



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO DAVID FURTADO CAVALCANTE

FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SEUS ASPECTOS MATERIAIS

FORTALEZA

2014

THIAGO DAVID FURTADO CAVALCANTE

FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SEUS ASPECTOS MATERIAIS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Civil-constitucional.

Orientador: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C377f Cavalcante, Thiago David Furtado.
Função social da posse e seus aspectos materiais / Thiago David Furtado Cavalcante. – 2014.
65 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Civil e Direito Constitucional.
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Posse (Direito) - Brasil. 2. Usucapião - Brasil. 3. Direito de propriedade - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

THIAGO DAVID FURTADO CAVALCANTE

FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SEUS ASPECTOS MATERIAIS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Julianne Melo dos Santos

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Antônio e Edilza, e ao meu
irmão, Diêgo Davis.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pelo dom da vida a mim concedido.

Ao Professor Doutorando William Paiva Marques Júnior, pela excelente orientação, pessoa por quem passei a nutrir verdadeira admiração pelo trabalho desenvolvido e pela prontidão com que se dispõe a ajudar eficientemente seus alunos.

Ao Professor e Procurador Regional da República Francisco de Araújo Macedo Filho e à mestrande Julianne Melo dos Santos, participantes da banca examinadora, pelo tempo, pela solicitude, pelas valiosas colaborações e sugestões.

À minha mãe por ser merecedora com louvor de ser chamada por mim por essa palavra monossilábica de tão especial significação, pessoa que exerce divinamente a missão de cuidar dos filhos desde o nascimento destes.

Ao meu pai por ter contribuído com a minha formação humanística. O que há em mim de caráter, honestidade e dignidade é decorrência de suas lições a mim repassadas.

Ao meu irmão em quem me espelho. Essas três últimas pessoas são a minha base familiar, pessoas sem as quais nada faria sentido em minha vida e a quem espero retribuir todo o apoio que me deram em todas as situações.

Aos meus professores que contribuíram para a minha formação acadêmica.

Aos que fazem parte do Ministério Público da Comarca de Maracanaú-CE, especialmente na pessoa do Promotor Xavier, local em que tive a primeira experiência com o Direito aplicado à prática ao realizar as minhas atividades de estágio.

Aos integrantes da equipe da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Ceará e ao Des. Francisco Sales Neto, Corregedor-Geral, pelo aprendizado que tive na convivência com estes.

Aos funcionários da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará pelo auxílio a mim concedido.

Aos meus colegas de classe por estarem presentes comigo na caminhada do estudo da Ciência Jurídica com os quais compartilhei bons momentos que fizeram do período universitário um tempo a ser lembrado na posteridade.

A todos os meus amigos e demais familiares que fazem parte do meu convívio social, um meio de engrandecimento pessoal pelas boas relações interpessoais estabelecidas no âmbito deste.

A todos os meus sinceros agradecimentos.

“A posse não é instrumento individual, é social; não é instituto de ordem jurídica e sim da ordem da paz”. (Josef Kohler)

RESUMO

Objetivou-se analisar a existência concreta do instituto da função social da posse. Verificou-se que o advento do Estado Social de Direito fez surgir uma preocupação do ordenamento jurídico com os institutos do Direito Privado que antes eram dotados de *status* de direitos absolutos, mas que passaram a ser interpretados sob a ótica social, devendo o exercício destes ser balizado pelos ditames da Justiça Social, fenômeno que acometeu, por conseguinte, a posse. O ordenamento não trata de forma expressa da temática da *possessio* enquanto cumpridora da função social, no entanto, vislumbra-se essa questão na desapropriação judicial e na usucapião especial, presentes no Código Civil de 2002, que elegem a posse-moradia e a posse-trabalho como requisitos deste tipo de aquisição da propriedade, tem-se que esta primeira modalidade representa a utilização econômica do bem pelo esforço humano executado pelo possuidor do bem e a segunda a utilização do imóvel para moradia habitual do titular do direito de posse. Frisa-se que há relevância do tema, pois a Constituição Federal de 1988 previu a figura da usucapião especial utilizando como requisito a mesma qualificação social da posse, repetida pelo diploma civilista. Há também menção ao assunto ora analisado nos diplomas de legislação específica, como no Estatuto da Cidade e no Estatuto da Terra. Por último, a realidade social, notadamente quanto à utilização de bem imóvel como necessidade vital do ser humano, demonstra que diante do déficit de moradias existente os operadores do Direito devem conferir à posse, desde que cumpridora da função social, maior proteção e reconhecimento jurídicos.

Palavras-chave: Posse. Posse-moradia. Posse-trabalho. Função Social.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the concrete existence of the institute of the social function of tenure. The advent of the Social State of Law has a concern with the law offices of Private Law that were once endowed with the status of absolute rights, but they began to be interpreted from a social perspective, and that exercise of these appear to be marked by the dictates of Social Justice, a phenomenon that has overtaken therefore possession. The system does not deal explicitly the theme of *possessio* while complying social function, however, sees himself this question in the judicial expropriation and special gifts adverse possession in the Civil Code of 2002, which elect the tenure-dwelling and tenure-job requirements such as the acquisition of property, it follows that this first mode is the economic use of the property by human endeavor run by the owner of the well and the second the use of the property to house the usual holder of tenure. It is emphasized that there is relevance of the topic, as the Federal Constitution of 1988 provided the figure of adverse possession as a condition using the same social skills tenure, repeated by tort law. There is also mention the issue now analyzed the diplomas of specific legislation, such as the City Statute and the Statute of the Earth. Finally, the social reality, especially regarding the use of the property as a vital human need, shows that before the existing housing deficit legal practitioners should consult the possession, since abiding social function, greater legal protection and recognition.

Keywords: Tenure. Tenure-dwelling. Job-tenure. Social function.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	ASPECTOS GERAIS DA POSSE	15
2.1	Natureza jurídica e conceito de posse	15
2.1.1	<i>Teoria subjetiva</i>	17
2.1.2	<i>Teoria objetiva</i>	18
2.1.3	<i>Outras teorias sobre a posse</i>	18
2.2	Breve relato histórico sobre a posse no contexto brasileiro: um recorte cronológico do Brasil monárquico aos dias atuais	19
2.3	Classificações da posse	22
2.3.1	<i>Posse direta</i>	22
2.3.2	<i>Posse indireta</i>	23
2.3.3	<i>Posse justa</i>	23
2.3.4	<i>Posse injusta</i>	23
2.3.5	<i>Posse de boa-fé</i>	24
2.3.6	<i>Posse de má-fé</i>	24
2.3.7	<i>Posse “ad interdictae”</i>	24
2.3.8	<i>Posse “ad usucapionem”</i>	24
2.3.9	<i>Posse nova</i>	25
2.3.10	<i>Posse velha</i>	25
2.4	Efeitos da posse	25
2.5	Aquisição, conservação e perda da posse	27
2.5.1	<i>Aquisição</i>	27
2.5.2	<i>Conservação da posse</i>	28
2.5.3	<i>Perda da posse</i>	28
2.6	Posse e detenção	30
3	ASPECTOS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO SUBJETIVO SOBRE BEM IMÓVEL	31

3.1	Explicação do surgimento da função social no ordenamento jurídico: uma evolução do Estado Liberal ao Estado Social	33
3.1.1	<i>Influência da Igreja na funcionalização social do direito de propriedade</i>	35
3.2	Função social como instrumento para a efetivação da justiça social	37
3.3	A etimologia e a semântica da expressão ‘função social’	38
3.4	Função social relativa a direitos sobre bem imóvel nas constituições brasileiras	40
3.5	A função social no regramento infraconstitucional brasileiro	43
4	FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SEUS ASPECTOS MATERIAIS	45
4.1	Função social da posse como elemento do direito de propriedade	45
4.2	Função social da posse na sua acepção independente do exercício do <i>jus proprietatis</i>	46
4.3	Posse-moradia e posse-trabalho como meios de funcionalizar a posse visando ao fim social	50
4.4	A função social da posse como condição para a usucapião especial de bem imóvel	54
4.5	Posse precária: a função social viabilizando sua legitimidade	57
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

A função social da posse é matéria pouco abordada pela doutrina brasileira. No entanto, a função social da propriedade, do contrato e da empresa são temas bastante discutidos e presentes de forma ampla na legislação pátria.

