem concernente à evolução histórica de tal instituto jurídico, inclusive confrontando o então “direito de propriedade absoluto”, prevalecente na era do Estado Liberal, com o dever de função social, exigido a partir da implantação do Estado Social (ou do Bem-Estar Social). Registre-se, de antemão, que a doutrina da função social corresponde a um dever inerente não só ao instituto da propriedade, mas também ao da posse. Sem prejuízo do dever de função social, verificar-se-á que a garantia da propriedade foi, indubitavelmente, uma das principais causas da passagem

¹¹ Tais teorias, aliada à Hermenêutica Constitucional, por serem de suma importância na processualística contemporânea e na teoria do Direito Constitucional, respectivamente, são avocadas como marco teórico para o desenvolvimento deste trabalho científico, figurando a dignidade da pessoa humana e a justiça como valores supremos a serem perseguidos pelo Estado-juiz na realização do devido processo constitucional.

¹² Isso na perspectiva adâmica ou edenística, admitindo-se a origem do homem em Adão, no Éden, de acordo com a narrativa das Sagradas Escrituras: BÍBLIA SAGRADA. 2. ed. Trad. João Ferreira de

daquele estado primitivo para o atual, conforme sustentado por Hobbes, Locke e Rousseau.

Assim, e como não é mais concebível a existência de direitos num Estado Constitucional sem que lhes seja dispensada uma correspondente garantia jurídica, o Capítulo 2 é destinado ao estudo da jurisdição e da hermenêutica jurídica na perspectiva do atual constitucionalismo, com o que se exige do Poder Judiciário, agora, então, um agir constante em congruência com os postulados constitucionais, tendo sempre por fito a realização do justo-concreto. Este escopo magno, conforme está ali salientado, não pode passar ao largo de nenhum litígio judicial, a exemplo desse conflito secular relacionado ao direito de propriedade e de posse. Considerando que, para ser alcançado tal desiderato, deve o intérprete e aplicador do Direito lançar mão das chamadas técnicas interpretativas, são elas aqui analisadas concentrando-se uma maior atenção para a moderna *técnica de ponderação de interesses/bens/valores*, defendida pela dogmática jurídica moderna nos casos de colisão entre normas-princípios, sendo tal conflito resolvido através da aplicação do método da proporcionalidade/razoabilidade. Encerra-se tal Capítulo com o estudo da jurisdição – desta feita vista em suas três etapas (antes, durante e depois de provocada) – e o princípio constitucional da duração razoável do processo, em cujo tópico é confrontado o valor “segurança jurídica” com o valor “Justiça”. Durante a abordagem, são também feitas algumas reflexões específicas sobre o conflito posse *versus* propriedade, cabendo ao magistrado do século XXI ter uma postura ativa (diversa, portanto, da hermenêutica tradicional), com vista à realização de um “processo de resultado justo”.

Reservou-se o terceiro e último Capítulo ao estudo do direito fundamental da propriedade e do acesso à justiça, azo em que, após pontuar a respeito da importância do princípio da função social como critério preferencial a ser utilizado pelo magistrado em suas decisões (item 3.3), é destinado o tópico 3.4 para a defesa da possibilidade jurídica da exceção de domínio em demanda possessória, propugnando-se quanto à necessidade imperiosa de se fazer uma (re)leitura do art. 923 do Código de Processo Civil em vigor, nas hipóteses ali alinhavadas.

Resulta, pois, assim, de grande relevância (a par de muito instigante do ponto de vista teórico e jurisprudencial) a análise do *direito de propriedade* e o

acesso à justiça sob a ótica da jurisdição no Estado Constitucional, numa sociedade em que, sob os influxos dos postulados constitucionais, se pretende livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, *ex vi* do art. 3º, incisos I e IV, da Constituição Federal.

Ao ensejo da abordagem do tema em voga, também se pretende demonstrar o (novo) papel do magistrado no Estado Constitucional, bem como a importância política de suas decisões em prol do efetivo cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em cujo elenco está o direito constitucional do acesso à justiça, somado à garantia de um processo de duração razoável.

Será utilizado, para o desenvolvimento desta dissertação, o método dialético,¹³ em razão do tema aqui tratado suscitar grandes debates jurídicos que se mostram antagônicos entre si. Sabe-se que a dialética sintetiza a lógica das contrariedades em prol de algo novo.¹⁴ E é isso que se pretende alcançar ao final deste trabalho científico.

¹³ Segundo Stalin, “dialética significa um processo dialógico de debates entre posições contrárias”, com o qual se pretende construir afirmações. STALIN, J. **Materialismo histórico e materialismo dialético**. São Paulo: Símbolo, 1982, p. 34.

¹⁴ Para Marconi e Lakatos, toda transformação ou desenvolvimento opera-se por meio das contradições ou mediante a negação de uma coisa. Em outras palavras: a negação de uma coisa é o ponto de transformação das coisas em seu sentido contrário; e o dialético sabe que onde se desenvolve uma contradição, lá está a presença do novo. A contradição, portanto, é inovadora. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 85-88.

1 O INSTITUTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

1.1 CONSIDERAÇÕES EXORDIAIS

É sabido que o homem não consegue viver isolado da sociedade, e isto ocorre pelo fato dele ser, por natureza, um animal social e político, tendo por fim supremo o desenvolvimento de sua inteligência e felicidade pela prática da virtude. São essas algumas das grandes lições deixadas à humanidade por Aristóteles (384-322 a.C.), asseverando, ainda, que o homem, quando aperfeiçoado, é o melhor dos animais; porém, quando apartado da lei e da justiça, é o pior de todos, porquanto "se ele não tiver virtude, é o animal mais perverso e mais selvagem, e o mais cheio de luxúria e gula." Por isso, conclui o citado filósofo, a justiça é o vínculo dos homens nos Estados, e a sua aplicação representa o princípio da ordem na sociedade política.¹⁵

Para Renato Pacheco, o homem, na verdade, "se torna um animal social por conveniência."¹⁶ Atribui o citado autor tal conveniência à necessidade que o homem tem de caça, pesca e defesa.¹⁷ Por isso, a exemplo de todos os animais sociais, como as abelhas e formigas, que, instintivamente, se doam ao conjunto e se sacrificam pela comunidade, o homem é um animal gregário, tendo descoberto, há milênios, vantagens em viver em grupo, com ações conjugadas.¹⁸ Mas, independentemente de ser (ou não) em virtude da conveniência que o homem busca a convivência social, a verdade é que o ser humano se aperfeiçoa como tal precisamente por força desse seu instinto gregário, dessa sua dependência da vida em relação.¹⁹

Ocorre que, em virtude da vida em sociedade, surgem os conflitos de interesses intersubjetivos, cuja insatisfação é sempre um fator antissocial, obrigando

¹⁵ ARISTÓTELES. Política. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.18-19.

¹⁶ PACHECO, Renato. **Introdução ao estudo da sociologia geral e jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 13.

¹⁷ PACHECO, Renato. Ob. cit., p. 26.

¹⁸ Ibidem, p. 13.

¹⁹ Frise-se que todo esse processo da vida humana em relação tem o seu início na família, cuja célula-mãe representa o núcleo natural e fundamental da sociedade (art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

uma pronta intervenção estatal para a devida composição desses conflitos, dando a cada um o que é seu, à luz do Direito.²⁰ Daí a razão de ser daquela antiga máxima latina: *ubi societas, ibi jus* – “onde está a sociedade, aí estará também o direito”, e vice-versa.²¹

O Direito existe, então, para possibilitar ao homem a realização de sua plenitude como pessoa humana, sendo certo que tal desiderato só será por ele alcançado na vida em sociedade, onde é imposto a todos um relacionamento constante do *ego* com o *alter*, surgindo, ora aqui, ora acolá, os conflitos de interesses intersubjetivos. Eis o grande dilema do homem, na concepção de Miguel Reale, enquanto ente que é, mas que, por necessitar viver em sociedade, *deve ser*.²²

Em outras palavras: só não ocorreriam tais conflitos intersubjetivos se porventura fosse possível ao indivíduo viver isolado da comuna, no que prescindiria desse *dever ser*. Porém, como isso não é possível, posto que o indivíduo, em isolamento absoluto, não socializado, transformar-se-ia num *homo ferus*,²³ torna-se imperioso o Direito para a manutenção da ordem pública e da paz social.

Razão assiste, portanto, a Del Vecchio,²⁴ citado por Willian Couto Gonçalves, quando diz que “o direito é coevo do homem” (isto porque não há nem é possível vida humana senão no seio duma sociedade, que, por sua vez, não é possível sem vinculações jurídicas entre os seus componentes); sustentando, ainda, que o Direito preexistiria ao Estado.²⁵ Com base nessa conclusão, Couto Gonçalves assim preleciona, *in verbis*:

²⁰ Embora não exista sociedade humana sem conflitos sociais, estes são fenômenos que não se harmonizam com os fins precípuos do Estado; logo, se faz imperioso a intervenção estatal para restaurar a ordem pública e a paz social. Vale aqui ressaltar que, nos primórdios, os conflitos sociais eram resolvidos pela autocomposição ou pela autotutela (autodefesa). CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

²¹ A doutrina é iterativa em informar que esse brocardo jurídico só não se aplica na ilha lendária do solitário *Robson Crusóé*, mas somente até o momento imediatamente anterior da chegada do índio *Sexta-Feira*. Cf. ²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19.

²² REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1983, p. 102. Nesse sentido, segundo Carnelutti, enquanto o *dever ser* compreende algo deontológico e concerne à lei jurídica, o ente que é se relaciona ao ontológico e diz respeito à lei natural; logo, o *dever ser* é o elemento fundamental do Direito, “porque é seu elemento unitivo.” CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, pp. 23 e 79, respectivamente.

²³ MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, ZAHIDÉ. **Sociologia básica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 64 e 145. É de se registrar que até a abelha, se isolada da colméia, morre. E mais:

²⁴ Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, estado e filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

²⁵ Clóvis Beviláqua também se posiciona dessa forma; ressaltando, contudo, que, embora o direito

Ora, se o direito preexiste ao Estado, meios e modo de fazê-lo valer, dizê-lo ou afirmá-lo – *jurisdição* e *processo* – sempre foram, de igual modo, preexistentes ao Estado, mesmo como meras atividades desprovidas de qualquer aparato lógico, conceitual e institucional no sentido que hoje se conhece.²⁶

O homem é, portanto, a causa e a razão de ser do Direito, sendo este preexistente ao Estado, cuja criação se deu para atender às necessidades básicas da pessoa humana, a exemplo do direito à vida, à liberdade e à propriedade. De fato, considerando que o homem, desde os albores da história, era já inclinado a ter domínio sobre as coisas que lhe apeteçiam, preferiu deixar o *estado de natureza*, onde imperava uma insegurança atroz, para viver no *estado de sociedade civil*.

Assim é que, como a comunidade formada pelos seres humanos deve ser organizada, e não caótica, tendo sempre por escopo proporcionar a todos os seus membros a possibilidade de busca e realização de seus fins naturais, surgiu, então, a necessidade de se criar o Estado, que nada mais é que uma sociedade política e juridicamente organizada, ou “nação jurídica e politicamente organizada”, no dizer de Darcy Azambuja.²⁷

Cabe, pois, ao Estado, através da sua *função jurídica* – para usar a expressão da doutrina pátria²⁸ –, regular a conduta dos cidadãos, fazendo-o por meio de duas das suas atividades peculiares: a primeira, consistente na elaboração de normas jurídicas (legislação), de competência do Poder Legislativo; a segunda, atribuída ao Poder Judiciário, relacionada à prestação da tutela jurisdicional, cujo poder-dever se faz efetivo sempre quando a jurisdição for provocada para dirimir uma lide (civil²⁹ ou penal). E o processo é o instrumento legal por meio do qual a jurisdição é operacionalizada.³⁰

seja criação da sociedade, e não do Estado, com este ele se robustece e sistematiza. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, p. 117.

²⁶ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 10-11.

²⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 19. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1980, p. 84.

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.

²⁹ O termo "civil" está aqui posto em seu sentido *lato*, amalgamando todos os ramos do Direito na esfera não penal.

³⁰ A jurisdição é objeto de análise no Capítulo 2 desta dissertação, tendo ela uma importância singular no Estado Constitucional Democrático de Direito. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 1.

Por tudo isso, e em razão da Ciência recomendar que, antes de se resolver o problema, é mister compreendê-lo, tem-se como de suma importância desenvolver uma pesquisa preambular, através dos tópicos seguintes que integram este Capítulo, objetivando alcançar uma esmerada compreensão da problemática jurídica, objeto desta investigação científica. Afinal, sabe-se que o domínio do conhecimento científico somente se dá a partir de uma busca histórica e ontológica do objeto a ser desvelado.

1.2 O HOMEM COMO SER DE RELAÇÃO, LIBERDADE E DOMÍNIO: ENTRE O ESTADO DE NATUREZA E O ESTADO DE SOCIEDADE CIVIL

Não se pode pensar, conhecer e entender o Direito e seus institutos jurídicos sem antes pensar no homem, buscando (sempre) compreendê-lo como ser de relação, de liberdade e de domínio. Afinal, ele é o centro e a razão de ser do Direito.

Conforme já pontuado, o homem, pelo fato de ser gregário, necessita de se relacionar com os seus semelhantes com o fito de alcançar a sua plena realização como pessoa humana. A propósito, foi assim desde Gênesis, quando Deus viu que o homem não podia viver só, mesmo estando ele no Paraíso: "E disse o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma adjutora que esteja como diante dele."³¹

O homem é, pois, indubitavelmente, um ser de relação. E é nessa vida em relação que ele se realiza como ser humano em sua dupla dimensão (matéria e espírito). Um dado histórico relevante, que merece ser aqui consignado, é que o homem, até o século V a.C., era um ser cosmológico, ou seja, apenas um ser no mundo. A relação era exclusivamente no plano vertical (homem – divindade). Não se trabalhava a relação no plano horizontal do homem, o que ocorreu somente a partir do século V a.C. (relação do homem com o homem).

Ao comentar sobre esse período histórico da humanidade, Willian Couto Gonçalves³² esclarece que os filósofos sofistas foram determinantes nessa

³¹ **Bíblia Sagrada**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000, Gênesis 2:18.

³² GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 19 e 43.

passagem do *jusnaturalismo cosmológico* para o *jusnaturalismo antropológico*, citando, a título de exemplo, a célebre frase dita por Protágoras (490-421 a.C.): “O homem é a medida de todas as coisas”. Retirou-se, então, o Direito daquela relação com a divindade, para começar a pensá-lo no plano horizontal, isto é, das relações dos homens com caráter puramente racional.

Ainda segundo Couto Gonçalves, os povos egípcios, assírios, babilônicos e hebreus viveram um modelo de Direito contendo inspiração teológica e mística, enquanto os gregos tiveram um modelo de vertente metafísica e filosófica; já os romanos contaram com um modelo de Direito mais voltado para o positivismo. Assim, em harmonia com essa historicização, “sobressaem os *Três Estados* de Augusto Comte: o Teológico, o Metafísico e o Positivista.”³³

É bem de ver-se que o “homem em relação” foi tema de reflexão na obra do filósofo Emmanouel Lévinas, defendendo a “ética como filosofia primeira”. Nesse sentido, a ética está, para ele, na raiz e na constituição do ser humano, sendo uma dimensão originária, ontológica do ser humano, o que levou Martin Heidegger a desenvolver na sua análise fenomenológica da ética.³⁴

Lévinas pôs em questão a Fenomenologia de Heidegger (*Ser-no-mundo*), consoante se pode inferir de suas próprias conclusões: falava-se, antes, da palavra “ser” como se fosse um substantivo, embora seja um verbo por excelência. É ainda de sua Filosofia que se extrai mais esse ensinamento: O Rosto de outra pessoa questiona a minha precedência, o meu poder, a minha liberdade, ou seja, é por intermédio dele que me assalta a consciência. O Rosto é a prova da existência divina do Outro. O Rosto, em sua incomensurabilidade, desperta no Eu o desejo ético do Outro, a consciência moral. O Rosto é, enfim, “visitação e transcendência”.³⁵

Essa é, pois, em apertada síntese, a ética em Lévinas, que a descreve como o milagre antes da luz, ou seja, a ética é o milagre antes da razão. A filosofia de Lévinas requer, portanto, um novo modo de pensar a relação entre as pessoas.

³³ GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30. Registre-se que a Lei das XII Tábuas, editada no ano de 450 a.C., em Roma, foi marcante nesse novo período da humanidade.

³⁴ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis/São Paulo: Editora Vozes, 1988, p. 258.

³⁵ LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. 3. ed. Trad. Pergentino S. Pivatto (coord.). Petrópolis/RJ: Vozes, 2009, p. 67. Ele, nessa obra, mergulha as raízes de sua reflexão na Bíblia e no Talmude, no pensamento judaico contemporâneo (Buber e Rosenzweig), apresentando uma proposta ética para o homem.

Assim, estando o homem predestinado à busca dessa sua realização naquela dupla dimensão (matéria e espírito), o que só é possível concretizar numa vida de convivência social, salta aos olhos ser o Direito um dos instrumentos que ele pode e deve lançar mão para alcançar tal desiderato.

Não foi outra a conclusão de Jacy de Souza Mendonça, asseverando, ainda, *in verbis*:

A pessoa humana não é apenas um ser psicofísico imperfeito em busca da perfeição, mas é o único ser que *pode buscar* essa plenitude a partir de sua interioridade, das forças de sua própria natureza, porque é o único ser dotado de inteligência, que lhe permite visualizar o rumo da perfeição, e dotado de vontade livre, que o faz capaz de buscar e realizar seus próprios fins; o único ser que tem a *aptidão de realizar valores*, como dirá o filósofo alemão Nicolai Hartmann (1882-1950). Graças à razão e à liberdade, o homem realiza os valores que sua natureza lhe permite realizar. [...] Sua própria perfeição não é tarefa que ele possa realizar sozinho, ou em detrimento dos demais, porque necessariamente convive com outros homens que lhe são equivalentes. *Todos* somos, da mesma forma, dignos: *todos* merecemos a busca de nossa perfeição.³⁶

É relevante observar, *en passant*, que os povos antigos, a exemplo dos romanos, gregos e egípcios, não distinguiram corpo e alma, matéria e espírito. Por conseguinte, eles acreditavam que, com a morte, essas duas dimensões do ser humano iam para a sepultura sob outra forma de vida, podendo ajudar ou prejudicar os familiares supérstites. Em virtude desse entendimento, eles concluíam que os mortos deviam ser bem cuidados, razão pela qual era o *de cuius* sempre sepultado no terreno da família, acompanhado das coisas de que gostava. Com isso, para preservar as sepulturas daqueles que expiravam, as famílias preferiam não mudar para outro local, "o que deu origem ao conceito de propriedade e de bem de família."³⁷

Outro atributo indissociável do ser humano é a liberdade. Realmente, o homem é um ser nascido para a liberdade, sendo esta considerada, por isso, como um direito natural inerente à espécie humana. Não é outro o posicionamento de Léon Duguit, para quem o homem, ao nascer, desfruta de certos direitos subjetivos, nominados por ele de "direitos individuais naturais", dentre os quais sobreleva o de nascer "livre".³⁸

³⁶ MENDONÇA, Jacy de Souza. Ob. cit., p. 182.

³⁷ MENDONÇA, Jacy de Souza. Ob. cit., p. 210.

³⁸ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 11.

É no *estado de natureza* que o homem vive, na análise de John Locke,³⁹ em um "estado de perfeita liberdade" para regular suas ações e dispor de suas posses, tudo isso, é óbvio, com as restrições impostas pela lei da natureza, sem pedir permissão e nem depender da vontade de ninguém. Esse é, também, um estado de igualdade, à medida que todo o poder e a jurisdição são recíprocos, segundo aquela concepção Lockeana.

A liberdade é, pois, um valor do qual o homem jamais aceitou abrir mão, salvante nas eventuais hipóteses de viver sob o regime de governos déspotas. Mas, o que é, afinal, liberdade? Para Montesquieu, liberdade "é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder."⁴⁰ Por isso, Duguit assevera que, conquanto o homem natural, isolado, nasça livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa liberdade e independência, tudo isso representa "uma abstração desvinculada da realidade", porquanto o ser humano já nasce integrando uma sociedade; logo, a doutrina individualista "revela-se contraditória na prática."⁴¹

Assim, o homem, como ser dotado de liberdade e de razão, ao trasladar daquele *estado de natureza* para o *estado de sociedade civil*, fê-lo decerto condicionando a manutenção por parte do Estado ao seu direito de liberdade, a par de outros (*v. g.*, direito de vida e de propriedade).

Entretanto, somente a partir do século XIII é que começaram a ser expressamente contemplados os principais direitos inerentes à pessoa humana. Nessa esteira, surgem, na Inglaterra, as primeiras normas limitando os poderes do rei em favor dos nobres, a saber: a Magna Carta do Rei João Sem-Terra, de 1215⁴²; a Lei de *Habeas Corpus*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. Seguiu-se a Declaração dos Direitos do Estado de Virgínia (1776), onde restaram contemplados, na Seção I, os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Logo depois, foi proclamada a Independência dos Estados Unidos da América, cujo art. 1º de tal

³⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983, p.35.

⁴⁰ MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985 p. 148.

⁴¹ DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, pp. 15-16.

⁴² Segundo relata Fábio Konder Comparato, o rei, na verdade, foi obrigado a assinar essa *Magna Carta*, "como condição para a cessação das hostilidades", após a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: 2010, p. 86.

Declaração estadunidense estabelece que todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.⁴³

Na França, em 1789, fruto da Revolução ali desencadeada, e com o escopo de universalizar os postulados da liberdade, igualdade e fraternidade, é proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 4º diz consistir a liberdade em poder fazer tudo o que não prejudique outrem.⁴⁴

Já no século XX, veio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamando, em seu art. 1º, que todos os homens nascem livres; sendo considerada a liberdade um direito natural da pessoa humana, juntamente com o direito à vida e à segurança pessoal (art. 3º). Tal liberdade deve ser concebida da forma mais ampla possível, tanto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem fez questão de inserir, no art. 4º, a proibição da escravidão, além de ter consignado, em outros dispositivos, o direito de liberdade de locomoção, de expressão, de credo religioso, de associação etc., conforme se vê da simples leitura aos arts. 13, 18, 19 e 20.

A liberdade é, pois, destarte, uma propriedade peculiar da espécie humana; logo, privar o homem de sua liberdade significa lhe restringir ao direito da própria existência. Contudo, como o existir implica em "ser em ação" (o ser que não age não é), esse anseio natural do homem pela liberdade não pode ser ilimitado, posto que vivemos em uma sociedade organizada sob uma ordem normativa, na qual toda ação humana deve estar adstrita aos ditames legais em vigor. Afinal, o que caracteriza o homem e o diferencia dos demais seres é a sua capacidade de um agir livre, porém consciente, já que toda ação humana perpetrada há de observar e respeitar os direitos alheios. É que, sendo todos igualmente livres, porém necessitando cada qual de viver em sociedade, tal vida social exige a conciliação dessa liberdade. E, então, o Direito, por mais paradoxal que possa parecer, não sendo contra a liberdade, posto que, antes, fundamenta-se na "lei da liberdade", é o instrumento legal criado pelo Estado para permitir que todos possam viver em liberdade, à medida que cada um respeita a liberdade alheia.

Foi nesse diapasão que Immanuel Kant viu o Direito como sendo o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode se conciliar com o arbítrio

⁴³ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 2-3.

⁴⁴ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Ob. cit., p. 5.

dos demais membros de uma sociedade, segundo uma lei universal da liberdade. Desta sua definição do Direito, conforme observação feita por Norberto Bobbio,⁴⁵ tem-se o seguinte imperativo categórico, chamado por Kant de *lei universal do Direito*: "Atue externamente de maneira que o uso livre do teu arbítrio possa estar de acordo com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal."

Valor e liberdade fazem parte dos enunciados axiológicos, e são, na dialética do "sim" e do "não", termos conversíveis; isto por serem expressões do homem que, consoante já reportado em linhas anteriores, é o único ser que originariamente é e *vale*, enquanto *deve-ser*. Portanto, torna-se "impossível conceber-se um *deve-ser* sem liberdade, o que, no fundo, constitui a verdade contida no imperativo ético de Kant."⁴⁶

Ora, como a liberdade do meu atuar externamente está condicionada à liberdade de outrem, posto que o outro é igualmente livre como eu, tal liberdade deve ser limitada. Para tanto, a coação surge como garantia de tal liberdade; impedindo, assim, que o meu agir invada a esfera de liberdade do outro, caso em que resultaria na sua não-liberdade. Então, a coação, embora seja uma negação da minha liberdade, surge como um remédio daquela não-liberdade do outro; concluindo-se que *a negação da negação é a sua afirmação*. Eis o processo dialético inerente à liberdade vivida pelo homem no *estado de sociedade civil*, e que é aplicável, também, ao Direito posto.

Portanto, para uma pessoa viver em liberdade, mister se faz que ela renuncie parte de sua liberdade em prol da liberdade de todos os membros de um agrupamento humano. Não há, pois, destarte, liberdade absoluta, mas apenas liberdade relativa. Daí a razão pela qual Carnelutti, ao se reportar à liberdade, propõe acrescentar ao antigo aforismo *ubi societas ibi ius*, o seguinte axioma: *ubi libertas ibi non ius*.⁴⁷

Em sintonia com o acima mencionado, não se pode aqui deslembrar que, desde Gênesis, quando Deus disse ao primeiro homem, Adão, para que pudesse comer livremente de todos os frutos das árvores do Jardim do Éden, excepcionou o fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal. Considerando que Adão e Eva

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 70.

⁴⁶ REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1983, pp. 113-114.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, p. 21.

optaram por extrapolar os limites daquela liberdade dada pelo Criador, sofreram as consequências de seus atos, sendo expulsos do Paraíso.⁴⁸

Como se vê, essa capacidade de um agir *consciente e livre* brota, desde Gênesis, da interioridade do ser humano, fruto de uma decisão pessoal. Foi por isso que Immanuel Kant reduziu os principais direitos inerentes à pessoa humana (v. g., liberdade, igualdade, propriedade e segurança) em um só, qual seja, o direito de liberdade; figurando este, portanto, como a base de todo o sistema jurídico por ele defendido.⁴⁹

A par da liberdade, o homem tem uma inclinação natural na busca pelo domínio das coisas que estão ao seu redor, tudo isso com o fito de alcançar a sua realização pessoal. A propriedade representa, então, um fator relevante nessa sua busca em prol do prazer e da felicidade.

Com efeito, segundo Aristóteles, "o prazer que um homem sente quando uma coisa é sua é incomensuravelmente maior; porque o amor por si mesmo é um sentimento implantado pela natureza". Defende ele, ainda, que a propriedade é parte da família, enfatizando que "nenhum homem pode viver bem, ou mesmo viver apenas", sem que disponha das coisas necessárias, a exemplo da propriedade. Com isso, Aristóteles se posiciona a favor da propriedade privada em detrimento da comunitária.⁵⁰

Assim, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, com exclusividade, tem fundamento na natureza humana, porquanto sem essa apropriação de bens, de modo exclusivo, o homem não sobreviveria, já que não teria onde morar e nem disporia de alimentos para sobreviver, tampouco contaria com vestuário para se proteger das intempéries da vida. Daí a consideração do homem como um *ser de busca, encontro e domínio*, conforme reiteradamente salientado pelo prof. Willian Couto Gonçalves (informação verbal), em suas aulas de Ontologia dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministradas no Curso de Mestrado na Faculdade de Direito de Vitória (FDV).⁵¹

⁴⁸ **Bíblia Sagrada**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000, Gênesis 2:17; 3:1 e ss.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 75.

⁵⁰ ARISTÓTELES. Política. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 19 e 26.

⁵¹ Cumpre aqui registrar, *en passant*, que o Prof. Willian Couto sempre procurou também enfatizar, em suas aulas, que o homem, enquanto ser de liberdade, ainda que tenha essa inclinação natural de "busca, encontro e domínio das coisas", pode, voluntariamente, se limitar a querer para si, nesta

É oportuno observar que, quando Deus fez o homem, assim declarou: “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; **e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra**, e sobre todo réptil que se move sobre a terra.”⁵² (grifei)

Atente-se, pois, para o fato da natural inclinação do ser humano, desde o primeiro homem a habitar na Terra,⁵³ como um “*ser de busca, encontro e domínio*”. Há outras passagens bíblicas mostrando essa relação de Deus com o homem, bem como da sua inclinação natural pela busca e domínio das coisas; podendo ser citados, a título de exemplos, Noé e Abraão. Quanto a Noé, assim diz a Bíblia, logo após ter ocorrido o Dilúvio: “E começou Noé a ser lavrador da terra e plantou uma vinha.” Já em relação a Abraão, houve uma ordem emanada de Deus para que o mesmo saísse da sua terra, e da sua parentela, e da casa de seu pai, para a terra que Ele lhe mostraria; e, então, faria dele uma grande nação, abençoando-o em tudo.⁵⁴

Foi exatamente com base nas Sagradas Escrituras que John Locke, no capítulo V (Da Propriedade) do seu *Segundo Tratado sobre o Governo*, alertou para o fato de que “Deus, conforme diz o Rei Davi (SL 113,24), ‘deu a terra aos filhos dos homens’, concedendo-a em comum a todos os homens”; ressaltando que “Deus e a própria razão lhes ordenavam dominar a terra, isto é, melhorá-la para benefício da vida [...]”, o que seria feito mediante o trabalho.⁵⁵ Mais adiante, Locke procurou explicitar melhor essa sua tese, citando alguns personagens bíblicos:

[...] Assim, no começo, Caim podia ocupar a extensão do terreno que fosse capaz de lavrar, fazendo-a propriedade sua, deixando, entretanto, bastante aos cordeiros de Abel para que se alimentassem; alguns acres bastariam para as posses de um e outro. Mas, quando as famílias aumentaram e a atividade aumentou-lhes as reservas, as respectivas posses se ampliaram de acordo com as necessidades; contudo, era comumente sem qualquer

vida, por exemplo, apenas o patrimônio cultural (bem imaterial), renunciando, por conseguinte, às demais coisas terrenas, a exemplo dos bens materiais, igualmente suscetíveis de serem apropriadas pelo ser humano. A propósito dessa liberdade inerente ao homem, enquanto é, ao mesmo tempo, considerado ser de domínio, é aqui citada, mais adiante, como exemplo, a chamada “querela sobre a pobreza franciscana”, para onde remeto o leitor.

⁵² **Bíblia Sagrada**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo (SP) – Brasil, 2000, Gênesis 1:26.

⁵³ Isso na perspectiva adâmica ou edenística, admitindo-se a origem do homem em Adão, no Éden, de acordo com a narrativa das Sagradas Escrituras: **BÍBLIA SAGRADA**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000, Gênesis 1:26-31 e 2:1-25.

⁵⁴ **Bíblia Sagrada**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo (SP) – Brasil, 2000, Gênesis 12:1-3.

⁵⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983, p. 45.

propriedade fixa no solo de que se utilizavam, até que se incorporaram e se fixaram em conjunto, passando a construir cidades; e, então, por consentimento, chegaram ao ponto de estabelecer os limites dos seus territórios distintos [...]; porquanto vemos que na parte do mundo primeiramente habitada, e, portanto, capaz de ser mais bem povoada, mesmo nos tempos de Abraão, todos vagavam com os seus rebanhos e manadas que lhes davam subsistência livremente em todos os sentidos; e assim o fez Abraão em região onde era estranho. Donde se torna evidente que pelo menos grande parte da terra estava em comum, que os habitantes não lhe davam valor nem reivindicavam a propriedade em maior extensão do que a de que se utilizavam. Mas, quando não havia mais espaço suficiente no mesmo lugar para que os rebanhos se alimentassem juntos, separaram-se, por consentimento, como o fizeram Abraão e Ló (*Gên 13,5*), e aumentaram os seus pastos onde mais lhes convinha. [...].⁵⁶

Pelo que se percebe, o direito de propriedade é, de certa forma, condição *sine qua non* para que a pessoa humana possa viver bem, ou simplesmente viver. Disso tudo resulta justificada aquela concepção do homem como *ser de busca, encontro e domínio*. Justifica-se, também, o porquê de ter sido a propriedade, durante séculos, considerada como um direito inviolável e sagrado, exigindo-se, por via reflexa, rigorosa proteção por parte do Estado.

Nesse sentido, Pinto Ferreira, comentando sobre as Declarações de Direitos da Pensilvânia e da França, faz a seguinte observação:

Historicamente, no plano do direito comparado, a Declaração de Direitos da Pensilvânia (art. 1º) era rigorosa na proteção do direito de adquirir a propriedade, possuí-la, protegê-la, como um direito natural, essencial e inalienável. A proteção era tão grande que nem sequer permitia a desapropriação, mesmo com indenização (art. 8º).

A Declaração de Direitos da Revolução Francesa, lida em 11 de julho de 1789 (art. 1º), dizia: "... todo homem nasce com direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis ... o direito de propriedade". A Declaração foi lida por Lafayette, em grave momento de crise, quando a Assembléia Constituinte estava cercada pelas tropas reais. Esta determinação foi mais energicamente estatuída no art. 17 da referida Declaração, nos seguintes termos: "A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente acertada e sob a condição de justa e prévia indenização". A fórmula francesa é que correu mundo, relembra Alcino Pinto Falcão.⁵⁷

Não obstante ter sido a propriedade considerada como algo inerente à pessoa humana, os bens são limitados diante das necessidades dos seres humanos; logo, tal domínio sobre a coisa exercido por uma única pessoa, em detrimento das demais que se encontram à sua volta, impede estas de também realizarem os seus fins

⁵⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983, pp. 49-50.

naturais. Surge, então, o conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida.⁵⁷

Porém, quadra dizer que nem sempre um direito de propriedade resulta numa lide. Com efeito, um dado histórico assaz importante nessa questão envolvendo o livre arbítrio inerente ao homem como ser de domínio, mas também de liberdade, está na chamada “querela sobre a pobreza franciscana”. O relato abaixo transcrito, feito por Jacy de Souza Mendonça, resume bem essa questão:

No século XIII, os franciscanos, integrando uma congregação religiosa mendicante sob inspiração do frade italiano São Francisco de Assis (1182-1226), que renunciou até à herança paterna para assumir a pobreza, sustentavam o caráter pecaminoso da propriedade. Pretendiam estar amparados pela mensagem do Novo Testamento, segundo o qual o reino dos céus estaria destinado aos pobres e nele os ricos teriam mais dificuldades de entrar do que as dificuldades de um camelo para atravessar o buraco de uma agulha. No correr do tempo, no entanto, a congregação franciscana construiu igrejas, mosteiros, organizou bibliotecas e museus, riqueza essa que contrariava frontalmente a pregação sobre a excelência exclusiva da pobreza. Para suportar tal contradição, a congregação firmou um acordo com a Santa Sé, em razão do qual, em 1245, o papa Inocêncio V (1195-1254), na Bula *Ordinem Vestrum*, considerou a Igreja proprietária daqueles bens, reservando aos frades franciscanos somente o seu uso. O papa João XXII (1245-1334), no entanto, discípulo fiel de Santo Tomás de Aquino, a ponto de tê-lo canonizado, de tê-lo declarado *santo*, não compartilhava dessas ideias. Para ele, como para Santo Tomás de Aquino, o direito de propriedade não constituía pecado, mas, ao contrário, tinha raízes, fundamento e justificativa na natureza do homem, que não sobreviveria sem apropriar-se da natureza para colocá-la a seu uso exclusivo, ao menos como alimento, abrigo, ferramenta ou arma. Por isso, resolveu revogar o disposto nos documentos papais anteriores e declarar os franciscanos efetivos proprietários de todos aqueles bens.⁵⁹

Durante essa *querela*, envolvendo a Santa Sé e os franciscanos, houve um fato que teve um profundo reflexo no âmbito da Ciência Jurídica, a saber:

Em 1354, durante a disputa sobre o assunto, Miguel de Cèzane, Diretor-Geral da congregação franciscana, foi chamado pelo papa a Avignon e lá encontrou o filósofo inglês Guilherme de Ockham (1300-1349), que, preso no mesmo convento franciscano, aguardava o exame de suas teses filosóficas pela Santa Sé. Juntos, fugiram para a Baviera, onde o rei Luiz, em represália, declarou o papa herege e este, em contrapartida, declarou hereges Cèzare e Ockham. Foi nesse clima que Ockham e Cèzare escreveram juntos a Obra dos Noventa Dias (*Opus Nonaginta Dierum*), na qual contestavam violentamente a atitude papal.⁶⁰

⁵⁷ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100, v. 1.

⁵⁸ Esse é o conceito de lide elaborado por Francesco Carnelutti, citado por todos. Frederico Marques, comentando sobre tal conceito, disse preferir a expressão “pretensão insatisfeita”, por ser esta mais abrangente do que aquela (“pretensão resistida”). MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 6, vol. 1.

⁵⁹ MENDONÇA, Jacy de Souza. Ob. cit., pp. 138-139.

⁶⁰ MENDONÇA, Jacy de Souza. Ob. cit., p. 139.

Observa-se que essa defesa intransigente em favor dos franciscanos redundou numa análise ontológica acerca da natureza do Direito, mais precisamente quanto às reais diferenças entre o direito objetivo e o direito subjetivo. De fato, a tese de Ockham foi no sentido de (embora aceitasse o direito de propriedade sob o ponto de vista objetivo) defender que os franciscanos, sob o aspecto subjetivo, apenas *exerciam* esse direito, sem, contudo, serem os seus titulares; isto em face da cessão que fora feita de suas propriedades à Santa Sé. "Desde então, o tema dos direitos subjetivos ocupa sistematicamente todas as páginas dos estudos gerais sobre Direito."⁶¹

Esse é decerto um bom exemplo que distingue muito bem a pessoa humana como um ser de liberdade e também de domínio, e vice-versa.

Portanto, a *titularidade*, o *exercício* e a *exigibilidade* são os três momentos dos direitos subjetivos. A *titularidade* é o momento estático, no qual o direito vincula-se à pessoa. Corresponde o *exercício* ao momento dinâmico, no qual ela o exerce; assim, alguém pode ser titular de um crédito e não querer exercê-lo, perdendo-o (perdão expresso ou tácito). Já a *exigibilidade* é o momento extremo do direito subjetivo, o momento de seu dinamismo máximo, no qual o titular de um direito, sem poder exercê-lo, porque privado deste exercício por terceiro, vale-se dos recursos legais postos à sua disposição pelo ordenamento jurídico (v. g., protesto de um título ou ação judicial cabível) para exigí-lo de quem dele se apropriou.⁶²

Essa questão envolvendo o direito subjetivo é também enfrentada por Immanuel Kant, ao cuidar do fundamento do *meu* e do *teu* externos, formulando a regra fundamental do Direito nos seguintes termos: "Usa as coisas do mundo externo como meios para os teus fins." Ressalta Bobbio que, enquanto o objeto da moral é, para Kant, o mundo pessoal, o objeto do Direito é o mundo real.⁶³

Após tecidas tais considerações em torno do homem como ser de relação, liberdade e domínio, importa agora adentrar no âmbito mais restrito do direito de propriedade, analisando-o tanto sob a perspectiva do *estado de natureza* como do *estado de sociedade civil*, para, em seguida, perscrutar acerca do problema do fundamento jurídico da propriedade.

⁶¹ MENDONÇA, Jacy de Souza. Ob. cit., p. 139.

⁶² Ibidem, p. 140.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4.

1.2.1 O direito de propriedade no *estado de natureza*

Inicialmente, é bem de ver-se que todos os historiadores e filósofos concordam que houve um tempo em que a espécie humana viveu sobre a Terra em pleno *estado de natureza*, durante o qual estava à mercê do chamado “estado de guerra”.

Hugo Grócio identificou três as causas justas de guerra, a saber: (i) a defesa; (ii) a recuperação de propriedade; (iii) a punição de injustiça.⁶⁴ "Esse é o relato da história sagrada, que concorda bastante com o relato feito por filósofos e poetas. [...] E assim aprendemos como coisas se tornam propriedade... por um certo pacto, seja expresso, como por divisão, seja tácito, como por ocupação..."⁶⁵

Extrai-se do pensamento de Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, que os homens, ainda que vivendo no *estado de natureza*, são iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito (sabedoria). Por força dessa igualdade, origina-se a igualdade de esperança em se alcançar determinado bem, de sorte que se dois homens desejam a mesma coisa, eles se tornam inimigos. E, então, procuram se prevalecer pela força ou pela astúcia, eclodindo, por conseguinte, um estado de guerra; sendo três as causas principais de discórdia: a) a competição; b) a desconfiança; c) a glória. Explica Hobbes que a competição leva os homens ao estado de guerra pela pretensão do lucro; a segunda causa, por segurança; a terceira, por reputação.⁶⁶

No *estado de natureza*, é intuitivo, não há sociedade. Para usar literalmente as palavras de Hobbes,

E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.
[...] Onde não há poder comum, não há lei, e onde não há lei, não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. [...] **Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu;** só pertence a cada um aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. [...] ⁶⁷ (grifei)

Salta aos olhos, pois, que a condição da espécie humana no *estado de*

ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 100.

⁶⁴ GRÓCIO, Hugo. O direito da guerra e da paz. L. II, Cap. I, II, n. 2. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

⁶⁵ GRÓCIO, Hugo. Ob. cit., p. 88.

⁶⁶ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. **Leviatã**. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983, pp. 74-75.

⁶⁷ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., pp. 76-77.

natureza é de guerra de todos contra todos, tendo cada um direito a todas as coisas. Essa situação fática resulta numa total falta de segurança para se viver, o que não é bom para o homem; daí surgindo a necessidade dele "*procurar a paz, e segui-la*", lei primeira e fundamental da natureza, da qual deriva a segunda lei, a saber:

Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo.

Eis a *conditio sine qua non* para que o homem possa alcançar a paz e, com ela, a segurança de viver o tempo que a natureza permite que os homens vivam, segundo o pensamento de Thomas Hobbes, para quem tudo isso corresponde à "lei do Evangelho: *Faz aos outros o que queres que te façam a ti.*"⁶⁸

Hobbes ainda sustenta que, em consonância com essas duas leis da natureza, segue-se uma terceira: *Que os homens cumpram os pactos que celebrarem.* Isto porque, *a contrario sensu*, os pactos seriam inúteis, apenas "palavras vazias", permanecendo o direito de todos os homens a todas as coisas, caso em que não progrediriam daquela condição de guerra para a condição de paz. Para ele, é nessa terceira lei da natureza que reside a fonte e a origem da *justiça*, posto que, "depois de celebrado um pacto, rompê-lo é *injusto*. E a definição de *injustiça* não é outra senão o não cumprimento de um pacto. [...]", enquanto que "se diz que *a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu.*"⁶⁹

Há outras leis da natureza mencionadas por Hobbes,⁷⁰ todas ditando a paz como meio de preservação dos homens no mundo, sendo elas as únicas que dizem respeito ao que ele chama de "doutrina da sociedade civil".

Portanto, não resta dúvida alguma que somente no *estado de sociedade civil* os homens conseguirão cumprir os seus pactos, bem como observar aquelas leis da natureza. E isto ocorre

Porque as leis da natureza (como a *justiça*, a *equidade*, a *modéstia*, a *piedade*, ou, em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*), por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem

⁶⁸ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., pp. 78-79.

⁶⁹ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., p. 86.

⁷⁰ Todas essas "leis da natureza" estão consignadas nos capítulos XIV e XV do livro *Leviatã*.

força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis da natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.⁷¹

A partir dessa constatação, Hobbes acredita, então, ser a criação do Estado um destino incondicional para o cumprimento dos pactos entre os homens e a observância das leis da natureza. Isso, para ele, é mais do que consentimento, ou concórdia; é, sim, uma verdadeira unidade de todos, numa única e mesma pessoa, chamada de Estado⁷² (em latim, *civitas*). "É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *deus mortal* ao qual devemos, abaixo do *Deus imortal*, nossa paz e defesa."⁷³ Trata-se, *in casu*, do Estado por *instituição*, que difere do Estado *por aquisição*, quando se adquire o Poder Soberano pela força.⁷⁴

John Locke, não destoando do pensamento de Thomas Hobbes, também acredita que o homem vivia num *estado de natureza*, compreendendo este como um estado em que todos os homens se encontram naturalmente, ou seja, um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses do modo como bem lhes aprouvesse. Ainda na esteira dos seus ensinamentos, tal estado era também de igualdade, posto que "é recíproco qualquer poder e jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro [...]".⁷⁵

Os jusnaturalistas sustentam que a passagem do *estado natural* ao *estado civil* se deu mediante a seguinte alternativa: viver a anarquia no *estado natural* ou a servidão no *estado civil*. Noutras palavras: liberdade sem paz ou paz sem liberdade. Daí a necessidade imperiosa da passagem do *estado de natureza* para o *estado civil*. Nesse sentido, para Hobbes, entre o medo recíproco dos homens, no *estado de natureza*, e o medo do soberano, no *estado civil*, era preferível este último, razão pela qual deveriam renunciar tais direitos naturais.

Já para John Locke, essa mudança não implicaria numa renúncia total aos direitos naturais, mas, ao contrário, o *estado civil* representou a garantia da

⁷¹ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., p. 103.

⁷² Em outra passagem, mais precisamente no cap. XXI de sua reportada obra, Hobbes chama o Estado de "homem artificial".

⁷³ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., pp. 105-106.

⁷⁴ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., p. 106.

⁷⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro.

manutenção desses direitos, contando, agora, com a paz e a segurança do Estado. Portanto, se tal passagem, segundo Hobbes, levava ao *Estado Absoluto*, na concepção de Locke representava a fórmula ideológica do *Estado Liberal*.

Jean-Jacques Rousseau, por seu turno, discordando de Locke, volta à posição radical de Hobbes, mas desenvolve a teoria deste em sentido democrático. Assim, embora concorde com Hobbes que tal passagem entre ambos estados de modo incondicional, não existindo meio-termo, nega que o *estado civil* seja incompatível com a liberdade; logo, mediante seu *Contrato Social*, ele concilia o *estado civil* com a liberdade do homem.⁷⁶

Com efeito, para Rousseau, o que o homem perde, por força do *Contrato Social*, é sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo que tenta e consegue obter naquele *estado de natureza*; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. A liberdade civil, para ele, só é limitada pela “vontade geral”.⁷⁷

Destarte, enquanto Hobbes diz liberdade *ou* Estado, Rousseau advoga liberdade e Estado; sendo a liberdade, no *estado civil*, mais plena do que naquele *estado de natureza*, posto que a renúncia da liberdade e demais direitos naturais não é feita em favor de um terceiro (um soberano – *pactum subjectionis*, tal como pensado por Hobbes), mas, sim, em favor de todos (*pactum societatis*).

Respaldado em Norberto Bobbio, eis a síntese contendo as três fórmulas desses jusnaturalistas: *liberdade do Estado* (Locke), *servidão no Estado* (Hobbes) e *liberdade no Estado* (Rousseau).⁷⁸

Sem prejuízo da citada “teoria do contratualismo”, cumpre aqui registrar que Hugo Grócio, ao tratar dos *direitos comuns dos homens*, lembra que Deus deu à raça humana em geral o direito às coisas da natureza, após a sua criação, e de novo após o Dilúvio; sendo tudo em comum e indiviso, como se todos tivessem um patrimônio, podendo cada um tomar para seu uso o que quisesse e consumir o que pudesse, cujo estado seria possível de ser continuado se os homens tivessem permanecido em grande simplicidade, ou se tivessem vivido em grande boa vontade mútua. Mas, diz ele, essa vida em harmonia foi rompida pelo fato dos homens terem aplicado suas mentes em várias artes – as mais antigas artes, a agricultura e a

São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983, p. 35.

⁷⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 213 e ss.

⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 218.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4.

pastagem, apareceram com os primeiros irmãos (Caim e Abel) –, e, sobretudo, por conta da ambição. A Torre de Babel foi, para Grócio, o marco inicial do período em que os homens dividiram a terra entre eles e a possuíram.⁷⁹

Assim, seja mediante a “teoria do contratualismo”, seja através da História Bíblica, a passagem do *estado de natureza* para o *estado de sociedade civil* ocorreu de fato, sendo a propriedade considerada um dos principais motivos ensejadores de tal mudança.⁸⁰

1.2.2 O direito de propriedade no *estado de sociedade civil* e o problema de seu fundamento jurídico

Como já foi salientado, o homem, desde os primórdios da história, mesmo estando no *estado de natureza*, era inclinado a ter domínio sobre as coisas que lhe apeteciam, posto se tratar de um ser de busca, encontro e domínio. Entrementes, ao se encontrar naquele *estado de natureza*, a espécie humana estava o tempo todo vivendo uma insegurança atroz, seja quanto à sua vida, seja quanto aos seus pretensos bens.

Hugo Grócio, analisando a propriedade como um direito natural, sustenta que "a propriedade, tal como existe agora, é resultante da vontade humana; mas, uma vez introduzida, o próprio Direito Natural mostra que é ilícito eu tomar aquilo que é seu contra sua vontade". Por isso, a razão certa e a natureza da sociedade proíbem toda força que é contrária à sociedade, qual seja, aquela usada para atacar os direitos de outros; disso resultando que o objetivo da sociedade é que cada um possa ter o que é seu em segurança.⁸¹

ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 45-47.

⁷⁹ GRÓCIO, Hugo. Ob. cit., pp. 87-88.

⁸⁰ Vale registrar que, a par das concepções *jusnaturalistas* e *contratualistas*, existem outras concepções filosófico-jurídicas citadas pela doutrina que procuram justificar o fundamento legal dos direitos do homem, a saber: a) concepções *positivistas* (direitos do homem como faculdades outorgadas e reguladas pela lei positiva); b) concepções *idealistas* (direitos do homem como ideia que se projeta sobre o processo histórico); c) concepções *realistas* (direitos do homem como expressão da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais); d) concepções *objetivistas* (direitos do homem como realidades em si ou como valores objetivos ou decorrências de valores); e) concepções *subjetivistas* (direitos do homem como faculdades da vontade humana ou como manifestações de autonomia); f) concepções *institucionalistas* (direitos do homem como instituições inerentes à vida comunitária). MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra Editora, 2000, pp. 42-43, tomo IV (Direitos Fundamentais).

⁸¹ GRÓCIO, Hugo. Ob. cit., p. 80.

A passagem que a espécie humana fez do *estado da natureza* para o *estado de sociedade civil* representa, na verdade, o progresso da humanidade sobre a face da Terra. Daí, segundo Bobbio, Kant haver afirmado que a saída do estado primitivo (que é, para ele, provisório) para o da civilização corresponde a um “*dever para o homem*”.⁸²

O último jusnaturalista, Jean-Jacques Rousseau, em seu clássico livro intitulado *Do contrato social*, diz, no cap. VI, que o *estado civil* foi a forma de associação encontrada para defender e apoiar com toda a força coletiva a pessoa e os seus bens. O que o homem perde, através do “contrato social”, segundo Rousseau, é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que causa desejo e seja passível de sua obtenção; o que ganha é a *liberdade civil* e a propriedade de tudo aquilo que possui.⁸³

Pelo que se deflui dos ensinamentos aqui coligidos, a propriedade é, indubitavelmente, um instituto jurídico que sempre esteve presente na história da humanidade,⁸⁴ sendo vista, de certa forma, como condição *sine qua non* para que a pessoa humana possa viver bem, ou simplesmente viver. Essa é decerto uma das razões determinantes da manutenção, até hoje, da garantia do direito de propriedade nos textos legais.

Para concluir o presente tópico, resta analisar qual é o fundamento jurídico do direito de propriedade.

O problema do fundamento do direito de propriedade foi muito discutido pelos teóricos do Direito Natural. Assim, na tentativa de explicar qual a natureza jurídica da propriedade, são apresentadas pela dogmática jurídica quatro teorias, a saber:

⁸² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 121.

⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 218.

⁸⁴ Clóvis Beviláqua faz uma importante abordagem das diversas legislações dos povos antigos, através das quais restou contemplado o direito de propriedade individual. Dentre essas legislações, cita o referido jurista brasileiro, por exemplo: a) o Código de Hamurabi, enfatizando ser este o mais antigo código de leis que se conhece, e que com o mesmo “já se tornara privada a propriedade dos immoveis” (*sic*), haja vista que, a par de prever o vetusto *códex* o arrendamento de casas e terrenos de cultura, a mulher trazia para o lar conjugal um dote proveniente de sua família, tudo isso pressupondo a propriedade privada; b) as terras pertencentes ao povo hebreu, sendo elas redistribuídas a cada cinquenta anos (jubileu), de modo que a venda de propriedade imóvel era sempre limitada dentro daquele espaço de tempo, além do fato de tais vendas serem feitas sempre com o pacto de retrovenda, cujo direito podia ser exercido pelo parente mais próximo do alienante; c) na Índia, a propriedade já alcançara a fase do individualismo antes mesmo do Código de Manu, podendo a propriedade ser adquirida por compra, herança, execução ou achado. Há referências há outros povos, a exemplo dos egípcios, muçulmanos, peruanos (império incaico), gregos e germânicos. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, pp. 117-122.

1. *Teoria da ocupação* – fundamenta o direito de propriedade na ideia de que o homem adquire para si aquilo que não era de ninguém (*res nullius*). Logo, a propriedade individual se funda no ato da ocupação primária.

Tal teoria não retratou a realidade do instituto jurídico da propriedade, haja vista não ter ela sequer conformação dentro do grupo social humano. Por isso, essa teoria sofreu duras críticas por parte da doutrina, a exemplo do civilista Washington de Barros Monteiro, tendo ele afirmado que "a ocupação de coisas não apropriadas por quem quer que seja alarga o domínio do homem sobre a natureza; converte aquilo que não passa de simples objeto da natureza em valor econômico e cultural, enriquecendo desse modo o patrimônio da Nação."⁸⁵ Clóvis Beviláqua, por seu turno, alerta para o fato de que tal doutrina nada diz quanto ao fundamento racional da propriedade; ela, na verdade, apenas afirma um fato, não constrói uma doutrina.⁸⁶

2. *Teoria da lei* – para esta teoria, tendo em Montesquieu o seu maior defensor, o fundamento jurídico do direito de propriedade passou a ser a previsão legal, isto é, buscou-se a justificativa do direito de propriedade mediante autorização e garantia dada pelo Estado-Legislador; daí a sua denominação *teoria da lei*. Ela prevaleceu durante o século XVIII até a metade do século XIX, tendo também sofrido críticas por parte dos doutrinadores, como a feita por Maria Helena Diniz, ao asseverar ser tal teoria "insuficiente" para justificar o direito de propriedade, isto "porque não se pode fundar a propriedade na vontade do legislador que a cria, pois a mesma poderia ser levada a suprimi-la."⁸⁷

3. *Teoria do trabalho* – esta teoria, fundada por John Locke, defende ser o trabalho o fundamento jurídico do direito de propriedade, posto que, segundo o magistério de Washington de Barros Monteiro, "não é a simples apropriação da coisa ou do objeto da natureza que os submete ao domínio do homem, mas sua transformação por meio da forma dada à matéria bruta pelo trabalho humano." Para ele, portanto, "só o trabalho, criador único de bens, constitui título legítimo para a propriedade."⁸⁸

⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. Atual. Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77. Vol. 3.

⁸⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, p. 128.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 103. Vol. 4.

⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 78.

Essa teoria também tem sido objeto de críticas doutrinárias, concentrando estas no fato de a contraprestação pelo trabalho realizado ser, via de regra, o salário devido, a remuneração, e não o produto.

4. *Teoria da natureza humana* – afirma esta teoria ser inerente à pessoa humana a apropriação das coisas, que justifica sua existência e pode garantir sua liberdade. De fato, o homem, a par de ser livre, é um ser de busca, encontro e domínio; logo, a existência da propriedade afigura-se como uma das formas de consecução das finalidades da pessoa humana.

Registre-se que esta última teoria foi a que encontrou maior número de adeptos, sendo ainda hoje a que se mostra mais compatível com a realidade envolvendo a espécie humana. Um dos juristas adeptos dessa teoria foi Clóvis Beviláqua, por ele chamada de *teoria da instituição*. Segundo ele, o verdadeiro fundamento da propriedade é o instinto de conservação, que leva a criatura humana a se apoderar das coisas, que lhe servem, a princípio, para satisfazer a fome e, depois, as múltiplas necessidades de ordem física e moral. É por força dessa teoria que é, na concepção desse jurista pernambucano, assegurado ao homem a base para o seu desenvolvimento individual e para a manutenção da sua família, assim como a promoção dos grupos sociais, além de ser precioso estímulo ao trabalho e à boa ordem social. Com o desenvolvimento da sociedade e sua organização jurídica, o respeito à propriedade alheia, então, se afirma.⁸⁹

Quadra aqui esclarecer que Norberto Bobbio⁹⁰ fez a divisão das aludidas teorias em dois grandes grupos: o primeiro, defendendo que a propriedade é um direito natural, isto é, um direito que nasce no *estado de natureza*; antes, portanto, e independentemente do surgimento do Estado. O segundo grupo, açambarcando as teorias que sustentam ter o direito de propriedade nascido somente como consequência da constituição do *estado de sociedade civil*; logo, é um direito positivo. Nota-se que Hobbes e Rousseau estão neste último grupo, enquanto Locke e Kant fazem parte daquele primeiro grupo.

Observa o jurista italiano Norberto Bobbio que, embora John Locke e Immanuel Kant comunguem da ideia de que a propriedade é um direito natural, Locke fundamenta a sua teoria no trabalho, que faz com que o homem usufrua da

⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, p. 130.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 103.

terra, cultivando-a e deixando-a fértil e frutífera; ou seja, lhe confere *valor*, fato que lhe dá o direito natural à propriedade. Kant, por seu turno, defende que, apesar da propriedade ser um direito natural, a aquisição jurídica de uma coisa como própria é meramente *provisória* (enquanto permanecer no *estado de natureza*), somente se tornando *peremptória* após a constituição do Estado (*estado civil*). Importante acrescentar, ainda, que Kant também entende que a aquisição originária da propriedade se dá pela *ocupação*, e não pelo trabalho.⁹¹

Assim, Bobbio, baseado na concepção de Kant, explica que o Direito Natural não deve desaparecer após a constituição do Estado, mas deve usufruir das garantias inexistentes no *estado de natureza*. Afinal, o *estado de sociedade civil* nasce não para anular o Direito Natural, mas, sim, para possibilitar o seu exercício através da coação. É que o Direito posto e o Direito Natural não estão numa relação de antítese, mas de *integração*, posto que o que muda na passagem "não é a substância, mas a *forma*". O Estado, portanto, "não modifica os principais institutos de direito privado que surgiram nas relações dos indivíduos no estado de natureza, como a propriedade, o contrato com suas principais espécies, a sucessão."⁹²

É de se lembrar que foi essa, também, a posição adotada pela Igreja Católica, conforme se vê da Encíclica Quadragésimo Ano, do Papa Pio XI, quando afirma que "o direito de possuir bens individualmente não provém da lei dos homens, mas da natureza; a autoridade pública não pode aboli-lo, porém, somente regular o seu uso e acomodá-lo ao bem do homem." Registre-se que o Papa João XXIII, na obra *Mater et Magistra*, manteve tal posicionamento, devendo o instituto da propriedade, pois, ser considerado como um meio de garantia da estrutura familiar e da própria pessoa humana.

Em congruência com o acima alinhavado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) contemplou, em seu art. 17, o "direito à propriedade" como um bem a ser garantido por lei a todo homem (só ou em sociedade com outros); proibindo que seja o proprietário privado dela arbitrariamente.

É no *estado de sociedade civil*, portanto, que o homem alcança a segurança necessária para que possa garantir o seu direito de propriedade. Cabe ao Estado,

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 105.

⁹² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 120.

então, a responsabilidade pela regulamentação quanto à forma de aquisição da propriedade e a maneira pela qual o ser humano dela fará uso, gozo e fruição, além do seu poder de disposição da coisa.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Depois de levar a efeito uma investigação teórico-científica acerca do instituto da propriedade entre o *estado de natureza* e o *estado de sociedade civil*, impõe-se trazer à tona, agora, uma abordagem relacionada à sua evolução histórica.

Como é sabido, nos primeiros agrupamentos humanos não havia lugar para a propriedade da maneira como a conhecemos hoje, mas apenas sob a forma rudimentar de domínio sobre um mínimo de bens individuais de uso pessoal. Tal fato ocorria pela própria situação de nomadismo desses grupos.

Realmente, como os homens viviam exclusivamente da caça, da pesca e de frutos silvestres, não aflorava a preocupação acerca da apropriação do solo. A cultura do solo e a criação de animais eram feitas em comum. Desaparecendo ou diminuindo os recursos naturais da caça, pesca e agricultura no território, o grupo social se desloca para outras terras. Portanto, em não estando o homem preso ao solo, não havia noção de utilização privativa do bem imóvel.

Clóvis Beviláqua, comentando a respeito desse período histórico, salienta que o solo ocupado não podia, por conta disso, ter caráter individual, já que a relação entre o referido bem e a pessoa se dava como “posse econômica da colectividade”, isto porque o solo era possuído em comum pela tribo inteira, temporariamente, posto que, “de tempos em tempos, se levantava o grupo, abandonava as ocas, e mais longe ia fixar os seus lares, não se demorando em um local, ordinariamente, mais de cinco a seis anos.” Somente com a cultura das terras, complementa Beviláqua, é que foi se acentuando o sentimento da propriedade individual, estabilizando, então, o homem. E complementa: “prendendo-o mais fortemente, ao solo dadivoso, deu-lhe personalidade diferenciada. E com o estabelecimento do Estado, os direitos individuais adquiriram mais nitidez e segurança [...] transformando o associado desse grupo em cidadão.”⁹³

⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, p. 116. É de se observar que o vernáculo acima transcrito corresponde ao que consta do original da referida obra.

Nesse sentido, para Darcy Azambuja, respaldado em Hauriou, houve duas variedades humanas, sucessivamente: a humanidade nômade (o *homo vagus*) e a humanidade sedentária (o *homo manens*). “É com a humanidade sedentária que começa a civilização e a história, assim como a maior parte das instituições que nos são familiares”, a exemplo da propriedade privada, posto que a vida sedentária é que “determina a exploração sistemática da terra, o aparecimento de atividades econômicas mais complexas, o surgimento das primeiras cidades.”⁹⁴

Portanto, os regimes de propriedade foram se modificando, *pari passu*, com a evolução dos regimes de produção e com os paralelos regimes de trabalho. Não é outra a análise também feita por Machado Neto, sendo de bom alvitre aqui transcrever a sua síntese acerca de toda essa evolução histórica da propriedade:

Entre os primitivos, a propriedade era sagrada. A terra era comum ao grupo e supostamente conservada pelos antepassados mortos, os *manes*, donde a impossibilidade de sua alienação. A propriedade dos bens móveis interpretava-se, pelo princípio de participação, como apêndices ou prolongamentos do corpo, razão pela qual era frequente que os pertences pessoais fossem enterrados com seu dono.

Na Grécia antiga, a terra e a casa eram propriedades familiares, protegidas pelos deuses domésticos, por isso chamados deuses *lares*. O incremento do comércio nas cidades-estado foi responsável pelo aparecimento do individualismo em todos os seus aspectos inclusive, por suposto, a propriedade privada, análoga evolução tendo ocorrido também na civilização romana, onde o estatuto da propriedade individual no *Corpus Juris Civilis* se constitui no padrão do direito dominial (de *dominus*, senhor, proprietário) para todos os tempos vindouros.

Quando, após a Idade Média, o capitalismo se expande por todo o mundo ocidental, a propriedade privada no estilo romano passou a ser um dogma jurídico fundamental, recentemente reduzido em sua importância pelas hoje variadas restrições à propriedade individual, todas elas de caráter e origem social.

[...]

Mesmo nos países não socialistas, a interferência do Estado na vida econômica para evitar a rutura do sistema pela disputa capital-trabalho tem feito numerosas limitações ao poder do proprietário e aos seus direitos. Algumas indústrias são definidas como monopólio estatal, ficando os particulares impedidos de explorá-las. As leis trabalhistas e fiscais estabelecem outras tantas limitações à liberdade de comércio e indústria, outrora um dogma liberal. Até mesmo o zelo artístico, histórico e cultural do Estado contemporâneo põe limitações ao uso e gozo da propriedade individual ao tombar prédios e obras de arte de propriedade particular que, após tombados, seus proprietários ficam impossibilitados de destruí-los ou modifica-los. Por essas e outras limitações, costuma-se dizer que a propriedade individual está cedendo lugar à propriedade social.⁹⁵

⁹⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 19. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1980, p. 107.

⁹⁵ MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, ZAHIDÉ. **Sociologia básica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 128-129.

Vê-se, pois, assim, que essa noção de propriedade individual ampla foi firmada na Grécia e em Roma, fundada em um modelo de família gentílica, em que o *pater familias* desenvolvia a liderança no grupo. A noção de propriedade imobiliária individual data da Lei das XII Tábuas, sendo que, nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Todavia, fixou-se, paulatinamente, o costume de conceder sempre aquela porção de terra às mesmas pessoas, ano após ano. Com isso, o *pater familias* se instalou, construindo sua moradia e vivendo com sua família e escravos. Nota-se que a família antiga, organização patriarcal, era um grupo de produção; daí não ser por acaso, segundo observação de Machado Neto, que “a palavra grega *oikos*, que significa a casa, *habitat* da família, entrou na composição do vocábulo economia (de *oikos*, casa e *nomoi* regras, normas, em grego).”⁹⁶ Segue-se que a ideia de família (no passado) reúne, além das pessoas que a compõem, a propriedade em seu sentido *lato*, “isto é, a terra e as habitações, depósitos e túmulos nela construídos. Garante-se a manutenção da Vida e da estrutura integral de segurança do homem.”⁹⁷

Inferre-se, do exposto, que a propriedade familiar se sobrepõe àquela propriedade comunitária, sendo depois, com a dissolução do modelo gentílico, transformada em propriedade realmente individual.

Luiz Edson Fachin⁹⁸ faz os seguintes comentários a respeito desse contexto histórico:

Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora da propriedade, isto é, a *posse para a usucapião*.

[...]

O estudo da posse, por conseguinte, está diretamente relacionado com a compreensão do fenômeno da propriedade, nas dimensões histórica e jurídica, depreendendo-se por aí as razões sociais que determinaram a supremacia do direito de propriedade. Na síntese da evolução histórica do instituto da propriedade, emerge a constatação de que as condições econômicas e políticas determinaram a origem e o desenvolvimento da propriedade, sob uma forma ou outra. Período que tem fugido ao estudo dos juristas é aquele que antecede ao Direito Clássico. Em verdade, as informações dessa fase são parcas, contraditórias, e, por isso, discutíveis. Nesse estágio primitivo, é possível admitir que a propriedade comum constituiu a primeira forma de

⁹⁶ MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, ZAHIDÉ. Ob. cit., p. 150.

⁹⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 101.

⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, pp. 13-14.

propriedade, diretamente ligada à concepção então vigente acerca da família. [...]
 Nessa linha, entende Washington de Barros Monteiro que “parece que a propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, porém, paulatinamente, em propriedade individual”; mais: “trata-se, contudo, de ponto obscuro da história do Direito e sobre a qual ainda não foi dita a última palavra”.

Em complementação a esses ensinamentos, afirma o referido autor que na antiguidade, em Roma, somente ao cidadão romano era dado o privilégio de adquirir a propriedade, pela *mancipatio*. Mais tarde, estendeu-se o *ius commercii* aos estrangeiros, ampliando-se a aquisição do solo. A propriedade se constituiu, então, direito absoluto e perpétuo, excluindo-se a possibilidade em exercitá-lo vários titulares. A Idade Média, por seu turno, consagrou a superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único bem, e a Revolução Francesa instaurou o individualismo e o liberalismo.⁹⁹

Paulo Dourado de Gusmão, analisando todo esse esforço histórico da propriedade, assim sintetiza:

primeiro, comunhão de bens, depois, propriedade do chefe do grupo social (rei, sacerdote-rei etc.), finalmente, propriedade familiar e, tardiamente, propriedade individual. Esta, que com o individualismo tornou-se absoluta [...] como prescrevia o Código de Napoleão, sofre hoje o impacto do interesse social. O uso abusivo da propriedade é vedado.¹⁰⁰

Portanto, com a queda do Império Romano, seguiu-se o modelo feudal, sendo que a sua principal característica residia na concentração da propriedade e na exploração indireta da terra. Concentrava-se a propriedade em mãos dos poucos senhores feudais, que permitiam a seus servos explorarem as terras em troca de vassalagem. Apesar do Absolutismo Monárquico ser o regime que imperava na época, o poder exercido pelo rei era mais formal do que concreto, já que, no feudo, era o senhor feudal titular de poder absoluto.

Através do desenvolvimento da burguesia, veio a Revolução Francesa,¹⁰¹ implicando na retomada do conceito romano de propriedade individual, o que foi consolidado através do Código Civil de Napoleão (1804). Este diploma legal

⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 15.

¹⁰⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo de direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 318.

¹⁰¹ A Revolução Francesa se inspirou nos filósofos iluministas, a exemplo de Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau, que defendiam o direito individual de propriedade como sendo

influenciou sobretudo as legislações de outros países nos séculos XIX e XX, contemplando, em seu art. 554, a propriedade como um direito praticamente absoluto. Aliás, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada logo após a Revolução Francesa, já previa a propriedade como sendo um direito inviolável e sagrado, conforme se depreende da dicção do art. 17: “A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente acertada e sob a condição de justa e prévia indenização.”¹⁰²

É bem de ver-se que, na Idade Moderna, surge primeiro o Estado Absoluto, vigente até fins do século XVII (caracterizado pela ascensão da burguesia). Depois, substituindo o Estado Absoluto, aparece o Estado Liberal, símbolo do liberalismo econômico,¹⁰³ tendo como antecedentes causais, antes da Revolução Francesa (1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o *Bill of Rights* inglês (1689) e a Declaração dos Direitos de Virgínia (EUA – 1776), figurando como características fundamentais o primado da lei e a subordinação desta à Carta Magna. Nota-se que a primeira fase do Direito moderno se estende da Revolução Francesa até a última década do século XIX, tendo como termo referencial *ad quem* o Código Civil alemão de 1900, que assinala o apogeu de uma era de mercado de cunho sistemático formal, ainda sob o influxo de ideias individualistas.

A autonomia da vontade era tida, na Ciência Jurídica do século XIX, como a “pedra angular do Direito”, não podendo o Estado intervir, mas tão-somente proteger, através das leis, a vontade dos cidadãos em suas relações jurídico-sociais. Com isso, o regime liberal fez da propriedade um direito quase que incondicionalmente absoluto, tendo no contrato o seu lídimo instrumento jurídico de transmissão de riquezas; e a burguesia foi quem mais se beneficiou, concentrando mais riqueza em suas mãos.

Por isso, Enzo Roppo¹⁰⁴ afirma que, com o advento da Revolução Francesa e seus reflexos no mundo jurídico, o que houve foi uma substituição do “Absolutismo Monárquico” (em que privilegiava os direitos feudais) para uma “Monarquia da

um dos fundamentos da passagem do *estado de natureza* para o *estado de sociedade civil*.

¹⁰² FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100, v. 1.

¹⁰³ O liberalismo econômico (ao lado do voluntarismo jurídico) está fundamentado no famoso axioma *laissez-faire, laissez-passer*.

¹⁰⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 45.

Propriedade Privada” (privilegiando os direitos da burguesia). E tudo isso, diga-se de passagem, tendo por sustentáculo o pensamento econômico-filosófico de Adam Smith, segundo o qual uma “mão invisível” regularia a livre concorrência no mercado de consumo.¹⁰⁵ Defendia-se, no Estado Liberal, que toda relação contratual, livremente constituída, seria justa (*qui dit contractuelle, dit juste* – “quem diz contratual, diz justo”).¹⁰⁶ Compreendia-se “justa” tal relação contratual porque realizada entre homens livres (liberdade de contratar) e iguais (igualdade formal).

Entre os doutrinadores brasileiros, é oportuno transcrever, a respeito dessa fase histórica do Direito, os comentários de Orlando Gomes,¹⁰⁷ para quem essa tão proclamada igualdade formal

se funda na aparência de que toda relação contratual, livremente constituída, é justa porque travada entre homens livres e iguais. A igualdade jurídica era abstrata e, portanto, meramente formal. Não se deveria levar em conta as desigualdades sociais, tão substanciais, entretanto, que modificavam a lógica do direito contratual, como se veio a reconhecer à medida que o regime econômico evoluía e reclamava outro instrumento jurídico e outras técnicas contratuais.

Deve ser ainda lembrado, *en passant*, que, durante esse período histórico, o Poder Legislativo era quem ditava sozinho o Direito posto, cabendo aos magistrados, quando de suas decisões, a simplória tarefa de apenas declarar o conteúdo existente na lei, sendo-lhes vedada qualquer interpretação jurídica. Nas palavras de Montesquieu: “[...] os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, serem inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. [...]”¹⁰⁸

Foi sob a égide desse Estado Liberal, símbolo do liberalismo econômico, que passou a propriedade individual, ao lado dos direitos relacionados à vida, liberdade e igualdade (formal), a ser garantida em lei, inclusive nas Constituições,¹⁰⁹ sendo

¹⁰⁵ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. 3. ed. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983.

¹⁰⁶ ALVIM, Arruda. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 104.

¹⁰⁸ MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985 p. 152.

¹⁰⁹ Havia, na era oitocentista, uma crença de que onde existisse uma Constituição, estariam também garantidos os direitos fundamentais. A propósito, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em seu art. 16, declara que “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição.”

então considerada como um direito fundamental da pessoa humana.¹¹⁰ Figurava a propriedade individual no elenco dos chamados *direitos de primeira dimensão*.¹¹¹

Todavia, esse modelo de Estado absenteísta, não intervencionista (*status negativus*), levou a um grande abismo social, isto em decorrência do fenômeno histórico da Revolução Industrial, acentuado com as consequências advindas da Primeira Guerra Mundial, razão pela qual foi necessário o surgimento do Estado Social (ou do Bem-Estar Social), passando o Estado a ter uma postura ativa (deveres prestacionais), objetivando resolver o problema da desigualdade econômica e social (*status positivus* imposto ao poder estatal). Cuidava-se de uma nova categoria de direitos fundamentais, ditos de *segunda dimensão* (ou *geração*), preocupados com as relações de trabalho, da economia, educação, cultura, saúde, previdência social etc.

Em congruência com o estabelecimento desses direitos fundamentais de segunda dimensão, para restringir o caráter absoluto do direito de propriedade, que estava contribuindo sobremodo para aumentar a riqueza de poucos e da miséria de muitos, surgiu a *teoria do abuso de direito*.¹¹² Mas, o grande golpe na propriedade individualista aconteceu com Léon Duguit, cujo jurista, sem negar a existência do direito de propriedade privada, identificava a necessidade de submissão do seu exercício a um direito coletivo.¹¹³

Assim, com o advento do constitucionalismo social, abriu-se de vez o caminho para que o direito de propriedade fosse condicionado à sua *função social*, assunto que, dada a sua importância, é objeto de análise a seguir, em tópico específico. Frise-se, desde logo, que as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919)

¹¹⁰ Nesse sentido, porém ressalvando, atualmente, a função social da propriedade: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1991, p. 239; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís A. Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 339.

¹¹¹ Boa parte da doutrina tem preferido o uso da expressão "dimensão", ao invés de "geração" de direitos, posto que esta última dá uma ideia de quebra, ruptura, por induzir a uma sucessão cronológica, algo que ficou no tempo; ao passo que aquela induz à ideia de continuidade e aperfeiçoamento. Nesse sentido: Cf. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra Editora, 2000, p. 24, tomo IV (Direitos Fundamentais). BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 87-89.

¹¹² Por se tratar a referida teoria de um assunto não pertinente ao tema desta dissertação, recomenda-se ao leitor interessado, a título de uma leitura introdutória, consultar a obra de Sergio Cavalieri Filho, **Programa de responsabilidade civil**, 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, a partir da p. 168.

¹¹³ Essa nova concepção da propriedade, à luz das ideias de Duguit, é comentada, com mais minudência, no tópico seguinte.

são consideradas, por todos, como iniciadoras do denominado *constitucionalismo social*, que substituiu o *constitucionalismo liberal*.

1.4 A PROPRIEDADE COMO DIREITO ABSOLUTO EM CONFRONTO COM A DOCTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL

Ninguém contesta o fato de ter sido através da Revolução Francesa (1789) que se proclamou a libertação das instituições, dentre as quais se destaca o direito de propriedade, um dos anseios da burguesia naquela feita. No dizer de Orlando Gomes, “a Revolução, numa palavra, liberta o solo.”¹¹⁴

Assim, tendo a propriedade como direito inviolável e sagrado, ao lado da liberdade e igualdade contratual (com o dogma do *pacta sunt servanda*), foi estabelecido todo o arcabouço jurídico do século XIX, encontrando terreno fértil no modelo de Estado que passou a vigor, qual seja, o Estado Liberal.

Arruda Alvim¹¹⁵ explica que esse sistema liberal implantado era de

um “Estado-polícia” [...] porque, na verdade, as suas funções se circunscreviam, única e exclusivamente, a uma ordem jurídica mínima [...] Era, portanto, um Estado absenteísta, deixando transparecer que a melhor maneira de viver era esta: com a garantia do direito de propriedade e com esta larga escala de liberdade na esfera obrigacional e contratual [...] O sujeito de direito era o indivíduo (o burguês), e todos os indivíduos eram considerados pela ordem jurídica como iguais (igualdade formal), sem se preocupar o legislador com desigualdades de fato.

É na esteira dessas mudanças político-sócio-econômicas que entra em vigor o Código Civil francês (1804). Por ser liberal, editado para uma sociedade capitalista, ele continha uma ordem baseada no *laissez-faire, laissez-passer*.¹¹⁶ Tal diploma legal, que ficou conhecido como “Código de Napoleão”, tendo por escopo libertar a propriedade fundiária de sua origem feudal, cujo regime impedia o seu uso adequado com vistas ao progresso econômico-financeiro, assim definiu a propriedade, em seu art. 544: “*la propriété le droit de jouir et disposer de choses de*

¹¹⁴ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 118.

¹¹⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

¹¹⁶ A expressão “*Laissez-faire*” (“deixe fazer”), indica a não interferência estatal em determinadas atividades econômicas de seus cidadãos; já a expressão “*laissez-passer*” (“livre trânsito”) corresponde ao que é dado (por escrito) pelo Estado. Cf. TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 36.

la manière le plus absolue” (a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta).¹¹⁷

É importante frisar que a burguesia, depois da tomada do Poder das mãos da nobreza, necessitava contar com segurança jurídica e política, mesmo porque a maioria dos magistrados era dessa classe então dominante. Daí a preocupação da burguesia em fazer inserir no reportado Código Civil dois dos pilares da Revolução Francesa, quais sejam, a igualdade formal e a liberdade civil.¹¹⁸

Uma vez implantada pela burguesia essa visão liberal, ficando o Estado impedido de intervir nas relações entre particulares e não sendo permitida ao Poder Judiciário nenhuma interpretação do texto legal (mais tarde, porém, permitiu-se apenas a interpretação *gramatical*), estava sacramentada, assim, a concepção individualista do Direito, tendo no contrato o principal instrumento (legal) para aumentar a concentração de riqueza nas mãos da burguesia. Com isso, o instituto da propriedade, erigido à condição de categoria-chave de todo o processo econômico, transforma-se num símbolo de riqueza e poder.

José de Oliveira Ascensão, comentando a respeito desse fato histórico, assim declara: “Abolidos os vínculos feudais e instaurada uma nova ordem dos direitos sobre as coisas, um sistema fechado serve à maravilha para perpetuar as conquistas obtidas; tudo o que se não adaptar ao esquema legislativo é rejeitado.”¹¹⁹

Enzo Roppo,¹²⁰ por seu turno, diz, textualmente:

O mundo liberal fez da propriedade privada um direito quase que absoluto. Assim, ao querer legitimar o imperialismo da propriedade na Revolução Francesa, substituiu-se o absolutismo da monarquia de direito divino, por uma espécie de “monarquia da propriedade privada”.

Esse conceito de propriedade propugnado pelo Estado Liberal, esvaziado de conteúdo axiológico, se espargiu pelo mundo afora, influenciando outras nações. De fato, o Código Civil italiano (1865) e o Código Civil espanhol (1889) assim definiram

¹¹⁷ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 36.

¹¹⁸ O outro pilar é a fraternidade. Este pilar, segundo Arruda Alvim, jamais foi plenamente concretizado; ocorrendo, da mesma forma, em nossos dias, com relação à solidariedade. Ele fez tal afirmação na sede da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo (EMES), por ocasião da aula inaugural do curso de pós-graduação (*Direito Civil e Processo Civil*), realizado no ano de 2006, mediante convênio avençado entre a EMES e a FADISP/CONSULTIME. (informação verbal)

¹¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 74.

¹²⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 45.

“propriedade”, respectivamente: “*la proprietá è il diritto di godere e disporre della cosa nela maniera piú abssoluta*” (art. 436); “*la propiedad es el derecho de gozar Y disponer de una cosa*” (art. 148).¹²¹

Ainda sob o influxo dessas ideias do “mundo liberal”, surge o Código Civil alemão de 1900; contendo o mesmo, todavia, alguns avanços de cunho sistemático formal.

Quanto à nossa legislação, ninguém contesta que o revogado Código Civil de 1916 também sofreu influência daquele Código francês, tanto que conceituou “propriedade” como sendo a faculdade do proprietário “*de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-lo de quem quer que injustamente os possua*” (art. 524).

Essa concepção individualista do Direito, correspondente ao capitalismo na ordem econômica e ao liberalismo na ordem política, prevaleceu até os primeiros anos do século XX. Realmente, depois da Primeira Guerra Mundial, toda essa estrutura jurídica restou abalada, e com ela os valores do *individualismo jurídico* foram substituídos pelos valores sociais, exigindo mudança na legislação, obrigando o Estado a sair daquela posição de mero expectador (*L'État Gendarme – Estado-polícia*) para intervir diretamente na economia, ocasião em que passa a prevalecer o *dirigismo contratual* objetivando conter a expansão das desigualdades sociais.¹²² O Estado Liberal é, então, substituído pelo Estado Social (também chamado de Estado do Bem-Estar Social), passando os institutos do contrato e da propriedade a ser vistos sob o império da *função social*.

Consoante já salientado em linhas anteriores, a Constituição alemã de 1919 (de Weimar) foi a responsável pela instalação do modelo de Estado Social, contrapondo-se ao do Estado Liberal. Entretanto, sem contestar a importância daquela Carta Política da Alemanha na mudança de paradigma estatal, vale a observação de Arruda Alvim, para quem

deve-se mencionar a Constituição mexicana que antecedeu a de Weimar, no ano de 1917, e que, na verdade, foi talvez a primeira Constituição que procurou girar um modelo de Estado do Bem-Estar Social. Tanto a Constituição mexicana (art. 27, alínea 3ª – “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interes público...”) quanto a Constituição alemã de Weimar (art. 153, *in fine*, e atual art. 14, II, onde se lê que a “propriedade obriga”) continham dispositivos

¹²¹ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 36.

¹²² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, pp. 630-631.

que modificaram profundamente o art. 554 do Código Civil francês – cujo texto se espalhou para um sem-número de diplomas civis – e onde se lê que o direito de propriedade era o direito absoluto de gozar e usar da coisa, salvo norma de ordem pública ou os bons costumes.¹²³

É do mesmo autor em referência, em continuação à abordagem supramencionada, a explicação que se segue:

A Constituição mexicana estabelece que é dever do Estado intervir na esfera privada do direito de propriedade sempre que o bem público o recomendar. E a Constituição alemã, no seu art. 153, segunda alínea, *in fine*, ao definir o direito de propriedade, usa uma expressão interessante: “a propriedade obriga”. Esta é uma idéia que se choca inteiramente com o passado liberal. Mas o que está implicado nos dizeres do art. 153 referido é que existem também deveres do proprietário ou daqueles que aspiram a posição do direito de propriedade em relação à sociedade. E esta expressão “a propriedade obriga” se encontra hoje repetida na atual Constituição alemã (art. 14, inciso 2).

[...] Quer dizer, apesar da posição realmente radical em torno do sentido de direito de propriedade vir sofrendo profunda atenuação, há um conteúdo nesse direito que não é passível de delimitação. E parece que o núcleo essencial irredutível do direito de propriedade é o direito de usar e de poder dispor da coisa.¹²⁴

Por tudo isso, as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) são consideradas, por todos, como iniciadoras do *constitucionalismo social*. Há também quem defenda a Constituição da Rússia, de 1918, como integrante desse modelo jurídico estatal, “reorganizando o Estado em função da sociedade e não mais apenas do indivíduo”.¹²⁵

Assim é que, por força das transformações sociais, econômicas e políticas, que ensejaram mudanças na sociedade e, por via reflexa, no Direito, houve a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, surgindo, então, as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), ambas estabelecendo o *princípio da função social da propriedade*. Ressalte-se que, apesar da Carta Magna mexicana ter sido, cronologicamente, anterior à Constituição da Alemanha, foi através desta última que houve maior repercussão no mundo jurídico, ao dispor, em seu art. 153:

¹²³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 20-21.

¹²⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

¹²⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

“A propriedade obriga. O seu exercício deve ser também um serviço prestado ao bem comum.”¹²⁶

No Brasil, a primeira Constituição que encampou essa doutrina da *função social* foi a de 1934, ao condicionar o direito de propriedade ao seu não exercício contra o interesse social ou coletivo (art. 113, ‘17’). Foi, sem dúvida, a Constituição de Weimar que influenciou a Constituição Federal de 1934, já na era Getulista, bem como todas as demais Constituições subsequentes do Brasil, à exceção da Carta Magna de 1937, denominada “Constituição polaca”, outorgada na era do chamado “Estado Novo”.

Outra Constituição Federal que procurou destacar a função social da propriedade foi a de 1946, condicionando o uso da propriedade ao bem-estar social, *ex vi* do seu art. 147. Até mesmo a outorgada Constituição de 1967 (período da ditadura militar) reconheceu na propriedade a sua função social, conforme se pode ver através do art. 160, III.

Mas, iniludivelmente, foi com a Magna Carta de 1988 que a *função social* da propriedade recebeu destaque inigualável em nosso país, conforme se depreende da leitura dos arts. 5º, inc. XXIII, 170, inc. III, 182, §§ 2º e 4º, 184, *caput*, 185, parágrafo único, e 186.

Tal mudança radical se fez necessária em virtude do predomínio do social sobre o individual, no que resultou numa revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional, a saber: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador. É o que se infere do Código Civil brasileiro de 2002. Para uma melhor compreensão do assunto em foco, eis abaixo alguns dos dispositivos legais, insertos no vigente Código Civil brasileiro, que fazem referência ao *princípio da socialidade*:

1. Art. 156 – dispõe sobre o chamado “estado de perigo” (considera-se anulável a obrigação excessivamente onerosa assumida pela necessidade de salvar-se ou salvar a família).
2. Art. 187 – prevê como abusivo o exercício do direito que excede manifestamente o *fim econômico ou social*.
3. Art. 421 – fala a respeito da *função social* exigida, agora, em todo o contrato.

¹²⁶ É importante consignar que o teor de tal dispositivo foi reproduzido pela Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, em seu art. 14, inciso II. ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Função social da propriedade*. Ob. cit., p. 21.

4. Art. 1.228, § 1º – enfatiza quanto ao dever do direito de propriedade “ser exercido em consonância com as suas *finalidades econômicas e sociais* [...] 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.”
5. Art. 1.228, § 4º – prevê a perda da propriedade de extensa área, quando ocupada (posse de mais de 5 anos, ininterrupta e de boa-fé) por considerável número de pessoas, nela realizando “obras e serviços considerados pelo juiz de *interesse social e econômico* relevante.”
6. Art. 1.286 – estabelece servidão de passagem compulsória para serviços de utilidade pública (*socialidade*).

Nota-se que, malgrado o *princípio da socialidade* ser mandamento constitucional, tratando-se de um dever anexo ao instituto de propriedade (CF, art. 5º, XXIII), só foi possível dar uma maior concreção ao referido comando da Carta Magna com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.¹²⁷

É oportuno aqui ressaltar que a função social não é um dever anexo exclusivo da propriedade, devendo ser o mesmo também exigido no tocante à posse. Nessa direção se posiciona Luiz Edson Fachin, desde 1988, ano em que foi promulgada a nossa Carta Magna. Para o referido jurista, a função social da posse se situa num plano distinto da função social da propriedade, porquanto tal função social é mais evidente na posse e menos evidente na propriedade, já que esta pode se manter como tal, independentemente dessa função social. Sustenta ainda Fachin que a função social objetiva dar um sentido dinâmico ao instituto da propriedade, limitações estas fixadas em favor do interesse público, e que o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada aquilo que for

¹²⁷ Sob o paradigma da *constitucionalização* do Direito Civil, é oportuno registrar que, por força do art. 1.228, § 1º, do CCb/2002, a doutrina moderna tem sustentado que a propriedade, além do dever de função social, tem o dever na preservação do meio ambiente; logo, a propriedade privada deve contar com o valor da proteção ao meio ambiente, consagrado no art. 225 da CF/88. Em outros termos: para que seja a propriedade garantida, deve se dar a ela “função socioambiental”. Cf. KRELL, Andreas J. A relação entre proteção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 173 e ss.

eliminável. Já o fundamento da função social da posse revela o imprescindível, “uma expressão natural da necessidade.”¹²⁸

Dessa forma, tanto o proprietário quanto o possuidor devem dar função social ao respectivo “bem da vida” que lhe diz respeito. É que o ordenamento jurídico pátrio em vigor exige que todo ato humano esteja sempre em sintonia com os princípios éticos e sociais, devendo estes, portanto, presidir toda e qualquer relação jurídica. Prova dessa nova realidade jurídica encontramos na inteligência do art. 187 do Código Civil, ao estabelecer que “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*” Logo, qualquer pessoa que for titular de um direito, “ao exercê-lo”, terá que se submeter aos ditames de tais princípios jurídicos.

Nesse diapasão, Sergio Cavalieri Filho ensina que os “direitos nos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, social, legítima, e não para que façamos uso deles discricionariamente. Só pelo fato de ser titular de um direito uma pessoa não pode exercitá-lo de forma absoluta, sem se preocupar com os outros.”¹²⁹ Cavalieri adverte que o abuso do direito, que não era estranho ao Código Civil de 1916, foi agora erigido a “princípio geral”, podendo, então, ocorrer em todas as áreas do Direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão “o titular de um direito” abrange todo e qualquer direito cujos limites foram excedidos.¹³⁰

Assim, o *princípio da socialidade*, tido como uma das principais características do Código Civil de 2002, é a *pedra de toque* do Direito em vigor, enquanto instrumento para a construção da sociedade brasileira, que se pretende justa, igualitária e solidária, conforme estabelecido em nossa Carta Maior.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,¹³¹ ao tratarem desse assunto, fazem uma indagação, seguindo-se da resposta:

¹²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, pp. 19-20. Mais adiante, no Capítulo 3, mais precisamente no item 3.3, há uma abordagem específica sobre a doutrina da função social, oportunidade em que são coligidos comentários de outros juristas acerca desse dever inerente à propriedade e à posse.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 159.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil** – teoria geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 167-168.

Que se entende por *fim social do Direito*? A questão, embora complexa, pode ser assim resumida. Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs. San Tiago Dantas assinala: “Pode-se dizer que, hoje, mais do que um *direito subjetivo*, o que se concede ao indivíduo é uma *proteção jurídica*, ou pelo menos um *direito subjetivo* que não tem no arbítrio do titular a sua única medida, pois não poderá, em caso algum, ser exercido contra a *finalidade social* que a lei teve em mira quando o reconheceu e protegeu. Valer-se do direito para colimar resultados contrários à sua instituição, eis o abuso do direito” (*Conflito de vizinhança e sua composição*, 2ª ed., Forense, p. 100).

Para Jacy de Souza Mendonça,¹³² respaldado em Miguel Reale, tendo o CC/2002 optado pela adoção do predomínio do social sobre o individual, há um novo conceito de propriedade, isto com base no princípio constitucional de que *a função da propriedade é social*, superando-se a compreensão romana quiritária da propriedade em função do *interesse exclusivo do indivíduo*, do proprietário e do possuidor.

É oportuno salientar que o vigente Código Civil brasileiro trouxe, em seu bojo, três princípios-diretrizes, sendo estes os da *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*. Assim, a par da função social aqui analisada, é com base no *princípio da eticidade* que se examina, racionalmente, as regras que conduzem o comportamento do homem à realização do seu querer.¹³³ Já com a introdução do *princípio da operabilidade* no Código Civil de 2002, aumentou sobremaneira o poder de decisão conferido ao magistrado, que agora dispõe de muito mais instrumentos para a realização do justo concreto, ideal do Direito. Nesse viés, o julgador, não estando mais adstrito somente à lei, poderá fazer as devidas adaptações legais às

¹³² MENDONÇA, Jacy de Souza. Princípios e diretrizes do novo Código Civil. In: Mendonça, Jacy de Souza *et al.* **Inovações do novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 30.

¹³³ Só para se ter uma ideia, como reflexo da *eticidade*, tem-se o *princípio da boa-fé objetiva*, sendo exemplo deste o art. 113 do Código Civil, que assim está expresso: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva [...]”. No que diz respeito à ética na propriedade imobiliária, o novo *Codex* veda ao proprietário que dela faça uso praticando atos que não lhe traga comodidade ou utilidade, animado pela exclusiva intenção de prejudicar terceiro (CCb, art. 1.210, § 2º); isto é, o proprietário tem o direito de usar do seu bem, desde que não pratique abuso; devendo ressaltar que, conforme mencionado no tópico anterior, a doutrina vem entendendo que este dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com o do art. 187. Portanto, ético é o bom uso da propriedade, sem que o proprietário perturbe ou prejudique terceiros. Aliás, nesse sentido, o art. 1.277 do CCb/2002 confere a quem de direito ingressar em juízo com uma ação (*v. g.*, de dano infecto), objetivando fazer cessar eventual dano perpetrado pelo vizinho, envolvendo a segurança, sossego ou saúde do demandante. E mais: por força do art. 1.255, parágrafo único, do atual Código Civil, a pessoa que *edificou ou plantou em solo alheio*, se o valor da construção ou plantação exceder consideravelmente o valor do terreno e tiver precedido de *boa-fé (eticidade)*, poderá adquirir a propriedade mediante indenização. Idêntica solução legal ocorrerá na hipótese de a construção, em solo próprio, invadir

circunstâncias de cada caso submetido a julgamento, sendo sempre criativo e acompanhando as evoluções político-sócio-culturais de seus jurisdicionados.¹³⁴

O que está ocorrendo, na observação da própria doutrina moderna, é uma aproximação entre o sistema de codificação, conhecido como *civil law*, adotado pelos países de tradição romano-germânica, e o sistema anglo-saxão, chamado de *common law*. Na verdade, ambos os sistemas “estão se desenvolvendo no sentido da unificação; por um lado, pela atenuação da obrigatoriedade do precedente na *common law*; por outro, pelo fato do crescente prestígio dos precedentes judiciais.”¹³⁵

Assim, o Brasil, que sempre adotou o sistema do *cível law*, passa a conferir aos magistrados, através do *princípio da operabilidade* (juntamente com aqueles outros dois), uma maior liberdade na hora de valorar os fatos e proferir o seu *decisum*.