A posse é um instituto que exige do pesquisador esforço para ser analisado, sobretudo, por existirem sempre opiniões contrárias e dissenso quanto aos seus diversos aspectos.

Para um estudo acerca da temática que se propõe, necessário é delimitar esse tema milenar do Direito Privado, identificando, quando possível, o entendimento majoritário acerca de suas características mais relevantes.

Outro escopo desta pesquisa é, da mesma forma como será feito com a posse, saber o que é a chamada função social, partindo-se da análise geral, ou seja, considerando-se qualquer instituto, para depois se adentrar no mérito da questão possessória, entendendo-se que para a verificação desse primeiro enfoque mais abrangente é necessária a constatação de existência de uma característica comum entre as funções sociais dos diversos temas sobre os quais se debruçou a doutrina especializada.

Esta função é decorrente de um Estado preocupado com o aspecto social, no contexto em que há a vigência da segunda dimensão dos direitos constitucionais fundamentais que demandam uma ação positiva por parte do governo, não mais apenas se limitando a evitar a deturpação do direito individual como a liberdade, mas atuando para garantir outros direitos vitais à dignidade da pessoa humana como moradia, segurança, saúde, trabalho etc.

Essas transformações na maneira de o Estado conceber o direito do indivíduo, passando a agir de forma a garanti-los repercutiu fortemente nos institutos do Direito Privado, que passaram a ser vistos sob o enfoque constitucional e, assim, iniciou-se a exigência de que esses direitos fossem balizados pela ordem social.

Inicialmente, é cediço que a função social sobre bem imóvel, notadamente no que tange à propriedade, traduz-se conforme previsto no ordenamento - destaque-se como já dito a previsão constitucional do tema, com *status* inclusive de princípio e de direito fundamental – em uma busca incessante por uma conscientização do proprietário com os problemas sociais latentes na sociedade, devendo este promover a utilização plena de seu bem, pois deve saber da condição finita da terra para atendimento ao número crescente da população, bem como por já haver sensíveis problemas na temática de falta de moradia digna à parcela significativa da população.

Diante do exposto, a função social da posse apresenta-se como questão deveras importante, pois numerosos são os casos em que um bem está sob a posse de um indivíduo não detentor da propriedade, cuja relação jurídica não foi estabelecida com o proprietário do imóvel.

É cediço, ainda, que a propriedade quando descumpridora desse princípio constitucional pode sofrer determinados tipos de sanções, dentre eles o da desapropriação. Para que esta ocorra é preciso que o titular do domínio negligencie do seu dever de utilizar o bem de maneira que atenda aos preceitos constitucionais garantidores de uma justiça social.

Assim sendo, verifica-se que a posse tende a ser a protagonista dos fenômenos sociais, pois ao tempo em que o direito de propriedade vá sendo restringido do poder do titular do domínio por descumprimento de seus deveres, o indivíduo sucessor deste e pleiteante do direito sobre o imóvel deve atender aos requisitos estabelecidos em lei para alcançar o objetivo almejado de fazer prevalecer sua posse, seja transformando-a em domínio ou apenas para defendê-la.

Será que dentre esses requisitos estipulados pelos diplomas legais pode estar o de cumprimento de uma função social da posse, já que muitas vezes o direito de um possuidor decorre da falta de atendimento à função social da propriedade por parte do titular do *jus proprietatis*?

A doutrina já se debruçou sobre os fenômenos da posse-moradia e da posse-trabalho. Essas posses demonstram a utilização responsável sobre o bem. O ordenamento já garante alguns relevantes direitos e tutelas para este tipo de *possessio*.

Conforme se constata no sistema jurídico, a moradia, assim como a garantia ao trabalho, é direito previsto no texto constitucional, precisamente, no art. 6º, na parte em que a Constituição trata dos direitos fundamentais sociais. A moradia, desde que acessível a todos, apresenta-se como uma das principais condições apaziguadoras dos conflitos sociais, pois muitos dos embates ocorrem em torno de apropriação da terra ou do solo urbano.

Assim como a moradia, o trabalho, traduzido como a principal forma de o homem prover seu sustento e de sua família, é outro importante direito presente no texto da Lei Maior.

Certamente, há uma conotação de cumprimento do dever social dos indivíduos quando o texto que fundamenta a ordem estatal confere a tais institutos relevância diante de situações em que o direito de propriedade é mal utilizado.

Verifica-se, outrossim, a crescente disseminação de movimentos sociais arquitetados pelos desamparados, estes não somente estão fazendo parte da estatística do

déficit habitacional do país, mas estão se conscientizando da necessidade de reivindicar com mais persistência seus direitos.

Diante dessa temática, é preciso que os operadores do Direito sensibilizem-se com os acontecimentos que os circundam, pois o fenômeno jurídico não está adstrito a opiniões doutrinárias ou ao enclausuramento do juiz pelas paredes do prédio da unidade judiciária onde atue. É preciso entender que diante de mutações sociais ocorridas o Direito valha-se de seu papel fundamental, qual seja o de adequar-se a essas transformações.

Em tempos de crescimento populacional desordenado e muitas vezes de falta de política urbana eficiente para garantir o direito do indivíduo sobre um bem imóvel, seja para sua morada com sua família ou de estabelecimento de seu trabalho para seu sustento, deve sim a posse ser reconhecida como meio de amenizar esse déficit habitacional com a consequente postura dos operadores do Direito de conferir a esta a importância que mereça ter.

É nesse contexto que se fará um estudo sobre a função social da posse, para verificar-se sua real existência e, em caso positivo, o que justifica a dedução que será realizada, bem como quais os seus aspectos materiais principais.

2 ASPECTOS GERAIS DA POSSE

O bem jurídico posse é matéria que apresenta diversas vertentes quanto à determinação de sua natureza jurídica, gerando discordâncias doutrinárias quanto ao entendimento sobre sua delimitação conceitual.

Instituto jurídico milenar, a posse ao longo da história sofreu algumas mudanças quanto ao que os romanos entendiam acerca da temática. A transformação mais identificável nos últimos tempos em sua acepção foi devido à Constitucionalização do Direito Civil, fazendo com que fosse estudada sob a ótica constitucional, assim como outros conceitos do Código Civilista. Adiante, far-se-á uma análise do que a doutrina clássica e moderna entende por *possessio*.

2.1 Natureza jurídica e conceito de posse

Segundo Maria H. Diniz (2010, p. 50), existem três correntes sobre a definição de sua natureza jurídica, sendo estas: a teoria que aduz ser a posse mero fato; a segunda corrente, a qual defende ser ela direito e fato; e a terceira, e última, que sustenta a crença de que a posse é somente direito.

Há, ainda, quem defenda que a posse possui mais natureza de fato do que de direito e quem defenda o contrário, que tem mais natureza de direito do que de fato, mas estas podem ser enquadradas no grupo de autores que a consideram as duas coisas, fato e direito.

Conforme se verifica em uma análise na doutrina, há autores que defendem cada uma das correntes aludidas, fazendo com que o assunto torne-se frutífero de inúmeras discussões.

Para os que defendem a acepção da posse como sendo mero fato, segue o entendimento de Alberto Trabucchi (1967 *apud* NADER, 2013, p. 33): “Aquele que se encontra em uma situação de fato poderá exercitar determinados poderes e a lei lhe atribui a tutela, até quando não se demonstre sua contradição com um direito alheio”. Para os defensores desta ideia a posse não necessariamente advém de um direito subjetivo. Este é o entendimento de Windscheid, Ferrini, Bonfante, entre os alemães, e Pothier, Aubry e Raul, Baudry-Lacantinerie, Planiol, Ripert, entre os franceses (NADER, 2013, p. 33).

Já dentre os que acreditam ser a posse fato e direito está Pinto Ferreira, afirmando estar o impasse na definição apenas no tocante ao tipo de direito do qual se reveste a posse,

em seguida aduzindo que há quem defenda ser direito pessoal, direito real ou, segundo Clóvis Beviláqua, direito especial (FERREIRA, 1983, p. 14-15).

Ainda acerca dessa segunda corrente teórica, entende-se ser a posse um direito que se exterioriza pela fruição de determinado bem, ou seja, é direito e fato. Considera-se como fato pelas razões mais sugestivas possíveis, como, por exemplo, pelo poder imediato que é exercido sobre a coisa ao passo que também é direito pela possibilidade de ela ser defendida por meio de provimento jurisdicional, gerando, outrossim, obrigações, característica imanente aos direitos. À posse é cabível a tutela jurídica e a tutela jurisdicional¹

Quanto aos adeptos da terceira corrente, dentre os juristas que impingem à posse o caráter de ser somente direito, sobretudo de direito real, salienta Nelson Godoy (2008, p. 35-36), estão Caio Mário, Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz, afirmando, dentre outros argumentos, que para ajuizamento de ação possessória exige-se outorga uxória, outrossim, que a posse como umbilicada ao direito de propriedade faz jus à regra de que o acessório segue o principal e como cediço, sendo a propriedade direito real, aquela também o seria.

Verifica-se que uma das causas para tanta discórdia acerca de uma delimitação teórica para a posse, no contexto atual, está no fato de que apesar de vários autores considerá-la direito real o próprio Código não a traz no rol desse tipo de direito.

Em que pese a existência de autores afirmando que a posse é somente fato, adotar-se-á o entendimento de que esta é direito subjetivo² dotado de características fáticas, representadas pelo poder imediato que o possuidor tem sobre o bem.

Corroborando esse entendimento sobre o referido instituto, cujo conceito já o fora trabalhado ao tempo dos antigos romanos civilistas, tem-se que sempre há na sua definição o aspecto fático da relação do possuidor com o bem possuído. Essa ideia endossada por Caio Mário (2008, p. 17), senão vejamos:

Sem embargo dos diferentes entendimentos, em todas as escolas está sempre em foco a ideia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a. É assim que procede o dono em relação ao que é seu; é assim que faz o que tem apenas a fruição juridicamente cedida por outrem (locatário, comodatário, usufrutuário); é assim que se porta o que zela por coisa alheia (administrador, inventariante, síndico); é assim que age o que se utiliza de coisa

¹ A tutela jurisdicional é concedida pelo Poder Judiciário, quando o indivíduo a invoca para, nesse caso, de ações possessórias, conseguir um mandado visando à proteção da posse. E a tutela jurídica mencionada é o que está prescrito nos diversos diplomas do ordenamento jurídico pátrio com o escopo de proteger o instituto *jus possessionis*.

² Antonio Luís Machado Neto (1977, pág. 155) entende ser o direito subjetivo, sob de um de seus enfoques possíveis, como sendo a possibilidade de o indivíduo exigir a prestação devida pelo sujeito obrigado.

móvel ou imóvel, para dela sacar proveito ou vantagem (usufrutuário). Em toda posse há, pois, uma coisa e uma vontade, traduzindo a relação de fruição.

Quanto às teorias sobre sua delimitação conceitual, a posse pode ser analisada sob dois aspectos: subjetivo e objetivo.

2.1.1 Teoria subjetiva

Em obra de Silvio Rodrigues (2007, p. 18), encontra-se o que dita a teoria subjetiva, ao mencionar o pensamento de um de seus maiores defensores, Savigny:

Para Savigny a posse é o poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem. Encontram-se, assim, na posse, dois elementos: um elemento material, o *corpus*, que é representado pelo poder físico sobre a coisa; e, um elemento intelectual, o *animus*, ou seja, o propósito de ter a coisa como sua, isto é, o *animus rem sibi habendi*.

Como visto, para a teoria subjetiva só é considerada posse aquela sobre a qual recaia a vontade do indivíduo de obter o domínio da coisa. Então, sob esse ponto de vista, o locatário e o comodatário não seriam possuidores, situação esta injustificada para o direito atual, tendo em vista que estes dois personagens das relações jurídicas correlatas devem gozar de plena possibilidade de defenderem sua posse com o auxílio do Estado, restando impossibilitado o advento de tal pensamento para o ordenamento pátrio.

Ainda sobre a teoria, Savigny, citado por Pinto Ferreira (1983, p. 16), entende que a posse:

[...] sem o elemento vontade, ou o elemento volicional, é só posse natural, não é posse jurídica, transformando-se nesse caso em simples detenção. De outro lado, a posse sem o elemento material também não existe, pois é simples vontade ou intenção psíquica, sem concretiza no mundo jurídico.

Nota-se que para a referida teoria a posse sem o quesito do *animus* apresenta-se apenas como mera detenção, no entanto observar-se-á que para a doutrina atual isso não condiz com a realidade verificada no ordenamento jurídico, pois existe a diferenciação entre posse e detenção que será analisada mais adiante neste trabalho.

Dessa forma só é reconhecida para o modelo desenhado por Savigny a chamada posse *ad usucapionem*, a qual também será vista adiante, tida como uma das formas de se adquirir a propriedade de forma originária.

2.1.2 Teoria objetiva

Sobre a teoria objetiva, apresentando Ihering como principal expoente, dispõe Maria Helena Diniz (2010, p. 36):

A teoria objetiva, de Ihering, por sua vez, entende que para constituir a posse basta o *corpus*, dispensando, assim, o *animus* e sustentando que este elemento está ínsito no poder de fato exercido sobre a coisa ou bem. Para ele, pondera Washington de Barros Monteiro, o *corpus* é o único elemento visível e suscetível de comprovação, estando vinculado ao *animus* do qual é manifestação externa.

Essa é a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, garantindo-se, assim, que o locatário, comodatário, depositário etc. sejam considerados também possuidores. Pois, conforme o art. 1.196, do sobredito diploma, mesmo este não conceituando diretamente a posse, não traz em seu conteúdo a necessidade de efetuar-se a posse com o *animus domini, in verbis*: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Poderes estes constantes no art. 1.228, do mesmo Código, que são os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa.