De tudo o que foi visto até aqui, chega-se à conclusão de que de nada adiantaria ao homem percorrer todo esse longo caminho entre o *estado de natureza* e o *estado de sociedade civil* se não contasse com um poder estatal devidamente aparelhado para lhe garantir aqueles bens jurídicos inerentes à vida humana (v. g., liberdade e propriedade). Aliás, essa garantia corresponde à essência da própria *teoria do contrato social*, defendida pelos jusfilósofos já reportados neste Capítulo.

Por conta disso, resulta assaz pertinente o estudo acerca da jurisdição e da hermenêutica jurídica, tema do Capítulo subsequente, porquanto não basta a legislação contemplar tais direitos imprescindíveis à vida humana se, diante de um conflito de interesses envolvendo este ou aquele “bem da vida”, não contar o jurisdicionado com uma pronta e eficaz tutela jurisdicional.

parcialmente solo alheio, agindo o construtor de *boa-fé (eticidade)* – art. 1.258 do CCb.

¹³⁴ Há várias hipóteses previstas no CCb/2002 conferindo ao juiz a aplicação desse princípio. Eis, a título de exemplos, duas delas: a) art. 572 – prevê a fixação de uma razoável indenização em favor do locador, na hipótese de rescisão unilateral antecipada do contrato a prazo determinado; b) art. 944, parágrafo único – ao juiz é conferido o poder de reduzir equitativamente as indenizações, em caso de desproporção entre o dano e a gravidade da culpa. Vê-se, pois, que o *princípio da operabilidade* é uma ferramenta da qual o magistrado deve lançar mão, sempre que necessário for, com vistas à realização do Direito de forma rápida, eficiente e factível. E quem sai ganhando com a aplicação de tal princípio, indubitavelmente, é o próprio jurisdicionado que faz jus ao direito.

¹³⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao Direito**. São Paulo: Manole, 2004, p. 265.

2 JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A JURISDIÇÃO NO MODELO DE ESTADO LIBERAL

Sabe-se que o Direito existe para possibilitar ao cidadão a realização de sua plenitude como pessoa humana, sendo certo que tal desiderato só será por ele concretizado na sociedade. Daí o surgimento do Estado como meio para atender ao bem-comum, cujo fim é alcançado através das leis por ele editadas. É a norma do Direito Natural, pois, o fundamento do *dever-ser* (Direito Positivo), por causa do *ser* (homem).

Portanto, se o objetivo-síntese do Estado é o *bem-comum*, ao adentrar no estudo da jurisdição, é então lícito afirmar que a projeção particularizada desse *bem-comum* no âmbito do Poder Judiciário é a “*pacificação com justiça*”.¹³⁶

Nessa linha de raciocínio, salienta Willian Couto Gonçalves que “*jurisdição e processo*, vistos os fins do Estado, visam a proteger e a assegurar valores e bens pertinentes e pertencentes ao homem.”¹³⁷ Aliás, conforme já foi dito, no limiar desta dissertação, o Estado conta com a *função jurídica* para regulamentar as relações intersubjetivas das pessoas, fazendo-o por meio de duas das suas atividades peculiares: a primeira, consistente na elaboração de normas jurídicas (legislação), de competência do Poder Legislativo; a segunda, atribuída ao Poder Judiciário, relacionada à prestação da tutela jurisdicional, cujo poder-dever se faz efetivo sempre quando a jurisdição for provocada para dirimir uma lide (civil¹³⁸ ou penal). E o processo é o instrumento legal por meio do qual a jurisdição é operacionalizada.¹³⁹

A jurisdição, cuja palavra significa “dizer o direito” – do latim, *juris* (direito) e *dicere* (dizer) –, é, pois, uma das funções do Estado, através da qual este se substitui aos litigantes para, com imparcialidade, buscar a pacificação do conflito que

¹³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 37.

¹³⁷ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 42.

¹³⁸ O termo “civil” está aqui posto em seu sentido *lato*, amalgamando todos os ramos do Direito na esfera não penal.

¹³⁹ O processo é “o instrumento operacional da jurisdição” ou “a própria jurisdição em atividade”. MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 136 e 137, respectivamente, v. 1.

os envolve, com justiça. É ela uma *função* estatal, mas é também, concomitantemente, *poder* e *atividade*. É poder estatal porque a jurisdição está munida de capacidade para decidir imperativamente e impor suas decisões de maneira coativa; também é atividade porque a jurisdição envolve um complexo de atos do juiz no processo, ao longo do qual exerce o poder e cumpre a função que a lei lhe atribui. Este é o ensino de lavra dos doutrinadores Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, esclarecendo que o “poder”, a “função” e a “atividade” jurisdicional somente transparecem legitimamente por intermédio do devido processo legal.¹⁴⁰ Frise-se que, para tais autores, o Estado, através da jurisdição, conta com três ordens de escopos, a saber: sociais, políticos e jurídico; sendo certo que a pacificação com justiça é o escopo magno da jurisdição.¹⁴¹

William Couto Gonçalves,¹⁴² após ressaltar que *jurisdição* é tema atual, demandando urgência na sua releitura, traz a lume comentários de juristas renomados, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco,¹⁴³ afirmando este que “A jurisdição é um conceito em crise”, e Eduardo Couture,¹⁴⁴ para quem “El concepto de jurisdicción es una prueba de fuego para los juristas”. Em seguida, Couto Gonçalves passa a explicar o sentido etimológico da palavra “jurisdição”, bem como o seu verdadeiro sentido na atualidade, valendo aqui transcrever o seu estudo a respeito desse tema:

O termo *jurisdictio*, etimologicamente, se origina de *jus* + *dicere*: dizer o direito. Entre os romanos, os atributos da jurisdição eram por vezes resumidos em três palavras: *do*, *dico*, *addico*. A primeira designava o ato de se dar um juiz às partes (*dare*); a segunda designava a publicação de uma regra geral de direito em um edito (*dicere*), e também designava o ato de atribuir a posse provisória da coisa litigiosa a uma das partes (*dicere vindictas*); a terceira designava a decisão final da causa com o reconhecimento do direito em favor de uma das partes (*addicere*). Dessa *tria verba legitima* transparece que *jurisdição*, como atributo de poder, não equivale com a devida precisão ao seu sentido etimológico; *dizer o direito* equivale também a um poder de mando de caráter imperativo (*imperium*) que se dá em razão do *addicere*.

¹⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 129.

¹⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 25.

¹⁴² GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89.

¹⁴³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 182.

¹⁴⁴ Cf. COUTURE, Eduardo J. **El concepto de jurisdicción laboral**. Buenos Aires: Revista de Derecho Procesal, 1953, p. 15.

Da abordagem semântica *lato sensu*, conhece-se o verdadeiro sentido que se deve emprestar à jurisdição, e dela é inafastável o poder de fazer cumprir o *decisum*.

Com isso, em virtude da existência de conflitos entre os membros da sociedade, bem como em razão da impossibilidade legal¹⁴⁵ dos eventuais litigantes resolverem por conta própria esses seus conflitos intersubjetivos de interesses, o Estado deve não só prestar a jurisdição resolvendo tais litígios, mas fazê-lo com Justiça, isto é, prestando a tutela jurisdicional de maneira tempestiva e eficaz. Só assim estará o Estado-juiz atendendo a contento o direito fundamental de acesso à justiça, conforme preconizado na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXV, que diz: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Entretanto, a jurisdição no modelo do Estado Liberal cultivava a ideia de que o juiz devia ser uma pessoa estática, “inanimada”, alheia ao mundo dos simples mortais, e que, ao julgar uma causa, cabia-lhe apenas aplicar a lei ao caso concreto, ainda que fosse a mesma injusta. Tal concepção teve por sustentáculo a doutrina de Montesquieu, defendida em seu clássico livro *Do espírito das leis*. Era o magistrado, assim, um mero chancelador da vontade do legislador; ou, no dizer de Montesquieu, apenas *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – “a boca que pronuncia as palavras (sentenças) da lei”.¹⁴⁶

Eduardo Couture,¹⁴⁷ criticando tal assertiva de Montesquieu, ao tratar da sentença e do Direito, diz que “o juiz não pode ser a boca que pronuncia as palavras da lei, porque a lei não tem possibilidade material de pronunciar todas as palavras do direito [...] e a vida apresenta, diariamente, problemas que não puderam entrar na imaginação do legislador.” E mais adiante, afirma, peremptoriamente, que a sentença não é um pedaço de lógica, tampouco uma norma pura, mas, sim, uma obra humana, uma criação da Inteligência e da vontade, isto é, “uma criatura do espírito do homem.”

¹⁴⁵ Salvo as exceções previstas em lei. A título de alguns exemplos, no âmbito do Direito Civil: direito de retenção (CCb, art. 1.219), o desforço imediato (CCb, art. 1.210, § 1º), o penhor legal (CCb, art. 1.469), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CCb, art. 1.283). No campo do Direito Penal: a legítima defesa e o estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25).

¹⁴⁶ MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985, p. 152.

¹⁴⁷ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 55 e 57, respectivamente.

Esse modelo, implantado pelo Estado Liberal,¹⁴⁸ teve início na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, a partir da "queda da Bastilha". Seguiu-se a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, cujo art. 16 é peremptório em afirmar que "toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição."¹⁴⁹

Na verdade, o que se pretendia, ante o teor desse supracitado dispositivo legal, era romper com o Estado Absolutista então vigente,¹⁵⁰ substituindo-o pelo Estado Liberal, caracterizado como aquele que está subordinado a uma Constituição. Via, pois, nesta, "uma estrutura política conformadora do Estado", à medida que por ela se pretendia "dar forma", "constituir", "conformar" um dado esquema de organização política.¹⁵¹

Ao analisar esse período histórico, Arruda Alvim¹⁵² faz a seguinte evolução em termos de hermenêutica jurídica:

Então, à época, o juiz não podia nem interpretar a lei; depois se admitiu interpretação literal. Já em fins do século XIX falou-se em interpretação sociológica por juristas alemães cujo prestígio já sobrepujava o dos franceses no cenário europeu, fornecendo uma evolução na história da magistratura que significou aumentar o espectro de poder dos juízes. E hoje mesmo fala-se em princípio da proporcionalidade, que no fundo é um juízo de valor sobre a lei, eu diria que o extremo oposto daquilo que ocorreu na Revolução Francesa, em que o juiz não podia sem interpretar literalmente a lei, pelo menos nos primórdios. Hoje já há precedentes em que o magistrado julga se a lei é boa ou má, tendo em vista os critérios políticos utilizados pelo legislador no sentido de verificar se este deu ou não um adequado balanceamento aos valores constitucionais que se encontrem disciplinados numa lei [...].

É oportuno aqui registrar que a Revolução Francesa fora feita contra a situação em que a nobreza vivia no fausto e o povo na miséria. Como os juízes não mereciam a confiança dos revolucionários, optou-se pela supremacia do parlamento e, por conseguinte, da lei por este editada; proibindo-se, em contrapartida, os juízes

¹⁴⁸ Sucessão linear de modelos de Estado (Estado Estamental – Estado Absoluto – Estado Liberal – Estado Social – Estado Constitucional).

¹⁴⁹ Fala-se hoje em dia, parafraseando tal dispositivo legal, que "toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa humana não possui uma Constituição".

¹⁵⁰ No Estado Absolutista, a pessoa do rei, monarca, soberano, se confundia com o próprio Estado; daí a famosa frase atribuída a Luiz XIV: "l'État c'est moi".

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 87.

¹⁵² ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 24-25.

de interpretá-la, com o que foram contidas as arbitrariedades de um corpo de magistrados “imoral e corrupto”.¹⁵³

Realmente, naquela época, os nobres eram privilegiados, chamados *sangue azul*. Os juízes eram nomeados nas suas regiões, julgavam casuisticamente caso a caso; decidiam sempre em favor de quem tinha o maior grau de nobreza. Então, o espírito revolucionário francês quis uma lei geral, com a qual todos pudessem ser iguais. Oito projetos de Código Civil se sucederam, sendo que três ficaram mais famosos. Um grande jurista, chamado Cambacère, fez um primeiro projeto extremamente longo, com mais de 3.000 artigos; foi ele rejeitado pela Assembleia porque, se dizia: é tão longo que o povo não vai entender. Outro projeto foi feito, extremamente sintético, que contava com pouco mais de 200 artigos; então, concluíram: este código é tão sintético que o juiz terá que interpretá-lo, e assim voltaremos ao casuísmo que não queremos. Assim, a Assembleia o rejeitou também. Sobreveio, por fim, o famoso e último projeto que foi sancionado por Napoleão Bonaparte. Tal projeto foi apresentado por Portalis, que convence toda a Assembleia Constituinte, resultando no Código Civil francês de 1804. Napoleão, ao sancioná-lo, proferiu as seguintes palavras: *aqui está a Constituição do cidadão francês*.¹⁵⁴

Cumprir observar que o princípio da separação dos poderes, no Estado Liberal, visou, principalmente, "controlar a possibilidade de arbítrio da autoridade estatal, notadamente do Judiciário, foco de intensa desconfiança por parte da burguesia."¹⁵⁵

Nesse sentido, Montesquieu¹⁵⁶ afirmou, em tom de alerta, nos Capítulos IV e VI do Livro XI de sua obra clássica:

[...] a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 28, v. 1.

¹⁵⁴ LOTUFO, Renan. A descaracterização da pessoa jurídica no novo Código Civil brasileiro. Mendonça, Jacy de Souza et al. In: **Inovações do novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 102-103.

¹⁵⁵ COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para análise crítica da "jurisprudência" de valores à luz da teoria discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 51.

¹⁵⁶ MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985, pp. 148 e 149, respectivamente.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. [...]

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. [...]

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Por isso, era vedada a interpretação das leis pelos juízes. Eles, quando diante de incertezas ou dúvidas legais, deveriam recorrer à interpretação autêntica do Legislativo, cujo órgão estatal sobrepunha sobre os demais. Assim, como o verdadeiro poder estatal era confiado ao Poder Legislativo, a jurisdição no Estado Liberal devia apenas declarar o direito contido na lei, isto a partir da revelação da vontade do legislador (*mens legislatoris*).

A jurisdição, então, por força dessa ótica liberal, era vista como a função de “atuar a vontade concreta da lei”, no dizer de Chiovenda,¹⁵⁷ ou função de realizar a “justa composição da lide”, nas palavras de Carnelutti,¹⁵⁸ em cuja decisão o juiz cria a norma individual para o caso concreto. Assim, enquanto para Chiovenda a função jurisdicional é meramente declaratória (o juiz atua, declara, a vontade da lei), Carnelutti entende que a função de julgar torna concreta a norma abstrata e genérica, fazendo, assim, particular a lei para os litigantes. Esta concepção carneluttiana resultou na *teoria unitária* do ordenamento jurídico, ao passo que aquela concepção chiovendiana foi chamada de *teoria dualista* (ou *declaratória*).¹⁵⁹

Como é sabido, as doutrinas desses dois juristas italianos influenciaram o direito processual civil em muitos países do mundo, notadamente daqueles que

¹⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 55, v. 2. Frise-se que Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significava a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”.

¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936, p. 40, v. 1. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 37, v. 1.

¹⁵⁹ Diz-se *unitária* porque, para Carnelutti, a sentença cria uma norma individual, particular para aquele caso concreto *sub iudice*, que passa a integrar o ordenamento jurídico. Diz-se *dualista* porque, para Chiovenda, a sentença é algo externo (está fora) do ordenamento jurídico, tendo a função, portanto, de apenas declarar/atuar a lei no caso concreto. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 38, v. 1. No mesmo sentido, mas substituindo, na abordagem do tema em tela, a “sentença” pelo “processo”, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pp. 39 e 131.

adotaram o sistema de *civil law*. Aliás, tais teorias concernentes à jurisdição têm sido ainda hoje sustentadas por alguns doutrinadores, malgrado o fato delas corresponderem àquele período do Estado Liberal, não tendo mais nenhuma relação com a realidade do Estado contemporâneo. Esta é uma crítica feita por Luiz Guilherme Marinoni, em seu Curso de Processo Civil.¹⁶⁰

O Positivismo Jurídico é tributário dessa concepção de Direito impingido pelo Estado Liberal, onde a lei e os códigos eram suficientes para que o juiz pudesse solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses. Em outras palavras, o *princípio da legalidade*, no Estado Liberal, implicou na redução do Direito à lei, sem qualquer possibilidade de análise quanto aos princípios de Justiça, quando da aplicação da lei na solução das contendas submetidas ao Poder Judiciário. Nesse sentido, Piero Calamandrei afirma que *a sentença, no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito*.¹⁶¹

É bem de ver-se que o Positivismo Jurídico pretendeu, na verdade, adaptar o positivismo filosófico ao domínio do Direito posto pelo Estado. Com efeito, segundo Marinoni,

Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do direito positivo, como se físicos ou químicos fossem.

Portanto, foi na Idade Moderna (sécs. XVI ao XIX) que a razão humana prevaleceu como criadora do Direito, enquanto que mais tarde, já na Idade Contemporânea (a partir do séc. XX), predominou o positivismo. Surgem, então, os mitos: a lei passa a ser vista como expressão superior da razão, figurando o Estado como a fonte única do Direito, sendo a interpretação jurídica um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. Assim, as principais características do Direito nesse período são: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, pp. 23-24, v. 1.

¹⁶¹ CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 158. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 41, v. 1.

completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, representando a Justiça, enquanto “o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.” Com tais palavras, Luiz Roberto Barroso, após comentar sobre a dogmática jurídica tradicional, lança a sua *teoria crítica do direito*; salientando, mais adiante, que o Direito surge como institucionalização dos interesses dominantes e que, em “nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra.”¹⁶²

Era preciso, pois, romper com essa concepção do Direito implementada pelo Estado Liberal. O juiz, na realização de seu mister, não podia continuar adstrito ao positivismo jurídico-filosófico, mormente com transformações sociais ocorrendo num ritmo contínuo e astronômico, enquanto o Poder Legislativo, como que se posicionando na contramão da história, dada a sua lentidão, não conseguia acompanhar, satisfatoriamente, toda essa evolução jurídico-social.

Em análise a essa situação fática, Plauto Faraco de Azevedo, com respaldo nas lições de Henry de Page, salienta que

O direito é essencialmente uma coisa viva. É chamado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, se modificam. A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta que **o direito tem um papel social a cumprir e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que são chamadas a reger e segundo as exigências da justiça e da eqüidade que constituem seu fim. Em outras palavras, a interpretação não pode ser formal; precisa ser, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.**¹⁶³ (grifei)

Por conta disso, sendo o Direito dinâmico, devendo refletir sempre a realidade da vida social, não pode o juiz ficar à mercê da lei, posto ser esta estática, mas, sim, estar sempre atento aos fins sociais, buscando a todo tempo a realização da Justiça no caso concreto. E para atingir esse desiderato, foi então preciso mudar de paradigma, substituindo o velho *princípio da legalidade formal*, implantado pelo Estado Liberal, pelo *princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial*,¹⁶⁴

¹⁶² BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: 2004, pp. 312-314.

¹⁶³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT 2000, pp. 149-150.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 46, v. 1.

com o que a jurisdição passa a ter uma importância ímpar no chamado Estado Constitucional.

É o que será analisado no próximo tópico.

2.2 A JURISDIÇÃO SOB A ÉGIDE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Após analisada a Jurisdição no modelo de Estado Liberal (juiz “boca da lei”), e compreendida a mudança de paradigma quanto à forma de interpretação/aplicação da lei por parte do Estado-juiz, passa-se agora à abordagem da Jurisdição no modelo de Estado Constitucional.

O advento do Estado Constitucional modificou substancialmente a concepção do Direito e da Justiça, refletindo, por conseguinte, no modo do Estado-juiz prestar a tutela jurisdicional. Com efeito, enquanto no Estado Liberal o Direito e a Justiça nada mais eram do que aquilo que estava positivado em lei, cabendo ao magistrado apenas declarar esse conteúdo legislado – princípio da legalidade formal, compreendido nos famigerados brocardos jurídicos do *dura lex, sed lex* e do *in claris cessat interpretatio* –, agora a lei deve ser sempre interpretada/aplicada em consonância com os princípios de justiça e direitos fundamentais insertos na Lei das Leis – princípio da legalidade substancial. Exige-se, pois, do juiz, presentemente, que a prestação jurisdicional que dele emana esteja sempre voltada para o querer da Constituição. Nas palavras de Konrad Hesse, é preciso atender à *vontade de Constituição*.¹⁶⁵

Em outras palavras: se o Direito, no passado, era dominado pelas codificações, tendo o Código Civil como o centro de todo o ordenamento jurídico, figurando o juiz, naquela época oitocentista, apenas *la bouche de la loi*, agora prevalece a Constituição sobre todo o ordenamento jurídico (*princípio da supremacia da Constituição*), cujos direitos fundamentais nela contemplados são verdadeiros princípios que norteiam o processo de criação, interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. Logo, tais princípios e direitos fundamentais devem servir como a *pedra de toque* em toda e qualquer interpretação/decisão judicial (nova

¹⁶⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Nessa obra, Hesse apresenta tese antagônica à desenvolvida por Ferdinand Lassale – este define a Constituição como um “pedaço de papel”, por perder a sua força diante dos fatores reais de Poder –, defendendo a chamada “vontade de Constituição”, ao argumento de que a Constituição de um país conta com uma força normativa que

Hermenêutica Constitucional), exigindo-se da lei a sua conformação com a Constituição. Enfim, a lei, agora, não vale mais por si própria.

A Hermenêutica Constitucional se constitui em uma condição eficiente na perspectiva de uma vivência estética do Direito, conforme enfatizado por Daury Cesar Fabríz. E o momento da interpretação do Direito também é o seu momento estético, por ser “a expressão perceptível, sensível, do princípio ou norma aplicável ao caso em concreto.”¹⁶⁶

Trata-se de uma nova perspectiva na atuação do Poder Judiciário, trazida pelo pós-positivismo e neoconstitucionalismo, impondo-se a força normativa da Constituição (princípio da supremacia), com a máxima efetividade dos direitos fundamentais (princípio da efetividade). Nessa quadra, sustenta Marinoni¹⁶⁷ que toda lei, no pós-positivismo, “passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais”. Portanto, agora, “a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei”; cabendo ao jurista, sim, “seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.”

Essa tomada de consciência por parte do jurista é muito importante, segundo Marinoni, porque tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema jurídico de um País. Assim, por força do neoconstitucionalismo, que exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, a tarefa do jurista é de construção, “conformação da lei”, e não mais de simples revelação, como ocorria no passado.¹⁶⁸

Com essa mudança paradigmática de interpretar a lei, implementada pelo neoconstitucionalismo, a hermenêutica jurídica passou a contar com outras técnicas interpretativas, além daquelas tradicionais. Portanto, dada à importância da hermenêutica jurídica para a jurisdição, é destinado o tópico seguinte. Afinal, para que o magistrado possa levar a bom termo uma interpretação/aplicação da lei nesta era em que prevalece o pós-positivismo, é imprescindível que ele lance mão da hermenêutica constitucional.

estimula e coordena as relações entre os cidadãos e o Estado.

¹⁶⁶ FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Ob. cit., pp. 175 e 177, respectivamente.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 47, v. 1.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008,

2.3 HERMENÊUTICA JURÍDICA: DO LEGALISMO FORMAL AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, é bem de ver-se que a palavra “hermenêutica” deriva do grego, *hermeneuein*, usualmente traduzido como “interpretar”. Segundo a mitologia grega, Hermes era um mensageiro divino, sendo o responsável por transmitir, depois de proceder à tradução, as mensagens dos “deuses” para os homens. Por isso, o significado original da palavra hermenêutica sugere o processo de “tornar compreensível” a linguagem jurídica.¹⁶⁹

Destarte, é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico; convindo esclarecer, desde logo, que hermenêutica e interpretação não são sinônimos, posto que enquanto aquela é a “teoria científica da arte de interpretar”, a interpretação é a “aplicação da hermenêutica.”¹⁷⁰

O jurista brasileiro Carlos Maximiliano,¹⁷¹ ao iniciar a sua obra *Hermenêutica e aplicação do Direito*, assim se expressa:

A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. [...] Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*. A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. [...].

Para Maximiliano,¹⁷² a hermenêutica “é a teoria científica da arte de interpretar”, sendo que o hermeneuta é quem pratica essa arte, “guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido.” E mais:

pp. 47-48, v. 1.

¹⁶⁹ CAMARCO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, pp. 14 e 24.

¹⁷⁰ HERKENHOFF, João Baptista. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, p. 208.

¹⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹⁷² MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., pp. 10-11.

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.

[...]

Não raro, a obra renovadora parte dos juízes inferiores, por isto mesmo, não há motivo para impor aos magistrados obediência compulsória à jurisprudência superior, como faziam diversos tribunais locais mediante advertências e censuras.

Ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios, estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. Deixa ao aplicador do Direito (juiz, autoridade administrativa, ou homem particular) a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica, para o que é indispensável compreendê-la bem, determinar-lhe o conteúdo. Ao passar do terreno das abstrações para o das realidades, pululam os embaraços; por isso, a necessidade da Interpretação é permanente, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais.¹⁷³

Segundo Maria Helena Diniz,¹⁷⁴ interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma; salientando que o aplicador do Direito procura e tenta compreender o conteúdo dos conceitos jurídicos em atenção aos fins sociais e valores que pretende garantir.

Daury Cesar Fabríz sustenta que a interpretação jurídica se constitui num verdadeiro trabalho de esteta, isto na medida em que lança mão o intérprete de técnicas apropriadas, iluminadas pela hermenêutica para vislumbrar o verdadeiro sentido da norma; concluindo que é através da interpretação que o intérprete entra em contato com a *índole estética* do fenômeno jurídico, quando então poderá concebê-lo em sua totalidade.¹⁷⁵

Para Gadamer,¹⁷⁶ criador da interpretação filosófica intitulada de “círculo hermenêutico”, interpretar a lei é um ato produtivo, e não reprodutivo; um mesmo texto pode gerar normas jurídicas diferentes, a partir de contextos diferentes e sob o influxo implacável do tempo. Compreender, para ele, é sempre interpretar e, conseqüentemente, a interpretação é a forma explícita da compreensão.

Nota-se que a aplicação do Direito está diretamente ligada à sua interpretação. Mas, como visto em linhas anteriores, nem sempre foi possível interpretar o Direito, sendo exemplo de tal vedação o início do período de vigência

¹⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., pp. 12-13.

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 417.

¹⁷⁵ FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 167.

¹⁷⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica

do Estado Liberal, quando o juiz devia estar adstrito apenas ao texto da lei (*dura lex, sed lex*). Aliás, na antiga Roma – vale aqui o registro, ao menos a título de curiosidade –, segundo informa a doutrina, o imperador Justiniano ordenou que aquele que porventura ousasse fazer qualquer interpretação ao *Digesto* (uma compilação de normas jurídicas) seria “considerado réu futuro”, incorrendo no crime de “falso”, além de ter suas obras sequestradas e destruídas.¹⁷⁷

Remonta, pois, ao Direito Romano o método literal de interpretação da lei (Positivismo Jurídico), cujo “fetichismo da lei”, responsável pelo aforismo jurídico *dura lex, sed lex*, foi encampado pelo Estado Liberal e corroborado com o advento do Código Civil francês, denominado *Code de Napoléon* (1804), quando ali surgiu a *escola da exegese*¹⁷⁸ – considerada a mais radical das “escolas de estrito legalismo”. Por força dessa concepção positivista, o juiz tinha somente o poder do *jus dicere* (poder de dizer o direito no caso concreto); a ele não era dado qualquer possibilidade de interpretação da norma legal. Assim, era o juiz tido como um autômato, uma caixa de ressonância da lei, o porta-voz da lei; enfim – relembrando Montesquieu –, “a boca que pronuncia as palavras da lei”.¹⁷⁹

François Gény (1861-1938), desde 1899, passou a criticar esse fetichismo legal, “considerando-o insustentável por não poder o legislador prever tudo, não tendo o monopólio da formulação do direito.”¹⁸⁰ Ele foi o idealizador da *escola hermenêutica da livre investigação científica do direito*. “Livre, por não estar submetida a nenhum texto legal ou a nenhuma fonte de direito, e *científica*, por se fundar em critérios objetivos, fornecidos pela ciência.”¹⁸¹ Aliás, foi através de

filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

¹⁷⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁷⁸ Informa Lacombe Camargo que a doutrina da *escola da exegese* se reduz a proclamar a onipotência do legislador em termos jurídicos. Essa concepção do Direito leva Laurent a proclamar que “Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito. O direito está feito. Não há mais incertezas; o direito está escrito nos textos autênticos.” Também resultou dessa escola a célebre frase de Bugnet: “Eu não conheço o direito civil; eu ensino somente o Código de Napoleão.” CAMARCO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, pp. 66-67.

¹⁷⁹ Interessante observar que, malgrado toda essa restrição feita ao Poder Judiciário, o art. 4º do Código de Napoleão dispunha que o juiz não podia se recusar de “julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei”, sob pena de “ser processado como culpado de denegação de justiça.” CAMARCO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 67, em nota de rodapé.

¹⁸⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 228.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 228. Nesse mesmo sentido: CAMARCO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 69.

François Géný, crítico da *escola da exegese*, que passou a ser difundida a tese de que o Direito não está congelado no texto legal, não sendo a lei a sua fonte exclusiva, devendo a Ciência Jurídica dobrar-se às exigências da vida, amoldando-se a norma aos fatos novos; mesmo porque a norma, quando elaborada, projeta uma finalidade social.¹⁸²

Ora, se Géný, há mais de um século, já se posicionava dessa forma, resulta inconcebível aos operadores do Direito optarem, presentemente, pela concepção dogmática silogística como método de interpretar/aplicar o Direito. Frise-se que entre os séculos XIX e XX surgiram várias escolas hermenêuticas, cada uma defendendo a postura que entende correta do exegeta no ato de interpretar e aplicar o Direito, tendo algumas delas contribuído sobremodo para o progresso da Ciência Jurídica. O jurista João Baptista Herkenhoff dividiu tais escolas hermenêuticas em três grupos, a saber: a) “Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo”; b) “Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo”; c) “Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre”.¹⁸³

¹⁸² Contudo, deve ser ressaltado que, para Géný, a lei continuava a ser considerada como a principal fonte de direito; devendo, por isso, ser esgotadas nela, primeiro, todas as possibilidades de busca de solução para o caso concreto. No Brasil, o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a denominada “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, estatui, em seu art. 5º, que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Registre-se que tal legislação não se restringe a estipular normas de aplicação ao Código Civil propriamente dito, embora tenha a denominação acima referida. Aliás, em razão disso, houve alteração da ementa do aludido Decreto-lei, por força da Lei nº 12.376/2010, passando a se denominar “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

¹⁸³ Eis os nomes dessas escolas hermenêuticas e suas respectivas características: (i) “escolas de estrito legalismo”, açambarcando as escolas *da exegese*, *dos pandectistas* e *analítica de jurisprudência* (fundavam-se tais escolas na concepção da perfeição do sistema normativo, na ideia de que a legislação era completa e de que, na generalidade da lei, encontrava-se a solução para todas as situações jurídicas); (ii) “escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo”, compondo este grupo as escolas *histórica do direito* – dividida em *histórico-dogmática* e *histórico-evolutiva* – e *teleológica* (enquanto esta última sustentava ser o Direito produto de finalidade prática e social na interpretação jurídica, o que foi considerado como o grande tributo que esta escola ofereceu à evolução da hermenêutica, aquela defendia que o Direito é um produto histórico, e não o resultado das circunstâncias, do acaso, ou da vontade dos homens); (iii) “escolas que se abrem a uma interpretação mais livre”, integrando tal grupo as escolas *da livre pesquisa científica*, *do direito livre*, *sociológica americana*, *realista americana*, *da jurisprudência de interesse*, *egológica* e *vitalista do direito*. Dentre essas sete escolas, valem os seguintes destaques: a) o principal defensor da *escola da livre pesquisa científica* foi François Géný; b) o principal defensor da *escola do direito livre* foi Kantorowicz (ele aconselhava a que se buscasse, primeiro, a solução segundo a Justiça, para depois, então, buscar as fontes motivadoras da solução encontrada para o caso concreto); c) o principal defensor da *escola sociológica americana* foi Cardozo (para ele, nenhuma norma que em seu resultado prático não resulte em Justiça e bem-estar social, pode ter justificada sua existência); d) o criador da *escola egológica* foi o argentino Carlos Cossio (não é a lei o que se interpreta, mas a conduta humana mediante a lei, sendo o Direito, portanto, obra do juiz); e) o principal defensor da *escola vitalista do direito* foi Luis Recaséns Siches (para ele, a norma deve ser interpretada e aplicada circunstancialmente, ressaltando que uma das antinomias do Direito consiste precisamente em que deve servir, de um lado, aos propósitos de certeza e segurança, e, de outro, às necessidades

Sem prejuízo dessa classificação sistemática, há outra divisão que açambarca as *escolas hermenêuticas* em apenas dois grandes grupos, denominados de *dogmática* e *zetética*. Assim, no grupo da *dogmática* estão as *escolas* que defendem caber ao intérprete apenas adequar o fato à norma jurídica, devendo desprezar eventuais fatores externos ao Direito (*método racional-dedutivo*).¹⁸⁴ São integrantes do outro grupo (*zetética*) as *escolas* que, não concordando com o dogmatismo exegético, buscam interpretar o Direito em consonância com os valores moralmente relevantes numa determinada sociedade, objetivando, com isso, atender aos fins sociais visados pelo Direito. Defende essa divisão Luiz Fernando Coelho,¹⁸⁵ para quem a interpretação jurídica deve ser sempre metadogmática.

Do exame das características dessas *escolas hermenêuticas*, chega-se à conclusão que o primeiro grupo concebe a ideologia do modelo de Estado Liberal; não mais prevalecendo, portanto, nenhuma delas hoje em dia. Aliás, não se aplica mais sequer o brocardo “*in claris cessat interpretatio*”, posto que nenhum texto legal, por mais claro que pareça, pode prescindir da interpretação individual do jurista, sob pena de ser o intérprete reduzido a um autômato (“juiz boca da lei”).¹⁸⁶

suscitadas pela mudança social; no entanto, a segurança absoluta não há na vida humana, pelo que não tem sentido pedir tal segurança ao Direito. HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 31-79.

¹⁸⁴ Foi na França, com Augusto Comte (1789-1857), que o positivismo ganhou projeção no âmbito das ciências sociais. Para ele, através do positivismo, a humanidade alcançaria a sua regeneração. Assim, para se reformar a sociedade, era necessário, antes, descobrir as leis que regiam os fatos sociais, cuidando-se de afastar as estereis concepções abstratas e especulações metafísicas. Em outras palavras: pela observação e pela experimentação descobrir-se-ão as relações permanentes que ligam os fatos, cuja importância é básica na reforma econômica, política e social duma sociedade. Por conta dessa sua ideia, foi criada a sociologia jurídica, por intermédio da qual se estuda o direito em conexão com os fatos sociais. Todavia, foi com Hans Kelsen, no início do século seguinte (séc. XX), através de seu livro clássico *Teoria pura do direito*, que surgiu a Ciência do Direito, essencialmente positivista. O Direito Positivo passa a ser, então, o único que interessa ao jurista. A doutrina, ao analisar o contexto histórico em que levou Kelsen a elaborar o seu referido livro (período pós-Primeira Guerra Mundial, vivendo a Europa Ocidental numa completa instabilidade político-sócio-econômica), sustenta que o Direito, naquela ocasião, vivia um verdadeiro caos. “A ciência jurídica era uma cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurando transpor os muros da Jurisprudência para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.” REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 458.

¹⁸⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. São Paulo: Manole, 2004, pp. 325 e ss. O autor cita ainda, como um terceiro grupo, o chamado “Direito Alternativo”.

¹⁸⁶ É oportuno aqui registrar que o prof. Carlos Henrique Bezerra Leite, em uma de suas aulas ministradas no Curso de Mestrado na FDV, no ano de 2010, após criticar o fato de alguns pretenderem que o juiz volte a ser a “boca da lei”, disse que até poderia concordar com essa ideia, desde que ele seja, agora, “a boca da Constituição”. (informação verbal)

Foi com Hans Kelsen,¹⁸⁷ já agora na primeira metade do século XX, que se tentou resgatar a objetividade e a segurança jurídica. A sua ideia era de que a atividade jurisdicional ficasse limitada a operações lógico-dedutivas, como se fosse possível, através do sistema de normas, gerar uma norma para cada caso concreto. Esse modelo lógico-dedutivo não prevaleceu, visto que a solução justa não pode se restringir a uma operação puramente teórico-silogística, como queria Kelsen, porque a subsunção dos fatos à regra geral pode produzir um resultado formalmente lógico, mas quase sempre inadequado para o caso concreto, além de ser, às vezes, injusto.¹⁸⁸ Isso ocorre, é intuitivo, pelo fato do Direito ser um fenômeno eminentemente social, tornando impossível poder ele contemplar todas as situações fáticas vivenciadas no dia-a-dia forense. Imagine no Brasil, cujo território alcança uma dimensão continental, além de contar com uma incomensurável diversidade cultural.

Por tudo isso, passou a dogmática jurídica a defender a hermenêutica jurídica no momento sublime de interpretar e aplicar a norma no caso concreto. Caio Mário,¹⁸⁹ ao tratar desse assunto, explica que

A hermenêutica é uma arte que visa ao indispensável entendimento da lei, formada de regras técnicas próprias [...] Escolas e métodos de interpretação disputam as preferências, inspirados em idéias fundamentais diferentes, e, obviamente, mediante o emprego de técnicas e processos diversos.

Cabe, então, ao operador do Direito estar sempre atento às técnicas hermenêuticas quando da interpretação/aplicação da lei. Por conta disso, o positivismo dogmático, imposto pelo Estado Liberal sob o pretexto de se dar ao cidadão segurança jurídica, demonstrou ser insuficiente para prescrever todos os fenômenos jurídicos. A esse respeito, resume bem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado Liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁸⁸ Cumpre observar que o Positivismo Jurídico acabou por refletir até mesmo no próprio ensino jurídico brasileiro – o aluno, como um receptor passivo das informações transmitidas pelo professor, “deverá repeti-las literalmente, como forma de demonstrar que ‘aprendeu’ o conteúdo” –, o que tem levado o profissional do Direito, após deixar a Faculdade, a ter “uma visão dogmática, descontextualizada e unidisciplinar.” Cf. FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. Em busca de novos saberes: uma aproximação entre o ensino jurídico e a pedagogia. In: **Ensino jurídico e pedagogia: em busca de novos saberes**. FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. (Org.). 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2010, pp. 15 e 26, respectivamente.

¹⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 196, v. I.

estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.

É de ser lembrado que, na Bíblia Sagrada, mais precisamente no Novo Testamento, está escrito que “a letra mata, mas o espírito vivifica” e que “a lei é boa, se alguém dela usa legitimamente”.¹⁹⁰ Ao interpretar este último versículo, Rui Barbosa, em seu memorável discurso intitulado *Oração aos Moços*, assim comenta:

Queria dizer: Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a eqüidade, no aplicador das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. [...]

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

Observa-se que Rui Barbosa, mesmo tendo proferido esse discurso nos idos da segunda década do século XX, já advogava a possibilidade do magistrado proceder da forma acima sugerida, quando estivesse ele diante de uma lei cuja interpretação/aplicação pudesse resultar em injustiça para com a parte que fizesse jus ao direito.

Portanto, ao contrário do que tentou o Estado Liberal impingir, não há violação ao princípio da tripartição do Poder quando se confere ao juiz poderes de interpretação da lei; valendo trazer aqui, novamente, os ensinamentos de Maximiliano, quando afirma que o magistrado, no intuito de realizar uma boa e justa interpretação da lei e, com isso, obter a “solução feliz” para o caso *sub judice*, deve lançar mão do Direito em toda a sua amplitude:

Não se viola o princípio da *divisão dos poderes* [...]. Assim como o químico põe em combinação elementos diversos e chega a uma resultante independente da sua vontade, assim, também, o juiz, ante certas relações de fatos e normas jurídicas gerais, obtém solução feliz, porém não filha do seu arbítrio. Ele age mais como investigador do que criador; a sua argúcia revela-se em se não apegar a um texto, incompleto, para o caso, e recorrer inteligentemente a uma combinação; preferir o conjunto ao dispositivo

¹⁹⁰ **Bíblia Sagrada**. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000, II Cor. 3:6 e I Tim. 1:8, respectivamente.

isolado, o Direito à regra, a ciência revelada por um Código inteiro, ou por diversos, a um artigo só, distinto, com raio de ação limitado, restrito.¹⁹¹

A civilista Maria Helena Diniz¹⁹², também se referindo especificamente à pessoa do magistrado, enquanto intérprete/aplicador da norma jurídica, preleciona que

O juiz repensa a norma geral, confronta-a com a realidade social, procurando a solução justa, de forma que a produção de uma sentença implica um complexo de atos de verdadeira elaboração da norma para o caso concreto. [...]

Resta-nos concluir que a função jurisdicional, quer seja ela de “subsunção” do fato à norma, quer seja de “integração” de lacuna ou de “correção” de antinomia, é ativa, contendo uma dimensão nitidamente criadora [...].

Toda a lei, portanto, no Estado contemporâneo, deve estar adstrita aos princípios constitucionais. Assim, com base nessa nova hermenêutica, cabe ao magistrado uma tarefa de construção – não mais de simples revelação – da norma legal a ser aplicada ao caso *sub judice*, tendo sempre por parâmetro interpretativo os princípios constitucionais de justiça e os direitos e garantias fundamentais.

Plauto Faraco de Azevedo¹⁹³ salienta que qualquer atitude do jurista contemporâneo em se posicionar de acordo com o “positivismo jurídico” reflete descomprometida com o Direito no sentido *lato sensu*.

Para Peter Häberle, a interpretação é um processo aberto, e não um processo de passiva submissão. Segundo ele, a interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas, sendo que a vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. Em seguida, sustenta a ampliação do círculo dos intérpretes (realidade pluralista), o que representa apenas a consequência da necessidade (defendida por todos) de integração da realidade no processo de interpretação, já que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada.¹⁹⁴

¹⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 49. Note-se que o citado autor, mesmo vivendo numa época em que prevalecia a hermenêutica tradicional, já defendia a interpretação/aplicação do Direito que fosse voltada para uma solução mais justa da lide. Daí a razão desse jurista ser até hoje sempre lembrado na comunidade jurídica.

¹⁹² DINIZ, Maria Helena Diniz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. Ob. cit., pp. 297 e 298, respectivamente.

¹⁹³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: RT, 2. ed., 2000, p. 34.

¹⁹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad.

Some-se a todo o exposto a recomendação de Luís Recaséns Siches,¹⁹⁵ para quem a equidade não deve ser um recurso “extraordinário” para suavizar a aplicação de certas leis, devendo ser, antes, um “procedimento ordinário” a utilizar-se com todas as leis, diante de qualquer caso, fácil ou difícil. Assim, apesar do nosso Código de Processo Civil restringir a aplicação da equidade “nos casos previstos em lei” (CPC, art. 127), ela é sempre vista como “o justo melhor, diverso do justo legal”, para usar as palavras de Carlos Maximiliano.¹⁹⁶

Mister se faz abrir um parêntese para esclarecer que não se está aqui advogando que deva o juiz ser um descumpridor da lei, muito menos um *law maker* (legislador). Tampouco se defende discricionariedades por parte do juiz ou ativismos a qualquer preço. Absolutamente. O que se pretende é, com fulcro nos mencionados princípios de justiça e direitos fundamentais, levar o magistrado à reflexão acerca do novo paradigma hermenêutico estabelecido pelo Estado Constitucional Democrático de Direito. Enfim, pretende-se demonstrar o (novo) papel do magistrado no Estado contemporâneo, bem como a importância política de suas decisões em prol do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em cujo elenco está a garantia constitucional do efetivo acesso à justiça mediante um processo de duração razoável.

Assim, diante de uma demanda jurídica, não se admite mais, hoje em dia, um julgador passivo e mero espectador da chamada “batalha judicial”. Comunga desse entendimento Cândido Rangel Dinamarco, para quem

se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo o empenho que se espera do juiz no curso do processo [...] menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*.¹⁹⁷

Destarte, não se pode negar a importância política das decisões judiciais nessa nova ordem jurídica, iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, particularmente no que concerne ao direito de acesso à justiça com a garantia de um processo sem dilações indevidas. Nenhum juiz pode passar ao largo desses

Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 30.

¹⁹⁵ RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1997, p. 655.

¹⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 172.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 277 e ss.

princípios constitucionais diante de uma demanda judicial, sob pena dele não estar fazendo uma escorreita interpretação/aplicação do Direito.¹⁹⁸

E para orientar o jurista nesse processo de interpretação e aplicação do Direito, existem as chamadas técnicas (ou métodos) de interpretação. Cinco foram, inicialmente, as *técnicas interpretativas* relacionadas pela doutrina pátria,¹⁹⁹ a saber: *gramatical* (também chamada literal, semântica ou filológica), *lógica* (a doutrina é uníssona em afirmar que, na hipótese de haver antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, deve este prevalecer), *sistemática*,²⁰⁰ *histórica*²⁰¹ e *sociológica* ou *teleológica*. Tais técnicas interpretativas – vale o alerta – não se excluem reciprocamente, mas se completam, já que não existe entre elas nenhuma hierarquia; existindo, sim, um sincretismo envolvendo todos esses métodos interpretativos. Esta é a lição de Maria Helena Diniz, para quem “Aos fatores verbais aliam-se os lógicos e com os dois colaboram, pelo objetivo comum, o sistemático, o histórico e o sociológico ou teleológico.”²⁰² De igual sorte, doutrina Luís Roberto Barroso:

Há consenso entre a generalidade dos autores de que a interpretação, a despeito da pluralidade de elementos que devem ser tomados em consideração, é una. Nenhum método deve ser *absolutizado*: os diferentes meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente. A interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica).²⁰³

Sem prejuízo do uso de tais técnicas no processo de interpretação, é bem de ver-se que a Constituição é composta de princípios, tendo hoje alcançado o *status*

¹⁹⁸ Some-se a isso o fato do Estado, hodiernamente, poder ser responsabilizado pela demora na prestação jurisdicional, se esta ocorrer por sua culpa. Confira, a respeito desse tema, o próximo tópico deste Capítulo.

¹⁹⁹ Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo de direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001; FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁰⁰ Fazzalari é um defensor do uso dessa técnica de interpretação. Para o jurista italiano, o juiz pode e deve considerá-la no contexto do ordenamento (interpretação sistemática e adequada), cabendo a ele cotejar a norma com outras vigentes, mas, em cada caso, com os cânones constitucionais. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 480.

²⁰¹ Essa técnica é oriunda das obras de Savigny e Puchta, conforme ressaltado por Maria Helena Diniz. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163.

²⁰² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 427.

²⁰³ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 125.

de norma jurídica, enquanto no passado tinham um valor apenas integrativo do sistema jurídico do País, conforme previsto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.²⁰⁴ Assim, enquanto as normas, antes, se limitavam a regras jurídicas, agora os princípios também são considerados como normas integrantes do ordenamento jurídico.²⁰⁵ E mais: é a partir deles (princípios) que o hermeneuta deve proceder à interpretação/aplicação da norma legal, desempenhando os mesmos, então, um papel central na dogmática jurídica moderna.

Os princípios, expressando valores ou indicando fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação de todos os órgãos estatais, inclusive o Judiciário, conforme acentuado por Luís Roberto Barroso; sustentando, ainda, que os princípios podem ser agrupados em três categorias: a) *princípios fundamentais* (estes veiculam a forma, o regime e o sistema de governo, além dos objetivos fundamentais da República e dos princípios que a regem); b) *princípios gerais* (prestam-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas por eles contempladas, e, por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se por toda a ordem jurídica, encontrando-se, em sua maior parte, no art. 5º da CF/88); c) *princípios setoriais* (estes são mais restritos à área de sua incidência).²⁰⁶

Celso Bastos, com apoio em Canotilho, apresenta as seguintes espécies de classificação: a) *princípios jurídicos fundamentais*, sendo exemplo deste grupo o princípio do acesso à justiça; b) *princípios políticos*, a exemplo dos princípios definidores da forma do Estado e os caracterizadores da forma de governo; c) *princípios constitucionais impositivos*, devendo todos os órgãos encarregados da aplicação do Direito tê-los em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos conformadores; d) *princípios-garantia*, com os quais o legislador fica vinculado, sendo exemplos os princípios do *nullum crimen sine lege*, *in dubio pro reo*, *non bis in idem*.²⁰⁷

²⁰⁴ Conforme já explicitado em linhas anteriores, por força da Lei nº 12.376/2010, a antiga ementa chamada de “Lei de Introdução ao Código Civil” passou a se denominar “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

²⁰⁵ Não é por outro motivo que Rui Portanova inicia o seu livro, que cuida dos princípios do processo civil, com a seguinte frase: “Não se faz ciência sem princípios.” PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 13.

²⁰⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: 2004, pp. 374-376.

²⁰⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

Vale salientar que, para Jorge Miranda, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento; logo, a nenhuma pode ser dada uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. “Mais: *a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê [...]. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.*”²⁰⁸

Atente-se que as legislações infraconstitucionais estão também recheadas de princípios. O Código Civil de 2002 é um exemplo desse fato, cujo diploma legal, além dos princípios inerentes a cada instituto jurídico ali contemplado, conta com os princípios-diretrizes da *socialidade, eticidade e operabilidade*.²⁰⁹ Estes três princípios não constavam do Código Civil de 1916, que pecava pelo seu rigor formalista, além de ser eminentemente individualista. Portanto, se no revogado Código de Beviláqua tudo devia ser resolvido através dos preceitos normativos nele expressos, limitando-se a possibilidade do magistrado, quando da prolação da sentença, utilizar critérios de natureza ética; agora, ante a existência dos três princípios-diretrizes em tela, o CCb/2002 confere ao juiz uma maior elasticidade no ato de prestar a tutela jurisdicional, visando a dar cabo às lides da maneira mais justa e equitativa possível.

O vocábulo *princípio* é derivado do latim – *principium* –, significando o primeiro, o início de alguma coisa. Por isso, ele ocupa o primeiro patamar na hierarquia de qualquer ordenamento jurídico. Nesse diapasão, quadra lembrar abaixo a lição do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:²¹⁰

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O princípio é, na concepção de Celso Bastos, o mandamento nuclear de um sistema, o verdadeiro alicerce deste. Por isso, para ele, os princípios funcionam como critério de interpretação das demais normas não principiológicas, o que faz com que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 260, tomo II (Constituição e Inconstitucionalidade).

²⁰⁹ Tais princípios-diretrizes do CCb/2002 estão melhor analisados no final do Capítulo 1 desta dissertação.

²¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451.

sistemática, levando a excluir, assim, qualquer possibilidade de uma mera leitura de um artigo isolado. “A letra da lei é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada.”²¹¹

Paulo Bonavides,²¹² ao tratar “dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais”, salienta que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas, a saber: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira fase, os princípios habitam ainda na esfera abstrata, inspirando os postulados de justiça. Na segunda fase, eles (princípios) são inseridos nos códigos como fonte normativa subsidiária (princípios gerais de Direito). Já na terceira fase, que começa nas últimas décadas do século XX, no pós-positivismo, os princípios são elevados à categoria de normas que se encontram no pedestal do ordenamento jurídico. Mais adiante, Bonavides assevera que esse foi o ponto central da grande mudança da normatividade inerente aos princípios, saltando dos Códigos, onde eles “eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.” Noutras palavras, ainda segundo Bonavides, os princípios baixaram, primeiro, das alturas metafísicas de suas formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil, e, finalmente, transitou para as Constituições, subindo ao degrau mais alto da hierarquia normativa. Doravante, eles ocupam, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar em “Estado *principial*”, sendo esta, portanto, uma nova fase caracterizadora do Estado de Direito.

Dessa forma, os princípios passam a ser o ponto de partida de qualquer interpretação jurídica, e, em se tratando de princípios constitucionais, são eles o coração da Carta Magna, eis que postos no ponto mais alto da escala normativa (*norma normarum*). É assim que devem ser os princípios vistos na perspectiva da Hermenêutica Constitucional.

Resta, pois, evidente quanto à importância sublime que o “princípio jurídico” representa na escala de valores da Ciência do Direito. Logo, em função da nossa Carta Magna estar repleta de princípios – daí chamá-la de “Constituição

²¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.

²¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 259-264, 289 e 293, respectivamente.

principiológica” –, exige-se hoje do operador do Direito um cuidado ainda maior no processo de interpretação/aplicação das leis infraconstitucionais, surgindo, com isso, por exemplo, a denominada *interpretação conforme a Constituição*. Nessa quadra, vale transcrever as observações feitas por Marinoni, confrontando a maneira de interpretação da lei no legalismo formal e no neoconstitucionalismo:

Considerando-se as teorias clássicas da jurisdição – atuação da vontade da lei e criação da norma individual –, não há dúvida de que o juiz somente pode proferir a sentença com base em uma norma geral criada pelo legislador. [...]

Atualmente, entretanto, com a transformação do conceito de direito e com a nova dimensão da função jurisdicional, o que realmente interessa saber é como o juiz constrói uma *norma jurídica* para o caso concreto quando a *norma geral* não existe ou não está de acordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais.

[...]

Como já foi demonstrado, o juiz, no Estado constitucional, deve interpretar a norma geral de acordo com a Constituição, controlar a inconstitucionalidade da lei – inclusive através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto –, a inconstitucionalidade da sua omissão e dar tutela aos direitos fundamentais que entram em colisão no caso concreto.

Nos casos de interpretação de acordo, de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a norma geral é visivelmente conformada – *em menor (no primeiro caso) ou maior medida (nos demais casos)* – pelas normas constitucionais. Nessas três hipóteses o juiz constrói a norma jurídica considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais.²¹³

Em virtude dessa obrigação atribuída agora ao Estado-juiz, qual seja, de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, o magistrado tem o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material. Para tanto, exige-se dele que seja feita uma interpretação da norma processual em consonância com o direito fundamental à tutela jurisdicional, utilizando-se daquelas supracitadas técnicas da interpretação *conforme* e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto; isto para se evitar a declaração da inconstitucionalidade da norma processual.²¹⁴

Tudo isso significa, em resumo, nas palavras de Canotilho, “a prevalência da vinculação pela Constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação da lei (princípio da legalidade).”²¹⁵

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 105, v. 1.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 118.

²¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 600.

Segundo Luís Roberto Barroso, essa mudança de paradigma deve especial tributo às concepções doutrinárias de Ronald Dworkin e Robert Alexy.²¹⁶ De acordo com os ensinamentos de Ronald Dworkin, o conflito entre *normas-regras* obedecem à lógica do “tudo ou nada”, enquanto que o conflito entre *normas-princípios* é resolvido através do “peso” ou da “importância” de cada um deles, isto é, um dos princípios deve ceder diante do outro de maior peso, conforme as circunstâncias do caso concreto.²¹⁷ Para Robert Alexy, o princípio que ceder diante de outro prevalecente, permanece íntegro e válido no ordenamento jurídico, podendo, numa outra hipótese, prevalecer em face do mesmo princípio que tenha alcançado um peso maior naquele primeiro caso. Eis os seus comentários sobre a diferença entre regras e princípios:

A distinção entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo, por um lado, da subsunção e, por outro, da ponderação. Regras são normas que ordenam algo definitivamente. Elas são *mandamentos definitivos*. A maioria das regras ordena algo para o caso que determinadas condições sejam cumpridas. [...] Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Pelo contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. [...] ²¹⁸

Ainda na esteira dos ensinamentos de Alexy, “um dos problemas principais do debate atual sobre a interpretação dos direitos fundamentais é a ponderação”, desempenhando esta um papel central como parte do princípio da proporcionalidade.²¹⁹

Destarte, juntamente com aquelas supramencionadas *técnicas interpretativas*, deve agora o operador do Direito, no ato do processo de interpretação/aplicação da lei, observar a incidência dos princípios jurídicos para o caso que está sendo objeto de exame. E se porventura ocorrer uma colisão de duas normas contendo valores de

²¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumento e papel dos princípios. In: **Dos princípios constitucionais** – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. LEITE, George Salomão (Coord.). 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 67.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39 e ss.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 131-132.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 156.

igual importância hierárquica, deverá o hermenêuta lançar mão da “técnica de ponderação de interesses”,²²⁰ a fim de descobrir qual norma deverá prevalecer naquela situação fático-jurídica, utilizando-se, para tanto, dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.²²¹ Com isso, o juiz, ao se utilizar do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, não permitirá que a norma “produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.”²²²

Para Ana Paula de Barcellos,²²³ essa técnica de ponderação de interesses tem por escopo solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto “que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico), nem pela moderna hermenêutica constitucional.”

De resto, o que se procura, com o manejo dessa *técnica de ponderação de interesses*, é dar preferência a um princípio (no qual está insito um *interesse jurídico*) em detrimento de outro; devendo salientar, *en passant*, que inexistem princípios antagônicos, razão pela qual não se revoga um diante da prevalência de outro (como ocorre entre as normas-regras²²⁴), mas apenas o operador do Direito deixa de aplicá-lo no caso concreto e específico.

²²⁰ Essa técnica interpretativa foi denominada pela dogmática jurídica de “ponderação de interesses”, por consistir em pesar e sopesar qual dos valores colidentes prevalece mais, devendo as normas-princípios ser postas nos “pratos da balança da Justiça”, de forma imaginária, para que o intérprete possa analisar qual deve prevalecer. Cf. SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 97.

²²¹ Luís Roberto Barroso emprega o princípio da razoabilidade/proporcionalidade de modo fungível, isto pelo fato da ideia da razoabilidade ter sua origem no sistema jurídico anglo-saxão, com especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito do devido processo legal substantivo. Já o princípio da proporcionalidade é de origem alemã. Assim, enquanto aquele, nos Estados Unidos, foi um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis, este último (princípio da proporcionalidade) evoluiu na Alemanha a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Poder Executivo. Porém, sem embargo dessa origem, ambos abrigam os mesmos valores subjacentes, a saber: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por tudo isso, tais princípios podem ser intercambiáveis. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: 2004, pp. 372-373.

²²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 373.

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: **A nova interpretação constitucional**. BARROSO, Luís Roberto (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, pp. 117-118.

²²⁴ A aplicação de uma norma-regra, quando em eventual conflito com outra, se dá na modalidade *tudo ou nada* (“all or nothing”), isto por terem as regras natureza biunívoca, veiculando, assim, *mandados de definição*. Uma regra vale ou não vale juridicamente; ou não válidas e se aplicam ou não se aplicam por serem inválidas. Cf. BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 351.

Em assim procedendo, o hermenêuta logrará êxito em sua tarefa de interpretação/aplicação de tais normas, concretizando, com a máxima intensidade, um dos princípios em colisão, acarretando ao outro, com a mínima intensidade, uma denegação de sua aplicação. Portanto, se ambos os valores em jogo tiverem o mesmo peso em abstrato – e isso é o que normalmente sucede entre valores consagrados em princípios constitucionais –, o uso adequado da técnica processual só poderá se resolver, no caso concreto, à luz do *princípio da proporcionalidade* ou *razoabilidade*.²²⁵

Jorge Miranda, ao comentar sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, diz não ser ele “um princípio neutro porque se refere a valores éticos ou se eleva mesmo a verdadeiro princípio axiológico fundamental.” Tal princípio, complementa o referido autor, conta com três subprincípios, a saber: de necessidade, de adequação e de racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. A *necessidade* supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que obrigue a uma intervenção ou decisão. A *adequação* significa que tal providência (decisão) se mostra adequada àquele objetivo almejado; significa, pois, correspondência de meios a fins. Já a *racionalidade* (ou proporcionalidade *stricto sensu*), por seu turno, implica justa medida, isto é, que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais, nem menos. “A falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio. A falta de racionalidade é em excesso. E, por isso, fala-se, correntemente, também em princípio da proibição do arbítrio e da proibição de excesso.”²²⁶

Em síntese, ainda nas lições de Miranda, o juízo de proporcionalidade se revela um juízo jurídico, assente na correta interpretação das normas e na adesão aos fins que lhes subjazem; não é um juízo meramente cognoscitivo, pois com ele “cura-se de uma funcionalidade teleológica, não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica.”²²⁷

²²⁵ Essa técnica é utilizável, normalmente, nos “hard cases” (casos difíceis), envolvendo a colisão de princípios (ou, excepcionalmente, de regras). É cabível a sua aplicação no âmbito da conformação ou restrição do direito de propriedade. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 537-539, defendendo, por exemplo, de um lado, o reconhecimento do direito de propriedade privada e, de outro, o princípio da função social.

²²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207, tomo IV (Direitos Fundamentais).

²²⁷ *Ibidem*, p. 207.

Alexandre Coura alerta para o fato de que a tarefa de interpretar e aplicar os direitos ganha complexidade, deixando de ser considerada mera tarefa mecânica de aplicação silogística dos textos normativos, conforme verificada no paradigma do Estado Liberal. Tal ocorre “porque o sentido da lei é desvinculada da vontade do legislador, e ao juiz é atribuída a incumbência de garantir as amplas finalidades sociais do Estado.”²²⁸ E tudo isso é feito, na verdade, para manter a ordem jurídica do sistema, que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia (*princípio da unidade da Constituição*). Eis a árdua missão reservada ao intérprete/aplicador da norma legal nesta era do pós-positivismo.²²⁹

Em sintonia com essa nova interpretação constitucional, Gisele Santos Fernandes Góes enfatiza que “O processo civil clama por uma interpretação em consonância com o Estado, com o princípio de interpretação conforme a Constituição e com o princípio da proporcionalidade.”²³⁰

Nessa linha de raciocínio, quando o juiz se deparar com uma demanda possessória envolvendo, por exemplo, conflito entre posse e propriedade, deverá interpretar a norma processual *conforme* a Constituição e buscar na técnica de ponderação de interesses/bens/valores a solução para o bom e justo deslinde do caso. Frise-se que a utilização desses métodos de interpretação/aplicação do Direito não se limita às questões relacionadas ao mérito da controvérsia, mas podem ser aplicados, também, às matérias jurídico-processuais, já que a atividade jurisdicional tem por escopo precípua a realização de um processo justo e equo.

Do acima expendido, exsurge, pois, a necessidade premente de ser analisado o disposto no art. 923 do CPC, possibilitando a arguição da *exceção de domínio* em demanda possessória, com vista à concretização de um *processo de resultados justos*. Afinal, o valor *justiça* é e deve ser (sempre) a ideia-síntese da jurisdição e do processo, com o que este é justificado como um instrumento a serviço daquela.²³¹

²²⁸ COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 56.

²²⁹ Para Luís Roberto Barroso, “pós-positivismo” é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 385.

²³⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **O princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27.

²³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior,²³² ao analisar o *processo de resultados justos*, defende a possibilidade de se usar, no “discurso processual” (*sic*), um argumento fundado na iniquidade ou injustiça de uma decisão. Para ele, o juiz que estiver substancialmente (não apenas formalmente) investido de seu *munus* e for consciente de seus atos, deve procurar decidir sempre com os olhos voltados ao resultado mais justo do processo. E diz mais:

Não deve, jamais, resignar-se em aplicar uma regra injusta, pretensamente justificando seu comportamento iníquo sob o pretexto de que nada há a fazer, senão entregar a vítima imolada da iniquidade a uma regulação indevida que não se aplica, ou não se deve aplicar, ao caso concreto. O ato de julgar, para aqueles que realmente são cômicos de suas responsabilidades, deve ter um único propósito: o de fazer a justiça prevalecer. Assim, o julgador não deve ser tímido e hesitar diante de uma regra legal absolutamente injusta. Deve ousar para fazer a justiça prevalecer. No processo estão depositadas todas as angústias, esperanças, frustrações e pretensões das partes, que clamam, com a indisfarçável sede dos necessitados, por justiça efetiva, por justiça real.

Last, but not least, atente-se para o fato de que deve o Juiz de Direito, na condição de intérprete/aplicador da norma, se utilizar da *teoria da argumentação*,²³³ como fundamento de legitimidade da atuação judicial.²³⁴ E isto ocorre, segundo Lacombe Camargo,²³⁵ porque o Direito, para ser interpretado/aplicado, admite uma superposição entre duas esferas: a da compreensão da norma e a da compreensão do fato, ambas levadas a efeito pelo ser historicamente presente; logo, conclui, o método do Direito é tópico-hermenêutico, mas o seu instrumental é argumentativo.

Em suma: sem prejuízo das outras técnicas de interpretação aqui relacionadas, é através da denominada “técnica de ponderação de interesses”, cuja origem repousa nos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, implícitos na Carta Magna da República, que o Juiz de Direito deste século XXI alcançará o seu

²³² BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 66-68.

²³³ A argumentação é uma característica presente no processo, posto exigir este um raciocínio jurídico retórico-argumentativo. O direito processual é, pois, “o campo onde a argumentação jurídica naturalmente se desenvolve”, conforme magistério de Samuel Meira Brasil Júnior, defendendo, inclusive, ser a *argumentação* a característica fundamental do processo em prol do escopo de seu *resultado justo*. Cf. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 43 e ss.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 385. Especificamente sobre o tema relacionado à *teoria da argumentação jurídica*, pode ser citada a seguinte obra de Robert Alexy: **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

²³⁵ CAMARCO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 22.

desiderato de realizar o justo-concreto. Para tanto, no Estado Constitucional, é requerido dele o dever de fundamentar esse seu *decisum* (CPC/73, art. 131, c.c. o art. 93 da CF/88),²³⁶ o que se faz através da *teoria da argumentação*.²³⁷

Com isso, vislumbra-se mais efetivo e real o sonho do Poder Judiciário em alcançar, em cada litígio que se apresenta para julgamento, o ideal de Justiça, para cujo desiderato deve contar, também, com um processo de duração razoável.

2.4 AS TRÊS ETAPAS DA JURISDIÇÃO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Foi analisado, no tópico anterior, acerca da importância dos princípios constitucionais e das *técnicas interpretativas* aplicáveis no ato de concreção do Direito pelo Estado-juiz, o que é feito através do processo. Assim, o processo, enquanto instrumento legal a serviço da jurisdição,²³⁸ serve ao direito material, que, por sua vez, serve à coletividade e aos indivíduos; logo, o processo se presta como verdadeiro “instrumento” para a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana, a exemplo do direito fundamental de propriedade.²³⁹

Por assim ser, deve o hermeneuta, em especial o magistrado, quando diante do caso concreto, estar sempre atento às supramencionadas “técnicas interpretativas”, sem perder de vista que toda e qualquer decisão judicial deve estar em sintonia com os princípios jurídicos constitucionais, dentre os quais emergem o do *acesso à justiça* e o da *duração razoável do processo*, exigindo-se, para tanto, uma postura ativa por parte do Estado-juiz. Afinal, a partir do momento em que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição, se obrigou a dirimir os conflitos

²³⁶ Esse dever de fundamentação de todas as decisões proferidas pelo magistrado se refere ao *princípio do livre convencimento motivado*. A propósito, na esteira das lições de Willian Couto Gonçalves, uma sentença bem motivada qualifica o magistrado que a profere, ao tempo em que enaltece o Poder Judiciário, faz bem às partes, transmitindo-lhes o sentimento de segurança, além de infundir, na sociedade, sentimento maior de respeito. GONÇAVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 189.

²³⁷ Deve o magistrado, ao se desincumbir dessa sua obrigação, motivar com extremo rigor, lógico e argumentativo, apto a convencer a todos, “a começar dos litigantes”, da objetividade do resultado. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 482.

²³⁸ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 136, v. 1.

²³⁹ Sobre a importância da propriedade para a vida do homem, desde quando este se encontrava no *estado de natureza*, foi objeto de estudo no Capítulo 1 deste trabalho.

intersubjetivos de direito envolvendo os seus jurisdicionados. Estes, em contraposição, passaram a fazer jus ao direito fundamental de acesso à justiça, ou, para usar a conhecida expressão de Kazuo Watanabe,²⁴⁰ "acesso a uma ordem jurídica justa"; o que significa dizer que o Estado-juiz tem o dever de garantir a entrega tempestiva e eficaz da tutela jurisdicional, mormente em países que adotam, como modelo de regime, o Estado Constitucional Democrático de Direito. É nesse sentido o escólio de Danielle Annoni.²⁴¹

Neste começo de século, a sociedade cobra que o Estado, mais que um Estado de Direito, seja um Estado de Direitos, reconhecidos e efetivamente resguardados. A sociedade moderna exige do Estado a garantia eficaz dos direitos essenciais ao ser humano, dentre os quais a pronta prestação da justiça ocupa papel fundamental.

São notórias as dificuldades verificadas na estrutura do sistema judiciário brasileiro para oferecer uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz aos que buscam o socorro junto ao Estado-juiz objetivando garantir os seus direitos.

Willian Couto Gonçalves,²⁴² ao tratar da jurisdição como objeto do garantismo processual, procura dividi-la em três etapas,²⁴³ a saber: (i) pré-operacionalidade, (ii) operacionalidade e (iii) pós-operacionalidade. Ao explicitar em que consiste cada uma dessas etapas da jurisdição, Willian Couto diz que aquela primeira corresponde a uma etapa genérica e abstrata, ou seja, antes de ser a jurisdição provocada pelo jurisdicionado; a segunda (operacionalidade) consiste na etapa restrita e materializada, isto é, quando a jurisdição é concretizada mediante a sua provocação pela parte demandante; a derradeira (pós-operacionalidade), compreende a etapa específica e eficaz, ou, melhor explicando, para usar as palavras do próprio autor, "jurisdição *eficaz* é a que atua no fato social que a fez provocada, restabelecendo a *segurança jurídica* preteritamente afetada." Enfim, jurisdição eficaz é a que produz o efeito contido no comando emanado pelo Estado-juiz.

²⁴⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

²⁴¹ ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 100.

²⁴² GONÇAVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37-39.

²⁴³ Diz o autor preferir o termo "etapas", e não "níveis", porque este último se desenvolve em um plano progressivo vertical, enquanto aquele se desenvolve em um plano progressivo horizontal. Willian Couto ainda ressalta que tais "etapas" da jurisdição "não se dá desapercebida do seu caráter de unicidade."

Ante o acima expandido, conclui-se que jurisdição e processo "são conceitos incidíveis; não há jurisdição sem processo, e tampouco processo sem jurisdição."²⁴⁴ Logo, para que a jurisdição possa ser eficaz, torna-se imprescindível que o processo, como instrumento daquela, tenha uma duração razoável.

Por tudo isso, o legislador brasileiro, a partir de 2005, entendeu por bem elevar à categoria de princípio constitucional o direito à razoável duração do processo, o que se deu por meio da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88, vazado nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É oportuno aqui lembrar que o Brasil, a partir da promulgação da CF/88, passou a viver sob a égide do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), tendo elegido o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (CF, art. 1º, III). Todos os direitos, portanto, devem gravitar “em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais,” conforme magistério de Luiz Roberto Barroso, para quem "A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos."²⁴⁵ Logo, um processo com dilações indevidas afronta, indubitavelmente, a dignidade da pessoa humana.²⁴⁶

Registre-se, *en passant*, que algumas críticas doutrinárias foram feitas em face da inserção de tal inciso na nossa Carta Magna. Uma delas diz respeito ao fato da norma constitucional envolver conceito indeterminado (*razoável duração* do processo), havendo neste sentido alguns critérios que servem de parâmetro para aferição do chamado "tempo do processo".²⁴⁷ A outra crítica se refere ao fato de já

²⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 7, v. 1.

²⁴⁵ BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 311.

²⁴⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como o "princípio-mãe", posto ser o primeiro e o mais importante de todos. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006, p. 118.

²⁴⁷ Tal expressão é utilizada por José Roberto Cruz e Tucci. In: **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: RT, 1997, p. 26.

existir, em nosso ordenamento jurídico, previsão legal garantindo que o processo tenha duração razoável, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, que foi acolhido pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 09.11.1992, dispondo, em seu art. 8º, item I, que “*Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]*”.²⁴⁸ Logo, por força da inteligência do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o referido Pacto passou a integrar a ordem jurídica constitucional.

Na verdade, antes mesmo desse Pacto, o inciso II do art. 125 do Código de Processo Civil em vigor já estabelecia competir ao juiz “velar pela rápida solução do litígio”. E mais: o princípio da eficiência, preconizado no art. 37 da CF/88, é de observância obrigatória a todos os agentes públicos; devendo salientar, também, que o princípio da duração razoável do processo já estava previsto, implicitamente, em nossa Constituição Federal de 1988, isto em decorrência do disposto no art. 5º, inciso XXXV (princípio do acesso à justiça).

Nesse diapasão, José Afonso da Silva²⁴⁹ diz, textualmente:

Aqui interessa o processo judicial, que é o resultado do exercício do direito de acesso à Justiça [...] De fato, o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil [...] daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize [...] Demais a norma acena para a regra da *razoabilidade* cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas. [...]

Se não bastasse todo o exposto acima, a doutrina brasileira tem se posicionado no sentido de que o princípio do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV) é gênero, do qual os demais são espécies.²⁵⁰

Assim, malgrado a desnecessidade de mais uma norma legal estabelecendo o princípio da duração razoável do processo, como no Brasil há uma “crença”, atualmente, de que tudo o que se pretende concretizar na prática deve ser constitucionalizado, é de se notar que está havendo uma ligeira e paulatina melhora

²⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 85-86.

²⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432.

²⁵⁰ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, São Paulo: RT, 2002, p. 42.

na prestação jurisdicional, isto após o advento da EC nº 45.²⁵¹ Acrescente-se que, diante de tal garantia constitucional, o legislador se viu obrigado a mudar a legislação infraconstitucional, notadamente aquelas relacionadas aos códigos de processo.²⁵²

Indubitavelmente, os efeitos da demora na prestação jurisdicional sempre foram devastadores. Tal constatação foi feita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, informando que

em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exeqüível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

E concluem: “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.”²⁵³

É de se ressaltar que a morosidade na prestação jurisdicional vem de longa data, bastando recordar que a famosa Carta Magna do Rei João “Sem Terra”, editada no ano de 1215, já dispunha sobre a proibição de uma Justiça tardia, consoante se deflui da dicção do seu § 40: “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.²⁵⁴

Nessa esteira, Rui Barbosa, em 1920, em seu memorável discurso feito para uma turma de bacharelados, foi enfático em asseverar que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”²⁵⁵

Registre-se que não só os operadores do Direito clamam por uma Justiça mais célere, justa e efetiva, mas toda a sociedade. Esse é de fato um anseio de todo o cidadão, em toda a parte do mundo, que “bate às portas” do Poder Judiciário

²⁵¹ Um fator que vem diminuindo, paulatinamente, a duração do processo são as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo da Meta-2 do CNJ.

²⁵² As reformas dos códigos de processo civil e penal têm decerto contribuído para com a razoável duração do processo. Somente a título de exemplo, por força da Lei nº 11.232/2005, foi alterado o Processo de Conhecimento do Código de Processo Civil em vigor, passando o mesmo, agora, a contar com duas tutelas, a saber: tutela cognitiva e tutela executiva (*processo sincrético*). Registre-se que outras alterações ocorreram no Código de Processo Civil, bem como no Código de Processo Penal, visando atender a esse comando constitucional de duração razoável do processo; estando, inclusive, em tramitação no Congresso Nacional projetos de novos códigos referentes aos sobreditos ramos de direito processual.

²⁵³ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 20-21.

²⁵⁴ Encontra-se transcrita a *Magna Carta* na obra de Fábio Comparato. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: 2010, pp. 95-99.

buscando a tutela jurisdicional de seus direitos. Daí a preocupação dos países em conferir essa garantia em seus ordenamentos jurídicos; valendo mencionar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, em seu art. 47 assim dispõe, textualmente: “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.”

Sabe-se que o Estado-juiz, ao desempenhar a sua atividade jurisdicional, necessita de determinado tempo para alcançar a certeza jurídica em relação a cada litígio, período este que pode ser menor ou maior, dependendo da natureza do procedimento e da complexidade da demanda. Mas, independentemente disso, deve o magistrado "conduzir o processo com a presteza necessária, impulsionando o procedimento para atingir sua primordial meta."²⁵⁶

Quais são, então, os critérios para definir se um processo alcançou ou não a tão almejada duração razoável?

À luz da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, eis os critérios a serem levados em consideração, essencialmente: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; (iii) atuação do órgão jurisdicional e de seus auxiliares.²⁵⁷

Cintra, Pellegrini e Dinamarco, depois de defenderem esses três critérios acima mencionados para uma escorreita determinação da duração razoável do processo, advertem que o descumprimento da regra do direito ao justo processo, em prazo razoável, pode levar à aplicação de sanções pecuniárias ao Estado inadimplente pela Comissão e Corte Americanas dos Direitos do Homem.²⁵⁸

Para Carolina Bonadiman,²⁵⁹ são várias as causas da excessiva duração do processo, a saber: a falta de agilidade dos procedimentos; a falta de infra-estrutura

²⁵⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 74

²⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: RT, 1997, p. 119.

²⁵⁷ Defende essa classificação Frederico Augusto Leopoldino Koehler, argumentando que a mesma é também seguida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte de Cassação da Itália, pelo Tribunal Constitucional da Espanha, bem como por todos os tribunais que apreciam a matéria em tela, destacando, assim, a grande influência atingida pelo referido Tribunal Europeu de Direitos Humanos. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 74.

²⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87.

²⁵⁹ Cf. ESTEVES, Carolina Bonadiman. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Enéa de Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Boitex, 2006.

adequada; as deficiências da máquina e da organização judiciárias; a insuficiência de juízes; o crescimento do número de demandas; o aumento excessivo de recursos.

A causa que tem sido objeto de muitas críticas dos operadores do Direito diz respeito ao "formalismo estéril", que acaba por prejudicar a tutela efetiva do direito material postulado em juízo. Com efeito, o processo civil brasileiro, ao invés de ser um instrumento (meio) eficaz de acesso à ordem jurídica justa, tem sido, em alguns pontos, um fim em si mesmo, isto em virtude das suas formalidades procedimentais, acabando por atravancar toda a "marcha processual".

Portanto, à medida que o processo, por conta desse seu "formalismo estéril", deixa de ser um instrumento operacional da jurisdição, resulta no descumprimento por parte do Estado-juiz em "dizer o direito" num razoável espaço de tempo.

José Roberto dos Santos Bedaque²⁶⁰ sintetiza toda essa situação fático-jurídica nos seguintes termos:

O processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social. Todos esses valores – *segurança, efetividade, justiça e paz social* – não podem ser olvidados no exame da técnica, pois esta é simples meio para se chegar àqueles, os reais fins do processo.

Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, salienta, em seu livro intitulado *Técnica processual e tutela dos direitos*, mais especificamente no tópico "A Rebelião da Prática contra o Processo Civil", que "o juiz tem o dever de interpretar as regras processuais sempre a partir das necessidades do direito material e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [...]".²⁶¹

Outro fator somatório para a demora da prestação jurisdicional é o desprestígio da primeira instância, no tocante às decisões dela emanadas, isto pelo fato da regra processual existente ainda hoje estabelecer que os recursos de apelação devem ser recebidos em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo), *ex vi* do art. 520 do Código de Processo Civil, que dispõe, textualmente: "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: [...]". A regra, portanto, pelo que se infere da vigente legislação processual, é a do recebimento de tais recursos

²⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2008, p. 71.

naqueles dois efeitos, o que vai de encontro ao princípio constitucional de duração razoável do processo.²⁶² Quanto a essa questão específica, eis as críticas feitas por Luiz Guilherme Marinoni:²⁶³

O direito fundamental à duração razoável impõe a inversão da lógica que sempre dominou o processo civil brasileiro. Note-se que, se o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito evidenciado no curso do processo, também tem o direito à execução imediata da sentença que reconhece o direito material.

A sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Por isso, é o recorrente ou o réu que deve pagar pelo temo de demora do processamento do recurso. Não há como respeitar o direito fundamental à duração razoável sem atribuir efeitos concretos à sentença, ou melhor, sem dar à sentença a possibilidade de interferir na vida das pessoas.

Aliás, o processo que nega efeito à sentença também nega valor ao juiz e ao tempo de primeiro grau de jurisdição. Uma sentença que não pode produzir efeitos na pendência de apelação e, no máximo, um projeto da decisão do tribunal. [...]

Observe-se que, no caso de uma demanda possessória, principalmente na hipótese apresentada neste trabalho, se porventura o juiz seguir à risca toda a formalidade procedimental estabelecida pelo art. 923 do Código de Processo Civil pátrio, e, ao prolatar a sentença, julgar improcedente o pedido do autor (possuidor) por entender contraditórias as provas carreadas aos autos, determinando que as partes ingressem na via própria para o deslinde da *quaestio*; e, então, a parte autora resolver apelar da referida sentença, deve o recurso ser recebido em ambos os efeitos (CPC, art. 520, primeira parte). Com isso, o requerido, mesmo de posse da prova documental quanto ao domínio do bem imóvel, terá de esperar o desfecho de tal recurso perante o Egrégio Tribunal de Justiça – isto se o autor-recorrente, não logrando êxito no seu recurso, quedar-se silente, não recorrendo aos Excelsos Pretórios, em Brasília (?!) – para, finalmente, após o trânsito em julgado do *decisum*, poder intentar uma ação de reconhecimento de domínio.

Para piorar a situação da parte demandada (*in casu*, o proprietário), imagine se a parte *ex adversa* (o pretense possuidor, ora recorrente), ao ingressar com a ação possessória, fê-lo apenas com o intuito exclusivo de molestar aquele (proprietário), impedindo-o que propusesse a ação petítória (reivindicatória), tudo de

²⁶² É oportuno registrar que, pelo Projeto de Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional (já aprovado no Senado), a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo, salvante algumas hipóteses que ali estão enumeradas, conforme art. 908, c.c. o art. 928. Assim, se aprovado sem alteração, o futuro CPC decerto contribuirá sobremodo com uma acentuada melhora no tempo de duração do processo.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 224-225,

acordo com o disposto no art. 923 do CPC, que proíbe a concomitância desta demanda durante a ação possessória.

Pelo que se vê, o dispositivo processual em comento destoa por completo da garantia constitucional de se prestar a tutela jurisdicional mediante um processo com duração razoável. Por conseguinte, para se alcançar um *processo de resultados justos*, terá o magistrado de lançar mão daquelas técnicas de interpretação da lei comentadas no tópico anterior, a fim de relativizar o rigor formal da norma processual.

É importante ressaltar que não se está aqui propugnando pela não observância do devido processo legal. Absolutamente. É cediço que em um Estado Constitucional Democrático de Direito, se de um lado é imposto ao Poder Judiciário prestar a tutela reclamada num prazo razoável, não se pode passar ao largo da observância dos princípios inerentes ao direito de defesa, a exemplo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ínsitos na cláusula do *due process of law*. Afinal, considerando ser o processo dialético²⁶⁴ e dialógico (*actum trium personarum: iudicis, actoris et rei* – BÚLGARO), o Estado-juiz deve primar pela duração razoável do processo, sem prejuízo de garantir às partes a oportunidade de se manifestarem, o que é feito em procedimento mediante o contraditório, tudo isso objetivando a realização da segurança jurídica. Logo, a preocupação quanto a este valor (segurança jurídica) também soma na contagem do "tempo do processo".

Vale aqui atentar para as palavras de Barbosa Moreira, quando sustenta que

se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor da que é. [...] Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.²⁶⁵

Não se deve olvidar que Carnelutti já se posicionara, antes, *mutatis mutandis*, nessa mesma direção:

[...] Infelizmente, a justiça, se é segura não é rápida, e se é rápida não é segura. É preciso ter a coragem de dizer, por sua vez, também do processo:

v. 1.

²⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. São Paulo: RT, 2008, p. 45, v. 1. Sustentam os autores, literalmente, que "o processo é um *sistema interacional*, já que se desenvolve através da influência mútua entre partes e órgão jurisdicional, devendo ser definido, portanto, como uma *estrutura dialética*."

²⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual**. Oitava Série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

quem vai devagar, vai bem e vai longe. Esta verdade transcende, inclusive, da própria palavra 'processo', a qual alude a um desenvolvimento gradual no tempo: proceder quer dizer, aproximadamente, dar um passo depois do outro.²⁶⁶

Tal raciocínio é corroborado por José Joaquim Gomes Canotilho, ao explicitar que “a ‘aceleração’ da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.”²⁶⁷

Indiscutivelmente, olhando sob esse prisma, razão assiste aos supracitados doutrinadores. Contudo, Cândido Rangel Dinamarco,²⁶⁸ ao comentar sobre essa situação jurídica, assim sentencia:

[...] É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obsecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. **Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.** (grifei)

Eis, então, a *regra de ouro*, por ele citada: “nenhum princípio é um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo.”²⁶⁹

Na verdade, toda decisão judicial, para ser justa, deve passar pelo crivo da razoabilidade, devendo o magistrado comprovar o porquê de ter chegado a esta ou aquela conclusão que entende como a mais justa e equânime para o caso concreto,²⁷⁰ utilizando-se, para tanto, da Hermenêutica Constitucional e da *teoria da argumentação*, conforme já salientado no tópico precedente.

A propósito, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que

²⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Campinas/SP: Editora Minelli, 2002, p. 22.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 487.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 22-23.

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

²⁷⁰ Observe-se que o legislador, ao editar a Lei nº 9.099/95, certamente preocupado com a justiça que deve imperar em toda decisão judicial, fez constar do seu art. 6º o seguinte teor: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

O processo é instrumento de satisfação do interesse público na composição dos litígios e dois princípios de igual importância convivem e precisam ser respeitados – o da celeridade e do contraditório – que, muitas vezes, tidos como antagônicos, em verdade, não o são. Deve o magistrado, usando de seu bom senso, para não infringir o princípio do contraditório, coibir atos que atentem contra a dignidade da justiça, impedindo que o processo se transforme em meio de eternização das ações e seja utilizado como arma para o não cumprimento das decisões judiciais.²⁷¹

Como se vê, existem causas fáticas e jurídicas que emperram a máquina judiciária e, com isso, acabam por impedir o Estado-juíz de prestar uma justa e efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável. É preciso ter ciência disso. E mais: respeitante à pessoa do magistrado, é preciso que ele tenha, além de ciência, consciência de que o tempo do processo, diante da proibição da autotutela, é, “*antes de tudo, um problema da jurisdição*”, conforme salientado por Marinoni.²⁷²

Ora, tudo o que está sendo aqui proposto é exatamente isso, ou seja, fazer justiça no caso concreto, sem prejuízo da garantia do devido processo legal. Em outros termos, o que se propõe é, após o processo ter tramitado mediante um procedimento em contraditório,²⁷³ conferindo-se às partes litigantes a oportunidade de comprovação do que foi alegado por elas em suas tese e antítese (*processo dialético*), não tendo o juiz como julgar a lide, dando a quem faz jus aquilo que é seu, poder o magistrado, então, diante desse quadro de incerteza jurídica surgido na ação possessória, decidir pelo acolhimento da exceção de domínio, *incidenter tantum*. Em assim agindo, estará ele, insofismavelmente, cumprindo a contento o princípio da duração razoável do processo, com o efetivo acesso (de ambas as partes – em “contraditório paritário”²⁷⁴) à ordem jurídica justa, conforme o querer emanado da Constituição, para gáudio da própria Justiça brasileira!

Por isso, o juiz, à vista do supramencionado princípio constitucional e com supedâneo nos princípios de justiça e direitos fundamentais, deve envidar todos os esforços possíveis no sentido de banir os efeitos deletérios da morosidade da Justiça, sem prejuízo do cumprimento de outros princípios inerentes ao devido processo legal, ou, melhor, “devido processo constitucional”.²⁷⁵ Enfim, valendo-me

²⁷¹ STJ, REsp 165.285/SP, 3ª t., J. 20.05.1999, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 02.08.1999, p. 184.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Ob. cit., p. 189.

²⁷³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 118-121.

²⁷⁴ Expressão utilizada por Fazzalari. Cf. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 121.

²⁷⁵ A doutrina moderna, ao se referir ao princípio do *due process of law*, está preferindo nominá-lo de “devido processo constitucional”, por entender que o mesmo ganhou nova dimensão, mormente a partir da CF/88, tendo sido esta a primeira Carta Política brasileira a prevê-lo expressamente.

do magistério de Bedaque, é necessário que seja "observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*" e, com isso, proporcionar "às partes o resultado desejado pelo direito material."²⁷⁶

É preciso, pois, avançar mais no tocante à problemática aqui posta em debate. O próximo Capítulo destina-se a isso.

²⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

3 DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Não se pode pensar, conhecer e entender o Direito e seus institutos jurídicos sem antes pensar no homem, buscando compreendê-lo como ser de relação, de liberdade e de domínio sobre as coisas. Por conta disso, para uma melhor compreensão do tema tratado nesta dissertação, foi reputado de grande valia proceder, inicialmente, a uma análise ontológica do instituto da propriedade, seguindo-se, já no Capítulo II, ao estudo da jurisdição e da hermenêutica jurídica, realçando quanto à importância de serem observados pelo juiz os princípios de justiça e direitos fundamentais, para, agora, poder adentrar na parte derradeira deste trabalho científico, que cuida do direito fundamental da propriedade e de seu acesso à justiça na perspectiva do Estado Constitucional.

Sabe-se que o Direito existe para possibilitar ao homem a realização de sua plenitude como pessoa humana, sendo certo que tal desiderato só será por ele alcançado na vida em sociedade. Por conta dessa vida em relação, é imposto a todos um relacionamento constante do *ego* com o *alter*, surgindo, aqui e acolá, os conflitos de interesses intersubjetivos. Eis o grande dilema do homem, na concepção de Miguel Reale, enquanto ente que é, mas que, por necessitar viver em sociedade, *deve ser*.²⁷⁷

Assim, como o homem é a causa e a razão de ser do Direito, houve a necessidade de se criar o Estado, conforme defendido pelos jusfilósofos Thomas Hobbes,²⁷⁸ John Locke²⁷⁹ e Jean-Jacques Rousseau²⁸⁰, cujas teorias já foram analisadas quando da abordagem do Capítulo I; cabendo tão-somente lembrar que tais teóricos consideram a propriedade como sendo um direito natural e, por isso, sustentam que deva ela ser garantida como um direito fundamental da pessoa humana, isto no momento da passagem daquele *estado de natureza* para o *estado*

²⁷⁷ REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1983, p. 102.

²⁷⁸ HOBBS, Hobbes de Malmesbury. **Leviatã**. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983.

²⁷⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983.

²⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence

de sociedade civil. Nesse sentido, Rousseau, considerado como o último dos jusnaturalistas, é enfático em afirmar que o homem ganha, com o *Contrato Social*, “a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui” no estado de natureza.²⁸¹

É ainda de se notar que, para Hobbes, esse “Pacto” representa a fonte e a origem da *justiça*, posto que, “depois de celebrado um pacto, rompê-lo é *injusto*. E a definição de *injustiça* não é outra senão o não cumprimento de um pacto. [...]”, enquanto que “se diz que a *justiça* é a vontade constante de dar a cada um o que é seu.”²⁸²

A propriedade é, então, considerada um instituto jurídico que sempre esteve presente na história da humanidade, sendo vista, de certa forma, como condição *sine qua non* para que a pessoa humana possa viver bem, ou simplesmente viver. Justifica-se, assim, o motivo de ter sido a propriedade, durante séculos, considerada como um direito inviolável e sagrado, exigindo-se, por via reflexa, rigorosa proteção por parte do Estado.

A propósito, Pinto Ferreira, comentando sobre as Declarações de Direitos da Pensilvânia e da França, faz a seguinte observação:

Historicamente, no plano do direito comparado, a Declaração de Direitos da Pensilvânia (art. 1º) era rigorosa na proteção do direito de adquirir a propriedade, possuí-la, protegê-la, como um direito natural, essencial e inalienável. A proteção era tão grande que nem sequer permitia a desapropriação, mesmo com indenização (art. 8º).

A Declaração de Direitos da Revolução Francesa, lida em 11 de julho de 1789 (art. 1º), dizia: “... todo homem nasce com direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis ... o direito de propriedade”. A Declaração foi lida por Lafayette, em grave momento de crise, quando a Assembléia Constituinte estava cercada pelas tropas reais. Esta determinação foi mais energicamente estatuída no art. 17 da referida Declaração, nos seguintes termos: “A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente acertada e sob a condição de justa e prévia indenização”. A fórmula francesa é que correu mundo, lembra Alcino Pinto Falcão.²⁸³

Passou o direito de propriedade, a partir de então, a ser positivado nas Constituições, sendo considerado como um direito fundamental da pessoa humana. Essa inserção do direito de propriedade no âmbito constitucional sofreu, contudo,

(Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 218.

²⁸² HOBBS, Hobbes de Malmesbury. Ob. cit., p. 86.

²⁸³ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100, v. 1.

uma mudança de paradigma ao longo do tempo, saindo tal instituto da concepção puramente individualista, que perdurou até a Primeira Guerra Mundial, para alcançar, no pós-guerra, um dever de função social, conforme já visto no final do Capítulo I deste trabalho.²⁸⁴

Fabio Caldas de Araújo, ao comentar sobre essa mudança de concepção no que concerne ao direito de propriedade, cita a Constituição alemã de Weimer (1919) como sendo o ponto marcante deste episódio histórico, refletindo nas Cartas Políticas de outros países, trazendo o exemplo da Constituição da Espanha de 1978, cujo art. 153 determinava: *“La propiedad sera garantizada por la Constitucion. Su contenido y limites se deducen de las leyes. [...] La propiedad obliga. Su uso debe server al bien de la comunidad”*.²⁸⁵ Note-se que a sobredita expressão *“La propiedad obliga”* é a mesma encontrada na aludida Constituição alemã, em seu art. 153.²⁸⁶

É pertinente fazer aqui uma rápida retrospectiva histórica quanto ao direito de propriedade nas Constituições do Brasil. A primeira Carta Magna brasileira, outorgada por Dom Pedro I, em 1824, contemplou o direito de propriedade, em seu art. 179, nº 22, nos seguintes termos: *“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção [...]”*.²⁸⁷

A segunda Constituição brasileira, promulgada após a proclamação da República, de 1891, assim prescreveu em seu art. 72, § 17: *“O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. [...]”*.

A Constituição da República de 1934, em seu art. 113, nº 17, prescreveu: *“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse*

²⁸⁴ Nesse sentido, enfatizando, atualmente, a função social da propriedade: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1991, p. 239; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 532 e ss.; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís A. Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 339.

²⁸⁵ ARAÚJO, Fabio Caldas. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 13-14.

²⁸⁶ Cf. ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 20-2. No Capítulo 1 desta dissertação, mais precisamente no item 1.4, consta um comentário a respeito desse dispositivo legal, feito por Arruda Alvim, sendo desnecessário aqui repeti-lo.

²⁸⁷ Esse texto constitucional e os demais subsequentes, até o advento da CF/67, foram compilados da obra de Pinto Ferreira. Cf. FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo:

social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. [...]”. Previa, ainda, na parte final do dispositivo supracitado, que, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, o Poder Público poderia fazer uso da propriedade particular, sendo ressalvado o direito à indenização ulterior.