Apesar de a teoria adotada ter sido a de Ihering, há de consignar-se que sob a perspectiva constitucional vigente nenhum dos modelos apresentados serve para descrever totalmente a posse nos moldes exigidos. A posse deve, assim como a propriedade, atender a uma finalidade social, não podendo mais o ser humano dispor da coisa sem antes balizar sua atividade nos parâmetros visando ao atendimento de finalidades para atingir a plenitude da justiça social.

2.1.3 Outras teorias sobre a posse

Outros juristas ao longo da história incumbiram-se da tarefa de emprestar à posse uma teoria que a delimitasse conceitualmente no mundo jurídico. Das teorias mais conhecidas, têm-se aquelas que se basearam nas duas principais já aqui analisadas para fazer seu contraponto, ou apenas acrescentar algo que o autor entendeu ser significativo.

Destaca-se a Teoria Social da Posse de Perozzi. Essa conceituação do autor italiano, sob o aspecto social, afirma que será possuidor aquele que detiver a coisa numa espécie de estado de legitimidade perante outros. Estes se abstêm de intervir na posse do indivíduo sobre o bem. Não está, pois, o aspecto social da mencionada teoria no mesmo sentido da perspectiva social que intitula este trabalho, qual seja de atender à finalidade

comum das pessoas, mas apenas no sentido de que a posse é resultado de um fenômeno presente na sociedade. Nos dizeres de Moreira Alves (1985, p. 241), acerca da referida teoria:

A posse tem, à semelhança da propriedade, duas facetas: a negativa, que consiste na abstenção de todos os outros homens com referência à coisa; e a positiva, que se consubstancia na plena liberdade de ação que, em virtude dessa abstenção, a pessoa tem com relação à coisa. E a posse se torna tanto mais estável quanto mais esse costume social de abstenção é observado como decorrência do progresso da sociedade. Não é a posse por outro lado uma relação de direito, pois a vontade do Estado em nada contribui para sua constituição; é sim, uma relação ético-social, porque se baseia em costume que faz parte da moralidade social.

Outra teoria é a de Joseph Köhler a qual também confere à posse um aspecto social. Dessarte, no entendimento de Köhler (*apud* FERREIRA, 1983, p. 18): “A posse não é instituto individual, é social; não é instituto de ordem jurídica sem ordem de paz”.

Ainda, o jurista Saleilles intitulou de *teoria da apropriação econômica* suas ideias compiladoras do instituto multicitado. Em artigo publicado parceladamente no final do século XIX, o autor, após analisar as duas teorias principais citadas alhures, consentiu da que trata do caráter objetivo da *possessio*, no entanto, tecendo comentários que lhe conferiram acervo para encabeçar uma teoria própria para a qual, nas palavras de Moreira Alves (1985, p. 236):

[...] a posse é relação de apropriação econômica, e não relação de apropriação jurídica. Segundo Saleilles, o *corpus* – e nesse ponto desenvolveu ideia de Pininski que entendia ser a posse, não como pretendia Ihering, a exteriorização do exercício do direito de propriedade, mas, sim, a exteriorização da utilização econômica da coisa – se conceitua como o conjunto de fatos que revelam, entre aquele a quem eles se ligam e a coisa que eles têm por objeto, uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo.

Diante do exposto, vê-se que foram muitas as tentativas de conferir à posse uma caracterização jurídica que se amoldasse com as realidades de cada época considerada.

Salienta-se mais uma vez o seu caráter fluido, verificando-se isso tentativa de se estabelecer padrão teórico que albergue todos os tipos de posse, tarefa árdua que ainda hoje inspira operadores do Direito para essa labuta.

2.2 Breve relato histórico sobre a posse no contexto brasileiro: um recorte cronológico do Brasil monárquico aos dias atuais

Após a independência do país em 1822, a posse continuou a ser regulada por leis criadas pelos reis de Portugal, aplicadas na vigência das ordenações lusitanas. O Brasil ainda estava arraigado a sua antiga metrópole não só no contexto político, mas também, em grande

parte, no âmbito do ordenamento jurídico. Sobre o assunto assevera José Carlos Moreira Alves (1985, p. 336):

A lei de 20 de outubro de 1823 determinou que continuavam em vigor, no território brasileiro, as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados. E a Constituição de 1824, no nº XVIII do art. 179, declarou: ‘Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade’.

O texto contido na primeira constituição brasileira sobre a criação de um código só viria a concretizar-se depois de muitas décadas, com o advento do Código Civil de 1916, obra de Clóvis Beviláqua. Entretanto, até o advento do referido diploma, alguns projetos foram sendo elaborados para compilar as leis com a finalidade de regular os atos da vida civil na tentativa de ser o adotado pelo ordenamento pátrio.

Dentre os juristas que se empenharam a se debruçar sobre a árdua tarefa, estavam: Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo e Felício dos Santos.

O primeiro jurista citado fora contratado pelo governo brasileiro para elaborar um Código Civil, mas não passou de um esboço devido às divergências de ideias entre o governo brasileiro e o contratado. No entanto, mostrou-se significativo o trabalho desempenhado, pois, embora não concluído, teceu importantes análises acerca dos institutos do Direito Civil, dentre eles o da posse, sobre a qual consignava que, em citação ainda de José Carlos Moreira (1985, p. 341):

No tocante à posse, segue Teixeira de Freitas a concepção subjetiva, ao consignar, no art. 3.709, que ‘haverá posse, quando alguém por si ou por outrem, se achar na possibilidade de exercer atos dominicais sobre alguma coisa com a intenção de ter direito de possuí-la’. Mais adiante, no art. 3.713, distingue a posse perfeita da posse imperfeita, acentuando que aquela se dá ‘quando o possuidor tiver a intenção de ser dono ou condômino perfeito da coisa’, ao passo que esta existe quando o possuidor ‘só tiver a intenção de ser dono ou condômino imperfeito dela, ou de exercer sobre a coisa alheia direito real exercível pela posse.

No que tange ao segundo jurista, pouco se sabe sobre seu projeto, não se tendo notícia de estudos quanto ao instituto por ora abordado. Em contrapartida sobre o terceiro, Felício dos Santos, quando fala de posse em seu trabalho, tem-se a seguinte ideia assestada por Salvatori (2013, p. 11487):

[...] principiando-se o título II (*Da posse*). Sobre o instituto, no art. 1297, o autor se aproxima da noção de Savigny já que é necessário o *animus domini* além do poder material sobre a coisa, caso contrário o indivíduo não passa de mero detentor (como, v.g., o arrendatário). Ainda quanto à posse, é importante mencionar que a perda efetiva dessa somente ocorre após um ano do esbulho (art. 1.304), donde se conclui que apenas superado esse interim é que a posse do esbulhador é reconhecida pelo direito.

Não obstante os projetos citados, o que veio a ser adotado mais tarde foi o de Clóvis Beviláqua, votado com algumas alterações pelo Congresso. O jurista, quanto aos temas afetos aos direitos reais, sobretudo no que tange à posse, adotou veementemente a teoria de Ihering, acreditando ser a teoria mais plausível para o caso brasileiro, entendimento diverso do adotado por outros códigos de outros países como no caso da Alemanha e da França.