A Constituição Federal de 1937, em seu art. 122, nº 14, também contemplou o direito de propriedade, ressalvando a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

As Cartas Magnas de 1946 (art. 141, § 16) e a de 1967 (redação da EC nº 1/69, art. 153), na observação de Pinto Ferreira, “repetiram praticamente o texto de 1934, permitindo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”²⁸⁸

A vigente Carta Política, promulgada em 1988, denominada “Constituição cidadã”, garantiu o direito de propriedade no art. 5º, *caput*, e inciso XXII, *in verbis*:

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 – é garantido o direito de propriedade;

Infere-se do texto acima que o direito de propriedade está duplamente garantido na CF/88, haja vista estar consignado no *caput* do artigo em referência e no seu inciso XXII. Em verdade, ao garantir, o Estado já reconhece sua preexistência.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, em análise a esse inciso, informam que o mesmo celebra o *princípio do respeito à propriedade*, que consiste em reconhecer a cada um o direito ao respeito de seus bens. Para eles, duas vertentes principais decorrem daí, imediatamente: a) a primeira, que ressalta a natureza de direito fundamental do homem, revelada no direito de propriedade; b) a segunda, diz respeito ao caráter da obrigação positiva por parte do Estado, no sentido de adotar as medidas necessárias para assegurar ao proprietário o gozo efetivo de seu direito de propriedade (CF, art. 5º, XLI). Salientam ainda os referidos

Saraiva, 1989, pp. 98-100, v. 1.

²⁸⁸ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100, v. 1.

autores que o caráter jurídico mais significativo do direito fundamental de propriedade, cuja conservação constitui a base da sociedade política, é ter a mesma eficácia jurídica que a liberdade, a segurança e a resistência à opressão, devendo o seu titular, portanto, receber a proteção jurídica pertinente à proteção dessa classe de direitos.²⁸⁹

Ao comentar sobre o direito de propriedade na Constituição de 1988, Gilmar Ferreira Mendes²⁹⁰ chama a atenção para o fato de que o inciso XXII, juntamente com o inciso XXXI,²⁹¹ ambos integrantes do art. 5º, tratam do tema do direito de propriedade em sentido amplo, englobando também o direito de sucessão, o direito autoral, o direito de propriedade imaterial, dentre outros. Segundo Ferreira Mendes, já sob o império da Constituição alemã de Weimer (1919), passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger, além da propriedade sobre bens móveis e imóveis, os demais valores patrimoniais.²⁹² Contudo, é de ressaltar que o foco desta dissertação é no direito de propriedade em sentido estrito, mais precisamente propriedade sobre imóveis, mesmo porque o espaço destinado a este trabalho não permite uma abordagem mais ampla acerca deste instituto.

Portanto, dentre os Direitos Reais,²⁹³ é indiscutível que o direito de propriedade sempre foi o de maior importância, isto por abarcar a propriedade, na mesma pessoa, os direitos de usar (*ius utendi*), gozar/usufruir (*ius fruendi*), dispor (*ius disponendi*) e reivindicar (*rei vindicatio*) da coisa.²⁹⁴ Etimologicamente, a

²⁸⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 938.

²⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 516 e 518, respectivamente.

²⁹¹ Esse inciso XXXI do art. 5º da CF/88 trata da sucessão de bens de estrangeiros situados no País. Antes, no inciso XXX do art. 5º, é garantido o direito de herança.

²⁹² Pontes de Miranda já assinalava nesse mesmo sentido, nos seus **Comentários à Constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 392, t. 5.

²⁹³ Os Direitos Reais estão relacionados no art. 1.225 do CCb/2002, a saber: propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca e anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso (CCb/2002, art. 1.225). Estes dois últimos foram acrescentados ao elenco dos Direitos Reais através da Lei nº 11.481/2007, sendo certo que a “concessão de uso especial para fins de moradia” tem por escopo operacionalizar o *direito social de moradia*. Frise-se que somente a propriedade é direito real completo, enquanto os demais são chamados de direitos reais de gozo ou fruição, à exceção, é claro, do penhor, da hipoteca e da anticrese, considerados direitos reais de garantia.

²⁹⁴ Note-se que há autores mais antigos que utilizam a expressão *ius abutendi*, em lugar da *ius disponendi*; porém, é importante salientar que o *ius abutendi*, correspondente ao *abusus* dos romanos, não tem o sentido antissocial, comparável ao ato ilícito. Ao contrário, entre os romanos, o exercício do direito de propriedade era subordinado às exigências do bem comum. Portanto, a palavra não era empregada no sentido vulgar, mas traduzia o poder de alienar, o poder de consumir; em suma, a ideia de disposição. Cf. MONTEIRO, Washington Monteiro. **Curso de direito civil – direito das coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88, v. 3.

expressão “propriedade” tem origem no termo latino *proprietas* (ou *dominus*) significando “o que pertence a uma pessoa”.²⁹⁵ Em razão disso, a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXIV, garante uma prévia e justa indenização ao proprietário cujo bem for objeto de desapropriação. Aliás, todo País que se pretende democrático contempla em seu ordenamento jurídico o direito de propriedade e a garantia ao cidadão de não ser privado do seu bem de forma arbitrária. Nesse sentido, é o magistério de Jorge Miranda,²⁹⁶ ao comentar a respeito do art. 62º da Constituição de Portugal:

I – Qualquer pessoa tem o direito de não ser privada arbitrariamente da sua propriedade [...]. Se a Constituição a todos confere o direito de adquirir a propriedade e outros direitos patrimoniais, não pode deixar de a todos igualmente conceder a segurança contra privações arbitrárias. [...]

É de se observar que o referido jurista português considera a propriedade como um “direito real máximo”, sendo por isso uma garantia institucional e um direito fundamental.²⁹⁷ Ele cita, como um dos fundamentos jurídicos para tal garantia ao direito de propriedade, o art. 17º, nº 2, da Declaração Universal.

Não obstante a relevância jurídica verificada quanto ao direito de propriedade na vida do homem – conforme já visto alhures, ele é um ser de busca, encontro e domínio²⁹⁸ –, de nada adianta contemplar os direitos sem dar aos mesmos a efetividade necessária. Com efeito, o grande desafio do Estado, ao longo da história, não é de reconhecer os direitos, mas, sim, de lhes dar efetividade, conforme advertido por Norberto Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.²⁹⁹

²⁹⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Direitos reais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68. Todavia, não existe, atualmente, um conceito fixo de propriedade, isto por se tratar de um instituto que vem sofrendo, ao longo do tempo, grandes mudanças em seu conteúdo, a exemplo da exigência de sua função social (CF, art. 5º, XXIII, e art. 170, III). Observe-se que o art. 1.228 do CCb/2002 não traz uma definição de propriedade, mas apenas enuncia os poderes do proprietário (*ius utendi, ius fruendi, ius disponendi* e *rei vindicatio*). É de ser ressaltado que definir um instituto constitui tarefa extremamente difícil; aliás, não foi por outro motivo que Javoleno (Digesto, 50, 17, 202) ensinava que “Omnis definitivo in iure civile periculosa est”, isto porque é muito difícil que ela não possa ser alterada. *Apud* ARAÚJO, Fabio Caldas. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

²⁹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207, tomo IV (Direitos Fundamentais).

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 528.

²⁹⁸ No item 2 do Capítulo 1 deste trabalho foi abordado sobre essas características inerentes ao homem, sendo ele, também, considerado como um ser de relação e de liberdade.

²⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

Por isso, fala-se, presentemente, em "Estado Constitucional Democrático de Direito". É que o Estado contemporâneo só se concebe como Estado Constitucional, devendo este ser um Estado de Direito Democrático. Explica Canotilho que estas qualidades surgem muitas vezes separadas: Estado de direito e Estado democrático – existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. E conclui, *in verbis*: "O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito."³⁰⁰

Destarte, para fazer face à proteção dos direitos previstos em lei, a exemplo do direito de propriedade, é preciso que seja garantido pelo ordenamento jurídico que nenhuma ameaça ou lesão a esses direitos passará ao largo da tutela jurisdicional. Tal garantia está consignada no art. 5º, XXXV, da CF/88, ao preconizar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Cumpra aqui lembrar que vem de longa data a preocupação dos juristas quanto à problemática envolvendo o acesso à justiça. Só para se ter uma ideia, tal sentimento de preocupação foi experimentado até mesmo por Montesquieu, conforme se depreende já no início do Capítulo I do Livro Vigésimo Novo de sua clássica obra *Do espírito das leis*, ao tratar "Do espírito do legislador":

As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande, que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meios para justificar-se.³⁰¹ (grifei)

Em virtude do exposto, o acesso à justiça deve ser visto (sempre) como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e eficaz. Nesse diapasão, está a garantia de um "processo de resultados justos".

Fazzalari, ao comentar sobre a aplicação da norma realizada pelo juiz, afirma dever este interpretar aquela com outra ou outras normas, em uma "relação conjugada" entre a fatispécie abstrata posta pela norma e a aquela concreta; e, por último, o juiz deve subsumir a situação substancial à lei que disciplina o seu dever

³⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

³⁰¹ MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985, p. 461.

de sentenciar, sendo que “nessa fase “a situação substancial funciona pelo ‘fato’ (realidade já acertada na fase precedente) ao qual se aplica a lei processual (*rectius*: jurisdicional), reguladora dos provimentos jurisdicionais.” Para ele, o juiz, conquanto deva ser imparcial no julgamento da lide, é, nesse último momento, “parcial”, isto porque “não pode não ser favorável a quem ele haja dado razão” (*sic*), tutelando-o, assim, contra o autor do ilícito. E sentencia: “Em resumo, o juiz, no final, não pode senão depor a balança e empunhar a espada.”³⁰²

Tem-se, portanto, como de suma importância proceder a uma (re)leitura do art. 923 do CPC, baseada nos princípios constitucionais de Justiça, com o fito de flexibilizar o seu rigor quanto à proibição incondicional de alegação de domínio.

Note-se que o direito de propriedade e o acesso à justiça (ou princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional³⁰³) foram expressamente contemplados na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, através dos referidos incisos XXII e XXXV do art. 5º, cujos dispositivos legais são integrantes do Título II, que cuida “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. Outro princípio que tem pertinência com o direito fundamental de propriedade é o do devido processo legal, também previsto na vigente Carta Política, em seu art. 5º, LIV, de seguinte teor: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Cumpre aqui repetir que tal princípio é considerado como princípio-gênero, do qual os demais são espécies.³⁰⁴

A partir da vigência do Estado Constitucional, o direito de ação passou a ser focalizado como “direito de acesso à justiça”, sendo o mesmo garantido nas Constituições. É que se a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada, “não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário [...] até porque ter direitos e não poder tutelá-los” é o mesmo que não os ter, conforme acentuado por Marinoni.³⁰⁵

Assim, o direito de ação nada mais é do que o poder de agir para fazer valer um dever de outrem para consigo, devido à proibição da tutela privada. E é

³⁰² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 488 e 489.

³⁰³ A doutrina também o denomina de *princípio da inafastabilidade da jurisdição* ou *princípio do direito de ação*.

³⁰⁴ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2002, p. 42.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Ob. cit., p. 186.

exatamente por isso que o direito de ação não pode ser obstaculizado por entraves, requerendo do Estado-juiz uma postura ativa, para a plena efetividade e tempestividade do direito reclamado (CF, art. 5º; XXXV e LXXVIII). Frise-se que a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Estado é designada de *vertical* e a eficácia em relação aos particulares é chamada de *horizontal*. Logo, o direito fundamental de ação incide apenas sobre o Estado, tendo *eficácia vertical direta* sobre o legislador e sobre a jurisdição. Esta é a conclusão feita por Marinoni, sustentando, ainda, que quando o conteúdo da decisão judicial disser respeito a um direito fundamental material, esse direito tem “*eficácia horizontal mediatizada pela jurisdição*.”³⁰⁶

Vem de longa data a preocupação do homem no sentido de consignar em lei a garantia de seus direitos. Como antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo, os doutrinadores Cintra, Grinover e Dinamarco se reportam à Magna Carta da Inglaterra, de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra, citando o seu art. 39, que assim dispõe: “*nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos [...] salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país*”.³⁰⁷

Conforme se vê, a necessidade que tem o “homem livre” de contar com o Estado-juiz para garantir o seu direito de ação mediante um “processo justo” remonta ao início do século XIII. E hoje em dia não é diferente, continuando o jurisdicionado a depender do Poder Judiciário para a efetivação de seus direitos e garantias constitucionais. Logo, o processo, visto como instrumento judicial de solução dos conflitos, deve ser pensado sempre na perspectiva constitucional de duração razoável, sem prejuízo do garantismo, finalismo e segurança jurídica.³⁰⁸ Para tanto, devem ser utilizadas as teorias referentes à instrumentalidade do processo³⁰⁹ e ao formalismo-valorativo,³¹⁰ isto com o escopo de realizar o “princípio-

³⁰⁶ Ibidem, pp. 213-214.

³⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 80.

³⁰⁸ A segurança jurídica é analisada por William Couto mediante três esferas subjetivas: a primeira, voltada ao *bem-estar* jurídico-social, decorrente da certeza de existência de um ordenamento jurídico garantidor dos direitos, delimitador dos deveres e assegurador das liberdades individuais; na segunda esfera, tem-se a segurança jurídica na *justiça com paz*, que é o escopo mediato da jurisdição; finalmente, na *certeza* de que a *quaestio*, em sede de Processo Judicial de Solução de Conflitos, não se repetirá jamais (coisa julgada). GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 164-165.

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros,

síntese e objetivo final” da atividade jurisdicional, que é o acesso à justiça, ou, melhor, “acesso à ordem jurídica justa”, na feliz expressão da doutrina brasileira.³¹¹

Ver o processo como “instrumento” significa dizer que este é um mecanismo de ordem técnica (mas, não exclusivamente), destinado a concretizar seus fins (escopos jurídico, social e político do processo), o que foi somente despertado a partir das chamadas *ondas renovatórias* defendidas por Bryant Garth e Mauro Cappelletti.³¹²

Dinamarco, idealizador da teoria da instrumentalidade do processo, salienta que, no decorrer dos séculos, o processo sofreu transformações significantes que mudaram o seu *modo-de-ser* e a sua *finalidade*. Assim, em seu contexto histórico, tem-se a *fase do sincretismo jurídico*, caracterizada pela confusão entre dois planos, quais sejam, o substancial e o processual do ordenamento – a ação era definida como o direito subjetivo lesado, sendo que a cada direito correspondia uma ação.³¹³

Depois, contestando essa visão, surgiu a *fase autonomista*, que apregoava a autonomia do processo (e da ação) em face do direito material, distinguindo-se pelos seus sujeitos, seus pressupostos e seu objeto, o que deu ensejo ao surgimento da própria ciência do direito processual, com seus métodos e objetivos próprios. Por fim, chegou-se ao terceiro momento metodológico do direito processual (atual), caracterizado pela *instrumentalidade do processo*, ou seja, o processo é um instrumento a serviço da paz social. Dessa forma, a instrumentalidade passou a ser o núcleo dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo tomada

2002, p. 18.

³¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³¹¹ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33.

³¹² São três as chamadas *ondas renovatórias* defendidas por esses juristas: a primeira, voltada para uma assistência jurídica às partes hipossuficientes; a segunda, voltada para a tutela dos chamados “*interesses supra-individuais*”, especialmente aqueles relacionados aos consumidores e ao direito ambiental (interesses difusos e coletivos); a terceira, correspondente ao “modo-de-ser-do processo” (simplificação e racionalização de procedimentos visando à justiça mais acessível). Cf. GARTH, Bryant; CAPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

³¹³ Note-se que, em razão disso, perdura até hoje um equívoco existente na legislação brasileira, usando de expressões como “ação de manutenção de posse”, “ação de reintegração de posse”, “ação de interdito proibitório” etc. (além destas, há muitas outras insertas no Livro IV do CPC). Para Humberto Theodoro Jr. (ele cita, a título de exemplos, a “ação de consignação” e a “ação de depósito”), tais erros denotam reminiscências do anacrônico e superado conceito civilístico de ação, segundo o qual a cada direito material violado corresponderia uma ação para protegê-lo; quando o correto seria dizer, segundo um dos seus exemplos dados, “procedimento da consignação em pagamento” etc. THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – procedimentos especiais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6, v. III. É dispensável mencionar que esses erros

como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário, bem como nos estudos quanto à efetividade do processo e nas propostas acerca da maior participação do juiz na instrução da causa.

E mais: em auxílio a esse aprimoramento do processo em face de seus objetivos (visão instrumentalista), há agora uma nova postura metodológica envolvendo o processo e os princípios constitucionais do processo. Dessa relação entre o processo e a Constituição, foram indicados dois sentidos vetoriais, um envolvendo Constituição-processo (tutela constitucional) e outro entre processo-Constituição (jurisdição constitucional). O que interessa neste trabalho é o binômio Constituição-processo, haja vista o seu objetivo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que decorrem da própria ordem constitucional (v. g., princípios da inafastabilidade da jurisdição, ampla defesa e *due processo of law*).³¹⁴

Assim, com a Constituição agindo sobre o processo, a *instrumentalidade* aparece, nesse contexto, como uma tentativa de reaproximação do processo ao seu objeto finalístico, pretendendo uma (re)visitação de seus conceitos a partir da efetivação dos resultados previstos pelo direito material (escopo jurídico), sem se descurar, é óbvio, do escopo magno da jurisdição e do processo, que é a pacificação com justiça (escopo social). Em síntese: busca-se um "processo de resultados justos". Não diverge desse propósito o *formalismo-valorativo*, porquanto também visa à efetividade de um "processo justo", equacionando os valores essenciais para a conformação do processo, a saber: efetividade e segurança. Enfim, trabalha-se, também, com a perspectiva constitucional do processo.³¹⁵

Pelo que se deflui do acima expendido, o processo, para ser um instrumento de realização de justiça, deve sempre se ajustar à realidade sócio-jurídica, fundado numa ética social. E o processo faz isso, segundo o magistério de Rui Portanova, "ampliando seus escopos (que agora são jurídicos, políticos e sociais) e busca sua efetividade (onde se ressalta o acesso ao Judiciário e à justiça das decisões)."³¹⁶

são comuns na prática, no dia-a-dia forense.

³¹⁴ Esse é, em apertada síntese, o conteúdo existente no capítulo I (primeira parte) de sua referida obra, que é dividida em duas partes. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

³¹⁵ Essa é a visão atual da doutrina. Assim, sem negar os resultados alcançados pela ciência processual ao longo da história, a tendência, hoje, é pelo *instrumentalismo substancial*, em contraposição ao *instrumentalismo formal*. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 20-21.

³¹⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Esse giro axiológico da Ciência Jurídica Processual em prol da efetividade do processo e do maior acesso à justiça há de ser feito, atualmente, também com a observância do princípio da duração razoável do processo, *ex vi* do disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal da República.³¹⁷

Portanto, se antes, sob a égide do positivismo jurídico, o princípio da legalidade era visto apenas em uma dimensão formal, agora, no Estado Constitucional (neoconstitucionalismo e pós-positivismo), tal princípio tem conteúdo substancial, ou seja, exige-se da lei a sua conformação com a Constituição.³¹⁸ Segue-se, então, que os princípios e direitos fundamentais devem servir como a *pedra de toque* em toda e qualquer decisão judicial, exigindo-se do magistrado, por isso, uma postura ativa com vista à concreção dos valores magnos estabelecidos pela Constituição da República. Afinal, segundo Paulo Bonavides, “as regras vigem, os princípios valem”.³¹⁹

Nesse sentido, defendendo a busca (pelo juiz) por um justo processo, eis a lição de William Couto Gonçalves,³²⁰ *in verbis*:

A propósito dos termos vagos da lei, a par dos indeterminados, convém se traga a registro que a conduta do juiz ao aclarar e suprir acrescentando sentido a textos legislativos não compromete a *segurança jurídica* das relações interpessoais e, muito menos, o Processo Justo, desde que o ato judicial esteja nos parâmetros estabelecidos pela doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito. Sustentando a asserção, basta que se tome da Itália a constitucionalização do Processo Justo e neste a admissão da atividade jurisdicional discricionária.

Samuel Meira Brasil Júnior,³²¹ comentando a respeito do "processo de resultados justos", afirma:

Um processo civil de resultados demanda uma verdadeira interdependência do binômio direito-processo, com o sacrifício, por vezes, de regras e dogmas processuais para que se resguarde o direito material. E a busca de um resultado justo amplia ainda mais a relação entre direito e processo, para admitir uma integração entre justiça e processo, permitindo

2001, p. 53.

³¹⁷ O princípio constitucional da duração razoável do processo foi examinado, de modo mais percuciente, no final do Capítulo 2 (item 2.4)

³¹⁸ No Capítulo anterior, essa temática já foi analisada de maneira mais percuciente.

³¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 288.

³²⁰ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 72.

³²¹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**, São Paulo: Atlas, 2007, p. 33.

flexibilizar não apenas o direito processual, mas também o próprio direito material.

Segundo ainda preleciona o citado autor, em passagem anterior, com respaldo em Dinamarco e Bedaque, trata-se, na verdade, de ver o processo sob a perspectiva da *utilidade* e do binômio *direito-processo*.³²²

Portanto, é possível, sim, ao juiz relativizar uma norma legal, sempre em prol de se alcançar, com o seu *decisum*, um resultado mais justo e equo na composição da lide. Esse é, aliás, o significado da teoria do *logos do razonable*, de Luís Recaséns Siches, cujo jusfilósofo advoga que as interpretações jurídicas sejam realizadas, sempre, com base na consideração do que é justo, isto porque o único método interpretativo válido e correto é aquele que vem da "lógica do humano, do razoável."³²³ Logo, qualquer interpretação que conduza ao absurdo deve ser rechaçada. É o caso, por exemplo, da aplicação *tout court* do art. 923 do CPC, nas hipóteses ventiladas nesta dissertação.

Destarte, para além do tecnicismo formal, que vai de encontro à tão querida *instrumentalidade do processo*, deve a jurisdição no Estado Constitucional estar atenta ao cumprimento do efetivo acesso à justiça para, com isso, concretizar o "processo de resultado justo". É, pois, com os olhos fitos nesse propósito que o presente trabalho está se desenvolvendo, tendo por escopo precípua o justo-concreto, em detrimento do justo-formal.

3.2 MEIOS LEGAIS DE TUTELA DA PROPRIEDADE

A propriedade individual sempre foi considerada um direito fundamental na vida do ser humano, sendo, por isso, garantida na legislação dos países democráticos. É que a propriedade garante a independência pessoal e a autoconfiança individual, sendo ela importante, então, ao desenvolvimento da personalidade, já que contribui para consecução de elementos de assistência e de provisão, aplacando, por via reflexa, as necessidades pessoais vitais. *A contrario*

³²² Ibidem, p. 31.

³²³ RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofía del derecho**. México: Porrúa, 1997, p. 661.

sensu, “quanto mais o indivíduo depende da assistência e da provisão estatais, mais dependente se torna e se sente.”³²⁴

No Brasil, conforme já reportado, o direito de propriedade sempre foi garantido constitucionalmente, tendo a atual Carta Magna contemplado tal direito no art. 5º, *caput*, e no seu inciso XXII, cujos dispositivos legais são integrantes do Título II da Constituição Federal, que cuida “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS” (*sic*).

Para fazer face a essa garantia constitucional, a propriedade deve decerto contar com os meios de proteção legal. Assim, é conferido ao proprietário “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.” Esta é a dicção do art. 1.228 do Código Civil brasileiro.³²⁵ Frise-se que a aquisição da propriedade se dá por usucapião, registro do título translativo e acessão, *ex vi* dos arts. 1.238/1.244, 1.245/1.247 e 1.248/1.259 do CCb/2002, respectivamente. Além dessas modalidades, existe ainda a aquisição da propriedade através do direito hereditário.

Caio Mário da Silva Pereira,³²⁶ analisando a propriedade já com base na sua *função social* (CF, art. 5º, XXIII), traz a seguinte lição:

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou “direito fundamental” (Pugliatti, Natoli, Plainol, Ripert e Boulanger), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A idéia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou do *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos “sentem” o fenômeno propriedade.

[...] a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha.

Pelo que se infere, a relevância em se garantir o direito de propriedade é bastante nítida. Iniludivelmente, a sua garantia e proteção legal é útil à paz jurídica e

³²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2006, p. 97.

³²⁵ Para efeito de uma visão topográfica do Código Civil Brasileiro, convém salientar que está ele dividido em duas partes, a saber: *parte geral* e *parte especial*. Na chamada *parte geral* estão açambarcados os conceitos básicos referentes aos sujeitos (pessoas naturais e jurídicas), aos objetos (bens) e aos fatos (fatos jurídicos) determinantes da relação jurídica civil. Na *parte especial*, por seu turno, estão concentrados os seguintes institutos: Direito das Obrigações (estão aqui inclusos a *Teoria Geral das Obrigações*, o *Direito Contratual* e a *Responsabilidade Civil*), Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões.

à ordem social, na medida em que garante a cada um aquilo que é seu, fixando limitações à cobiça alheia; logo, a regulação da propriedade é também uma regulação da *liberdade pessoal*. Comunga com esse entendimento Reinhold Zippelius, asseverando que a propriedade sempre foi vista como “a *fonte principal dos desacertos sociais*”.³²⁷ Daí, então, a preocupação do legislador em se criar mecanismo jurídico objetivando garantir a proteção da propriedade, bem como da posse.

Destarte, tendo em vista que o Estado avocou a si o monopólio da jurisdição, é perante o Poder Judiciário que se exercita, através da ação competente, esse direito de reaver a propriedade de quem injustamente a possuir ou detiver, dispondo o proprietário, atingido no exercício de seu *ius utendi, ius fruendi et ius disponendi*, de vários meios de tutela jurisdicional, denominadas pela doutrina de “ações petórias”.³²⁸ Impende ressaltar, desde logo, que, por se tratar de ação fundada em direito real imobiliário, exige-se a presença de ambos os cônjuges nas “ações petórias” (ou o consentimento do outro), seja na condição de parte demandante ou demandada (CPC, art. 10). O mesmo não acontece nas “ações possessórias”, a não ser que se trate de composses ou de ato praticado por ambos os cônjuges/companheiros (art. 10, § 2º, do CPC).

Se a propriedade é conhecida como o mais amplo dos direitos reais (arts. 1.225, I, e 1.228, *caput*, do CCb/2002), é a ação reivindicatória, por conseguinte, vista como a “ação petória” por excelência, sendo ela considerada a mais importante para garantir o direito de propriedade.³²⁹ Busca-se através dela a proteção da posse – que se encontra com a parte requerida –, como corolário do domínio (*jus in re*). É ação do proprietário que tem domínio (título), mas não tem posse, em face daquele que tem posse, mas não tem domínio (título). Nada impede, inclusive, que o(s) autor(es) da aludida demanda cumule(m) com esta o pedido de

³²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 89, v. IV.

³²⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2006, p. 95.

³²⁸ As “ações petórias” (*juízo petório*) visam à proteção do direito de propriedade, ao passo que as chamadas “ações possessórias” (*juízo possessório*) têm por finalidade proteger a posse. Para a proteção da posse, as ações estão relacionadas nos arts. 926 e 932 do CPC (de *manutenção e reintegração de posse* e de *interdito proibitório*, conforme se tratar de turbação, esbulho ou ameaça à posse, respectivamente).

³²⁹ A propriedade é o direito real mais completo. Ao seu lado, estão reunidos os seguintes direitos reais: superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de

declaração de sua propriedade, hipótese em que o efeito da sentença operará também, especificamente, o acerto do estado de propriedade; ressaltando que, caso não seja provada a propriedade, a parte autora será considerada carecedora de ação. Pode, ainda, o pedido reivindicatório vir cumulado com o de indenização de perdas e danos, cabendo ao(s) interessado(s) provar, *in casu*, o que perdeu com a detenção indevida da coisa.³³⁰

Assim, a parte demandante dessa “ação petitória” deve provar o seu domínio, mediante a exibição (com a exordial) da prova da propriedade, acompanhada do seu respectivo número de registro junto ao cartório competente, descrevendo o imóvel com suas confrontações. Deve o demandante, ainda, para lograr êxito na sua pretensão, demonstrar que a coisa reivindicada esteja na posse injusta da parte demandada. São três, portanto, os pressupostos de admissibilidade da ação reivindicatória: (i) a titularidade do domínio (pelo autor) do bem reivindicando, (ii) a individualização da coisa e (iii) a posse injusta do réu.

A pretensão reivindicatória é imprescritível, posto que a ação versa sobre o domínio, que é perpétuo, somente se extinguindo nos casos expressos em lei (*v. g.*, usucapião³³¹ e desapropriação). A ação de reivindicação encontra seu fundamento na segunda parte do art. 1.228 do Código Civil brasileiro. Registre-se que a *posse injusta* aí mencionada é feita em termos genéricos, não tendo, pois, a acepção restrita da posse injusta de que trata o art. 1.200 do mesmo diploma legal. Com efeito, detém “injustamente a posse”, na reivindicatória, aquele que não tem título que a justifique, ainda que tal posse não tenha sido obtida mediante violência, clandestinidade ou de caráter precário. Aliás, se não fosse assim, alerta Carlos Roberto Gonçalves, “o domínio estaria praticamente extinto ante o fato da posse.”³³²

Nesse sentido, eis o teor do seguinte acórdão: “Ação reivindicatória. Posse injusta. Desnecessidade de violência, precariedade ou clandestinidade. Necessidade apenas de que o possuidor não tenha o direito de possuir a coisa reivindicada.”³³³

direito real de uso (CCb/2002, art. 1.225).

³³⁰ Nesse sentido são, *mutatis, mutandis*, as conclusões da doutrina brasileira, podendo ser consultada, por exemplo, a obra de Sílvio Venosa. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – direitos reais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 207-208.

³³¹ Mesmo sendo a pretensão reivindicatória imprescritível, a usucapião pode ser alegada pelo possuidor, em defesa, contra o proprietário para, então, elidir aquele pedido, conforme previsto na Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal.

³³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 213.

³³³ RT, 759/374.

É de se notar que o art. 1.228 do CCb/2002, em conferindo ao proprietário “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,” ampliou o polo passivo da ação reivindicatória, permitindo que o autor da demanda possa intentá-la, também, em face do detentor do bem que injustamente tenha a coisa.³³⁴ Tal possibilidade acabou ensejando divergência na doutrina pátria: há uma corrente doutrinária entendendo ser inconstitucional (por afronta ao princípio do devido processo legal – CF, art. 5º, LIV), ao argumento de que se o proprietário do bem ingressar em juízo com a pretensão de reivindicá-lo em face apenas do detentor, o possuidor (em cujo nome o demandado detém a coisa) poderá ajuizar embargos de terceiro ao azo da execução da sentença, na hipótese desta ter acolhido o pedido autoral. A par disso, com a prevalência do aludido texto legal, estaria revogado o disposto no art. 62 do CPC, que determina àquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, a obrigação de nomear à autoria o proprietário ou o possuidor.³³⁵

Humberto Theodoro Jr., colocando-se em posição contrária, defende a manutenção do dispositivo legal em tela. Para ele, deve ser tal norma interpretada como autorizando ao proprietário a possibilidade de, diante do caso concreto, propor a referida demanda em face não apenas do detentor do bem, mas, sim, também em relação ao seu possuidor. Nessa ordem de ideias, o art. 1.228 do CCb não revogou o art. 62 do CPC. Concorda Theodoro Jr., contudo, que se porventura o feito tiver tramitado sem que o possuidor tenha integrado a relação jurídica processual, a sentença será tida como inexecutível perante o verdadeiro titular da situação jurídica litigiosa.³³⁶

Além da reivindicatória, fazem parte do rol dessas denominadas “ações petórias” a declaratória, a confessória e a negatória. A “ação declaratória”, como sói acontecer, objetiva apenas a declaração do direito de propriedade, à luz do disposto no art. 4º do CPC. Quanto à “ação negatória”, sua finalidade é provar a plenitude da propriedade, com o escopo de não sofrer restrição de servidão, usufruto ou qualquer outro direito real (a sua razão de ser está no art. 1.231 do CC/2002, que dispõe ser a

³³⁴ Note-se que o art. 524 do CCb/1916 se referia apenas ao “possuidor”, não fazendo menção ao mero “detentor” do bem.

³³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. III.

³³⁶ THEODORO JR., Humberto. O novo Código Civil e as regras hereróticas de natureza processual. In: MAZZEI, Rodrigo; DIDIER JR., Fredie (Coords.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 152.

propriedade plena e exclusiva, até prova em contrário; ressaltando que a sentença declarará a plenitude do domínio ou propriedade, que não foi perdido, porquanto nesta hipótese caberia a reivindicatória). No tocante à “ação confessória”, esta representa para a servidão o que a reivindicatória representa para o domínio; com a confessória, o promovente obtém o reconhecimento ou o restabelecimento de servidão, também podendo cumular pedido indenizatório.

Pelo que se infere do acima exposto, as duas últimas ações (negatória e confessória) possuem caráter real e natureza petitória. Note-se que “*pela primeira*, se exclui a limitação pretendida sobre a propriedade; *pela segunda*, se pretende, ao contrário, aduzir aos direitos integrais da propriedade mais um *plus* em relação à propriedade vizinha, reconhecendo um direito dominante sobre esta.”³³⁷

Mas, apesar da previsão legal em nosso ordenamento jurídico de tais ações, a reivindicatória – repete-se – é a “ação petitória” por excelência, porquanto é com ela que se garante o direito de propriedade. É dela que trata o art. 1.228 do CCb/2002, ao conferir a faculdade do proprietário de *reaver* a coisa do poder de quem injustamente a possui ou detenha. É o direito de propriedade, dessa forma, dotado de uma tutela jurídica específica, que é a reivindicatória, através da qual o dono da coisa imóvel vai retomá-la do possuidor ou detentor que a conserva sem causa jurídica, ou a *possui injustamente*.³³⁸

Três são os pressupostos da ação reivindicatória, a saber: a) a titularidade do domínio, pelo autor, da coisa reivindicada; b) a individualização da coisa; c) a posse injusta do réu.³³⁹ É importante ainda observar que o proprietário pode se utilizar da ação reivindicatória mesmo se ele já tiver exercido, antes, a posse da coisa, conforme se pode verificar do seguinte aresto:

Reivindicatória. Extinção sem apreciação do mérito decorrente de o proprietário haver exercido e perdido a posse do imóvel. Inadmissibilidade. Proprietário que, embora pudesse valer-se da via possessória, mais fácil e

³³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – direitos reais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 209-210 (o itálico não consta do original). Há, também, as ações de nunciação de obra nova, de dano infecto e dos embargos de terceiros, que podem ser utilizadas tanto para defesa da posse como da propriedade.

³³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96, v. IV.

³³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 211. Para o citado autor, não se faz necessário, atualmente, a comprovação, com a inicial, de *certidão de filiação* dos títulos de domínio anteriores, estendendo-se a pesquisa até alcançar o tempo necessário à usucapião, denominada *probatio diabólica*. Basta, agora, o registro imobiliário para demonstrar a titularidade do domínio.

menos abrangente, não está impedido de fazer uso da reivindicatória, mais difícil e abrangente. Extinção afastada.³⁴⁰

Neste ensejo, convém coligir as seguintes observações, da lavra de Rudolf von Jhering (1818-1892), a respeito do fundamento e da razão legislativa da proteção possessória:

Somente de uma maneira se pode explicar satisfatoriamente o aspecto da proteção possessória do Direito Romano: dizendo que ela foi instituída com o fim de *aliviar* e *facilitar* a proteção da propriedade. Em vez da prova da *propriedade*, que o proprietário deve apresentar quando reclama a coisa em mão de um terceiro (*reivindicativo*), ser-lhe-á bastante a prova da *posse*, para com aquele que a arrebatou imediatamente.

Pode a posse, de acordo com o exposto, representar a propriedade? Sim, porque é a propriedade em seu estado normal – a posse é a exterioridade, a *visibilidade* da propriedade. [...]. Quase sempre o possuidor é ao mesmo tempo o proprietário; são muito diminutos os casos em que não o é.

Podemos, pois, designar o possuidor como *proprietário presuntivo* [...]. A ação possessória mostra-nos a propriedade na *defensiva* e a reivindicação na *ofensiva*.

Exigir da defensiva a prova da propriedade seria proclamar que todo indivíduo que não está em estado de demonstrar a prova de sua propriedade – o que é impossível em muitos casos, quiçá na maioria, quando se trata de móveis – acha-se fora da lei; dessa maneira qualquer pessoa poderia tirar-lhe a propriedade.

A proteção possessória aparece como um *complemento indispensável* da propriedade. O direito de propriedade sem a ação possessória seria a coisa mais imperfeita do mundo, ao passo que a falta da reivindicação apenas a afetaria, a não se considerar a questão senão em seu aspecto prático.³⁴¹

Diante de tais informações, vê-se quão importante é, para uma melhor compreensão do instituto jurídico, perquirir-se acerca da sua fundamentação e da *ratio legis* a ele inerente. É nessa esteira que, com base na doutrina de Jhering, se tem descoberto que a tutela possessória teve o seu fundamento legal na garantia da propriedade. Assim, foi justamente pelo fato da posse ser considerada como “a exterioridade da propriedade” que o Direito posto passou a lhe dar proteção. A propósito, Clóvis Beviláqua faz um comentário sobre o tema assaz elucidativo: “Historicamente, a posse antecede à propriedade; estabelecida esta, porém, a posse é a exterioridade da propriedade. O facto transformou-se em direito. A crisalida (*sic*) fez-se borboleta.”³⁴²

³⁴⁰ TJSP, Ap. 329.711-4/9-Peruíbe/Itanhaém, 2ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Maia da Cunha, j. 27.04.2004.

³⁴¹ JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2009, pp. 31-32.

³⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Ob. cit., p. 28. Em outra passagem anterior, à página 15, analisando sobre a “origem da posse”, diz Beviláqua que a posse, por ser um estado de fato, antecedeu à propriedade, estado de direito, na apreensão e utilização das coisas do mundo externo,

Jhering, em complemento às lições acima, traz ainda os seguintes ensinamentos:

Se para ser protegido como o possuidor basta demonstrar sua posse, essa proteção aproveita tanto ao proprietário como ao não proprietário. A proteção possessória, estabelecida para o proprietário, beneficia desse modo a uma pessoa para quem não foi ela instituída. Semelhante consequência é inevitável. O direito deve aceitá-la sobretudo para conseguir seu fim de facilitar a posse da propriedade. [...]

Nenhuma delas (partes) tem necessidade, para obter a facilidade da prova estabelecida em atenção ao proprietário, de alegar ao provar o seu direito; ainda mais, não se lhe daria ouvidos, se o alegasse. [...]

A diferença do possessório e do petitório repousa na aplicação rigorosa desta regra. (*Interdicta possessionis e petitorium judicium*). Naquele só se trata da questão de posse; neste trata-se exclusivamente da questão de direito, pelo que se depreende, falando a linguagem da prática, que a decisão do possessório não *prejulga* a do petitório, isto é, que a parte que foi vencida no primeiro pode ainda triunfar no segundo e vice-versa. Dessa maneira, é possível que o não proprietário triunfe no possessório contra o proprietário. A instituição feita *para* este torna-se *sua* adversária. Mas não sucumbe porque a reivindicação lhe proporciona o modo de finalizar, em qualquer momento, a posse juridicamente protegida de seu adversário.³⁴³

Com base nessa concepção, o possuidor de uma coisa é, concomitantemente, o seu proprietário, razão pela qual a posse é, para Jhering,³⁴⁴ o poder *de fato*, enquanto a propriedade é o poder *de direito* sobre a coisa. Ambas podem achar-se com o proprietário, mas podem também se separar; e isto acontece, para ele, de duas maneiras: ou o proprietário transfere a posse a outrem, ficando com a propriedade, ou a posse lhe é arrebatada contra a sua vontade. Naquele primeiro caso a posse é justa,³⁴⁵ devendo o proprietário respeitá-la, ao passo que no segundo caso ela é injusta, sendo conferido ao proprietário, *in casu*, o direito de pleiteá-la perante o Poder Judiciário. Ao demonstrar a grande relevância da posse para o proprietário que dela se viu privado sem o seu consentimento, Jhering compara a propriedade sem a posse como um tesouro sem a chave para abri-lo, ou como uma árvore frutífera sem a escada para colher os frutos. Segue-se daí que a posse é indispensável ao proprietário para utilização econômica de sua

para a satisfação das necessidades do homem, e isto porque nos tempos primitivos não havia organização jurídica: as coisas necessárias à vida precária, dos rudes espécimes da família humana, estavam ao alcance daquele que as pudesse colher.

³⁴³ JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2009, pp. 33-34.

³⁴⁴ JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2009, p. 14.

³⁴⁵ A título de alguns exemplos de posse justa, podem ser citados os contratos de locação e de comodato, o mesmo ocorrendo com a posse direta resultante do direito ao usufruto etc.

propriedade,³⁴⁶ devendo o Estado garantir tal direito fundamental mediante a tutela jurisdicional adequada, célere e eficaz.

Por tudo o que foi visto até aqui, resta patente quanto à relevância jurídica e social em se dar proteção legal à propriedade, posto que considerada como um dos direitos basilares da pessoa humana. Nessa quadra, é fácil de se imaginar o porquê da felicidade estampada na face de alguém ao conquistar, a duras penas, o direito de ter uma casa própria, ou até mesmo uma pequena área de terreno para nela poder edificar a sua habitação. Aliás, tamanha é a importância em se ter uma casa própria no Brasil, que foi aprovada a Emenda Constitucional nº 26/2000, através da qual o direito à moradia foi inserido no art. 6º da CF/88, passando agora a integrar o rol dos direitos fundamentais sociais. Em contraposição, imagine o proprietário de um bem imóvel (casa ou lote de terreno), após ter envidado um grande esforço para adquiri-lo, não poder tomar posse do mesmo, e isto em virtude de um terceiro haver se apropriado dele, injustamente.

O exemplo acima não é algo surreal em nosso País. Absolutamente. É fato que acontece no dia-a-dia forense. Realmente, não é raro o magistrado se deparar com um litígio, envolvendo direito de propriedade, cuja posse não fora passada ao adquirente do bem imóvel porque um terceiro dela se apossou, ao argumento falacioso de que “não tem teto para morar” – no caso de propriedade urbana – ou “não tem terra para plantar” – na hipótese de bem imóvel rural (?!).

Ora, que essa situação fática, ainda comum no Brasil, deve ser resolvida pelo Estado, ninguém contesta. Afinal, desde 1988, com a promulgada da Carta Magna, passou o País a viver sob a égide do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), tendo elegido o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (CF, art. 1º, III);³⁴⁷ devendo ser lembrado que tal princípio, segundo o magistério de Daury Cesar Fabriz, “manifesta-se como instrumento abalizador dos demais princípios e direitos compreendidos como superiores.”³⁴⁸ E diz mais: “Os

³⁴⁶ A propriedade sem a posse é mera abstração jurídica. Portanto, é com base na utilização econômica da coisa que Jhering defende o direito à posse do proprietário (*ius possidendi*), conforme se pode inferir da leitura de sua reportada obra. A propósito, Clóvis Beviláqua, respaldado nesse ensinamento de Jhering (de que *a posse constitui o pressuposto de fato da valorização econômica da propriedade*), assevera que sem o direito de possuir (*ius possidendi*), por parte do dono do bem, “a propriedade seria um nome sem sentido.” BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. Ob. cit., pp. 27-28.

³⁴⁷ Não se deve olvidar que tal princípio já estava positivado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948, consoante se constata pela leitura dos arts. 3º, 5º, 9º e 18º.

³⁴⁸ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 276.

direitos fundamentais emanados da Constituição e os direitos humanos prescritos pelas declarações de direito, tratados e convenções internacionais, devem implicar uma nova arquitetura que possa determinar o devido respeito à dignidade da pessoa humana [...]."³⁴⁹

A par disso, o art. 3º da CF traz o seguinte elenco de objetivos fundamentais de nossa República: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ocorre que, como o Estado não está conseguindo atender a esses objetivos fundamentais, continuam sem solução, a curto prazo, os bolsões de pobreza aqui existentes. E, assim, tendo como pano de fundo a “doutrina da função social”, parte da dogmática jurídica está se inclinando pela prevalência da posse em detrimento da propriedade, malgrado esta ter sido contemplada em nossa Carta Magna como um direito fundamental.³⁵⁰

Com isso, é intuitivo, o proprietário está atualmente correndo o risco, no Brasil, de perder o seu direito à posse do imóvel (*ius possidendi*), mercê muitas das vezes da esperteza do invasor. Com efeito, ainda no exemplo citado (casa ou lote de terreno), se o invasor – pasmem! – resolver ingressar em juízo com uma ação possessória (v. g., manutenção de posse), ficará o proprietário, *ipso facto*, proibido de discutir o seu direito dominial naquela demanda. É que, durante o processar da ação possessória, está o proprietário (este, no exemplo apresentado, tem o domínio, mas não tem a posse) impedido de discutir o seu direito à posse do bem alegando a exceção de domínio. É o que se infere da literalidade contida no art. 923 do CPC.³⁵¹

A respeito da vertente corrente doutrinária que tem se inclinado para uma soberba proteção da posse em detrimento da propriedade, vale transcrever a crítica feita pelos autores do *Código Civil comentado*, sendo coordenador o Ministro Cezar Peluzzo, do Supremo Tribunal Federal:

³⁴⁹ Ibidem, p. 281.

³⁵⁰ Cf., por exemplo: FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115.

³⁵¹ Não se discute ser a posse também um direito que cabe ao Estado garantir juridicamente; prova disso é a existência dos interditos possessórios em nosso Código de Processo Civil. O que se questiona é a forma peremptória pela qual grande parte dos juristas está defendendo a posse, em detrimento do direito de propriedade, preferindo a aplicação literal e silogística do art. 923 do CPC, mesmo que com tal opção radical possa causar um resultado injusto à parte que tem o melhor direito relativo à posse, por força da prova dominial.

Questão das mais delicadas e de difícil trato é a da vedação pelo ordenamento jurídico da tutela da propriedade que, por algum motivo, deixa de cumprir sua função social. É moeda corrente da melhor doutrina, na esteira do entendimento de Stefano Rodotà (op. cit., p. 139), que a sanção ao mau comportamento proprietário, quando este desobedece a obrigações e ônus postos a seu cargo, determina a superveniente carência de legitimação à titularidade ou exercício do direito. No mesmo sentido, assevera Pietro Perlingieri (op. cit., p. 282) que “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”.

Negar, pura e simplesmente, qualquer ato de defesa do mau proprietário à agressão de terceiros significaria legitimar o reino da força, uma vez que, sendo os bens escassos em relação às necessidades do homem, seria inevitável a luta por sua apropriação. Não se pode olvidar, ao examinar a questão, que a própria Constituição Federal, ao disciplinar o mau uso da propriedade, urbana ou rural, estipulou gradativas sanções – anteriormente vistas – que vão desde a edificação compulsória, passando pela tributação progressiva, até a desapropriação para fins de interesse social, mediante pagamento em títulos da dívida pública. Não cogitou, todavia, da negativa de tutela, ou da retirada de legitimação do mau proprietário. Não cabe, de fato, ao particular, à margem e contra o poder público, sancionar pessoalmente o mau proprietário, desprezando o devido processo legal. Descartam-se, assim, invasões ou atos maculados com vícios da violência, clandestinidade ou precariedade, que pretendam retirar do proprietário os *jus utendi e fruendi*, ainda que com o elevado propósito de, em momento posterior, conformar o bem a sua função social. Chancelar tal conduta significaria punir uma conduta ilícita com outra conduta ilícita, em perigoso jogo de compensações pautado no exercício das próprias razões. [...]

Como constou do recente julgado, “a invasão de propriedade urbana não encontra respaldo na ordem jurídica, inobstante enquanto movimento político os objetivos possam até ser justos. A discussão sobre a função social da propriedade compete ao Poder Público municipal, estabelecendo e verificando seu cumprimento. Qualquer desapropriação há de ser realizada mediante prévia e justa indenização (RT 727/294). Igual entendimento perfilha o Superior Tribunal de Justiça: “A invasão de terras é necessariamente clandestina e violenta, não podendo gerar posse justa” (STJ, REsp n. 219.579/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.09.2000, DJU 04.12.2000).³⁵²

É bem de ver-se que, depois dessa exposição crítica pormenorizada, concluem os referidos autores pela necessidade de serem ponderados os interesses antagônicos, o que se faz mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade.³⁵³

É necessário, diante do exposto, encontrar um juízo de razoabilidade entre as duas situações indesejáveis, uma que peca pelo estímulo à violência e a outra que peca pelo estímulo ao abuso do direito de propriedade. Alguns critérios podem ser usados, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. O primeiro é a aplicação do princípio da adequação, que

³⁵² LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.047.

³⁵³ A técnica de ponderação de interesses/bens/valores é objeto de análise, nesta dissertação, no Capítulo 2 (item 2.3), tendo sido a mesma exposta precisamente como um recurso necessário para que o Estado-juiz possa fazer um julgamento justo e equânime, quando, p. ex., diante de um litígio envolvendo posse e propriedade.

traduz a exigência de os meios adotados serem apropriados à consecução dos objetivos pretendidos, ou seja, o apossamento da *res* vise e seja adequado a fazê-la cumprir a função social. O segundo é a aplicação do princípio da necessidade, ou seja, que a medida restritiva à relação proprietária seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. O terceiro critério é a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, mediante ponderação entre a carga de restrição em função dos resultados. Devem ser identificadas, também, as demais circunstâncias fatuais relevantes dos direitos em conflito, como, por exemplo, a antiguidade da constituição do direito, os comportamentos ético-jurídicos censuráveis das partes na disputa e as consequências objetivas resultantes da decisão do conflito.³⁵⁴

Uma vez haurida essa abordagem crítica, mister se faz registrar que não se está aqui negando o dever do proprietário em dar função social à propriedade, posto se tratar de um princípio de ordem constitucional. O que está sendo posto para debate é o teor do art. 923 do CPC, cuja aplicação literal pode levar o magistrado, em determinados casos ocorrentes na vida forense, a proferir uma decisão injusta sob a perspectiva dos direitos e garantias constitucionais. Enfim, com base em tudo o que está posto neste e nos capítulos anteriores, não pode o juiz simplesmente “lavar as mãos” quando estiver diante de uma situação fático-jurídica semelhante à *sub examine*.

Bem diferente do exemplo acima é a hipótese do art. 1.228, § 4º, do atual Código Civil brasileiro, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 1.228 [*omissis*].

§ 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 5 (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.

Aqui, sim, trata-se de uma área extensa, cujos possuidores são de boa-fé, a par de estarem na posse ininterrupta do bem por mais de cinco anos.³⁵⁵ *In casu*, está patente o descaso do proprietário com tal imóvel, não sendo nele cumprido o

³⁵⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.048.

³⁵⁵ Cuida-se, na verdade, de alienação compulsória do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, desde que preenchidos os requisitos ali arremetidos. Ademais, note-se que o termo “imóvel reivindicado” não pode ser interpretado como se tal preceito legal só incidisse em ação reivindicatória, posto que nada impede que tal pedido por parte dos possuidores seja apresentado em ação possessória; aliás, mesmo diante da inércia do proprietário na propositura da demanda, poderão os possuidores se antecipar e postular esse seu direito (alienação compulsória do imóvel), tratando-se, na verdade, de um direito potestativo criado pelo legislador. Cf. LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.051.

dever de função social. Segundo Miguel Reale, cuida-se esse dispositivo legal de inovação “inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*.”³⁵⁶

Indiscutivelmente, a posse se apresenta, em tal situação fática, como um direito fundamental da pessoa humana,³⁵⁷ haja vista cuidar de hipótese em que se faz necessário garantir aos indigitados possuidores o direito à moradia, tendo por pressuposto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O conflito jurídico entre posse e propriedade, nesse caso específico, em virtude de envolver direitos fundamentais, demanda, para o bom e justo deslinde desse litígio, um juízo de ponderação de bens e valores, o que se faz pautado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo estes corolários do princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A única crítica que a doutrina vem fazendo ao referido dispositivo legal é quanto ao fato de o proprietário poder ficar sem o imóvel e sem indenização concernente ao referido bem, porquanto o § 5º do art. 1.228 do CCb/2002 não deixa claro a quem compete indenizar o dono daquela “extensa área” (?!): se os possuidores, o Município, Estado ou União (a doutrina ainda diverge a respeito³⁵⁸). Caberá, sem dúvida, ao magistrado a resolução desse imbróglio criado pelo legislador.

Não se está, pois, pretendendo defender a propriedade como um direito incondicional quando em confronto com o direito de posse. Absolutamente. O que

³⁵⁶ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82. Tal modalidade de perda da propriedade imóvel (urbana ou rural) é também conhecida como “desapropriação judicial”.

³⁵⁷ Em que pese a nossa Carta Magna ter consignado, expressamente, apenas a propriedade no elenco dos direitos fundamentais, a posse tem sido também considerada pela doutrina como um direito fundamental; tanto que, em contrapartida, dela (posse) tem sido exigido, inclusive, que cumpra igualmente o dever de função social. Aliás, a CF/88 prevê a abertura para a existência de outros direitos fundamentais fora daquele denominado “catálogo” constante do seu art. 5º, inclusive quando previstos em tratados internacionais, conforme se depreende da simples leitura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Nesse passo, a doutrina faz a seguinte divisão: (i) direitos formalmente fundamentais, compreendendo todos aqueles expressamente relacionados no texto constitucional, e (ii) direitos materialmente fundamentais, sendo estes os não consignados expressamente naquele elenco da CF/88, mas que são incorporados ao Direito Positivo. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 93.

³⁵⁸ A corrente doutrinária que se posiciona pelo preço do imóvel ser pago pelos beneficiários da “desapropriação judicial” tem recebido apoio, inclusive pelo Enunciado 84, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de seguinte teor: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.” LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, pp. 1.052-1.053.

está sendo suscitado, dialeticamente, é a necessidade de se garantir o direito de propriedade, nas hipóteses aqui apresentadas. Cite-se, por ora, a hipótese do juiz se deparar com uma lide envolvendo posse e propriedade, e não conseguir deslindar a *quaestio* concernente à melhor posse, em virtude da fragilidade das provas carreadas aos autos. Seria possível ao magistrado, alargando o seu campo de investigação em busca do justo concreto, não extinguir a ação, sem resolução do mérito (como sói acontecer em casos tais), e, mediante uma dilação probatória, determinar que as partes apresentem o título dominial relativo ao “bem da vida” para, finalmente, com espede agora nesta prova documental, decidir, *incidenter tantum* (nos próprios autos da ação possessória), acerca de quem deve ficar com a posse do imóvel em tela?

Para uma análise mais aprofundada dessa temática, foi reservado um tópico específico. Antes, porém, faz-se necessário trazer a lume a doutrina da função social, usada como critério de solução justa em uma lide envolvendo posse e propriedade.

3.3 A FUNÇÃO SOCIAL COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL

O direito de propriedade é, sem dúvida, o mais importante e mais completo dos Direitos Reais, tendo sido sempre contemplado no ordenamento jurídico pátrio, constituindo, inclusive, o título básico do Livro III do Código Civil e contando com a garantia em nível constitucional. O direito de propriedade confere ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, assim como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (CCb/2002, art. 1.228); devendo registrar que quando todas essas prerrogativas estão reunidas em uma só pessoa, diz-se que é ela titular da “propriedade plena”.³⁵⁹

Pela leitura da primeira parte desta dissertação (Capítulo 1), constata-se que a propriedade sempre foi alvo do interesse humano, desde quando o homem se encontrava no *estado de natureza*, sendo tal instituto, por isso, considerado pelos teóricos³⁶⁰ como algo inerente à pessoa humana, condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade. Por isso, a tese mais aceita até hoje, como

³⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204, v. V.

³⁶⁰ Podem ser citados, como exemplos, os jusnaturalistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-

fundamento jurídico da propriedade, é a *teoria da natureza humana*.³⁶¹ Consta também daquele Capítulo 1, *in fine*, um esboço histórico sobre o direito de propriedade, tendo passado a mesma, no Direito Romano, de propriedade coletiva para familiar e, ao depois, para a individual, nesta ordem sequencial; sendo oportuno explicitar que este último estágio se deu, a princípio, apenas sobre os bens necessários à existência do homem, passando, somente mais tarde, para os bens de uso particular suscetíveis de serem trocados com outras pessoas, recaindo, em seguida, sobre os bens e meios de trabalho e produção, para, finalmente, se tornar um direito individual, isto ocorrendo, é claro, nos países que adotam o modelo capitalista.³⁶² A história ainda relata que, na Idade Média, surgiu o feudalismo, em cujo sistema o senhor feudal era o proprietário do bem, mas quem explorava economicamente o imóvel era o servo, retirando da terra o seu sustento e, em contrapartida, tornava-se devedor de encargos; sendo que o clero e a nobreza se beneficiavam desse sistema de privilégios. Com a Revolução Francesa, a propriedade volta a ser individual, eis que considerada como um importante instrumento para a afirmação e progresso daquela nova sociedade, tendo o Código de Napoleão de 1804, em seu art. 544, definido a propriedade como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”.³⁶³ Tal concepção envolvendo a propriedade como um direito absoluto perdurou até o início do século XX, quando surgiu a Constituição alemã de 1919 (de Weimar), sendo esta responsável pela instalação do modelo de Estado Social, contrapondo-se ao do Estado Liberal.³⁶⁴ Eis, pois, em apertada síntese, a história relevante do instituto jurídico da propriedade, desde aquela época até o limiar do século XX.

Jacques Rousseau. Suas teses são objeto de análise, nesta dissertação, no reportado Capítulo 1.

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – direito das coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88, v. 4.

³⁶² É cediço que a concepção jurídica acerca do instituto da propriedade varia em cada País, até mesmo entre aqueles que adotam o modelo capitalista. Daí a doutrina ter sempre encontrado dificuldade em elaborar o conceito de propriedade, posto ser este necessariamente dinâmico, isto a partir do dever de função social inerente à propriedade. Não foi por outro motivo que Caio Mário afirmou que a propriedade “mais se sente do que se define”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 89, v. IV.

³⁶³ No Capítulo 1 (item 1.3) desta dissertação consta uma abordagem mais detalhada acerca dessa época histórica relacionada ao direito de propriedade.

³⁶⁴ A Constituição alemã de 1919, no seu art. 153, segunda alínea, *in fine*, definindo o direito de propriedade, disse: “a propriedade obriga”. Com tal expressão, que se choca inteiramente com a concepção do Estado Liberal, foi dado início ao Estado Social (ou Estado do Bem-Estar Social). A Constituição mexicana, de 1917, também tem sido considerada pela doutrina como uma das precursoras dessa mudança paradigmática, conforme já salientado no Capítulo 1 deste trabalho.

Foi decerto a passagem do Estado Liberal para o Estado Social que determinou a mudança de paradigma em relação ao direito de propriedade, passando a se exigir de tal instituto sua *função social*,³⁶⁵ o que significa dizer que a satisfação do interesse do indivíduo não poderá causar lesão às expectativas da coletividade; ou seja, o direito subjetivo deve ser exercitado juntamente com a sua *função social*. Nesse sentido, é a posição de León Duguit, para quem

A propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra.³⁶⁶

Não foi diferente com o Brasil, tendo a *função social* da propriedade sido contemplada a partir da Constituição Federal de 1934. Mas, conforme já acentuado, foi através da Carta Magna de 1988 que tal doutrina da função social recebeu destaque inigualável em nosso País, bastando se reportar aos seguintes dispositivos legais: art. 5º, inc. XXIII; art. 170, inc. III; art. 182, §§ 2º e 4º; art. 184, *caput*; art. 185, parágrafo único, e art. 186.

Quadra salientar que, malgrado tais dispositivos constitucionais se referirem apenas à propriedade, nada se reportando à posse, deve ser exigida a função social também desta.³⁶⁷ De fato, conquanto não haja na legislação brasileira nenhum dispositivo expresso a respeito da “função social da posse”, como esta possui íntima vinculação com a propriedade (a posse pode existir sem a propriedade, mas a propriedade não pode ser cogitada sem a existência daquela), há de ser também exigida tal *função social* para a posse, aplicando-se, *in casu*, os mesmos dispositivos legais correspondentes à função social da propriedade. Isto ocorre porque, a partir do momento em que se concebe a posse de maneira autônoma, deve ser exigido

³⁶⁵ Observe-se que a doutrina vem defendendo, ultimamente, a existência de um “Estado Socioambiental”, isto em virtude das Constituições modernas terem consagrado o direito a um ambiente equilibrado ou saudável como direito humano e fundamental, exigindo-se do Estado, então, um patamar mínimo de qualidade ambiental, aquém do qual a dignidade humana estaria sendo violada em seu núcleo essencial. A propósito, a Constituição Federal brasileira destina um capítulo específico para a proteção ambiental, inserido no Título que trata da Ordem Social (CF, art. 225). Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): Algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 12-13.

³⁶⁶ DUGUIT, León. Ob. cit., p. 29.

³⁶⁷ A esse respeito, já foi comentado no último tópico do Capítulo 1. Cf. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

dela, igualmente, a sua função social.³⁶⁸ Na verdade, a função social da posse, bem como a função social da propriedade, são dois lados de uma mesma moeda.

Para Teori Albino Zavascki, essa função social (que seria melhor entendida no plural, "função social *das propriedades*") se realiza mediante atos concretos do possuidor, assim considerado no sentido mais amplo, "seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse."³⁶⁹

É de ser aqui frisado que, quanto à "propriedade urbana", esta cumpre a sua *função social*, à luz do disposto no § 2º do art. 182 da CF/88, na medida em que atende "às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor", obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (CF, art. 182, § 1º). No que concerne à "propriedade rural", a sua *função social* é cumprida quando aquela atende, simultaneamente, aos requisitos constantes dos incisos I a IV do art. 186 da vigente Lei Magna.³⁷⁰

Doutrina Elimar Szaniawski³⁷¹ que tais

requisitos devem ser ponderados em conjunto com o art. 1º da Constituição, o qual determina os fundamentos do Estado brasileiro, valorizando e promovendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e com o art. 3º, o qual, no inc. III, promove a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais.

³⁶⁸ Para Fachin, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito; daí, então, dever a posse ser analisada, também, sob a perspectiva de sua função social. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 13.

³⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 844.

³⁷⁰ Tais requisitos são, *ipsis verbis*: "I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservados do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores." Sobre o tema, confrontando a propriedade e a posse, com e sem função social, recomenda-se a leitura, também, da obra de Marcos Alcino de Azevedo Torres, cujo autor traz um estudo histórico evolutivo de ambos os institutos desde o descobrimento do Brasil, defendendo, inclusive, a função social como paradigma de releitura da tutela possessória e petítória, oportunidade em que defende a ponderação de bens como critério informador da solução do conflito posse-propriedade tendo por fundamento apriorístico tal função social. Para ele, a improdutividade de um bem cria um vazio tanto social quanto econômico; ressaltando que, conforme a natureza do bem, há uma função (social) a cumprir: se imóvel rural, cumpre essencialmente essa função com a produção de alimentos, em conjunto com a moradia dos trabalhadores; se imóvel urbano, a função social é geralmente exercida com a moradia ou atividade econômica. Em outras palavras, só haverá verdadeiro cumprimento da função social do imóvel quando o proprietário ou possuidor cristaliza, materializa, efetiva, conforme a natureza do bem, a destinação socioeconômica a ele adequada. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 374-375.

³⁷¹ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. In: **Revista de direito privado** – 3. Ano 1 – julho-setembro/2000. São Paulo: RT, pp. 144-145.

Ainda na esteira de Elimar Szabuawski: “O Estado Democrático de Direito tem por escopo final a erradicação da pobreza e das desigualdades, constituindo-se o princípio da função social da propriedade na ferramenta mais eficaz para o cumprimento deste objetivo [...]”.³⁷²

Em congruência com essa visão *social* da propriedade em nível constitucional, surge o Código Civil brasileiro de 2002, preconizando, em seu art. 1.228, § 1º, *in verbis*:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as 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.

Rodrigo Mazzei,³⁷³ ao comentar sobre esse dispositivo, informa que nele estão insertas “cláusulas gerais” de *natureza extensiva* (verdadeira “porta de entrada e saída” da codificação com outros microssistemas, inclusive com os ditames constitucionais), permitindo, com isso, que o julgador possa lançar mão de toda a legislação pátria, mediante a interação sistemática,³⁷⁴ objetivando levar a efeito a pretendida *função social* da propriedade. E conclui, *in verbis*: “Resumidamente, por um único dispositivo, o legislador trouxe para as relações privadas todo o manancial de diplomas especiais que regulam a matéria, cabendo ao receptor a aplicação do texto mais afim à hipótese sob julgamento.”

Arruda Alvim, discorrendo a respeito do princípio da função social da propriedade, diz que, “em verdade, o que existe é uma realidade multifacetada”; salientando, outrossim, que, para alcançar qual o verdadeiro sentido da *função social*, do ponto de vista urbano, há de ser lido o art. 5º em combinação com o art. 182 da CR/88, somando-se ao Plano Diretor,³⁷⁵ “e mais minudentemente o que está no Estatuto da Cidade.”³⁷⁶ Já do ponto de vista rural, sustenta ele que uma propriedade

³⁷² Idem, *ibidem*.

³⁷³ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Função do direito privado no atual momento histórico*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002**. São Paulo: RT, 2006, p. 393.

³⁷⁴ Observe-se que, conforme visto no Capítulo 2 (item 2.3), uma das mais importantes técnicas interpretativas é a *sistemática*.

³⁷⁵ O Plano Diretor, “obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (CF, art. 182, § 1º).

³⁷⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Função social da propriedade*. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**.

cumprirá tal função se e quando preencher os requisitos preconizados no art. 186 da Carta Magna.

Portanto, o magistrado, quando diante de uma situação conflituosa envolvendo o direito de posse e/ou o direito de propriedade, deve analisar, mediante a técnica de ponderação de interesses/bens/valores, qual dos dois contendores está atendendo ao princípio da função social. Dessa forma, com base na doutrina da função social da posse/propriedade, o juiz decerto logrará a decisão mais justa no caso concreto.

Para Reinhold Zippelius,³⁷⁷ esse “compromisso social” envolvendo a propriedade, principalmente urbana, necessita de uma elaboração ampla, porquanto a exploração imobiliária “afeta a organização das cidades e das povoações, a paisagem natural, o acesso a áreas de recreação, o entorno dos vizinhos, a segurança da construção e outros interesses mais.”

Vê-se, pois, que ainda há um longo caminho a ser percorrido para a consolidação, no Brasil, da doutrina da *função social* da propriedade, conquanto se trate de um princípio jurídico constitucional. E para levar a efeito esse desiderato, mister se faz mudar o enfoque da ilicitude da conduta. Nesse sentido, é oportuno coligir os ensinamentos de Pontes de Miranda, cujo jurista, respaldado no princípio do *status quo*, ou *princípio da conservação do fático*, sendo este por ele considerado como imprescindível à paz jurídica e fática, advoga que cada um respeite as situações jurídicas:

As relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, não de conservar-se como são, exceto se o titular delas as muda, ou a sentença determina que se mudem. Ninguém pode, sem ofender o princípio, que é, logicamente, de *vida social*, antes de ser de *vida pública*, transformar ou extinguir *relações de posse*, cujo titular é outro.³⁷⁸

Destarte, com base nos valores constitucionais já referidos, torna-se imperioso proteger esse *status quo* para a garantia da ordem pública e da paz social. Todavia, como os bens são sempre limitados diante das necessidades dos seres humanos, é comum surgir conflito de interesses envolvendo posse e propriedade,

São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 25 e 27, respectivamente. Ele traz a lume, ainda, as Leis nºs 8.884/94 (que trata do abuso do poder econômico) e 9.472/97 (*Lei Geral de Telecomunicações*), as quais se referem à *função social* nos arts. 1º, 5º e 146, III (o primeiro dispositivo é daquela legislação, enquanto os dois últimos são desta última).

³⁷⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 99-100.

³⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** – Direito das coisas: posse. Campinas:

cabendo ao Estado-juiz o dever indeclinável de dirimir a respectiva lide. Daí a importância da jurisdição no Estado Constitucional, devendo as decisões judiciais ser proferidas com o fito de tornar efetivo o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Vale aqui repetir uma parte da análise crítica feita por Francisco Eduardo Loureiro,³⁷⁹ cotejando o direito de propriedade com o dever de dar função social ao bem, de responsabilidade do proprietário, e, de outro lado, o pretense direito de posse resultante de atos ilegítimos, a exemplo de invasão no imóvel perpetrada pelo possuidor. Para tal jurista

Negar, pura e simplesmente, qualquer ato de defesa do mau proprietário à agressão de terceiros significaria legitimar o reino da força, uma vez que, sendo os bens escassos em relação às necessidades do homem, seria inevitável a luta por sua apropriação. **Não se pode olvidar, ao examinar a questão, que a própria Constituição Federal, ao disciplinar o mau uso da propriedade, urbana ou rural, estipulou gradativas sanções** – anteriormente vistas – que vão desde a edificação compulsória, passando pela tributação progressiva, até a desapropriação para fins de interesse social, mediante pagamento em títulos da dívida pública. **Não cogitou, todavia, da negativa de tutela, ou da retirada de legitimação do mau proprietário.** Não cabe, de fato, ao particular, à margem e contra o poder público, sancionar pessoalmente o mau proprietário, desprezando o devido processo legal. **Descartam-se, assim, invasões ou atos maculados com vícios da violência, clandestinidade ou precariedade, que pretendam retirar do proprietário os *jus utendi e fruendi*, ainda que com o elevado propósito de, em momento posterior, conformar o bem a sua função social.** Chancelar tal conduta significaria punir uma conduta ilícita com outra conduta ilícita, em perigoso jogo de compensações pautado no exercício das próprias razões. Não há como conferir ao particular a prerrogativa de decidir, por critérios subjetivos e como juiz das próprias razões, qual relação proprietária não cumpre sua função social, quem vai tomá-la do titular e dela beneficiar-se e qual o destino a ser dado ao bem. (grifei)

Nessa perspectiva, os princípios e direitos fundamentais devem servir como a *pedra de toque* em toda e qualquer decisão judicial, sendo exigida do magistrado, por isso, uma postura ativa com vista à concreção dos valores magnos estabelecidos pela Carta Política de 1988.

Assim, considerando que a propriedade e a posse contam com a proteção estatal em nosso ordenamento jurídico para o seu regular exercício de direito, cabe ao Poder Judiciário dizer o justo-concreto quando se deparar com um conflito de interesses envolvendo tais institutos jurídicos. E para a consecução desse poder-

Bookseller, 2001, p. 313, tomo X.

³⁷⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.047.

dever jurisdicional, impõe-se uma solução constitucionalmente adequada para o problema a ser deslindado, exigindo-se, então, do intérprete e aplicador do Direito, hodiernamente, uma postura hermenêutica epistemológica diversa da hermenêutica tradicional, conforme já salientado alhures.³⁸⁰

De fato, o conflito jurídico entre posse e propriedade, em virtude de envolver direitos fundamentais, demanda, para o bom e justo deslinde desse litígio, um juízo de ponderação de bens e valores, o que se faz pautado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo estes corolários do princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Em harmonia com esse desiderato constitucional, tem-se a garantia de um “processo de resultados justos”, cujo objetivo só será alcançado à medida que o processo, enquanto instrumento operacional da jurisdição, seja visto sob a perspectiva dos direitos fundamentais, a exemplo do princípio do acesso à justiça, com a garantia, agora, de um processo sem dilação indevida, por força da Emenda Constitucional nº 45.

É, pois, com supedâneo no direito fundamental de propriedade e na garantia do acesso à justiça, mediante um processo de duração razoável, que se faz oportuno o convite à (re)leitura da vedação formal contida no art. 923 do Código de Processo Civil brasileiro.

3.4 UMA (RE)LEITURA DO ART. 923 DO CPC À LUZ DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Por tudo o que foi até aqui exposto, percebe-se que o tema tratado nesta dissertação envolve uma grande e antiga controvérsia jurídica, de difícil solução, tanto no terreno da teoria quanto no âmbito da práxis, sendo necessário, portanto, que o intérprete/aplicador do Direito, diante de cada caso a ser deslindado concernente à tutela possessória, proceda a uma análise percuciente da situação fática *sub judice*, sem se descuidar dos princípios de justiça e direitos fundamentais. Nesse ponto, é oportuno exordiar o presente tópico trazendo a lume as palavras de Paulo Bonavides,³⁸¹ *in verbis*:

³⁸⁰ Especialmente no tópico 2.3 do Capítulo 2 desta dissertação, onde é feito em confronto entre a Hermenêutica Clássica e a Hermenêutica Constitucional.

³⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 66.

Há em nosso tempo duas categorias de juristas: os da legalidade e os da legitimidade, os tecnocratas e os retóricos, os das normas e regras e os dos princípios e valores, os juristas do *status quo* e os juristas da reforma e da mudança.

Eu me inscrevo nas fileiras do segundo grupo, porque, sendo ambos ideológicos, um pertence à renovação e ao porvir, ao passo que o outro se filia na corrente conservadora e neutralista. Mas este último, sem embargo de apregoar neutralidade, professa, em derradeira instância, uma falsa e suposta isenção ideológica e, pelo silêncio e abstinência, acaba por fazer-se cúmplice do sistema e das suas opressões sociais e liberticidas.

Para fazer parte do segundo grupo desses juristas que Bonavides se declara como sendo membro integrante, é preciso conhecer, primeiro, então, o sistema jurídico do qual subjaz esta ou aquela norma legal, bem como as origens do instituto jurídico que se encontra sob o exame do hermeneuta. De fato, a análise de qualquer instituto jurídico requer um estudo preliminar em nível histórico-dogmático, isto porque é através da história do Direito (material e processual) que se alcança a base necessária para a compreensão da realidade. Aliás, não é por outra razão que a hermenêutica jurídica tem, como um dos seus métodos interpretativos, o histórico.

Nesse viés, é importante mencionar que a origem da proteção interdital (a exemplo do instituto da posse) remonta ao Direito Romano clássico; valendo aqui observar que, mesmo após a queda do Império Romano, com a conseqüente influência dos direitos germânico e canônico, "*o traço marcante das tutelas interditalis, representado pela antecipação da proteção perseguida (proteção in limine litis), manteve-se basicamente inalterado*", conforme preleciona Joel Figueira Júnior.³⁸²

Tendo em vista que as tutelas interditalis nasceram do Direito Romano, há duas teorias que procuram explicar tal origem. A primeira teoria, criada por Niehbur, defendida por Savigny, sustenta que, pelo fato das terras públicas não poderem ser objeto de propriedade de particulares (ocupantes do *ager publicus*), e, por tal motivo, ficavam desprotegidas judicialmente, os pretores começaram a proteger a posse por meio da concessão dos interditos. De outra banda, a segunda teoria, acolhida por Jhering e pela maioria dos doutrinadores atuais, defende que a gênese da proteção interdital está no poder outorgado ao pretor, nas ações reivindicatórias, de conceder provisoriamente (até sentença final) a posse da coisa litigiosa a um dos litigantes.³⁸³

³⁸² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 107.

³⁸³ Nesse sentido: BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. Ob. cit., p. 16. MOREIRA ALVES, José

Para Jhering, somente se pode explicar satisfatoriamente o aspecto da proteção possessória (do Direito Romano) dizendo que ela foi instituída com a finalidade de facilitar a proteção do direito de propriedade. *In casu*, em vez da prova da *propriedade*, que é exigido do proprietário quando este reclama a coisa em mão de um terceiro, basta, então, a prova da *posse*, já que esta é, na verdade, a exterioridade, a *visibilidade* da propriedade. E diz mais: a ação possessória mostra a propriedade na *defensiva* (a reivindicatória, na *ofensiva*), pelo que a proteção possessória aparece como um *complemento indispensável* da propriedade; logo, o direito de propriedade sem a ação possessória seria a coisa mais imperfeita do mundo.³⁸⁴

Impende registrar que não há, nas fontes, elementos seguros em favor de nenhuma das duas teses. Entrementes, o ponto em comum das teorias consiste na aceitação de que os pretores romanos foram os criadores da proteção possessória, por intermédio do *interdicta (interditos)*.³⁸⁵

Para Joel Dias Figueira Jr., respaldando-se no doutrinador italiano Alberto Burdese, a tutela possessória assumia duas funções: a primeira seria a da proteção interdital em virtude da proibição da autotutela; a outra seria a de tutela cautelar, pois o indivíduo, antes de ingressar com uma ação reivindicatória, recorria à tutela interdital possessória para restituição da posse perdida.³⁸⁶

De outro lado, no que se referem aos remédios judiciais destinados especialmente à proteção da posse, estes variavam de acordo com o tipo de posse (*possessio civilis*, *possessio ad interdicta* e *possessio naturalis*) e, ainda, conforme o período de evolução do Direito romano (clássico, pós-clássico e justiniano). Com efeito, segundo Moreira Alves,³⁸⁷ no *Direito romano clássico*, “a *possessio civilis* e a *possessio ad interdicta* eram protegidas por interditos possessórios, ao passo que a detenção somente era tutelada, de modo indireto, com a utilização, pelo detentor, da *actio iniuriarum*”, isto porque a turbção da posse era uma *iniuria* praticada contra a

Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 61-62, v. I. ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

³⁸⁴ JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2009, pp. 31-32.

³⁸⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61, v. I.

³⁸⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 109.

³⁸⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 63-64, v. I.

pessoa do detentor. Portanto, nesse período, pelo que se depreende, a posse era protegida pelos interditos de conservação (*interdicta retinendae possessionis causa*) e de recuperação (*interdicta recuperandae possessionis causa*), sem qualquer análise quanto ao direito de propriedade; aliás, segundo alerta Moreira Alves, ambas as espécies de tutela da posse não admitiam, como defesa, a alegação de propriedade por parte do demandado. Em outras palavras: para que o proprietário pudesse se valer desse seu direito dominial, precisava lançar mão da ação petítória, no caso a reivindicatória.

Destarte, ao que se pode ver, pouco mudou, até os dias de hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito às ações envolvendo os interditos possessórios.

Ainda em nível histórico, convém registrar que em 1891, por força da primeira Constituição Federal da República (a segunda do Brasil), conferiu-se aos Estados a prerrogativa de legislar em matéria de direito processual civil (além de direito penal e organização judiciária), denominado de *dualismo processual*. O Código Processual de São Paulo e do Distrito Federal, especialmente, admitiam como instrumentos possessórios apenas a ação de interdito proibitório, de manutenção e de reintegração de posse. De outro lado, os Códigos de Processo Civil da Bahia, do Espírito Santo, de Pernambuco, de Santa Catarina e o de Rio Grande do Norte, incluíam, entre os remédios possessórios, as ações de imissão de posse e de nunciação de obra nova. A *ação de reintegração de posse* (também chamada de *interdito recuperatório* ou “ação de força nova espoliativa”) era o remédio adequado à recuperação da posse perdida. O *interdito de manutenção* (também conhecido como “ação de força nova turbativa”) era o remédio jurídico a ser utilizado para a proteção da posse, no caso de perturbação do seu livre exercício.

Na verdade, os Códigos Estaduais eram editados com base ainda nas Ordenações Filipinas e no Regulamento 737, então em vigor, sendo que nada de novo trouxeram como reflexo das ideias científicas que dominavam os processualistas europeus, a partir de meados do século XIX. A única exceção foi o Código da Bahia, de cujo projeto foi autor Eduardo Espínola; devendo salientar que esse foi o primeiro Código Estadual a ser editado (1915). O Código do Estado de São Paulo só foi promulgado e entrou em vigor em 1930.³⁸⁸

³⁸⁸ Essas observações foram extraídas, *mutatis mutandis*, da obra de Joel Dias Figueira Júnior. Cf. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, pp.

Como essa experiência de *dualismo processual* não logrou êxito, foi editado, em 1939, o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, o qual perdurou até o advento do Código de Processo Civil de 1973. É neste diploma legal que será doravante concentrado o presente estudo, envolvendo o conflito entre posse e propriedade. Antes, porém, é oportuno ainda fazer um registro histórico interessante: no CPC de 1939 não tinha regra jurídica igual à existente no art. 923 do CPC/73, conforme observação feita por Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado.³⁸⁹

3.4.1 A proteção possessória no atual Código de Processo Civil

Antes de se adentrar na análise da proteção possessória no CPC/73, vale aqui mencionar, *en passant*, que Savigny e Jhering apresentaram duas teorias justificadoras da posse. Uma, denominada *teoria subjetiva*, foi desenvolvida por Savigny, enquanto Jhering foi o autor da chamada *teoria objetiva*.³⁹⁰

Nesse passo, é bem de ver-se que, na concepção de Savigny, a posse é caracterizada pela conjugação de dois elementos, a saber: o *corpus* (elemento objetivo, consistindo na detenção física da coisa) e o *animus* (elemento subjetivo, compreendendo a intenção de exercer sobre a coisa uma vontade de tê-la como sua – *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*). Se faltar, segundo essa *teoria subjetiva*, o elemento objetivo *corpus*, inexistente posse, e, de outra banda, se faltar o elemento subjetivo *animus*, existirá mera detenção, mas jamais a posse propriamente dita. Assim, à luz de tal teoria, só se adquire a posse de uma coisa se e quando a mesma contar com os dois elementos (*corpus* e *animus*).

A *teoria objetiva* de Jhering, adotada pelo vigente e também pelo revogado Código Civil brasileiro,³⁹¹ não empresta ao elemento subjetivo *animus* a mesma importância conferida pela teoria de Savigny, considerando-o já incluído no

127 *usque* 131.

³⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** – Direito das coisas: posse. Campinas: Bookseller, 2001, p. 349, tomo X.

³⁹⁰ Clóvis Beviláqua faz uma abordagem detalhada a respeito dessas duas teorias. Antes, porém, de tecer os seus comentários sobre as aludidas teorias, ele fez questão de ressaltar que, ao apresentar o Projeto de Código Civil em 1889, fizera, já naquela feita, as seguintes observações quanto à posse: “Não há, certamente, assumpto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, captivado a imaginação dos juristas do que o da posse”. Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Ob. cit., pp. 17 *usque* 28.

³⁹¹ Conforme se pode observar pelos teores do art. 485 do CCb/1916 e do art. 1.196 do CCb/2002.

elemento objetivo *corpus*, e dá ênfase, para justificar a posse, ao seu caráter de “exteriorização da propriedade”. Basta, portanto, para que a posse exista, tal elemento objetivo, porquanto ela (a posse) se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, da qual emana a posse.³⁹²

Outro ponto relevante envolvendo a posse, e aqui há concordância entre Savigny e Jhering, diz respeito ao questionamento se ela é um fato ou um direito. Savigny opina que a posse tem dupla natureza: embora a princípio seja um fato (a sua existência independe de todas as regras do Direito), acaba sendo, também, um direito, isto por conta de suas consequências legais (ela é defendida por ações legais, podendo ser objeto de contrato). Jhering, por seu turno, afirma ser a posse, além de um fato, um direito; salientando que isto ocorre em virtude dela representar um interesse legalmente protegido. A única divergência entre ambos juristas está no fato de Savigny ter a posse como um direito pessoal, enquanto Jhering a considera um direito real.³⁹³

Uma vez feitos tais comentários perfunctórios acerca das teorias subjetiva e objetiva da posse, outra ressalva que impende aqui fazer, *prima facie*, é que, com entrada em vigor do Código Civil de 2002, foram retirados todos os dispositivos que versavam sobre matéria instrumental. Limitou-se, pois, o legislador, através do art. 1210, a dizer que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado da violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.”³⁹⁴

Ao estudar a proteção possessória na atual legislação, observa-se que o Código de Processo Civil de 1973 trata do tema em voga no Capítulo V (*Das ações possessórias*) do Título I (*Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa*) do Livro IV (*Dos procedimentos especiais*), Seções I (*Das disposições gerais*), II (*ação de manutenção e de reintegração de posse*) e III (*interdito proibitório*).³⁹⁵

³⁹² Limite-me, nessas poucas linhas, a comentar sobre as duas teorias, isto pelo pouco espaço destinado ao presente trabalho, a par do fato de ser tal assunto objeto de análise de praticamente todos os civilistas e de alguns processualistas. Acresce mencionar a existência, ainda, das chamadas *teorias sociológicas*, surgidas no início do século XX, “dando ênfase ao caráter econômico e à função social da posse”, defendidas por Perozzi, na Itália, Saleilles, na França, e Hernandez Gil, na Espanha. Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., pp. 29-30.

³⁹³ Conforme ensino de Clóvis Beviláqua. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Ob. cit., pp. 41-42.

³⁹⁴ O CCB/2002 regulou os interditos possessórios através dos arts. 1.210 a 1.213.

³⁹⁵ Outros procedimentos, como os referentes à nunciação de obra nova (CPC, arts. 934 a 940) e aos embargos de terceiro (CPC, arts. 1.040 a 1.054), podem ser utilizados na defesa da posse, mas não fazem parte do rol das “ações possessórias”, isto porque não são exclusivamente voltados para a

Portanto, apenas três ações foram contempladas pelo CPC/73 como sendo de natureza interdital, excluindo-se deste rol a ação de imissão de posse, prevista que era no CPC/1939. Contudo, esta última ação continua sendo juridicamente possível, não como “ação possessória”, mas, sim, como ação de natureza real, ou seja, “ação petitória”.

O móvel pelo qual o legislador pátrio se posicionou dessa maneira se deve ao fato de tais ações possessórias *stricto sensu* terem por fundamento exclusivo a posse; logo, o âmbito da discussão é delimitado pelo *ius possessionis*, enquanto as outras (petitórias) se embasam, via de regra, no *ius possidendi*.³⁹⁶ Observe-se que, com a ação possessória, busca-se o *ius possessionis* (direito de possuir), enquanto que na ação petitória se pretende o *ius possidendi* (direito à posse). Aqui, pressupõe uma relação jurídica preexistente, que confere ao titular³⁹⁷ o direito à posse; não se discute a posse em si mesma considerada, mas, sim, a causa pela qual se deve possuir. Lá, inversamente, é o fato da posse *per se* que se discute, independentemente da preexistência de uma relação jurídica que lhe dê causa.³⁹⁸

Bastante elucidativo é o comentário feito por Luiz Guilherme Marinoni a respeito da distinção entre as demandas reivindicatória e de imissão na posse, denominadas “ações petitórias”, bem como destas com as “ações possessórias”. Explica Marinoni que, embora sejam aquelas duas petitórias, a ação reivindicatória compete ao proprietário (também ao condômino e ao enfiteuta), isto porque se funda no domínio, enquanto a ação de imissão na posse tem como titular não apenas o adquirente, mas todo aquele que possui documento em que o alienante lhe outorgou o direito de si imitar na posse. A principal diferença está no fato de que a imissão na posse é de *cognição limitada*, pois apenas permite que o réu se defenda alegando a *ineficácia do documento que confere o direito à posse*, ao passo que a ação reivindicatória é de *cognição plena*, nela não existindo qualquer restrição quanto às alegações de defesa. Já a distinção entre a ação de

tutela possessória.

³⁹⁶ CIMARDI Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 108-109.

³⁹⁷ Ao contrário do que afirmam alguns autores, não é só o proprietário que é titular desse direito, mas outros também o são, a exemplo dos titulares de outros direitos reais (ex.: usufrutuário e o credor pignoratício) e até mesmo os titulares de direitos meramente pessoais (ex.: locatário e comodatário). LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.015.

³⁹⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.015.

reintegração de posse e aquelas duas petições, diz Marinoni, é fundada na posse. Assim, quando esta (posse) é perdida em virtude de ato de agressão – chamado de esbulho –, é conferido ao possuidor esbulhado o direito de recuperar a posse mediante aquela supracitada ação. As chamadas “ações possessórias” abrangem as ações de reintegração de posse (quando ocorre o esbulho na posse – art. 927 do CPC), de manutenção de posse (quando ocorrem atos de turbação na posse – art. 926 do CPC) e de interdito proibitório (conferido àquele que, temendo o esbulho ou a turbação iminente, busca a tutela jurisdicional objetivando impedir a agressão à sua posse – art. 932 do CPC).³⁹⁹

Com isso, sendo o *ius possessionis* diverso do *ius possidendi*, garante-se a distinção entre a posse e a propriedade, vedando-se a discussão acerca do “direito à posse” durante uma lide possessória.

3.4.2 Proibição legal de concomitância entre demandas possessória e petição (CPC, art. 923)

Por tudo o que já foi visto até aqui, é de se notar que a causa de pedir, no juízo possessório, é a posse, e o objetivo da respectiva ação é a proteção da posse (direito de posse – *ius possessionis*). De outra banda, no juízo petição, o demandante reivindica a posse da coisa, tendo por base a alegação da propriedade (direito à posse – *ius possidendi*). Nesta última ação, portanto, tem-se na prova de domínio o elemento essencial para o deslinde da *quaestio*; devendo ressaltar que a reivindicatória é a ação petição por excelência,⁴⁰⁰ considerada que é como a mais importante para garantir o direito de propriedade.⁴⁰¹

A par dessa importante distinção, há outra que diz respeito aos procedimentos previstos para cada um dos juízos: no juízo possessório, o Código de

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 419-420.

⁴⁰⁰ Busca-se através da demanda reivindicatória a proteção da posse – que se encontra com a parte requerida –, como corolário do domínio (*jus in re*). É ação do proprietário que tem domínio (título), mas não tem posse, em face daquele que tem posse, mas não tem domínio (título).

⁴⁰¹ A propriedade é o direito real mais completo. Ao seu lado, estão reunidos os seguintes direitos reais: superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso (CCb/2002, art. 1.225).

Processo Civil brasileiro adotou o procedimento especial,⁴⁰² conforme se deflui dos arts. 920 e ss., enquanto que, no juízo petitorio, exige-se o procedimento ordinário.

Vê-se, portanto, que o *juízo petitorio* não se confunde com o *juízo possessório*, posto que enquanto neste se discute o *ius possessionis*, naquele o objeto da lide é o *ius possidendi*. Frise-se que a posse pode ser protegida até mesmo contra o proprietário.

É oportuno aqui lembrar as palavras ditas por Reinhold Zippelius, alertando que a propriedade sempre foi vista como “a *fonte principal dos desacertos sociais*”.⁴⁰³ Daí a preocupação do legislador, há muito tempo, em se criar mecanismo jurídico objetivando a proteção da propriedade e da posse.

Realmente, foi por conta disso que, durante muito tempo se debateu, nos países de tradição romano-germânica, acerca da possibilidade de arguição da chamada “exceção de domínio”, quando estivesse em disputa judicial a posse de um determinado bem imóvel. Toda essa celeuma jurídica, registre-se, remonta ao Direito Romano, conforme se depreende na seguinte expressão de Ulpiano: “*Separata esse debet possessio a proprietate*.”⁴⁰⁴

No Brasil, tudo começou com a redação primitiva dada ao art. 505 do Código Civil de 1916, conferindo ao proprietário o direito de sair vencedor numa ação possessória sempre em que a posse fosse disputada com base no domínio. De fato, tal dispositivo legal era dividido em duas partes, sendo que a primeira afastava a possibilidade de discussão dominial no juízo possessório, ao preconizar que “*não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou outro direito sobre a coisa*”; enquanto a segunda parte, contradizendo aquela primeira, determinava que “*não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio*.”

Toda essa situação fático-jurídica acabou resultando na Súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal, que declara, textualmente: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, *se com base neste for ela disputada*”. (o escrito em itálico não consta do texto original)

⁴⁰² Salvante a hipótese de a ação ser intentada após o decurso do prazo de ano e dia da turbação ou esbulho (art. 924, *in fine*, do CPC).

⁴⁰³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**, ob. cit., p. 95.

⁴⁰⁴ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 181.

Ao entrar em vigor o Código de Processo Civil de 1973, reacendeu a polêmica, isto porque o seu art. 923, então também dividido em duas partes, declarava, *in verbis*:

Art. 923. Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio. **Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a 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.**
(grifei)

Pelo que se vê, a famigerada “exceção de domínio” era permitida em ambos os diplomas legais, com uma única diferença: no Código Civil era tratada de forma negativa (*não se deferindo a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio*), ao passo que no Código de Processo Civil a exceção foi regulamentada de forma positiva (*a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio*). Com isso, concluiu-se que o citado dispositivo processual revogou, tacitamente, aquele indigitado art. 505 do CCb/1916.

Entrementes, por força da Lei nº 6.820/80, restou suprimida a segunda parte do referido art. 923 do CPC, ficando vedada, desde então, a discussão do *ius possidendi* durante o curso de um “processo possessório”. Para melhor análise do conteúdo da norma, eis o que diz, após aquela derrogação, o vigente texto legal: “Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.”

Em decorrência da indigitada supressão da parte final do art. 923 do CPC, houve quem defendesse que teria ocorrido o fenômeno jurídico da repristinação daquela segunda parte do art. 505 do CCb/1916; logo, a exceção de domínio continuaria vigendo no ordenamento jurídico pátrio.⁴⁰⁵ Porém, a doutrina prevalecente foi no sentido contrário, ou seja, entendendo pela não incidência do efeito repristinatório, haja vista que, por força do art. 2º, § 3º, da LICC, a lei revogada não se restaura pela revogação da lei revogadora. Humberto Theodoro Jr. foi um que se posicionou contrariamente à possibilidade de dar efeito repristinatório ao art. 505 do CCb/1916, assim procedendo com sustentáculo na

⁴⁰⁵ Um defensor dessa ideia foi Adroaldo Fabrício. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 407-408, v. 8, t. III.

referida LICC.⁴⁰⁶ Nesse ponto, vale transcrever abaixo o que disseram a respeito Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

O art. 923, CPC, revogou a segunda parte do art. 505, CC de 1916, uma vez que a norma do antigo CC dizia que não se pode julgar a posse em favor de quem não tem o domínio, ao passo que o art. 923, CPC, afirmou de modo categórico que a posse deve ser julgada em favor daquele que possui o domínio. Ou melhor, a exceção de domínio deixou de proteger aquele que pode ser proprietário para passar a tutelar aquele a quem evidentemente pertencer o domínio. A Lei 6.820, de 1980, suprimiu a segunda parte do art. 923, CPC, restando a redação atual. Perguntou-se, então, se a revogação da segunda parte do art. 923, CPC, que por sua vez havia revogado o art. 505, CC de 1916, teve o condão de restaurá-lo. Concluiu-se acertadamente que não [...] A revogação da lei revogadora não restaura a lei primitivamente revogada. [...].⁴⁰⁷

Destarte, por força da Lei nº 6.820/80, restou suprimida a segunda parte do referido art. 923 do CPC, ficando, então, vedada a discussão do *ius possidendi* “no curso de um processo possessório”, conforme posição majoritária da doutrina pátria.⁴⁰⁸

É cediço que a principal demanda relativa ao domínio – também chamada de *petitória* – é a reivindicatória, estando prevista no art. 1.228 do vigente Código Civil brasileiro, vazada nos seguintes termos: “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.” Busca-se, através da demanda reivindicatória, a proteção da posse – que se encontra com a parte requerida –, como corolário do domínio (*jus in re*). É, em regra, ação do proprietário que tem domínio (título), mas não tem posse, em face daquele que tem posse, mas não tem domínio (título). A

⁴⁰⁶ THEODORO JR., Humberto. **Posse e usucapião**. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 17.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2008, p. 839.