O Código de 1916 afastou a incidência do *animus domini* e consignou ainda a distinção entre posse direta e indireta. O chamado Projeto Primitivo que deu origem ao referido Código brasileiro, apresentou a posse nos seguintes termos, conforme frisa Moreira Alves (1985, p. 359):

No capítulo I, conceitua-se indiretamente a posse, na primeira parte do art. 565 ('Considera-se possuidor todo aquele que se acha na situação de fato correspondente ao exercício pleno ou limitado da propriedade'), e, na segunda parte desse mesmo dispositivo, se declara que 'a relação possessória pode ser criada ou exercida por meio de representante'; distingue-se a posse direta da posse indireta (art. 566) [...]

Considerando-se o caráter dialético da Ciência do Direito, pois esta tem na sua essência o aspecto humano de constituição do conhecimento, com o projeto de Clóvis Beviláqua não poderia ser diferente. Coelho de Rodrigues assinalou salutar e cômicas críticas ao texto proposto pelo outro autor. Coelho frisou suas ideias no aspecto contemporâneo das normas ali consignadas, afirmando que muitos dos institutos e soluções jurídicas já tinham guarida no vetusto Direito Romano. Clóvis acolheu parte das recomendações, não se podendo, deste modo, olvidar o relevante trabalho do referido jurista que se prestou a apontar críticas construtivas ao projeto que viria a se tornar o Código de 1916 (SALVATORI, 2013, p. 11498).

Da evolução do antigo código de Clóvis para o ora vigente, percebe-se que no diploma atual a posse reveste-se de caráter mais social. O indivíduo que se utiliza da posse para trabalhar ou para atender a suas necessidades básicas vitais dispõe de maior proteção no Código de 2002. No entanto, sua natureza continua sendo de mero fato, ou seja, reconhece-se a posse daquele que utiliza o bem, como salienta a teoria objetiva, já trabalhada alhures.

Um ponto a ser destacado como de evolução na transição dos dois diplomas, dentre outras mudanças percebidas, é o fato de que no vetusto Código, havia a enumeração das formas de aquisição e de perda da posse. Com a assimilação das críticas fundadas em face de tais regramentos, o legislador do novel diploma preocupou-se em retirar sobredito rol do texto normativo, remanescendo apenas as formas genéricas de como se adquire e se perde a

posse (BARROS *et al*, 2002), conforme se vê respectivamente nos artigos 1.204 e 1.223, *in verbis*:

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

[...]

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

A par dessa revisão ocorrida na legislação, tem-se que, ao generalizar as formas de aquisição, ampliam-se as possibilidades de ser reconhecida a posse do indivíduo, constituindo-se, assim, numa expressa preocupação em maximizar o reconhecimento do multicitado instituto, daí seu caráter mais social.

Da breve retrospectiva sobre a posse, no que se refere aos dois Códigos Civis, constata-se que o modelo atual tem em comum com o seu antecessor a essência na delimitação conceitual do que seja a posse, adotando-se para os dois diplomas a ideia perpetrada por Ihering, considerando-a como exteriorização de um poderes imanentes à propriedade, ou seja, de que se reveste do caráter de ser fato.

2.3 Classificações da posse

O *jus possessionis*, como tema bastante rico por suas diversas nuances e possibilidades de caracterização, apresenta rol extenso de classificação, o que, nos termos do que aduz Maria Helena Diniz, consiste-se em: direta ou indireta; justa ou injusta; posse de boa-fé ou de má-fé; posse *ad interdictae* e posse *ad usucapionem*; nova e velha; as quais serão analisadas doravante.

2.3.1 Posse direta

Conforme o art. 1.197 do C.C. de 2002, *in verbis*: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Segundo Silvio Rodrigues (2007, p. 25), são possuidores diretos: “... o usufrutuário, o depositário, o credor pignoratício, o locatário, o comodatário, pois todos estes detêm a coisa que lhes foi transferida pelo dono ...”.

Nota-se, assim, o caráter de poder imediato que o indivíduo deve ter sobre a coisa. Esta deve estar ao alcance do possuidor para ser considerada como direta, consistindo na posse cujo titular parte da doutrina chama de aparente proprietário.

2.3.2 Posse indireta

Ainda, conforme Silvio Rodrigues (2007, p. 25, grifo no original), a respeito de posse indireta: “Diz-se *indireta* a posse quando o seu titular, afastando de si por sua própria vontade a coisa a detenção da coisa, continua a exercê-lo mediatamente, após haver transferido a outrem a posse direta”.

Este é o caso do proprietário, por exemplo, locador ou comodante. Estes, apesar de não estarem no gozo imediato do bem, possuem ingerência mediata sobre a coisa, podendo, por óbvio, proteger seu *ius proprietatis* em juízo contra aquele que a alega como sendo o titular, sem o ser.

2.3.3 Posse justa

Esta é a posse que, de acordo com o art. 1.200 do C.C., não seja violenta, clandestina ou precária. É a posse que não apresenta vício. Pode ser considerada, por isso, posse mansa e pacífica.

2.3.4 Posse injusta

Considera-se, assim, a posse eivada de um ou mais vícios erigidos no artigo supramencionado, 1.200 do C.C. Posse violenta é a que se efetiva por força injusta do indivíduo, sendo modalidade de atentado mais grave dirigida contra o direito de posse. Já a posse clandestina é a que se efetiva pela não sapiência do possuidor ou proprietário, sobre a ocupação de seu bem, no caso de imóvel, por parte de pessoa não autorizada, ou seja, é um ato oculto e realizado “às escondidas”. E, por fim, posse precária é aquela sabidamente incompatível com o desfazimento da relação de direito pessoal antes constatada, é originada de um abuso de confiança, por exemplo, no caso de um locatário que, após o término de seu contrato de aluguel, não deixa o imóvel, após o pedido do locador. Verificar-se-á a possibilidade de mudança da natureza deste tipo de posse em capítulo oportuno.

2.3.5 Posse de boa-fé

Conforme o art. 1.201, do C.C., *in verbis*: "É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa". Sobre o que seja boa-fé, Caio Mário (2008, p. 30) aduz que: "... está de boa-fé aquele que tem a convicção de que procede na conformidade das normas".

2.3.6 Posse de má-fé

Por má-fé, segundo, ainda, Caio Mário, (2008, p. 30) entende-se do titular da posse com tal característica: "... aquele que possui na consciência da ilegitimidade do seu direito." Ou seja, é a posse cujo possuidor a efetiva mesmo sabendo da sua condição ilegítima.

2.3.7 Posse "ad interdictae"

Este tipo de posse é o que se baseia em mero fato. O possuidor nessa condição apenas possui a coisa, mas sem a intenção de dono, este é o modelo que enseja plenamente os interditos proibitórios.

2.3.8 Posse "ad usucapionem"

Já esta modalidade de posse, diferentemente da posse *ad interdictae*, é a de quem tem a intenção de ser o dono da coisa possuída, é posse com *animus domini*. Esta é, pois, a que possibilita a pretensão do possuidor de ser o proprietário do bem, via usucapião, desde que presentes todos os requisitos para tal, de acordo com o tipo de ação de usucapião que se intente.

Por fim, tanto a posse *ad usucapionem* como a *ad interdictae* podem ser defendidas pelos interditos possessórios, bem como outra posse qualquer, como nos esclarece Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009, p. 113): "... qualquer posse faculta ao seu titular o ajuizamento das ações possessórias".