⁴⁰⁸ Apenas a título de exemplos: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 401, v. III. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284, v. 2. NERY JR. Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil – Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1.283. THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 146, v. 3. Impende observar que, para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade, enquanto pendente a possessória, existe *condição suspensiva* do exercício do direito de ação fundada na propriedade; já Humberto Theodoro Jr., por seu talante, entende tratar-se tal impedimento legal de um *pressuposto processual negativo*; salientando, ainda, que é o fato da posse que se discute nessas ações, e não o direito de propriedade sobre a coisa. Tito Fulgêncio, por seu turno, assevera que, *a contrario sensu*, não há impedimento legal para se ingressar com ação possessória na pendência de ação petitória por aquele que é réu nesta, visto que o autor do esbulho não pode tolher, por força do petitório, o direito do possuidor. Cf. FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 282, v. I. Cumpre ainda enfatizar que há julgados não proibindo que tramite simultaneamente com a

ação, portanto, *se funda no domínio*, e a pretensão autoral só será julgada procedente quando for reconhecido pelo Estado-juiz que “o réu *detém injustamente* a posse da coisa.”⁴⁰⁹

Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon,⁴¹⁰ ao comentar sobre a diferença entre a posse e a propriedade, ainda sob a égide do CC/1916, assim esclarece sobre os “poderes” do proprietário:

Em verdade, os poderes do proprietário, referentemente a seus bens, são mais amplos do que dá a entender a parte final do citado art. 524 (refere-se ao CC/1916). Não se limitam a reavê-los do poder de quem injustamente os possui, mas também o de havê-los.

Malgrado esses “poderes” conferidos por lei ao proprietário, ante a redação em vigor do art. 923 do CPC/73, ficou terminantemente proibido o ingresso em juízo com qualquer ação de reconhecimento do domínio, quando estiver em curso ação possessória tendo por objeto o mesmo “bem da vida”, no dizer de Chiovenda. De resto, pretende-se que o *ius possessionis*, que é um direito originado da situação fática da posse, não seja confundido com o *ius possidendi*, “que corresponde ao direito do titular de uma situação jurídica pré-constituída exercer a respectiva posse sobre determinada coisa.”⁴¹¹

Com isso, se porventura o titular de um bem imóvel (urbano ou rural), ficando privado de sua posse por força de esbulho perpetrado por terceiros, não se valer do desforço imediato (CCb/2002, art. 1.210, § 1º), por inércia ou por não mais estarem presentes os seus requisitos legais (ex.: estava no exterior, a passeio ou a trabalho⁴¹²), e se fosse ele acionado pelo(s) referido(s) invasor(es) do bem, só lhe restaria se defender em juízo e, na condição de demandado, alegando posse anterior, pleitear a sua reintegração na posse (caráter dúplice da ação possessória – CPC, art. 922). Vale dizer que, apesar da propriedade contar com maior importância jurídica do que a posse, esta recebeu do ordenamento jurídico prioridade na

possessória a ação de usucapião (*RJTJSP* 124/297), o mesmo ocorrendo em relação à usucapião com a reivindicatória (*JTJ* 145/147).

⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 417.

⁴¹⁰ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias**. São Paulo: RT, 1999, p. 52 (em nota de rodapé).

⁴¹¹ CIMARDI Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 181.

⁴¹² No Brasil, mormente quando se está passando por um período de crise econômica, é natural acontecer a emigração de brasileiros para o exterior, em busca de trabalho; azo em que deixam a administração de seus bens com terceiros. Quando do retorno, pode a pessoa se deparar com um possuidor de determinado bem imóvel querendo se arvorar no pretenso direito de ser o seu “dono”.

proteção em termos de tutela quando em disputa judicial com aquela (propriedade), à luz do disposto no art. 923 do CPC, c.c. o art. 1.228, § 2º, do CCb/2002. A explicação doutrinária a esse respeito é no sentido de que, se se mantivesse a possibilidade da exceção de domínio nas ações possessórias, bem como se fosse permitida por lei a concomitância de ações possessória e petitória, restaria inutilizada a tutela da posse, isto porque bastaria ao proprietário arguir a *exceptio domini* em sua defesa na ação possessória, ou intentar ação petitória (caso em que os dois feitos seriam reunidos por conexão), que a lide seria julgada, *ipso facto*, em favor do proprietário.⁴¹³

Não obstante estar correto o aludido ponto de vista doutrinário (isto quando o conflito entre posse e propriedade é examinado sob esse ângulo específico), há outras consequências que não podem passar ao largo da atenção do operador do Direito. Assim, ainda no exemplo citado, caso o magistrado decida pela concessão da tutela liminar da posse em favor do(s) demandante(s),⁴¹⁴ o proprietário do referido imóvel experimentará uma série de agruras, tais como: privação temporária do seu direito ao *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius disponendi*, com todos os danos daí decorrentes; prejuízos diversos, como o concernente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, na tentativa de poder reaver aquele seu “bem da vida”; desgaste psíquico-emocional, muito comum em situações similares, etc. Todas essas agruras – é imperioso dizer – poderão se protrair no tempo, indefinidamente, já que o proprietário está impedido por lei de propor, concomitantemente, a ação petitória, ou de arguir a exceção de domínio, defesa esta que seria apresentada nos próprios autos da demanda possessória; e, em contraposição, poderá o pretense possuidor daquele imóvel litigioso, enquanto isso, permanecer na posse do mesmo *sine die*...

Histórias assim acontecem, e estão registradas nos anais do Poder Judiciário.

⁴¹³ Para Humberto Theodoro Jr., a vedação da concomitância dos juízos possessório e petitória tem raízes na questão da paz social e no repúdio ao uso arbitrário das próprias razões, sendo tal atitude considerada criminosa (CP, art. 345). THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – procedimentos especiais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 151, v. III.

⁴¹⁴ É cediço que a decisão liminar é proferida com base em uma análise cognitiva não exauriente, sendo certo que a liminar na possessória é concedida, não raro, mediante a produção de prova testemunhal, por se tratar a posse de uma situação de fato. Deve ainda ser ressaltado que o juiz, estando a petição inicial devidamente instruída, deferirá a medida de urgência pleiteada ou, se entender necessária a realização de uma audiência de justificação prévia, fá-lo, via de regra, *inaudita altera pars*; após o que, deferindo ou não o pedido liminar, procede-se à citação do demandado, conforme estatui o art. 928 do CPC.

Ora, à luz da jurisdição no Estado Constitucional, diante de um conflito de interesses intersubjetivos envolvendo bens e valores antagônicos, como é o caso em voga, não pode o magistrado prestar a tutela jurisdicional sem proceder, antes, a uma detida análise dessas e outras circunstâncias que podem emergir da causa *sub examine*. Deve o magistrado estar atento a tudo isso, consciente de que é através do processo judicial de solução de conflitos que a jurisdição vai operacionalizar. Afinal, nos autos do processo estão impregnadas as pretensões das partes litigantes, mas também as suas angústias, as suas expectativas, as suas esperanças. E a esperança maior do jurisdicionado não é outra senão a de receber do Estado-juiz uma tutela jurisdicional sem dilação indevida, garantindo-lhe o direito a que faz jus. É preciso lembrar, com base nas lições de Willian Couto Gonçalves, que “O mínimo de tempo no Processo, mais que coerente com o princípio da economia processual, é coerente com a realidade da finitude da vida humana.”⁴¹⁵

É nesse rumo que a jurisdição no Estado Constitucional alcançará o seu escopo magno, que é o de pacificar com justiça. É preciso, pois, pensar numa prestação jurisdicional voltada para a realização do justo concreto, o que vem a calhar com a crítica feita por Dinamarco aos “doutrinadores e operadores do processo”, *in verbis*:

[...] Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensíveis às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.⁴¹⁶

Cabe, pois, à jurisdição afastar o conflito com o estabelecimento da paz social, não permitindo qualquer demora na prestação jurisdicional, tudo isso visando ao bem-estar individual daquele que faz jus ao “bem da vida” em disputa.

A propósito, Willian Couto Gonçalves, examinando essa relação entre “processo”, “jurisdição” e “saúde”, diz que se o conflito, em dados casos, é fator de perturbação do bem-estar individual e social, e uma vez comprometendo o bem-estar físico e psíquico daqueles que estão litigando, “tem-se que não é possível ignorar o contributo da jurisdição no que concerne à saúde que é definida pela

⁴¹⁵ GONÇAVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 210.

⁴¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 20-21.

Organização Mundial da Saúde (OMS) como sendo ‘*bem estar físico, psíquico e social*.’” Ainda segundo a sua análise, embora os conflitos sociais sejam inevitáveis, a estabilidade física, mental e social representa o salutar tripé desejável em uma sociedade. Daí porque esse quadro agravado pelo estresse, com suas nefastas consequências, está a depender do Estado-jurisdição para lhe proporcionar, também, saúde “por meio de uma jurisdição específica e eficaz. Não se diga efetiva.”⁴¹⁷

Por isso, o juiz contemporâneo, para além de ser um mero porta-voz da vontade escrita do legislador, tem uma incumbência meta-legal, que ultrapassa aquele silogismo dogmático imposto em tempos idos. Cabe-lhe julgar os “fatos litigiosos”, o que corresponde muito mais do que aplicar aquela velha fórmula (silogismo) estabelecida pelo Estado Liberal. Tem ele, sim, de julgar a causa que lhe está sendo submetida, mas não se descurando de analisar, também, agora, a própria lei e suas eventuais consequências fático-jurídicas dela advindas. Enfim, o juiz, no exercício desse seu *munus publicum* no Estado Constitucional, não pode mais ser aquele “ente inanimado” de que falava Montesquieu, devendo ser ele “o direito que se fez homem”, no dizer de Calamandrei, para quem só assim, sendo ele capaz de pronunciar a palavra da Justiça, é que se poderá perceber que o direito não é uma sombra vã.⁴¹⁸

Vale aqui lembrar, consoante abordado na primeira parte desta dissertação (Capítulo 1, item 1.2), que a propriedade é um instituto jurídico que sempre esteve presente na história da humanidade, sendo vista, de certa forma, como condição *sine qua non* para que a pessoa humana possa viver bem, ou simplesmente viver; sendo essa, indubitavelmente, uma das razões que determinaram a manutenção, até hoje, da garantia do direito de propriedade nos textos legais. Daí Hugo Grócio, analisando a propriedade como um direito natural, haver sustentado que “a propriedade, tal como existe agora, é resultante da vontade humana; mas, uma vez

⁴¹⁷ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 190-191, 194 e 196, respectivamente. Para William Couto, a jurisdição eficaz é, em muitas situações, fator determinante de saúde dos litigantes, citando, inclusive, exemplo do Paraguai, em cujo País foi feito um convênio entre os Ministérios da Saúde e da Justiça no sentido de serem instalados, nos hospitais públicos, juizados de conciliação objetivando a que os pacientes internados, buscando a solução de seus conflitos, possam alcançar uma melhora na sua saúde. Idem, ibidem, p. 199.

⁴¹⁸ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12

introduzida, o próprio Direito Natural mostra que é ilícito eu tomar aquilo que é seu contra sua vontade".⁴¹⁹

O objetivo de qualquer sociedade no Estado Constitucional é que cada um possa ter o que é seu em segurança. E se porventura alguém, aproveitando-se da ausência do proprietário, quiser se apossar de algum de seus bens, é dever do Estado, através de seus órgãos competentes (no caso, o Poder Judiciário), retornar àquele a posse do imóvel, tudo isso sem dilação temporal, sob pena de privilegiar o ilícito em detrimento dos direitos e garantias fundamentais conferidos pela Constituição da República. Para tanto, considerando que o processo é o instrumento hábil "para assegurar a cada indivíduo a garantia dos seus direitos materiais e fundamentais",⁴²⁰ é na jurisdição que está depositada toda a esperança daquele que se vê privado, ilegalmente, da posse de seus bens.

Segurança jurídica é, então, um valor a ser preservado pelo ordenamento jurídico de todo Estado que se pretende democrático. E foi essa a garantia prometida por ele quando da passagem daquele *estado de natureza* para o *estado de sociedade civil*, conforme já analisado no Capítulo 1 desta dissertação. Entrementes, essa segurança jurídica, tão desejada e necessária à manutenção da ordem pública e da paz social, vem sofrendo paulatinamente abalos no Brasil, no que tange ao direito de propriedade,⁴²¹ isto ocorrendo à medida que, a pretexto de se exigir o cumprimento da função social da propriedade, está se permitindo a perpetração de esbulhos em determinados bens imóveis (urbano e rural) por parte daqueles que se declaram "sem teto" e "sem terra". É preciso deixar claro, desde logo, que não se está aqui falando daqueles proprietários (denominados latifundiários, burgueses etc.) que causam com seu poder de compra um grande mal ao País, resultando, através dos seus atos especulativos, desigualdades e injustiças sociais. Absolutamente. O debate que está sendo aqui trazido à tona é o relacionado

⁴¹⁹ GRÓCIO, Hugo. O direito da guerra e da paz. L. II, Cap. I, II, n. 2. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 80.

⁴²⁰ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Ob. cit., pp. 50-51.

⁴²¹ Esse fenômeno jurídico de limitação ao direito de propriedade está ocorrendo, também, em outros países, tendo sido tal fato objeto de análise de Luís Recasens Siches, conforme se vê dos seguintes comentários: "La mayoría de declaraciones de derechos del hombre mencionan, entre éstos, el derecho de propiedad" [...] Pero al correr del tiempo, y sobre todo en el siglo xx, la idea del derecho de propiedad va sufriendo sucesivamente limitaciones y retrocediendo en rango. [...] Sin embargo, a pesar de las restricciones y de las atenuaciones [...] tal derecho há seguido siendo proclamado em las nuevas constituciones, así como también em la "Declaración Universal". RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1997, pp. 582-583.

com aquele cidadão que foi educado no respeito para com o próximo e a trabalhar de sol a sol, a vida toda, para adquirir um patrimônio que possa proporcionar, no futuro, uma maior segurança para si e para a sua família. São de tais pessoas que estou me reportando; para elas que o direito fundamental de propriedade deve ser garantido, tal qual está consignado na Carta Magna da República; em favor delas que o Poder Judiciário deve estar atento, de sorte a não permitir que o seu sentimento de segurança no *estado de sociedade civil* venha a se desmoronar, ante a soberba proteção que se pretende dar ao instituto da posse, no confronto com o direito fundamental da propriedade. Afinal, não se deve esquecer que o Brasil, a par da democracia aqui reinante, adota o sistema capitalista, em razão do qual as pessoas são levadas a trabalhar com afinco objetivando amealhar alguns bens, principalmente os de raiz, tudo isso visando a garantir um maior conforto e segurança para si e seus entes queridos.

Nesse passo, vale transcrever as lições de Clóvis Beviláqua,⁴²² que continuam atuais na perspectiva que está aqui sendo pontuado o direito de propriedade:

É essa uma verdade que se impõe a todo aquelle que medita, sem preconceito, sobre este assumpto.

Parece claro que, tendo a propriedade por fundamento a necessidade orgânico-psychica de satisfazer ao instinto de conservação, de origem animal, que a convivência social assegura e modifica, e sendo a sociedade o meio em que é possível existir o homem, nem pode a sociedade tornar-se dona das terras ou de certa categoria de immoveis, nem cabe aos indivíduos direito absoluto de dispor das terras que ocupam.

Há, modernamente, em reacção ao individualismo, uma tendência a ir restringindo, até extingui-lo, o domínio territorial do indivíduo. É erro funesto: porque, para explorar o solo e os seus elementos componentes, a sociedade necessita de torná-los productivos pelo esforço do homem; mas aquella tendência, sob pretexto de attenuar o egoísmo individual, arvora em norma o egoísmo social, reduzindo o estímulo ao trabalho, em detrimento do progresso social, do ponto de vista econômico, assim como em face da ética.

O systema que corresponde a uma organização social adequada à vida humana, será o que unifique [...]. Muito acertadamente, afirmou ADOLPHO PINTO FILHO: “No novo regimen, que conciliará as vantagens do socialismo e do individualismo, dar-se-á um novo equilíbrio social. Não desaparece nem o capitalismo, ainda necessário, nem o excitante regimen da concorrência, mas muito serão diminuídos os desperdícios e injustiças do regimen actual.”

Em uma palavra, é necessário continuar a reconhecer a propriedade do indivíduo sobre a terra, com as limitações, que, racional e justamente, exigir a convivência humana, contanto que essas restrições não conturbem ou anulem o estímulo da actividade individual, que é força indispensável ao

⁴²² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, pp. 131-132.

bem estar e ao progresso das colectividades. Tanto o indivíduo depende da sociedade, quanto esta dele. [...].⁴²³

Uma vez feita tal ressalva, retratando a realidade brasileira, especificamente nessa dicotomia entre os juízos possessório e petitório, é preciso retomar à temática ora examinada.

Observe-se que, se não bastasse a norma contida no art. 923 do CPC, o ordenamento jurídico pátrio conta, agora, com o Código Civil de 2002, cujo art. 1.210, § 2º, como que pretendendo encerrar essa discussão jurídica, estatui, *in verbis*: **“Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”** (grifei)

Diante da vigência desses dois dispositivos legais, a doutrina prevaiente tem feito as seguintes conclusões quanto à *exceptio domini*: (i) considerando o disposto no art. 923 do Código de Processo Civil, que faz claramente a distinção entre ações possessórias e petitórias, está definitivamente vedada a propositura de ação de reconhecimento de domínio (petitória) na pendência de ação possessória; (ii) conforme a dicção do art. 1.210, § 2º, do CCb/2002, o fato do demandado ser o proprietário da coisa não tem mais relevância jurídica alguma.⁴²⁴

Registre-se, finalmente, que o art. 11 da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) criou uma exceção ainda maior do que a constante da norma do art. 923 do CPC, ao estabelecer que “na pendência da ação de usucapião especial, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, *petitórias ou possessórias*, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.” (a escrita em itálico não consta do texto original)

Assim, se pela inteligência da redação atual do art. 923 do Código de Processo Civil brasileiro, está terminantemente proibida a exceção de domínio (*exceptio domini*) no juízo possessório; com o advento do novo Código Civil de 2002, ante a dicção do art. 1.210, § 2º, passou a ser considerada tal *quaestio* como irrelevante para efeito de julgamento do mérito de uma demanda possessória.⁴²⁵

⁴²³ O teor dessa transcrição está em consonância com o texto no vernáculo original.

⁴²⁴ NERY JR., Nelson; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. No próximo subtópico são citados outros juristas que fazem parte de tal referida corrente doutrinária brasileira.

⁴²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 916. Note-se que, pela leitura do citado art. 1.210, § 2º, do Código Civil, conquanto tenha sido a alegação de domínio considerada irrelevante, não há norma legal vedando, expressamente, tal defesa por parte do proprietário.

Nesse mesmo diapasão, é o **Enunciado nº 79** do Conselho da Justiça Federal, vazado nos seguintes termos: “Art. 1.210: A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório.”

Portanto, uma vez sendo instaurado o juízo possessório, a questão relativa à propriedade só poderá ser objeto de discussão após o encerramento da demanda possessória, não importando o tempo de duração do processo (?!).

Indaga-se, comumente, por qual motivo tem sido tutelada a posse dessa forma pelo legislador. E esta é a resposta dada pela dogmática jurídica: pela necessidade de ser assegurada a estabilidade social, dando-se, então, proteção ao possuidor, mesmo que este venha a sucumbir do seu direito, ao depois, no juízo petitório.⁴²⁶

Ocorre que, dependendo da situação fática (alguns exemplos já foram aqui trazidos a lume), essa “estabilidade social” está sendo prejudicada exatamente pelo fato de se dar proteção incondicional à posse, em detrimento do direito de propriedade; valendo ser aqui alertado para o seguinte fato: admitir, incondicionalmente, a vedação absoluta da exceção de domínio e da concomitância das ações possessória e petitória dá ensanchas a que a parte demandante faça uso de ação possessória de forma maliciosa, isto é, tão-somente com o escopo de, *v. g.*, obstando a pretensão reivindicatória, prolongar uma situação fática contrária ao direito (?!).

Eis aí, pois, a problemática envolvendo o conflito entre posse e propriedade que ensejou a realização da presente pesquisa. Afinal, o legislador infraconstitucional, mediante os supracitados dispositivos legais, está protegendo, preferencialmente, a posse, em detrimento do direito fundamental da propriedade (CF, art. 5º, XXII). Daí porque se pretende, por meio deste trabalho, sob a ótica da jurisdição no Estado Constitucional, analisar a possibilidade jurídica em relativizar a indigitada vedação legal e, por conseguinte, admitir a *exceção de domínio* em demanda possessória, nas hipóteses em que a resolução acerca do direito dominial ocorra apenas *incidenter tantum*.

⁴²⁶ É assim que fundamentam os doutrinadores aqui citados, ao se posicionarem a favor da vedação legal de concomitância dos juízos possessório e petitório, bem como quando comentam sobre a *ratio legis* dos arts. 923/CPC e 1.210, § 2º, do CCb/2002.

Pelo que se depreende do exposto, a proposta de solução do problema em pauta não é de descumprimento da norma legal pelo Estado-juiz, mas, sim, de interpretar a lei em consonância com as técnicas modernas de Hermenêutica Jurídica, mormente a técnica de ponderação de interesses, e, com isso, poder o magistrado, sob a ótica da jurisdição no Estado Constitucional, flexibilizar o rigor legiferante do art. 923 do CPC para, então, ante a situação fática aflorada dos autos da ação possessória, proceder a uma dilação probatória; permitindo-se que as partes exibam em tal demanda a prova acerca do domínio do bem imóvel, objeto da lide. Afinal, conforme já salientando, a interpretação das leis deve ser, antes de tudo, real, humana, socialmente útil, visando sempre o alcance do justo concreto.

Com esse propósito, torna-se imperioso que seja relativizada a proibição da norma sediada no art. 923 do vigente Código de Processo Civil. É este o cerne do assunto a ser analisado no próximo subtópico.

3.4.3 Relativização da vedação legal na hipótese de exceção de domínio *incidenter tantum*, como garantia do acesso à justiça e da duração razoável do processo – por um *processo de resultado justo*

Uma vez demonstrado, nas linhas anteriores, estar a doutrina majoritária se posicionando pela impossibilidade da arguição de *exceção de domínio* em demanda possessória, ante as razões ali expostas, é agora o momento de se proceder a uma análise mais percuciente dessa temática, oportunidade em que serão apresentadas, ao cabo do enfrentamento do problema em tela, as soluções que vislumbro pertinentes para a realização do justo concreto, escopo magno da jurisdição no Estado Constitucional. Afinal, não obstante tal posição majoritária da doutrina brasileira, se há no ordenamento jurídico brasileiro um tema que nunca houve unanimidade, e ainda hoje persiste a divergência de interpretação, este é, iniludivelmente, o da dicotomia entre os juízos possessório e petitorio.⁴²⁷

Destarte, para além do formalismo estéril, a análise da norma inserta no art. 923 do CPC, em combinação com a constante do art. 1.210, § 2º, do CC/2002, deve

⁴²⁷ De fato, poucos são os temas, no universo jurídico, que têm ensejado tantas controvérsias como o envolvendo posse e propriedade, conquanto esteja prevalecendo, hoje, a corrente doutrinária que

ser feita com base na nova Hermenêutica Constitucional, possibilitando, então, a arguição da *exceção de domínio* em demanda possessória, nas hipóteses aqui especificadas, com vista à concretização da justiça substancial. Enfim, busca-se aplicar, para a solução do aludido problema, um "processo de resultados justos".

Sabe-se que a lei deve estar adstrita, sempre, aos princípios constitucionais. É que, se antes, no Estado Legislativo (Positivismo Jurídico), o *princípio da legalidade* era visto em uma dimensão *formal*, agora, no Estado Constitucional (Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo), tal princípio tem conteúdo *substancial*, ou seja, exige-se da lei a sua conformação com a Constituição. Esta é a posição da doutrina patria, no limiar deste novo século.⁴²⁸

Impõe-se, pois, assim, para uma escorreita realização dos “escopos do processo” – na expressão de Dinamarco⁴²⁹ –, que a interpretação do sistema jurídico seja principiada na Constituição da República, notadamente em suas normas-princípios, cujos valores supremos se projetam sobre os planos de ordem material e processual do ordenamento, consoante bem advertido por Bedaque, nas lições abaixo transcritas:

[...] A Constituição constitui um terreno de unificação entre esses dois planos, quando declara não só o aspecto substancial do direito, mas também o da sua tutela, conferindo, a esta, garantia constitucional. Essa perspectiva em muito favorece o estudo do direito processual, na medida em que permite seja o instrumento modelado em função de seu objeto. Isso não significa afirmar, todavia, a incindibilidade dos dois planos. Implica ressaltar o aspecto instrumentalista do processo, resguardadas, todavia, todas as conquistas científicas no sentido de se reconhecer sua autonomia em face do direito material.⁴³⁰

entende não ser mais possível a discussão acerca da exceção de domínio na demanda possessória.

⁴²⁸ Foram consignados, no Capítulo 2, especialmente nos itens 2.2 e 2.3, comentários de alguns juristas brasileiros acerca dessa temática, sendo despidendo aqui repeti-los.

⁴²⁹ Para Dinamarco, os principais escopos da jurisdição e do processo (este como instrumento daquela), são: a) escopo social – por este objetivo, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade da paz social; b) escopo político – decidindo e impondo decisões, o Estado afirma o seu próprio poder, ao tempo em que o exerce dentro dos limites legais, a par de permitir, mediante ações coletivas, a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política; c) escopo jurídico – refere-se à realização do justo concreto, mediante o devido processo legal. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Tal abordagem se encontra nos Capítulos V, VI e VII, respectivamente, da Primeira Parte de sua obra. Ele chama a atenção dos processualistas modernos para que sejam observados esses três planos (social, político e jurídico) e, com isso, poder encontrar soluções concretas e justas para cada caso examinado.

⁴³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 46.

Bedaque ainda defende que o sistema processual deve ser elaborado a partir das regras constitucionais em que estão insertos seus princípios fundamentais, impondo-se a interpretação mediante o modelo processual-constitucional.⁴³¹

Não divorcia desse entendimento Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., cujos juristas, abordando sobre a importância dos princípios no Direito atual, enfatizam que a passagem dos princípios gerais do direito – estes desempenhavam uma função supletiva (colmatação de lacunas) na “era da codificação” – para o campo do Direito Constitucional representa uma das mais importantes conquistas da teoria jurídica do século XX. Para eles, essa mudança representa, também, a passagem de uma teoria geral do direito e do processo, então voltada para o Direito Civil, para uma teoria geral do direito do processo com matriz Constitucional; portanto, publicizada.⁴³²

Devem as normas processuais, portanto, ser interpretadas/aplicadas a partir dos direitos e garantias fundamentais arregimentados na Carta Magna da República, porquanto esta, ao tempo em que conforma aquelas, dá unidade e harmonia a todo o sistema jurídico por intermédio de seus postulados. Daí falar-se, hoje, em “Constitucionalismo do Direito Processual” ou “Direito Processual Constitucional”.⁴³³

Ninguém pode mais contestar que a lei, sob a égide do pós-positivismo, deve se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais; e que ao intérprete e aplicador do Direito é reservada a tarefa de, em primeiro lugar, compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, e não mais a simples tarefa de descrever a lei, conforme era no passado.⁴³⁴

Assim, tais princípios e direitos fundamentais devem servir como a *pedra de toque* em toda e qualquer decisão judicial. Aliás, o magistrado brasileiro,

⁴³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: RT, 2002, p. 18.

⁴³² DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil** – processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 95.

⁴³³ Quando se fala em Direito Constitucional Processual, segundo o magistério de Frederico Marques, está se referindo ao termo que “trata das normas do processo contidas na Constituição”, a exemplo dos princípios constitucionais do processo em geral, como do contraditório, isonomia processual, acesso à justiça etc. Não se deve confundir tal expressão com a do *Direito Processual Constitucional*, que é o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da *jurisdição constitucional*, aí compreendido o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração Pública e dos remédios tuteladores das liberdades públicas. MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 4, v. I.

⁴³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Ob. cit., p. 47. Essa (nova) forma de interpretação e aplicação da lei foi objeto de análise, com mais vagar, no Capítulo 2 desta dissertação.

hodiernamente, há de estar com os seus olhos (sempre) fitos nesses postulados estabelecidos na “Lei das leis”, sendo-lhe exigido, enquanto representante do Estado-juiz, uma *postura ativa* com vista à concreção desses valores magnos. Indubitavelmente, a judicatura é algo muito sublime para ser exercida mediante um formalismo estéril, da era oitocentista, distante da dura realidade que emana dos autos e das partes em conflito. A letra fria da lei, portanto, não pode lhe servir de álibi para o (des)cumprimento desse seu poder-dever-função, quando do julgamento de um litígio. Afinal, segundo Carnelutti, citado por Rosa Maria de Andrade Nery,⁴³⁵ é “a justiça que guia o juiz em direção à lei”, e não “a lei que guia o juiz em direito à justiça”; isto significando que “a lei não é a medida da justiça, mas que a justiça é a medida da lei”.

Não é por outro motivo que Lenio Luiz Streck, desde há muito tempo, tem defendido que a interpretação da lei deve ser feita mediante uma “filtragem hermenêutico-constitucional”, apesar de nossos “pré-juízos” de se interpretar o Direito com base apenas nos códigos. Vale a transcrição, *ipsis litteris*, desse seu pensamento, ao tratar da temática relacionada à hermenêutica, à lei e à justiça:

No território da tradição dominam os pré-juízos advindos de uma “baixa constitucionalidade”, a qual, como já se viu, tem seguido os caminhos trilhados pelo direito construído no campo da infraconstitucionalidade, onde a Constituição não tem sido compreendida em seu sentido limitador da “liberdade” de conformação do legislador. Explicando melhor: a tradição nos mostra que, historicamente, a dogmática jurídica brasileira tem relegado o estudo do instituto da jurisdição constitucional a um plano secundário. Nossos pré-juízos – insisto – estão calcados, pois, em uma cultura liberal-individual, onde os Códigos Civil (1916), Comercial (1850), Penal (1940), Processual Penal (1943) e Processual Civil (1973) têm-se mantido praticamente intactos (“ílesos”), sem ao menos “sofrer” uma (indispensável e necessária) filtragem hermenêutico-constitucional. **São raros os juízes** – e as palavras são de Dallari –, **que “decidem os conflitos aplicando a Constituição ou lembrando-se da existência dela”...**

[...]

O mecanismo apto para tal é o da interpretação conforme a constituição, que se originou na Alemanha, que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal já há mais de 10 anos. Ou seja, **o texto da lei (CP) permanece com sua literalidade; entretanto, a norma, fruto da interpretação, é que exsurgiria redefinida em conformidade com a Constituição.**⁴³⁶ (grifei)

⁴³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 70.

⁴³⁶ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica, a lei e a justiça: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição. In: TUBENCHLAK, James (coord.). **Doutrina**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001, pp. 402 e 407-408.

Marcelo Abelha, comentando sobre a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, a par da ideia do *juiz ativo*, participativo, assevera que “houve mudança do comportamento do Estado-juiz, que passou a ‘atuar’, ao invés de ficar ‘inerte’. Se antes a sua atuação, mesmo na execução, era milimetricamente medida [...] hoje a regra não é mais assim”, passando o magistrado a ter um “papel ativo, participativo, atuante”. E, mais adiante, conclui, de forma peremptória: “Atualmente, privilegia-se a jurisdição e busca-se a credibilidade da justiça.”⁴³⁷

Cândido Rangel Dinamarco, falando a respeito dessa temática, assim sintetiza:

se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo o empenho que se espera do juiz no curso do processo [...] menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*.⁴³⁸

Diante dessas considerações preambulares, não parece lógico e nem razoável aceitar que o magistrado aplique, literal e passivamente, a norma contida no art. 923 do CPC, sem proceder, antes, à análise percuciente de toda a história relevante que emerge dos autos de uma demanda judicial envolvendo esse angustiante conflito intersubjetivo de interesses: posse *versus* propriedade.

Já foi aqui ressaltado que a proibição da exceção de domínio e a vedação da concomitância dos juízos possessório e petitório (CPC, art. 923, c.c. CC/2002, art. 1.210, § 2º) são importantes para a garantia da ordem pública e da paz social, já que, do contrário, incentivar-se-ia a justiça privada, isto na medida em que o proprietário poderia esbulhar, *sponte sua*, a coisa sem que o possuidor poderia reavê-la. Afinal, bastaria ao proprietário, ao ser demandado, arguir tal exceção de domínio, ou intentar a mencionada ação reivindicatória, com a comprovação do respectivo título de domínio, que sairia vencedor dessa batalha judicial.

Essa é e deve ser a regra, incontestável, aliás, do ponto de vista sociológico e teleológico, conforme as justificativas acima expostas. Mas, daí ser aceita como “regra absoluta” – consoante está expresso na “norma posta” –, destoa por completo

⁴³⁷ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 9.

⁴³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Ob. cit., p. 277 e ss.

dos mais mezinhos princípios de Direito e de Justiça, no modelo de jurisdição no Estado Constitucional.

A propósito, Elio Fazzalari,⁴³⁹ ao defender uma interpretação “sistemática e adequada da norma”, diz:

O dever do juiz – como do intérprete em geral – seria fácil se se tratasse da mera leitura de um texto normativo, claro e isolado. Mas assim não é; insurge, para tanto, a questão hermenêutica, isto é, do método de interpretação.

[...] a atividade interpretativa não pode, mesmo quando voltada para uma única norma, limitar-se a considerar somente esta última; mas sim deve conectá-la com as outras normas do ordenamento [...]. Por isso, a interpretação é, de por si, “sistemática”.

Eros Roberto Grau, comentando sobre a escorreita interpretação do Direito, preleciona que

A interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas.

[...]

O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele “produz a norma”.

Abrangendo texto e fatos, como vimos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida.

Isto posto, há de vir a indagação: a interpretação/aplicação do direito é uma ciência?

A interpretação do direito é uma *prudência* – o *saber prático*, a *phrónesis*, a que refere Aristóteles.

[...]

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.⁴⁴⁰ (grifei)

Em verdade, à luz da hermenêutica moderna, qualquer interpretação que conduza ao absurdo, como parece ser o caso da aplicação literal do art. 923 do CPC, deve ser rechaçada pelo hermeneuta, utilizando-se, para tanto, do princípio da razoabilidade.⁴⁴¹ A propósito, vale aqui colacionar a lição de Dinamarco,⁴⁴² ao comentar sobre essa dificuldade que tem o legislador em pretender apresentar, por meio da norma (Direito Positivo), as soluções para os casos concretos:

⁴³⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 463 e 468, respectivamente.

⁴⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15, 29 e 34, respectivamente (os grifos não constam do original).

⁴⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 219 e ss.

Tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *standards* presentes na mente do legislador, que, não-obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos.

Em harmonia com o acima exposto, adverte Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴⁴³ que qualquer enunciado absoluto, em Direito, é de extrema gravidade. Aliás, o dogma da plenitude e onipotência da norma não mais prevalece diante da jurisdição no Estado Constitucional.

Foi decerto em virtude de estar atento a tudo isso que o jurista Antônio Carlos Marcato,⁴⁴⁴ embora também sustente que só depois de encerrado o processo possessório poderá o proprietário se valer da pretensão petítória (através da ação reivindicatória), faz a seguinte ressalva:

[...] caso ambas as partes discutam sobre a *posse* com base na alegação de *domínio*, ou seja, pretendam demonstrar a sua qualidade de *legítimas possuidoras* sob o fundamento de serem *proprietárias* do bem, daí sim deverá o juiz decidir em favor daquela que prove a titularidade do domínio. Nesse caso o juiz não reconhece a qualidade de *proprietária* à parte vencedora (a não ser incidentalmente, na motivação de sua sentença), mas simplesmente lhe defere a proteção possessória por haver demonstrado, com base no domínio, ser a legítima possuidora. A sentença proferida não terá por objeto a declaração de domínio, limitando-se tão-só a dispensar a proteção possessória pretendida [...].

Vê-se, assim, que, na esteira do magistério de Marcato, não deve o magistrado ficar tolhido ao texto da lei processual (CPC, art. 923), quando se deparar com a hipótese acima, cabendo a ele decidir, *incidenter tantum*, em favor da parte que exhibir o melhor título dominial. Esse posicionamento corresponde, na

⁴⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

⁴⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215.

⁴⁴⁴ MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 118-119.

verdade, ao próprio teor da Súmula nº 487 do STF, “que nitidamente consagrou a interpretação conciliatória de Clóvis Beviláqua”, conforme ressaltado por Cláudia Aparecida Cimardi.⁴⁴⁵

Há alguns (poucos) acórdãos acolhendo a *exceptio proprietatis*. Nesse sentido: RT 148/255, 343/419, 424/64; RJTJSP 11/60 e 38/97. Convém transcrever, aqui, para uma melhor aferição desse posicionamento jurisprudencial, o seguinte aresto:

DTZ1026147 - DIREITO CIVIL - INTERDITO PROIBITÓRIO - EXCEÇÃO DE DOMÍNIO - ART. 505, SEGUNDA PARTE, CC/1916 - ENUNCIADO SUMULAR N. 487/STF - INCIDÊNCIA - PRECEDENTES DO STJ - LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE - AGRAVO - SENTENÇA DEFINITIVA - PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO - RECURSO ESPECIAL DESACOLHIDO. I - 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. II - Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do verbete sumular n. 487/STF, firmada na vigência do Código de 1916, cabe a exceção de domínio nas ações possessórias se com base nele a posse for disputada. III - Entre o juízo de indícios próprio da liminar sem audiência da parte contrária e o juízo definitivo da sentença, é de prestigiar-se este último, em que o magistrado firma seu convencimento com base no conjunto dos autos. IV - A pendência de julgamento da apelação sobre o mesmo tema versado no agravo contra a liminar, nos mesmos autos de interdito proibitório, não recomenda a este Superior Tribunal de Justiça o exame do recurso especial interposto no agravo, o que acabaria por suprimir a competência da instância revisora sobre o mérito da demanda.⁴⁴⁶

Pelo que se infere da *ratio legis*, o que se pretende é vedar que o turbador ou esbulhador justifique a agressão injusta à posse invocando a propriedade do bem imóvel (ou outros direitos reais ou pessoais⁴⁴⁷), no decorrer do juízo possessório, cuja situação fático-jurídica esvaziaria por completo a garantia legal quanto à tutela possessória. Nesse sentido, Alexandre Câmara comenta que:

O objetivo desta proibição de concomitância entre possessório e petitório é a proteção do possuidor [...] sob pena de se cancelar as vantagens práticas da tutela possessória. De nada adiantaria tutelar-se o possuidor em detrimento do proprietário se a este fosse lícito ajuizar demanda petitória, em que acabaria vencedor [...]. É preciso, assim, que primeiro se encerre o

⁴⁴⁵ CIMARDI, Cláudia Aparecida. Ob. cit., p. 187. Nas palavras de Clóvis Beviláqua, citado por Cimardi: "O Código prevê a hipótese em que duas pessoas pretendem a posse a título de proprietárias, e manda que, se, em relação a uma delas, falhar, evidentemente, esse pressuposto, a favor dela se não julgue a posse, pois lhe falta o fundamento". Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos E.U.B.** 10. ed., SP-BH, 1955, nota 4 ao art. 505 do CC/1916, p. 27, v. III.

⁴⁴⁶ Cf. STJ - RESP 327214 / PR - 2001/0064905-6 - 4ª T. - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 24.11.2003 – Ref. Legislativa CC/2002, art. 1210, § 2º, e CPC, art. 923.

⁴⁴⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo; et al. **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.016.

processo possessório para que, só depois, seja permitido o ajuizamento da demanda petitória.⁴⁴⁸

Antônio Claudio da Costa Machado, por seu turno, diz ser proibido

o ajuizamento da ação reivindicatória por qualquer das partes enquanto esteja em curso o processo possessório. A proibição se justifica, inicialmente, porque a lei processual reconhece a plena autonomia do litígio possessório em relação ao litígio que envolva propriedade, ou seja, a lei reconhece a plena possibilidade de se discutir posse sem que se tenha de perquirir sobre quem seja proprietário.⁴⁴⁹

Não divorcia desse entendimento a maioria dos civilistas pátrios, podendo ser citados, a título de exemplos, dentre os tradicionais, Caio Mário da Silva Pereira⁴⁵⁰ e Orlando Gomes, sendo que este último, ao propugnar pela não aceitação da *exceptio domini*, a defini “como uma excrescência no terreno da proteção possessória [...] pois, se verdadeiramente proprietário é, vencerá no *petitório*.”⁴⁵¹ Entre os juristas contemporâneos, não é outra a conclusão a que chegaram Marco Aurélio Bezerra de Melo, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald. Aquele primeiro civilista, além de se posicionar de modo contrário à exceção de domínio, entende estar “completamente superada a vetusta súmula 487 do S.T.F.” (*sic*), sustentando, ainda, que os argumentos favoráveis à exceção de domínio em prol “da celeridade e economia processual não convencem”, tratando-se tal concepção de “injustificável balbúrdia processual.”⁴⁵²

Já quanto a Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, são essas as suas razões de assim se posicionarem.⁴⁵³

Imprescindível ademais é a compreensão do que significa a ação petitória nos tempos atuais. Se compreendermos que será ela sempre vitoriosa para aquele que demonstre a condição de proprietário, continuaremos a manter a perversa submissão da posse à propriedade, ignorando a mensagem dos princípios constitucionais. O êxito do possuidor na ação possessória só será suplantado pela ação petitória quando nesta oportunidade exiba o titular a função social da propriedade. Caso isto não ocorra, a função social concedida à posse superará no plano valorativo o direito de propriedade.

⁴⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 402, v. III.

⁴⁴⁹ COSTA MACHADO, Antônio Claudio da. **Código de processo civil interpretado**. Barueri: Manole, 2006, p. 1.571.

⁴⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. IV.

⁴⁵¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 103.

⁴⁵² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direitos das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

⁴⁵³ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 115 e 120, respectivamente.

Trata-se da eficácia vertical do aludido direito fundamental (art. 5º, § 1º, CF), que impõe a qualquer julgador no momento de proferir a decisão.

Mais adiante, Chaves e Rosenvald, nessa mesma linha de pensamento, sentenciam:

Ao proclamarmos a independência da posse com relação ao direito de propriedade, objetivamos retirar a posse do estado inercial em que se encontra. Ou seja, ao invés da posse ser vista como mero meio de defesa da propriedade, poderá a posse se opor ao direito de propriedade, pois dotada de uma função social que lhe é inerente.

[...]

Em síntese, é vedado o ajuizamento de ação possessória pelo proprietário do imóvel que pretenda recuperar uma posse que não exercia ao tempo em que a coisa foi ocupada por outrem. Caberá a ele ingressar com a ação reivindicatória, de natureza petítória. A demanda será extinta sem julgamento do mérito por ausência de interesse processual, eis que não há adequação entre a pretensão e a roupagem jurídica a ela emprestada (art. 267, VI, CPC).

Em congruência com tal posicionamento doutrinário, são os Enunciados nºs 78 e 79, aprovados em 2002 na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Eis abaixo o conteúdo de cada um deles, respectivamente:

Art. 1.210: Tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º), em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *jus possessionis*, **deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso.** (grifei)

Art. 1.210: A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petítório.⁴⁵⁴

Não há como aceitar a conclusão que emerge do referido Enunciado nº 78, porquanto o seu teor vai de encontro ao que está sendo propugnando nesta dissertação. Com efeito, o que está sendo proposto, através deste trabalho científico, é exatamente poder o magistrado relativizar o rigor normativo do art. 923 do CPC, se e quando ocorrer a ausência de prova suficiente para embasar uma decisão final ancorada exclusivamente no *jus possessionis*, caso em que, ao invés

⁴⁵⁴ Ao contrário da conclusão desse Enunciado, o art. 1.210, § 2º, do CCb/2002 não aboliu a *exceptio proprietatis*, mas apenas a considerou irrelevante para efeito de julgamento da questão possessória, conforme já reportado no subitem anterior.

de julgar improcedente o pedido autoral e mandar as partes para a via petítória, julgará o litígio nos próprios autos da demanda possessória, após proceder a uma dilação probatória acerca do domínio, tudo isso fazendo com o escopo de garantir ao jurisdicionado o acesso à justiça mediante um processo de duração razoável. Entendimento diverso, a meu ver, como o apresentado no Enunciado em tela, não está em consonância com um “processo de resultados justos”. Afinal, a produção de conhecimento científico do Direito Processual hodierno deve ser pautada em premissas que se mostram intransponíveis e inafastáveis, a exemplo da observância da instrumentalidade do processo,⁴⁵⁵ bem como, em última análise, a persecução do “princípio-síntese e objetivo final” da atividade jurisdicional, que é o do *acesso à justiça*.

Respeitante ao tema "acesso à justiça", Bryant Garth e Mauro Cappelletti afirmam que

o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁴⁵⁶

Nessa mesma direção, mas enfatizando o caráter da instrumentalidade do processo, veja o magistério de Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon:

Sem descurar-se da constante pesquisa científica e do aprimoramento de seus institutos, a doutrina contemporânea visualiza o direito processual civil (e o processo em particular), dentro do enfoque instrumental que lhe é ínsito, por gênese. O processo é meio, veículo e instrumento. Nobilíssimo, porém, instrumento. Veículo de composição de interesses que torna possível o exercício da atividade jurisdicional, proporcionando eficazmente a aplicação do direito material.⁴⁵⁷

Quadra ainda mencionar, voltando agora para a temática da exceção de domínio, que Antônio Claudio da Costa Machado, embora tenha dito ser plausível e

⁴⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Ob. cit., p. 18.

⁴⁵⁶ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

⁴⁵⁷ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Ob. cit., pp. 20-21.

justificável a proibição prevista no art. 923 do CPC,⁴⁵⁸ mais adiante assim salienta, *ipsis verbis*:

[...] Destarte, em face da redação atual deste art. 923 e do novo art. 1210, § 2º, do Código Civil, a resposta à indagação que formulamos linhas atrás é negativa; a única possibilidade de discutir domínio no bojo do processo possessório fica por conta da circunstância de ambas as partes invocarem propriedade como fundamento da sua posse. O que ocorre, todavia, é que essa resposta negativa, fundada numa interpretação literal, acaba criando uma *situação de absoluta injustiça* que traduzimos na seguinte pergunta: *se a nova lei civil despreza a alegação de domínio (CC, art. 1.210, § 2º) e a processual proíbe a ação petitória no curso da possessória (o presente art. 923), fica o proprietário inteiramente à mercê, impedido de exercer o direito de defender o que é seu (com base na propriedade) pelo simples fato de alguém ter tomado a iniciativa de mover-lhe uma demanda possessória? Temos para nós que a interpretação da lei não pode conduzir ao absurdo, de sorte que o que parece justo, equânime e socialmente adequado, em termos interpretativos (LICC, art. 5º), é considerar-se que a proibição do art. 923 só alcança a hipótese em que as duas partes alegam propriedade, quando então se justifica que ninguém possa promover ação reivindicatória (tudo se discute e se decide na possessória, embora a decisão não faça coisa julgada em relação à declaração de quem seja proprietário); se apenas o réu alegar propriedade, como defesa na possessória, não está ele impedido de ajuizar a demanda reivindicatória, porque só por meio dela ele poderá fazer valer o seu direito de propriedade, já que, na possessória, o art. 1.210, § 2º, do Código Civil de 2002, exclui a alegação de domínio como processualmente relevante.⁴⁵⁹*

É oportuno trazer à colação o seguinte acórdão, de lavra do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A exceptio proprietatis só pode ser invocada quando a posse é disputada na base do domínio ou quando existe fundada dúvida a respeito de quem seja o real possuidor do imóvel. Caso contrário, incabível sua alegação (TJSC - ACV n. 41.046 - Rel. Des. Paulo Gallotti). Não é admissível que o arrematante ingresse na posse do bem, por sua própria força, ainda que amparado no domínio. É consabido, somente em situações excepcionais o direito tolera a justiça privada. Deve, pois, socorrer-se ao Poder Judiciário, por meio da ação de imissão de posse.⁴⁶⁰

Observe-se que esse acórdão foi prolatado no mês de agosto de 2002, já estando o Código Civil de 2002 no período da *vacatio legis*. Por isso, apesar de ser ainda minoritária na doutrina e na jurisprudência a permissão da *exceptio domini*, acredita-se que possa haver uma mudança nessa tendência, nas hipóteses aqui apresentadas, por parte de nossos Pretórios. Afinal, a Justiça, como valor, é (e deve ser) o núcleo central da axiologia jurídica.