2.3.9 Posse nova

Esta *possessio* é aquela cujo titular esteja no bem por período inferior a menos de ano e dia. Esse marco temporal demonstra relevância no plano processual. Este tipo de posse não está abarcado pelas mesmas prerrogativas conferidas à posse de mais de ano e dia. Toda posse constatada com esse limite de lapso temporal, inclusive a clandestina, é considerada como sendo nova.

2.3.10 Posse velha

Exercício de fato sobre o bem com interstício temporal de mais de ano e dia. Como consignado supra, essa posse apresenta maior proteção para o seu titular. Esse prazo é significativo para, no caso de o possuidor ter seu direito turbado, por exemplo, este gozar perante o Estado de possibilidade de conseguir tutela jurídica para a proteção do bem jurídico afetado.

A posse nova também pode ser defendida em juízo, no entanto, somente deverá lograr êxito o autor de eventual ação que intentar perante alguém sobre o qual aquele detiver a chamada melhor posse, como quando, por exemplo, uma pessoa exerça uma posse há 8 (oito) meses, posse nova, e que o titular fora turbado no seu direito por outrem. Então, contra o turbador, este com 15 (quinze) dias de posse, é intentada ação possessória. No caso ilustrativo, o indivíduo com 8 (oito) meses de utilização do bem detém a melhor posse.

2.4 Efeitos da posse

O instituto da posse apresenta efeitos próprios. Doutrinariamente, existe divergência acentuada no que concerne ao rol de efeitos produzidos. Savigny (*apud* Caio Mário, 2008, p. 59) reconhecia apenas dois efeitos advindos da posse, quais sejam: usucapião e interditos. Em contrapartida, majoritariamente, reconhece-se não apenas dois efeitos, mas sim vários, havendo doutrinador que elencou dezenas deles. De acordo com Clóvis Beviláqua (*apud* Maria H. Diniz, 2010, p. 82), são os seguintes:

I – o direito ao uso dos interditos; II – a percepção dos frutos; III – o direito de retenção por benfeitorias; IV – a responsabilidade pelas deteriorações; V – a posse conduz à usucapião; VI – se o direito do possuidor é contestado, o ônus da prova compete ao adversário, pois que a posse se estabelece pelo fato; VII – o possuidor

goza de posição mais favorável em atenção à propriedade, cuja defesa se completa pela posse.

Insta ressaltar que o efeito advindo da situação fática de exercício da coisa é condicionado pelo tipo de posse que se apresenta. Aquela de má-fé terá, por óbvio, menos efeitos ao indivíduo do que aquela cujo titular encontra-se legitimado no poder sobre o bem.

Tecendo um breve comentário acerca de cada efeito citado, um dos mais importantes é a possibilidade de o possuidor poder pleitear perante o Judiciário proteção para sua condição de fato sobre o bem.

Os interditos que se consubstanciam na proteção do *jus possessionis*, aqueles considerados *stricto sensu*, são basicamente três, quais sejam: manutenção da posse, reintegração de posse e interditos proibitórios.

Já os chamados interditos, em *lato sensu*, são: ação de dano infecto, ação de nunciação de obra nova, embargos de terceiro interessado e imissão de posse.

No que tange à percepção dos frutos³, tem direito a estes o possuidor de boa-fé, nos termos do art. 1.214 do Código Civil de 2002. Ao de má-fé, conforme art. 1.216 do C.C., é garantido ao menos os gastos com custeio e produção, respondendo este pelos frutos percebidos e pelos que, por sua culpa, deixaram de ser percebidos.

O direito de retenção por benfeitorias é o direito, previsto nos arts. 1.219 e 1.220, ambos do C.C., conferido ao possuidor que executou alguma benfeitora no bem objeto de sua posse, de poder reter a coisa até que o pleiteante desta ressarça a quantia gasta para tal.

Em seguida, tem-se o efeito conferido para fins de usucapião, este é o que se chama de pretensão aquisitiva. Consistindo-se em matéria que demanda exaustiva análise por parte de seu pesquisador a usucapião é uma das formas de aquisição originária da propriedade. A lei define os modos como o possuidor poderá adquirir o *ius proprietatis*, podendo o autor alegar, inclusive, em sede de defesa em ação possessória contra si intentada. Para adquirir a propriedade o autor deve propor ação própria, não bastando para tanto a defesa retro mencionada, cabendo consignar que a sentença em sede dessa ação é meramente declaratória, pois a aquisição do direito dá-se com o decurso do lapso temporal especificado em lei, restando à decisão judicial apenas a função de conferir regularidade com o devido mandado de registro para formalização do ato.

³ Nos dizeres de Paulo Nader (2013, pág. 37), consideram-se frutos percebidos os frutos naturais e industriais, logo que separados, enquanto os civis reputam-se percebidos dia-dia. Os naturais são aqueles conferidos pela natureza, como o produto de plantação, e as criações de animais; industriais são aqueles percebidos pelo resultado do trabalho humano, já os civis são os rendimentos da coisa, como juros, aluguéis etc.

O item “VI” é autoexplicativo, porém cumpre destacar que essa condição dá-se sobremaneira pelo modelo adotado de natureza da posse no ordenamento jurídico, pois essa prerrogativa de não incumbir o possuidor do ônus da prova vale para a teoria objetiva já aludida alhures.

Finalmente, uma consequência desse derradeiro efeito é o fato de que em ação visando à proteção do direito possessório, não cabe a alegação de propriedade no processo destramado. Conferem-se assim maiores condições ao possuidor por estar no exercício de fato sobre o bem em questão.

2.5 Aquisição, conservação e perda da posse

Tema significativo para a pesquisa que ora se apresenta é o da aquisição da *possessio*, pois para sua análise é necessário saber quando resta configurada e uma das formas para isso é estar ciente de como se adquiri-la, então, é imprescindível o estudo desses fenômenos para que, no caso concreto, o tipo de relação do indivíduo com a coisa possa ser aferido como se sendo de real posse ou outra qualquer.

2.5.1 Aquisição

Anteriormente, no Código de 1916, os meios de aquisição eram enumerados em rol taxativo do texto normativo, o que gerou inúmeras críticas por parte da doutrina e da jurisprudência.

Com o escopo de atender aos anseios doutrinários, o Código Civil de 2002 trouxe uma nova forma de considerar a aquisição da posse, não mencionando mais num rol, como no diploma anterior.

Para a doutrina majoritária, existem dois tipos de aquisição: a originária e a derivada.

Sobre a forma originária, adverte Caio Mário (2008, p. 46) que se subdivide em: aquisição por apreensão da coisa e aquisição pelo exercício do direito. A primeira é uma forma de adquirir a posse por ato unilateral do adquirente, atendendo aos requisitos para que seja posse propriamente dita, ao passo que a outra forma é a manifestação externa de quem efetiva uma conduta chamada *ut dominus*, equivalendo esta à apreensão da coisa.

No que tange ao modo de aquisição derivado, este, diferentemente do modo originário, pressupõe a participação de uma segunda pessoa na relação jurídica, sendo,

portanto, ato bilateral. Ainda, conforme Caio Mário (2008, p. 48), este a divide em: tradição, *constituto possessório* e transferência de herança quando da abertura de sucessão.