⁴⁵⁸ COSTA MACHADO, Antônio Claudio da. Ob. cit., pp. 1.290-1.291.

⁴⁵⁹ COSTA MACHADO, Antônio Claudio da. Ob. cit., pp. 1.291-1.292. (a parte escrita em itálico não consta do original)

Francisco Eduardo Loureiro, analisando o teor do art. 923 do CPC/73 e, após se reportar àqueles dois Enunciados em comento, salienta que essa clássica separação entre os juízos possessório e o petitório tem como propósito evitar que o proprietário justifique sua má conduta no campo possessório, invocando o direito de propriedade. Em sendo assim, questiona: se porventura corresse ações petitória e possessória, simultaneamente, haveria o risco de sentenças contraditórias? Indaga, ainda, se haveria relação de prejudicialidade recíproca entre ambos os juízos. Eis a sua resposta, textualmente:

Parece inexistir o risco de sentenças contraditórias e muito menos relação de prejudicialidade entre os referidos juízos. Isso porque, embora o objeto possa ser o mesmo em ambas as demandas – a posse –, é ele disputado por razões radicalmente distintas. Pode-se indagar: como a mesma coisa pode ter dois comandos distintos de entrega, um no juízo possessório e outro no juízo petitório, sem conflito? Simples. O bem é entregue no juízo possessório até que o proprietário o tome pelos meios legais, ou seja, no juízo petitório. A relação de direito material é perfeitamente compatível com o andamento simultâneo de ambas as ações.

[...]

Somente haverá situação antinômica entre a ação possessória e a ação petitória que correm paralelamente, se na primeira a posse for disputada com fundamento no *ius possidendi*. Poderia aí a situação gerar sentenças contraditórias, uma vez que ambas analisariam a posse sob o mesmo fundamento, qual seja como conteúdo de um direito preexistente.⁴⁶¹

Loureiro, concluindo essa sua exposição, colige jurisprudência que, segundo ele, conforta seu ponto de vista ora adotado: *RT 605/55, RT 650/67, RT 507/194, RJTJESP-Lex 123/217, 124/297*.

Ao que se depreende de toda essa análise investigativa, tem-se como perfeitamente possível não só a exceção de domínio na ação possessória, mas, também, a concomitância de ambas as demandas, nas hipóteses referidas, não havendo, assim, motivo para a prevalência incondicional do rigor normativo do art. 923 do CPC/73.

Por isso, a melhor solução deve ser no sentido de não poder o magistrado ficar adstrito – tal qual o preso às grades – a essa vedação do art. 923 do CPC. Nesse viés, penso que se ele não dispuser de prova suficiente na demanda possessória para o deslinde da *quaestio* – situação fático-jurídica que redundaria na

⁴⁶⁰ Cf. TJSC - AC 97.013859-8 - 1ª C.Cív. - rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento - J. 27.08.2002.

⁴⁶¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo; *et al.* **Código Civil comentado**. PELUZO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 1.016-1017.

improcedência do pedido autoral –, *deve, então, resolver a lide em favor daquele que demonstrar ser efetivamente o proprietário do bem em disputa.*⁴⁶²

De outra banda, se o magistrado se posicionar pela proibição intransigente da exceção de domínio em nosso sistema jurídico, como ainda faz, lamentavelmente, a maioria da doutrina e uma parcela da jurisprudência brasileira, não há outra alternativa jurídico-processual senão obrigar às partes, nas hipóteses aqui relacionadas, a demandarem novamente o objeto da lide, desta feita, em um juízo petitorio.

Ora, uma escolha desse jaez destoa flagrantemente da jurisdição no Estado Constitucional, haja vista que, atualmente, a tarefa do jurista é de construção, “conformação da lei”, e não mais de simples revelação (descrição) da lei, como ocorria no passado. A Ciência Jurídica vive hoje uma nova fase, a do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, o que vale dizer que toda a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, os quais conferem unidade e harmonia ao sistema jurídico, exigindo-se uma compreensão crítica da lei em face da Constituição. Trata-se de uma nova perspectiva na atuação do Poder Judiciário, trazida pelo pós-positivismo e neoconstitucionalismo, impondo-se a força normativa da Constituição (princípio da supremacia), com a máxima efetividade dos direitos fundamentais (princípio da efetividade). Daí falar-se, hodiernamente, em uma Hermenêutica Constitucional.

Eduardo Cambi é um dos juristas que se posicionam, de forma intransigente, pela efetivação dos direitos e garantias constitucionais por parte do Judiciário, exigindo-se, para tanto, a superação do Positivismo Jurídico e do formalismo processual; razão pela qual ele defende o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo. “Com isso, é alterada a função do Poder Judiciário”, que não deve apenas se restringir à tarefa de “subsunção do fato à letra da lei”, o que seria uma responsabilidade do juiz politicamente neutro, mas o exercício da jurisdição implica, sim, na “sensível pré-compreensão social das questões envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais.”⁴⁶³

⁴⁶² Já houve decisão no Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro (aposentado) Athos Gusmão Carneiro, nessa direção: “Não cabe, em sede possessória, a discussão sobre domínio, salvo se ambos os litigantes disputam a posse alegando propriedade ou quando duvidosas ambas as posses alegadas” (STJ, 4ª Turma, REsp 5.462-MS, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro). Note-se, assim, que há contradição entre tal aresto e o conteúdo do Enunciado nº 79, ora *sub examine*.

⁴⁶³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009, pp. 194-195.

Em sintonia com essa nova forma de se interpretar e aplicar o Direito, José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni, em análise à regra estabelecida no art. 923 do CPC, prelecionam que

[...] Impedir o proprietário de exercer a proteção de sua situação jurídica pela via mais simples é impedir o exercício de um direito fundamental, assegurado pelo art. 5º, *caput*, da CF/2008. Neste caso, o juiz pode (*rectius*: deve) reconhecer a eficácia imediata (vertical) dos direitos fundamentais para afastar a vetusta regra do art. 923 do CPC. Pensar de outra forma seria submeter o proprietário a uma duplicação estéril de procedimentos. Isto violaria outro princípio constitucional, o da duração razoável do processo. A duração razoável do processo deve ser visualizada sob o aspecto temporal e social, uma vez que a decisão judicial busca a pacificação do conflito.
[...] Seria formalismo exigir que o juiz extinguisse o feito a fim de que as partes ajuizassem nova demanda para discutir a titularidade do domínio.⁴⁶⁴ (grifei)

Acresce mencionar o magistério de Adroaldo Furtado Fabrício, para quem a exceção de domínio “é matéria que só pode interessar ao julgamento final da demanda possessória”, não sendo possível a sua arguição “no limiar do processo”, quando a prova quanto à posse é ainda unilateral, devendo o juiz indeferir a tutela de urgência se nessa fase exordial a prova lhe parecer duvidosa, “mas nunca por considerações ligadas ao domínio, e sim por insuficiência da justificação ou da documentação.” Para ele, bem cedo perceberam os processualistas (ele se inclui nesse rol) que essa vedação legal não poderia ser tomada como absoluta, mormente porque importaria em “mutilação do direito de propriedade no referente a um de seus componentes elementares, que é o poder de reivindicar a coisa.” Por conta disso, procurou-se, então, delimitar o alcance dessa proibição, sendo uma

⁴⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno** – procedimentos cautelares e especiais. São Paulo: RT, 2009, pp. 262-263, v. 4. Os referidos autores criticam, nessa mesma passagem, o fato de alguns juristas brasileiros ainda insistirem na separação incondicional entre os juízos possessório e o petitório, com base na doutrina italiana, esquecendo-se que lá, como também na França, a transmissão da propriedade se dá pelo sistema consensualista, e não pelo registro, como acontece aqui no Brasil (CC/2002, art. 1.245). Logo, explicam eles, a sublimação do “constituto possessório”, naquele sistema estrangeiro, acabou por exigir a adoção da rígida separação entre ambos os juízos. Assim, com tal explanação, defendem Medina, Araújo e Gajardoni, também, a vigência da Súmula nº 487 do STF. Registre-se, *en passant*, que é o art. 705 do Código de Processo Civil italiano que dispõe sobre essa proibição de coexistência de ações possessória e petitória, sendo tal dispositivo de seguinte teor: “Art. 705 – O demandado no juízo possessório não pode propor juízo petitório enquanto não se tenha definido o primeiro juízo e não se tenha executado a decisão.” Acresce ainda dizer que, segundo Carnelutti, “esta norma visa a garantir o respeito da posse, de maneira que a perturbação desta deve ser eliminada antes que o demandado possa pedir a declaração de certeza de seu direito, salvo a execução da providência pronunciada em tutela da posse não se poder cumprir por feito do autor (art. 705).” CARNELUTTI,

das sugestões a que tal veto legal se restringiria às ações onde a posse fosse disputada com fundamento no domínio, caso em que restaria proibido intentar, durante o curso da ação possessória, qualquer ação petitória. Essa tese foi, inclusive, sufragada num simpósio de processualistas realizado em Curitiba, consistindo no seguinte teor: “O art. 923, 1ª parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio.”⁴⁶⁵

Adroaldo Fabrício defende a possibilidade de alargamento de abrangência da *cognitio*, com a ressalva de que tudo o que se discutir e resolver sobre aquela questão é apenas *ad colorandam possessionem*, objetivando tornar claro o “título” da posse e melhor poder o Estado-juiz decidir “dela e só dela”. Afinal, do ponto de vista estritamente lógico, afirmar-se “posuo porque sou dono” é bem mais substancial do que dizer-se simplesmente “posuo”.⁴⁶⁶

Outro jurista brasileiro que também se posiciona contrariamente ao disposto no art. 923 do CPC, cujas lições não podem passar ao largo de nossa atenção, é Pontes de Miranda. Para falar da alegação de domínio, ele reservou um tópico específico, denominado “*possessorium e petitorium*”, azo em que fez uma análise conjunta do art. 505 do CC/1916 e art. 923 do CPC/73:

O que se há de entender é que não se pode, pelo simples fato de ter alguém proposto ação possessória, ficar inexecível a ação de reivindicação, ou mesmo a ação de declaração do domínio, fora do processo possessório. *No processo da ação possessória de modo nenhum se pode* propor, com a contestação, a contra-ação em que se alegue o domínio, ou *se meter na petição da ação possessória o pedido de reivindicação, ou de declaração do domínio*. Seria absurdo que, pela simples pendência de ação possessória, que pode ir até o julgamento de recursos, ficasse o proprietário privado do exercício da pretensão à tutela jurídica.

No art. 923, diz-se que, na pendência do processo de ação possessória, nem o autor nem o réu pode propor ação de reconhecimento do domínio. Advirta-se que não havia tal regra jurídica no Código de 1939, nem no Código Civil de 1916. Vedar-se a quem é proprietário propor ação de reivindicação, ou mesmo a ação de declaração da propriedade (Código de 1973, art. 4º, I), inclusive a de usucapião, que é declaratória, seria nada menos do que se permitir que alguém, que sabe da próxima propositura da ação concernente à propriedade, entre com ação possessória, para que a

Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 274, v. III.

⁴⁶⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 376-377, v. VIII – Tomo III. Note-se que a referida tese aprovada naquele simpósio se deu em outubro de 1975; antes, portanto, da derrogação da 2ª parte do art. 923 do CPC, ocorrida com o advento da Lei nº 6.820/80.

⁴⁶⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ob. cit., p. 380. Ele cita o direito processual português, como um exemplo de diploma legal que permite uma ampla discussão, na ação possessória, das questões relacionadas ao domínio. Idem, ibidem, p. 381.

pendência de tal ação obste ao exercício da pretensão e da ação do proprietário.

Por outro lado, seria de todo inadmissível que A, que é proprietário e foi esbulhado ou turbado na posse própria não possa propor ação de declaração de propriedade ou de reivindicação.

[...] Mais: tem-se arguido que a exceção de domínio tiraria o caráter possessório da ação.

Todas essas exceções são *de lege ferenda*. Em direito lato, temos a *exceptio dominii*, se evidente a prova contrária à pretensão do possuidor que se diz proprietário (art. 505, 2ª parte, verbo “evidentemente”).⁴⁶⁷

Ex positis, não há como aquiescer com a corrente doutrinária e jurisprudencial, conquanto majoritária, que se posiciona pela aplicação incondicional do disposto no art. 923 do CPC. Impõe-se, pois, que o Estado-juiz proceda à relativização de tal norma legal, levando a efeito uma “interpretação luminosa para não se seguir absurdo visível”, no dizer de Teixeira de Freitas, quando defendeu a exceção de domínio; o que, alias, levou Clóvis Beviláqua a inserir a segunda parte ao art. 505 do CC/1916, conforme já visto alhures.⁴⁶⁸

Pergunta-se: para que afrontar os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo, a par dos relativos à economia processual e da efetividade da tutela jurisdicional, optando-se pela aplicação literal do art. 923 do CPC, começando tudo de novo em outro feito, quando já seria possível, nas hipóteses em foco, decidir o *meritum causae* nos mesmos autos?!

E, ainda: para que levar as partes litigantes a terem mais gastos financeiros e desgastes psíquico-emocionais?! Outrossim, imagine se a disputa pela posse se der perante o juizado especial cível,⁴⁶⁹ envolvendo litigantes de parques recursos

⁴⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** – Direito das coisas: posse. Campinas: Bookseller, 2001, pp. 348-349, tomo X.

⁴⁶⁸ Consta da segunda parte do art. 505 do CC/1916 que “não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.” Segundo esclarece Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas já tinha feito essa ressalva no seu *Esboço*, não descartado por Clóvis Beviláqua. E disse mais: essa 2ª parte do art. 505 foi, na verdade, uma reprodução do Assento de 16 de fevereiro de 1786. MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Ob. cit., p. 359. Vale ainda dizer que Carvalho Santos é também defensor da exceção de domínio, argumentando, ao comentar sobre o art. 505 do CC/1916, que essa defesa da posse com base no domínio está em consonância com a teoria de Jhering, quando este diz que o interesse da propriedade é que fundamenta e justifica a proteção dispensada à posse, pelas ações possessórias. SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, v. VII. A propósito, Beviláqua, ao defender a possibilidade da exceção de domínio no Direito brasileiro, tendo por base histórica aquele supracitado Assento, transcreve o teor deste, consolidado por Teixeira de Freitas: “*Todavia não se deve julgar a posse em favor daquela a quem se mostra, evidentemente, não pertencer o domínio.*” Informa ele, ainda, que o Direito pátrio “não está isolado, neste ponto”, citando, dentre outros exemplos, o Direito suíço. Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, pp. 81 e 83, respectivamente.

⁴⁶⁹ É cediço que, no âmbito dos juzados, as partes litigantes estão isentas de custas processuais, salvante apenas algumas poucas hipóteses, a exemplo de eventual interposição de recurso ordinário

financeiros,⁴⁷⁰ tendo estes, *in casu*, que “bater de novo às portas da Justiça” porque, ante as provas carreadas aos autos, não foi possível ao magistrado decidir, através daquela ação, com qual deles deveria ser conferido o *ius possessionis* (?!).

São esses alguns dos motivos ensejadores desta defesa em favor da flexibilização do rigor normativo do art. 923 do CPC. Mas, há outros que podem ser aqui ainda suscitados. De fato, continuando a analisar as consequências fáticas da aplicação literal da norma inserta no art. 923 do CPC, faz surgir outro problema, que demanda igualmente uma reflexão mais percuciente a respeito de como solucioná-lo, à luz da jurisdição no Estado Constitucional: admitindo-se, incondicionalmente, a vedação absoluta da exceção de domínio e da concomitância das ações possessória e petítória – vale aqui repetir o alerta já feito alhures –, dá ensanchas a que a parte demandante (o possuidor) faça uso da ação possessória de forma maliciosa, isto é, com o escopo único de, *v.g.*, obstando a pretensão reivindicatória,⁴⁷¹ prolongar uma situação fática contrária ao direito, prejudicando sobretudo a realização de um “processo de resultados justos” (?!).

Posto isso, a conclusão a que se chega não pode ser outra à luz da jurisdição no Estado Constitucional: se o magistrado, mesmo diante da possibilidade jurídica de se resolver a lide nos próprios autos da possessória, com a simples dilação probatória, preferir a aplicação literal do disposto no art. 923 do

(Lei nº 9.099/95, art. 42, § 1º).

⁴⁷⁰ Conforme já salientei alhures, não se está querendo tutelar aqui, via exceção de domínio, os latifundiários ou aqueles que dispõem de um acervo patrimonial que extrapole o necessário para a garantia de um futuro para si e para os seus, mas, sim, pretende-se com este trabalho ir em busca de uma solução jurídica plausível, justa e equânime, garantindo, assim, às pessoas que, eventualmente, forem surpreendidas com invasores em suas propriedades (por estarem momentaneamente ausentes, por conta de estudos, trabalhos etc.), o direito de poderem reivindicar a posse do respectivo bem imóvel, objeto de apossamento por terceiros, mediante uma dilação probatória a ser feita nos autos dos interditos possessórios; evitando-se, com isso, todas essas danosas consequências fático-jurídicas em referência.

⁴⁷¹ É interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça, em um de seus arestos (REsp 139916/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), decidiu que não incide a regra do art. 923/CPC se a ação petítória foi ajuizada antes da possessória. Vale dizer, se o proprietário for mais rápido que o possuidor e ingressar, antes, com uma ação petítória, esta continuará tramitando, concomitantemente, com a ação possessória, mas o inverso não é possível juridicamente. Isso é, no mínimo, ilógico. De fato, não é lógico, tampouco econômico, ser o proprietário obrigado a esperar pelo desfecho da ação possessória para, então, poder postular perante o juízo petítório. Em razão dessa situação jurídica ilógica, Adroaldo Fabrício sustenta que há uma impossibilidade lógica, sim, numa suposta procedência da pretensão possessória e petítória, mas não na sua propositura ao mesmo tempo em que tramita a possessória. Aliás, ele sustenta ser possível, até mesmo, que o proprietário de um imóvel, depois de proposta uma ação reivindicatória, possa propor uma ação possessória, citando, como exemplo, a hipótese do autor reivindicante sofrer esbulho, turbacão ou ameaça na posse depois de instaurado aquele processo. Tudo isso demonstra e confirma, segundo ele, que apenas quando as partes litigam pela posse com base no domínio é que “a via petítória fica fechada”, haja vista que as repercussões práticas do resultado do processo possessório poderão

CPC, estará, com o seu agir, descumprindo, além dos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo, o princípio maior do ordenamento jurídico, que é o da dignidade da pessoa humana. De resto, com o injustificável retardamento da prestação jurisdicional, estará causando uma série de consequências nefastas à parte detentora do direito dominial, inclusive de ordem psíquico-emocional.⁴⁷² Relembre-se que um dos objetivos magnos do processo é o seu “escopo social”, conforme alhures enfatizado por Cândido Rangel Dinamarco.

É preciso salientar que não se está aqui defendendo a propriedade pelo simples “direito de propriedade”, da mesma forma que, por um princípio de simetria, não se pode defender a “posse pela posse”. Afinal, para além daquela relação “sujeito-objeto”, que imperava no Estado Liberal, prevalece, hodiernamente, no Estado Constitucional Democrático de Direito, uma relação “sujeito-sujeito”. Por conta disso, torna-se imperioso, neste ensejo, abrir um parêntese para fazer aqui uma observação que reputo de suma importância, mormente quando se pensa na jurisdição sob a ótica do Estado Constitucional, tendo a República Federativa do Brasil como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e, dentre os seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). Em tal perspectiva, figurando o processo como um mero instrumento operacional da jurisdição em prol da produção de decisões justas e equas, cabe ao magistrado estar atento para que, no exato instante em que desempenha o seu sublime mister de prestar a tutela jurisdicional reclamada, com a efetiva entrega do “bem da vida”, não venha a causar um dano maior à pessoa contra quem tal decisão tiver que ser proferida, ainda que esta tenha sido elaborada com base na melhor técnica processual. E para se evitar que esse “dano maior” ocorra à parte vencida na ação judicial, mister se faz que o julgador tome alguns cuidados, devendo, para tanto, observar (sempre) as circunstâncias fáticas de cada causa que lhe é submetida a julgamento, isto porque pode acontecer de uma decisão aparentar, às vezes, “justa” sob um determinado ângulo do processo judicial de solução de conflitos, e ter, em contraposição, um “resultado injusto” no contexto jurídico-social.⁴⁷³ A citação de um exemplo se mostra, neste momento,

tornar desnecessária a ação petitória. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ob. cit., p. 383.

⁴⁷² Já foi objeto de análise, no subitem anterior, com respaldo no magistério de Willian Couto Gonçalves, que a jurisdição eficaz é, em muitas situações, fator determinante de saúde dos litigantes.

⁴⁷³ Para se evitar que isso ocorra, tem sido aqui defendido que o magistrado, para nortear as suas decisões judiciais, deve estar sempre com os seus olhos fitos no princípio da dignidade da pessoa

bastante oportuno para uma melhor elucidação da hipótese em voga: imagine, numa demanda possessória, diante de um acervo de provas inconcussas exibidas pela “parte A”, ter sido a ação julgada em favor desta (liminarmente ou no *meritum causae*), determinando a sua reintegração no imóvel, objeto da lide, sendo certo que, no momento do meirinho se dirigir ao respectivo local para executar tal *decisum*, qual não foi a surpresa por ele experimentada quando se deparou com a “parte B”, sucumbente na referida demanda, num estado de enfermidade deplorável... O oficial de justiça resolve, então, *ad cautelam*, suspender momentaneamente o cumprimento daquele mandado para, nesse ínterim, informar ao juiz da causa a respeito do “fato novo” superveniente ali verificado. Diante desse problema socialmente relevante, qual deve ser, *in casu*, a solução mais justa a ser tomada por um magistrado que procura sempre pautar suas decisões sob a égide dos princípios de justiça e direitos fundamentais?

É com supedâneo nesse exemplo ora trazido à tona, suscetível de acontecer no dia-a-dia forense, que não se pode exigir do Juiz de Direito⁴⁷⁴ uma visão unívoca no desempenho do seu *munus publicum*. Cada caso é, iniludivelmente, diverso de outro no mundo jurídico, ainda que se apresente, aos olhos da maioria, com uma roupagem similar ao que já foi julgado. Por isso que, dependendo de cada caso concreto, deve ser flexibilizado não só o rigor do formalismo legal, herança do silogismo positivista dogmático, mas até mesmo, às vezes, o rigor da técnica processual, tudo isso com vista ao magno escopo de se alcançar um “processo de resultados justos”. É preciso que a sentença seja, então, concomitantemente, o produto de uma consciência livre, imparcial, justa e humana. Comunga desse entendimento Rui Portanova, defendendo que a sentença, provindo de *sentir*, tal como *sentimento*, deve expressar o que o juiz sente e, diante desse “sentimento”, definir a situação conflituosa.⁴⁷⁵ Ao proceder dessa forma, o magistrado decerto logrará a realização do “justo concreto” (*justiça material*), em detrimento do “justo formal” (*justiça legal*).

humana.

⁴⁷⁴ Note-se que a decisão judicial é exarada por um Juiz “de Direito”, e não “da lei”; logo, para além de mera “boca da lei”, deve o julgador hodierno pautar suas ações na busca de uma solução justa e equânime para o litígio. Sem dúvida, pacificar com justiça é (deve ser) o escopo magno da jurisdição no Estado Constitucional, conforme tem sido reiteradamente destacado ao longo deste trabalho.

⁴⁷⁵ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 129.

Em razão do exposto, pode ocorrer até mesmo do magistrado ter de “relativizar o relativizado”, como é o caso de, após haver ele relativizado o rigor do disposto no art. 923 do CPC, conforme aqui defendido, se porventura se deparar com uma situação fática semelhante ao do exemplo supracitado, dever suspender o comando contido naquele seu *decisum* em favor de um postulado de justiça maior, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.⁴⁷⁶ Neste particular, vale lembrar as lições de Herrera Flores, para quem “O real nos fala e nos interpela constantemente a partir das situações de injustiça, de opressão e de desigualdade que proliferam nos contextos onde as pessoas reais – não os sujeitos idealizados – vivem.”⁴⁷⁷ Some-se a isso o fato de que um dos valores supremos da ordem jurídica nacional é a justiça, sendo esta destacada, inclusive, já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.⁴⁷⁸

Uma vez consignada essa importante e singular ressalva, retomando agora a linha de raciocínio aqui defendida, cabe mencionar que, desde as últimas décadas do século passado vem sendo enfatizado, pela dogmática jurídica, quanto à necessária adequação da técnica processual com o intuito de promover a tutela do direito material deduzido em juízo, sem dilações indevidas; logo, todo e qualquer obstáculo, presente na lei processual, deve ser analisado à luz do art. 5º, XXXV, da CF. Nesse diapasão, o processo, enquanto instrumento operacional da jurisdição, deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais, a exemplo do efetivo *acesso à justiça*. Tudo isso se resume em duas palavras: “Processo Justo”.

Portanto, se o que se busca é um “processo de resultados justos”, segue-se que, excepcionada eventual situação processual similar à supracitada, a resposta para aquela primeira indagação não pode ser outra senão a da possibilidade jurídica em se admitir a *exceptio proprietatis*, principalmente nas hipóteses em que,

⁴⁷⁶ Isso sucede porque a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão maior de ser de todo o sistema jurídico. Em artigo recentemente publicado, escrito em coautoria com o prof. Aloísio Krohling, a dignidade da pessoa humana é por nós tratada como *princípio rizomático fontal* que deriva da ética. KROHLING, Aloísio; DEMO, Alcenir José. **A dignidade da pessoa humana como princípio rizomático fontal: desafios e perspectivas em um mundo globalizado.** Revista Direitos Fundamentais & Justiça, PUC/RS, 2011.

⁴⁷⁷ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais.** Trad. Luciana Caplan de Argenton e Queiroz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

⁴⁷⁸ Essa forma de agir por parte do Estado-juiz, registre-se, deve ser feito mediante uma lógica argumentativa, cabendo ao juiz fazer sempre uso da *teoria da argumentação*, consoante já ressaltado no Capítulo 2 deste trabalho. Afinal, o Direito não é (nem pode ser) algo dado e acabado, mas, sim, algo a ser construído pelo jurista, sendo na dialética que ele encontrará o meio eficaz para justificar o seu posicionamento frente à realidade fático-jurídica.

depois de exaurida a instrução probatória, a questão relativa à posse seja duvidosa, incerta e conflitante. *In casu*, se o magistrado optar pelo julgamento do feito em voga, aplicando literalmente o art. 923 do CPC, mandando as partes para as vias ordinárias, a fim de ali, no juízo petitório, poderem resolver, definitivamente, a lide (direito à posse) com base no domínio, estará fazendo, em verdade, um desserviço à Justiça. Afinal, a jurisdição no Estado Constitucional deve ser voltada para o atendimento ao princípio de justiça e garantia dos direitos fundamentais, sempre em prol de se alcançar um resultado mais justo e equo na composição da lide. Esse é, aliás, o significado da teoria do *logos do razonable*, de Luís Recaséns Siches, cujo jusfilósofo advoga que as interpretações jurídicas sejam realizadas, sempre, com base na consideração do que é justo, isto porque o único método interpretativo válido e correto é aquele que leve à conclusão mais justa para o problema apresentado; sendo certo que o exercício da "lógica do razoável", aplicado à interpretação jurídica, supera todos os demais métodos interpretativos.⁴⁷⁹

Nesse diapasão, diz Luiz Guilherme Marinoni, textualmente: “Se o direito processual é cientificamente autônomo e o processo possui natureza instrumental, isto está muito longe de significar que ele possa ser neutro em relação ao direito material e à realidade da vida.” E conclui: “Aliás, justamente por ser instrumento é que o processo deve estar atento às necessidades dos direitos.”⁴⁸⁰

A proposta aqui defendida é, pois, no sentido de, uma vez sendo instaurado o juízo possessório, e não logrando as partes provar, *quantum satis*, qual delas faz jus à posse, poderá, então, o magistrado pôr em debate, numa dilação probatória,⁴⁸¹ a questão relativa à propriedade, azo em que será possível ao

⁴⁷⁹ RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1997, pp. 660-661.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 240, v. 1.

⁴⁸¹ Trata-se, na verdade, de ampliar a instrução probatória com a exibição de prova documental referente ao domínio do bem em disputa, com o que realizar-se-á uma cognição exauriente envolvendo a *quaestio*, facilitando, assim, ao magistrado a entrega da tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus; mas, tudo isso, registre-se, *incidenter tantum*. Com efeito, tal exame feito pelo juiz acerca do domínio é apenas *ad colorandam possessionem*, não podendo se revestir da autoridade de coisa julgada, isto em virtude do princípio da correlação (também chamado princípio da congruência ou da adstrição) entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), só sendo o mesmo passível de afastamento quando houver exceção legal de forma expressa, conforme magistério de Barbosa Moreira. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11. Esse princípio processual emerge do disposto no art. 460 do CPC, e está consagrado, também, de forma genérica, pelo art. 128 do CPC (este determina que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta), cuja *ratio* encontra fundamento no princípio dispositivo (ou da iniciativa de parte), previsto nos arts. 2º e 262 do mesmo

Estado-juiz resolver a lide nos mesmos autos da ação possessória, com base, agora, na prova do domínio.⁴⁸² Com isso, possível se torna a manutenção do enunciado da Súmula nº 487 do STF, aplicável, *in casu*, de maneira suplementar no feito em voga, ou seja, em virtude da instrução probatória ter sido dilatada por força daquela determinação judicial.

Em outros termos: propõe-se, através desta dissertação, relativizar o rigor⁴⁸³ da citada norma processual e, com isso, evitar que os litigantes (notadamente a parte que faz jus ao direito dominial) tenham de enfrentar toda a *via crucis* de uma nova ação a ser intentada perante o Poder Judiciário, postergando, *sine die*, a entrega do “bem da vida”. Afinal, para que sejam alcançadas decisões adequadas e socialmente convincentes, é indispensável superar o Positivismo Jurídico. O dogma da plenitude da norma, onipotente e inflexível, há muito tempo foi abandonado pela Hermenêutica Constitucional. Daí porque qualquer enunciado normativo absoluto, em Direito, é de extrema gravidade,⁴⁸⁴ não podendo, por isso, prevalecer no Estado Constitucional e Democrático de Direito.⁴⁸⁵

diploma legal. A respeito desse tema, Rui Portanova sustenta que o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte representa um limite à ingerência do Estado na órbita privada dos litigantes, o que somente é permitida nas hipóteses expressamente previstas em lei (v. g., sucumbência nas custas processuais e nos honorários advocatícios, condenação em multas e em prestações periódicas etc.). PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 234-236.

⁴⁸² O art. 130 do CPC respalda ao juiz determinar, de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias para o deslinde da *quaestio*; no caso, a ordem no tocante à exibição pelas partes da prova relativa ao domínio.

⁴⁸³ Já foi visto alhures, que não se pode mais conceber a sentença como o resultado de um mero silogismo (premissa maior, premissa menor e conclusão), como era no passado, quando imperava o Positivismo Jurídico. É de se observar que Eduardo Couture (1904-1956), mesmo vivendo grande parte de sua vida naquele período, já defendia que a sentença é uma operação de caráter crítico, devendo o juiz escolher entre a tese do autor e a do réu (ou, eventualmente, uma terceira tese) qual a solução que lhe parece ajustada ao direito e à justiça; advertindo que tal concepção (sentença como um mero silogismo jurídico) estaria perdendo terreno em face da doutrina mais recente, não podendo mais prevalecer a ideia de ver na sentença uma pura operação lógica e no juiz “um ser inanimado que não pode moderar a força nem o rigor da lei”, conforme o aforismo de Montesquieu. Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 146.

⁴⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215. Apenas a título de comparação, outro exemplo de norma legal que, malgrado a vedação incondicional, tem sido relativizada no cotidiano forense, ante a riqueza infinita do problema fático na convivência humana, é o do art. 273, *caput*, do CPC, que restringe à iniciativa da parte (autor ou réu – este nas ações em que se admite pedido reconvenicional) para o eventual deferimento da “tutela antecipada”. E, mais: esse mesmo artigo em comento, em seu § 2º, diz não poder o juiz conceder a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, sendo que, diante da realidade fático-jurídica, há decisões judiciais contrariando, excepcionalmente, essa vedação legal, privilegiando o direito provável diante do improvável (há inúmeros precedentes nesse sentido no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bastando citar um exemplo de lavra da 4ª Turma: REsp. n. 417.005/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. em 25.11.2002, DJ 19.12.2002, P. 368). Veja que foram aqui citados dois exemplos emblemáticos de

Pensar de forma diferente é, a meu ver: (i) coroar o amor ao tecnicismo formal; (ii) transgredir o princípio de justiça; (iii) asfixiar o direito fundamental de propriedade; (iv) negar a garantia constitucional do acesso à justiça, mediante um processo de duração razoável; (v) ferir de morte toda a construção teórica que resultou na fase científica da *instrumentalidade do processo*. Enfim, é pretender que o (in)justo formal opere e impere pela aplicação literal do art. 923 do CPC; é desejar que o mal se perpetue e que a Justiça tarda, prejudicando, assim, por via reflexa, a realização de um “processo de resultado justo”.

Bedaque, ao tratar do *processo, técnica e inversão de valores*, afirma, enfaticamente, que nada é mais frustrante para o estudioso do direito processual e mais prejudicial àquele que necessita da tutela jurisdicional do que ver, “após longos anos [...], a extinção do processo sem eliminação da crise de direito material.”⁴⁸⁶

Ora, a jurisdição no Estado Constitucional, que se pretende célere, justa e equânime, não pode comungar com esse modo de interpretar e aplicar a lei no caso concreto, sob pena de, “mutilando” o direito de propriedade – para usar a expressão de Adroaldo Fabrício⁴⁸⁷ –, levar a situações de flagrante injustiça. Nunca é demais lembrar que o nosso constituinte inseriu, dentre as chamadas *clausulas petreas*, a garantia ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII).

Salienta Willian Couto Gonçalves,⁴⁸⁸ nessa linha de raciocínio, que o tempo de demora do processo está estritamente jungido à noção de eficácia da jurisdição; advertindo que “a jurisdição que se faz eficaz além do tempo necessário ou legal pode ser tida como formalmente prestada, mas não substancialmente”.

proibição legal extraídos, unicamente, do art. 273 do CPC. Decerto existem inúmeros e multifacetados exemplos de normas legais proibitivas que têm sido flexibilizadas pela jurisprudência, tudo isso ocorrendo porque a resposta *a priori* do legislador tem se esbarado no terreno fático-jurídico, este muito mais amplo, iniludivelmente, do que aquele. Da mesma sorte, é o que acontece, não raro, no terreno da tutela possessória. Registre-se, finalmente, que, para a resolução de cada problemática jurídica aqui apresentada, faz-se mister a aplicação da técnica de ponderação de valores, com a invocação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade; e, com isso, relevando o “justo formal”, faz-se o “justo concreto”.

⁴⁸⁵ Lembre-se, conforme salientado alhures, que o juiz, no Estado Constitucional, é devedor do direito fundamental de acesso à justiça (entendido tal direito como “acesso à ordem jurídica justa”), a par da garantia conferida ao jurisdicionado de contar com um processo de duração razoável.

⁴⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43.

⁴⁸⁷ Conforme já transcrito em linhas anteriores, neste subtópico.

⁴⁸⁸ GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual** – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 175.

Não é isso o que se espera da jurisdição no Estado Constitucional. De fato, tudo o que dela se espera é, na esteira da doutrina supra, “menos tecnicismo e mais justiça.”⁴⁸⁹ Logo, a leitura das normas processuais, em especial, para o presente estudo, a do art. 923 do CPC, deve ser feita pelo ângulo da instrumentalidade do processo, rompendo-se com o formalismo estéril, em busca da realização da promessa constitucional do acesso à ordem jurídica justa, para gáudio da própria Justiça!

A problemática jurídica, objeto desta dissertação, é, sabidamente, de difícil solução. Com efeito, valendo-me aqui do magistério de José Carlos 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 de seu estudo.*”⁴⁹⁰

Todavia, em sendo as proposições, ora defendidas, devidamente observadas pelo intérprete e aplicador do Direito, o problema aqui apresentado contará, seguramente, com uma solução plausível, a par de justa e equânime. É isto o que se espera de uma jurisdição no Estado Constitucional.

⁴⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Ob. cit., p. 17.

⁴⁹⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse** – Evolução Histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1, v. 1. (a escrita em itálico não consta do original)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, ao concluir o presente trabalho, que o desenvolvimento da humanidade ocorre por ciclos que se sucedem e se repetem, opondo-se o conseqüente ao antecedente; sendo certo que as transformações políticas, econômicas e sociais daí resultantes acabam por provocar, *ipso facto*, mudanças na sociedade com um todo, surgindo novos valores que substituem os antigos, impondo-se, por conseguinte, alterações de ordem ética, moral e legislativa.

Com efeito, ao longo dos dois últimos séculos, o Estado passou por três etapas evolutivas, saindo do absolutismo monárquico para o modelo de Estado Liberal, e deste para o de Estado Social, falando-se hoje em Estado Constitucional Democrático de Direito. Foi a Revolução Francesa (1789) considerada como um dos fatos mais marcantes nessa evolução histórica, posto que, sendo idealizada sob o pálio da filosofia iluminista, provocou grandes mudanças político-sócio-econômicas e jurídicas daquele País, bem como em outras Nações do mundo, culminando com a instalação do famigerado Estado Liberal. Posteriormente, a partir do advento da Revolução Industrial (séc. XX), surgiram novos paradigmas nos âmbitos sociais, econômicos, políticos e legiferantes.

Pari passu com esse contexto histórico, verificou-se que a propriedade, conquanto tenha sido vista pelos teóricos como um instituto jurídico secular, estruturada outrora no individualismo e na autonomia privada, sofreu também os reflexos desses acontecimentos, exigindo-se dela, presentemente, o cumprimento de sua *função social*, além do dever na preservação do meio ambiente. Porém, sem embargo desses seus deveres, é de se observar que continua a propriedade contando com a garantia constitucional, fazendo inclusive parte do elenco das chamadas *clausulas petreas* em nossa Carta Magna da República. Tudo isso foi aqui objeto de estudo, no decorrer da abordagem do Capítulo 1.

Foi igualmente visto, desta feita no Capítulo 2, que a jurisdição e a hermenêutica jurídica também experimentaram uma mudança paradigmática ao longo dos últimos séculos. A lei, antes com sua visão codificada do século XIX, perdeu a sua posição de centralidade do ordenamento jurídico, devendo, agora, se subordinar à Constituição Federal, mormente ante os direitos e garantias fundamentais nela insertos. Por via de consequência, a jurisdição, que antes tinha

como característica primária a de simples “atuação da lei” no caso concreto, hoje deve ser pensada na perspectiva do Estado Constitucional, devendo o magistrado buscar a todo tempo a realização da justiça em cada demanda que lhe é submetida à apreciação. Substituiu-se, portanto, o vetusto *princípio da legalidade formal* pelo *princípio da legalidade substancial*, resultando, assim, na realização do “justo concreto”, em detrimento do “justo formal”. Essa nova característica da jurisdição está alicerçada no art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF/88, que consubstanciam, respectivamente, os princípios do acesso à justiça e de um processo com duração razoável.

Com base nessa mesma vertente constitucional, buscou-se também estudar a nova hermenêutica jurídica, confrontando-se, para tanto, o pretérito modelo de Estado Liberal com o do Estado Constitucional contemporâneo. Dessa forma, restou concluído que se antes, no Estado Liberal, o juiz devia ser apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, não lhe cabendo qualquer análise crítica quanto à injustiça do texto legal no momento de sua aplicação ao caso *sub judice*, exige-se do magistrado, atualmente, que a interpretação/aplicação da lei seja feita à luz dos princípios constitucionais de justiça e direitos fundamentais (Hermenêutica Constitucional). Daí falar-se, hoje, em “pós-positivismo”, “neoconstitucionalismo” e “neoprocessualismo”. Há, pois, agora, então, de se ter a justiça como valor supremo a ser buscado em cada decisão judicial, conforme, aliás, está preconizado no preâmbulo da Carta Política de 1988. A par disso, o intérprete/aplicador da norma legal deve, de contínuo, manter os seus olhos fitos no centro axiológico do sistema jurídico brasileiro, que é a tutela intransigente da *dignidade da pessoa humana*, cujo princípio está estampado já no limiar de nossa Lei Maior (CF, art. 1º, III).

Todo esse viés axiológico serviu de base teórica para o estudo referente ao direito fundamental de propriedade e do acesso à justiça no Estado Constitucional, tratado no Capítulo 3 desta dissertação, azo em que foi defendida a possibilidade jurídica de arguição da exceção de domínio em demanda possessória, nas hipóteses em que, depois de exaurida a instrução probatória, a questão relativa à posse continue duvidosa, incerta e conflitante; caso em que foi propugnado poder o juiz, mediante uma dilação probatória, determinar às partes que apresentem a prova documental concernente ao domínio do “bem da vida” em disputa. Assim, munido dessa nova prova, com a qual se decidirá, *incidenter tantum*, qual dos litigantes

demonstrou ser efetivamente o proprietário do imóvel, o magistrado poderá julgar, finalmente, o mérito da indigitada ação possessória.

Restou ainda demonstrado, no decorrer desta pesquisa, que, se porventura fosse aplicado, literalmente, o disposto no art. 923 do Código de Processo Civil pátrio, numa demanda possessória similar à hipótese supra, o Estado-juiz estaria cometendo uma série de consequências danosas e injustas ao proprietário daquele bem, objeto da respectiva ação judicial. De fato, uma decisão desse jaez, além de contrariar as teorias da *instrumentalidade do processo* e do *formalismo valorativo*, seria totalmente ilógica e irrazoável do ponto de vista jurídico, posto que obrigaria às partes ingressarem em juízo novamente, desta feita através de ação petítória, postergando a tutela jurisdicional de maneira descabida.

Eis o problema que ensejou a realização da presente pesquisa, tornando-se imperiosa, *in casu*, que se proceda à (re)leitura do art. 923 do Código de Processo Civil pátrio, com a flexibilização do seu rigor normativo, em busca da realização de um “processo de resultados justos”. Para alcançar tal desiderato, a jurisdição e o processo foram analisados sob a perspectiva constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Afinal, o escopo magno da jurisdição e do processo (este figurando como instrumento operacional daquela) é o da pacificação com justiça.

Por isso, o juiz do século XXI, ao contrário daquele da era Napoleônica, não pode (nem deve) ser um mero espectador da “batalha processual”. Cabe a ele, sim, no deslindar de cada causa submetida à sua análise, fazer uma *interpretação conforme a Constituição*, cuja técnica reflete a nova Hermenêutica Constitucional. Este, sim, é decerto o caminho a ser trilhado pelo magistrado e operador do Direito, a partir do referido ideal de justiça, nesse descortinar de um novo século.

Sabe-se que é do enfrentamento dialético das ideias que a ciência evolui e se transforma. O presente trabalho pretendeu, assim, ante a verificação do reportado problema jurídico, contribuir para a análise e estudo acerca da possibilidade legal da *exceptio domini* numa demanda possessória, tendo sido apresentadas propostas para reflexão e busca de soluções justas e equânimes, todas à luz da jurisdição no Estado Constitucional. Neste sentido, espera-se ter logrado êxito.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Fabio Caldas. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. Política. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 19. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1980.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). **Temas de direito processual**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: 2004.

_____. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumento e papel dos

princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: RT, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941.

_____. **Código Civil dos E.U.B.** 10. ed. SP-BH, 1955, v. III.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BÍBLIA SAGRADA. 2. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias**. São Paulo: RT, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

_____. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. III.

CAMARCO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Como se faz um processo**. Campinas/SP: Editora Minelli, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CIMARDI Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao Direito**. Barueri/SP: Manole, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: 2010.

COSTA MACHADO, Antônio Claudio da. **Código de processo civil interpretado**. Barueri/SP: Manole, 2006.

COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **El concepto de jurisdicción laboral**. Buenos Aires: Revista de Derecho Procesal, 1953.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, estado e filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnic, 1952.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Enéa de Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Boitex, 2006.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. VIII.

FABRIZ, Dauri Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **A cidade nuclear e o direito periférico – reflexões sobre a propriedade urbana**. Revista dos Tribunais, v. 743, 1996.

_____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – teoria geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva,

1989, v. 1.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Trad. Luciana Caplan de Argenton e Queiroz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. Em busca de novos saberes: uma aproximação entre o ensino jurídico e a pedagogia. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. (Org.). **Ensino jurídico e pedagogia**: em busca de novos saberes. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2010.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **O princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955,
_____. **Direitos reais**. 18. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
_____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. V.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
_____. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRÓCIO, Hugo. O direito da guerra e da paz. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo de direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis/São Paulo: Editora Vozes, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís A. Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Hobbes de Malmesbury. **Leviatã**. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983.

JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. A relação entre proteção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KROHLING, Aloísio; DEMO, Alcenir José. **A dignidade da pessoa humana como princípio rizomático fontal: desafios e perspectivas em um mundo globalizado**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, PUC/RS, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. 3. ed. Trad. Pergentino S. Pivatto (Coord.). Petrópolis: Vozes, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983.

LOTUFO, Renan. A descaracterização da pessoa jurídica no novo Código Civil brasileiro. In: MENDONÇA, Jacy de Souza *et al.* **Inovações do novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, ZAHIDÉ. **Sociologia básica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 1.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Função do direito privado no atual momento histórico. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **A função social da propriedade**: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno** – procedimentos cautelares e especiais. São Paulo: RT, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direitos das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Jacy de Souza. Princípios e diretrizes do novo Código Civil. In: MENDONÇA, Jacy de Souza *et al.* **Inovações do novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo II (Constituição e Inconstitucionalidade).

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra Editora, 2000, tomo IV (Direitos Fundamentais).

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo 5.

_____. **Tratado de direito privado** – Direito das coisas: posse. Campinas: Bookseller, 2001, tomo X.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. Atual. Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 3.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, São Paulo: RT, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

PACHECO, Renato. **Introdução ao estudo da sociologia geral e jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

PELUZO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. Barueri/SP: Manole, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vs. I e IV.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1983.

_____. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1997.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Direitos reais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Reinaldo Guarany. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, v. VII.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): Algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 1991.
_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** 3. ed. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1983.

STALIN, J. **Materialismo histórico e materialismo dialético.** São Paulo: Símbolo, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica, a lei e a justiça: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Doutrina.** Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. **Revista de direito privado** – 3. Ano 1 – julho-setembro/2000. São Paulo: RT.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil.** São Paulo: RT, 2004.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – procedimentos especiais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III

_____. **Posse e usucapião.** Rio de Janeiro: Aide, 1994

_____. O novo Código Civil e as regras hererotópicas de natureza processual. In: MAZZEI, Rodrigo; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse:** um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TUCCI, José Roberto Cruz. **Tempo e processo:** uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – direitos reais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo.** São Paulo: RT, 1988.

_____. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2006.