A primeira, tradição, consiste na entrega da coisa propriamente dita, por exemplo, no âmbito de alienação de um bem imóvel, seria, por exemplo, o registro da escritura de compra e venda em cartório específico. Já a segunda forma de aquisição derivada é um tipo de desmembramento da posse, ocorre quando um indivíduo alienante de determinado bem continua na posse direta da coisa alienada, restando para o adquirente a posse indireta. E, por fim, a posse também pode ser transferida pela abertura de sucessão aos herdeiros que é a chamada tradição *causa mortis*, verificada no artigo 1.206 do C.C., o qual prescreve, *in verbis*: “A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres”.

2.5.2 Conservação da posse

A conservação da posse dá-se pelo exercício de fato de um dos poderes da propriedade (NADER, 2013, p. 59).

Enquanto durar essa situação sobre o bem, o indivíduo será considerado possuidor deste, seja usando a coisa como locatário, comodatário ou depositário, ou na fruição de um dos poderes conferidos pela propriedade.

A conservação da posse também pode ocorrer quando da utilização de ações possessórias, pelas quais o possuidor poderá defender seu *jus possessionis*, inclusive, perante o proprietário do bem. Tais ações são as de manutenção de posse, legítima defesa e desforço necessário. Verifica-se, pois a relevância do instituto jurídico da posse para o ordenamento jurídico pátrio, conferindo ao titular deste direito pleitear perante o titular do domínio sobre o bem ação visando à defesa de seu direito possessório, denotando-se, assim, uma das relativizações do direito de propriedade as quais serão oportunamente tratadas adiante sob outras modalidades.

2.5.3 Perda da posse

A perda a posse está prevista nos artigos 1.223 e 1.224 do C.C. e para Caio Mário (2008, p. 50): “A teoria da perda da posse está fundamentalmente estruturada na decorrência da aplicação dos princípios que integram a sua composição doutrinária”.

Os civilistas costumam apresentar rol para os tipos de perda da posse, no entanto, como já constatado em outra parte deste trabalho não existe mais um listagem definida pela lei substantiva civil que enumere as possibilidades exaustivas de perda da *possessio*, no entanto, essa gama de hipóteses apresentadas pela doutrina é apenas a título didático, com a finalidade de que se tenha uma noção das possibilidades para tal.

Como formas de perder o direito de posse sobre determinado bem, analisar-se-á quatro hipóteses de perda, quais sejam: pelo abandono; pela tradição; uma terceira que se perfaz diante da ausência do possuidor; e, por fim, pelo constituto-possessório.

Acerca da primeira hipótese, tem-se como aquela tida por ato volitivo e espontâneo, não podendo ser eivado de vício por erro, dolo ou coação (DOWER, 2008, p. 106). Quanto aos bens imóveis, resta configurado o abandono pela ausência do indivíduo no bem por tempo significativo, não podendo ser considerada qualquer ocasião em que o possuidor não seja encontrado no imóvel.

Já no que se refere à tradição, conforme restou consignado nas formas de aquisição, ao passo que um indivíduo, o adquirente, dá início a uma posse outro deixa de tê-la. Quando verificada a alienação de um bem, a tradição é uma das fases para que se possa completar o negócio jurídico destramado.

A perda também pode ocorrer na ausência do possuidor, tal possibilidade esta prevista no art. 1.224 do C.C., o qual prescreve, *in litteris*: “Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”. Nas palavras de Downer (2008, p. 107):

Quer em relação ao Código atual, como ao anterior, não é cabível falar-se em legítima defesa da posse se já se passaram alguns dias. Se posteriormente tentar recuperá-la submetendo a lesão ao Poder Judiciário e como a posse é nova – menos de ano e dia – poderá obter a antecipação de tutela possessória consoante prevê o art. 924 do CPC.

Das hipóteses mencionadas sobre perda da posse, a última, pelo constituto-possessório, nos dizeres de Caio Mário (2008, p. 53), dá-se quando:

[...] o possuidor, por via da *clausula constituti*, altera a relação jurídica, e, mudando o elemento intencional (*animus*), passa a possuir *nomine alieno*, aquilo que possuía para si mesmo. A sua conduta, em relação à coisa, materialmente não se altera, conservando-a *corpore*; mas a *affectio tenendi* extingue-se em relação a ele próprio, e nasce em nome o adquirente: eis porque *o constituto possessório* é modo de perder a posse, *solo animo*.

A relevância dos assuntos ora apresentados está no fato de quantificar o tempo de posse sobre determinado bem, o que será necessário para aferir o tipo de *possessio*, se de mais de ano e dia ou se de menos. Repercutirá, outrossim, na mensuração da chamada melhor posse entre aqueles que estiverem disputando judicialmente somente embasados no tempo que tiverem possuído o bem.

2.6 Posse e detenção

Uma importante distinção a ser feita para o objeto do presente trabalho é entre detenção e posse propriamente dita. Aquela muitas vezes confunde-se com esta no tratamento dos institutos pelo leigo, o qual os utiliza como sinônimos indistintamente.

A detenção resume-se ao mero poder fático imediato sobre o bem, não usufruindo o detentor das prerrogativas conferidas à posse.

Acerca da detenção, esclarece Pinto Ferreira (1983, p. 25): “A detenção é mero fato, sobre ela não pode criar-se a situação jurídica da posse, não sendo assim amparada pelos interditos”.

Convém, outrossim, destacar a diferença entre possuidor direto e detentor. Aquele é detentor, no entanto nem todo detentor é possuidor.

A posse, como já demonstrado anteriormente, pressupõe a existência de requisitos para o seu reconhecimento, quando vistas as formas de aquisição da posse, ao passo que a detenção tem natureza eminentemente precária.

O possuidor, como titular de um dos poderes conferidos pela propriedade, pode se utilizar de ações previstas pelo ordenamento jurídico para a defesa de seu direito, pois a este é reconhecido o *jus possessionis*, enquanto que a detenção não está acobertada por tais prerrogativas.

Sobre o instituto da detenção, assevera Paulo Nader (2013, p. 39):

Há dois elementos básicos, distintivos e caracterizadores da detenção: a) a existência de um vínculo de subordinação entre o detentor e o titular da posse; b) em nome do titular da posse e sob as suas instruções, o detentor conserva a coisa em seu poder. [...] Como a detenção é sempre temporária, cabe ao detentor a devolução da coisa ao seu possuidor. Entre ambos há uma relação jurídica, geralmente constituída por contrato como o de trabalho.

É exemplo de detentor o caseiro de uma propriedade de veraneio, como também aquele que fica responsável pela guarida de uma residência enquanto o possuidor do bem se ausenta por algum lapso temporal.

3 APECTOS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO SUBJETIVO SOBRE BEM IMÓVEL

A função social, cuja denominação ganhou notoriedade inicialmente nos dizeres de Duguit (TEIZEN JR., 2004), na contemporaneidade, obteve no ordenamento jurídico pátrio *status* de princípio constitucional. Sua importância dá-se, outrossim, nos diversos microsistemas existentes na ciência jurídica, pois não somente a propriedade pode ser vista sob essa ótica social, mas também o contrato, a empresa e, inclusive, a atividade jurídica realizada pelos operadores do Direito. No entanto, analisar-se-á na presente pesquisa somente o aspecto social do bem imóvel, pois os outros institutos apresentam características distintas das que serão adiante abordadas o que demandaria um estudo mais abrangente sobre o tema.

Insta consignar, ainda, que no tratamento acerca do instituto ora em comento será feita análise no âmbito do direito de propriedade, mais especificamente, como forma de posteriormente traçar-se perfil da função a ser desempenhada pela posse. Essa investigação em paralelo impõe-se até mesmo pela razão dúbia de ser da posse, ora tratada como vinculada à propriedade ora podendo ser tida de forma totalmente independente.

Será realizado, outrossim, um estudo de forma geral da *functio* no seu viés social para ser possível uma delimitação gradual para se atingir o objetivo fim desta pesquisa.

Propedeuticamente, tem-se que a função social da propriedade foi inicialmente tratada na Constituição alemã de Weimar, conforme palavras de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1407, acrescentou-se): “... foi a Constituição de Weimar a primeira a conter um bloco normativo especificamente destinado a regular a atividade econômica [da propriedade], no que veio a ser imitada por diversas cartas políticas que se lhe seguiram, como a nossa Constituição de 1934”. Destaca-se que a utilização econômica do bem, assim como sua utilização para fins de moradia, representa sua funcionalização social (SILVA, 2006, p. 282), conforme será verificado mais detidamente.

Continuando, para Eros Grau (2012, p. 232), a função social apresenta como pressuposto a propriedade privada, mas também outros direitos subjetivos sobre bem imóvel, como a posse.

Hodiernamente, a função social está presente de maneira latente na utilização dos bens imóveis. Não se concebe mais a propriedade, e por que não assim também dizer a posse, sem que estas atendam a essa função.

Tomada como um poder-dever (GRAU, 2012), como será visto mais detidamente, concebe-se esta *functio*, não mais como uma faculdade, mas como algo que se não for

efetivado, em determinadas situações, poderá gerar inclusive sanção de ordem administrativa para o titular do direito que está em falta com o implemento deste objetivo social.

Vale ressaltar que essa função não é entendida como no intuito de permitir-se a utilização do bem pela população em geral, como se todos fossem imbuir-se do direito sobre o bem imóvel, nem no de representar-se como uma desmedida limitação de uso da coisa por parte de seu titular, mas significa um meio termo (GRAU, 2012), ou seja, a propriedade deve ser utilizada com o intuito de satisfazer os interesses do indivíduo enquanto detentor do direito fundamental de usufruí-la, no entanto, o exercício desse direito deve ser responsável, não se podendo extrapolar limites pelo simples fato de desejar satisfazer o desejo sobre o bem, qualquer que seja esse desígnio.

Deve o detentor do titular do direito usufruir o bem de forma que não acarrete prejuízo à coletividade. A exemplo, um empresário abastado que almeja ter em poder muitos imóveis pelo simples fato de desejar possuir quantidade significativa de bens para ser reconhecido na sociedade em que vive como detentor de grande patrimônio, não promovendo qualquer utilização efetiva de quaisquer dos imóveis que possui, como no caso de terreno não edificado em zona urbana; resta, assim, configurado o não atendimento aos preceitos da função social ora analisada.

Outro ponto que deve ser destacado é que a função é verificada quanto às ações do titular do bem, não sendo algo que está gravado na propriedade. Nesse contexto, harmoniza-se esta função com o direito subjetivo sobre o imóvel, como nos ensina Eros Grau (2012, p. 245). Então, para aferir-se o cumprimento da funcionalização da propriedade não se deve considerar exclusivamente as características do imóvel, mas as ações do titular em relação ao bem que se apresenta, ou seja, uma propriedade rural improdutiva, abandonada, é considerada como não sendo utilizada de forma a tender o fim comum, que no caso é o de produção de alimentos, no entanto, mesmo que o imóvel continue a ser improdutivo pode ser que venha a atender à finalidade social, como quando, por exemplo, passa a ser morada de várias famílias que antes não tinham onde residir.

A finalidade social deve ser aferida em cada caso, pois as peculiaridades da situação demonstrarão a forma adequada de utilização da coisa *immobilis*.

Por conseguinte, como já exposto, a função configura-se sob o ponto de vista da atividade do titular do direito, pois o proprietário anterior do bem, no caso supra, não o utilizava para qualquer fim, enquanto que os novos possuidores utilizam-no para suas moradias. Sobre o tema, afirma Eros Grau: "... não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o proprietário da coisa". Assim sendo, o que tornou o bem cumpridor da

função social foi a utilização deste para uma finalidade constitucional de garantir o direito à moradia para várias pessoas.

Por fim, outro ponto a ser salientado para se verificar se uma coisa está sendo usada com atendimento aos regramentos da função social, é o da análise da propriedade sob o viés da propriedade dinâmica e não da estática. Esta é representada pelo simples fato de o indivíduo ser intitulado como sendo o dono do bem, ou seja, é quem consta na matrícula do imóvel como o proprietário, ao passo que aquela é considerada na utilização da coisa propriamente dita e suas correspondentes relações com o meio social em que se está inserido, aqui sim afere-se o cumprimento ou não da função social por parte do titular do bem (TEIZEN JR., 2004).

3.1 Explicação do surgimento da função social no ordenamento jurídico: uma evolução do Estado Liberal ao Estado Social

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social reformulou a maneira de o Direito pensar a propriedade, esta que antes se revestia de caráter absoluto passou a ter limites impostos pelo ordenamento com o fim de conferir-se ao bem um caráter social, ou seja, a propriedade tem seu objetivo último no atendimento de finalidades que a harmonizem com o conjunto em que ela está inserida.

A propriedade à época do Liberalismo foi pensada para se amoldar aos interesses burgueses de busca do acúmulo de riquezas, para isso era necessário que não houvesse intervenção estatal nos direitos individuais, dentre eles, justamente um daqueles de maior expressão, o da propriedade.

Isso ocorreu, pois, no final da Idade Média e na transição para a Idade Moderna⁴ surgiu uma nova classe social detentora dos bens de produção, a burguesia, no entanto, faltava-lhes o poder político. Este poder foi conquistado com as revoluções liberais e com o advento do Estado Liberal em que tais indivíduos dispuseram de condições consonantes com seus interesses e puderam desenvolver suas atividades.

As revoluções do final do século XVIII deram início a um novo panorama social, político e jurídico para os países em que ocorreram tais mudanças. Isso fez surgir um ordenamento jurídico pautado na literalidade das leis, pois a classe emergente receosa da

⁴ A nomenclatura de designação para determinadas épocas no período histórico, como Idade Média e Idade Moderna, é utilizada meramente a título didático, pois muitos historiadores entendem por obsoletas tais denominações.

atividade jurisdicional, esta exercida em grande parte ainda pelos nobres, decidiu por limitar a interpretação jurisdicional somente permitindo a chamada interpretação literal, assim, controlava-se o Poder Judiciário, para que não interferisse nos ideários que foram paulatinamente assimilados pela sociedade, como se verifica na lição de Teizen Jr. (2004, p. 118):

A forma pela qual a burguesia conseguiu dominar foi exatamente por meio do instrumento da lei, e, dentro do sistema jurídico, criando a noção de que a lei não podia sequer ser interpretada, num primeiro momento, ou, então, sucessivamente, que havia de comportar, apenas, interpretação literal. Não havia espaço ou liberdade de atuação maior para os magistrados.

Nesse contexto insere-se o instituto da propriedade. As disposições legais sobre o tema só podiam ser interpretadas literalmente, o que conferia aos burgueses maior segurança para o exercício de suas atividades.

Consequentemente, o uso desarrazoado do bem imóvel resultou em graves problemas sociais como se nota pelas palavras de Plauto Faraco de Azevedo (1999, p. 81): “Os excessos individualistas do capitalismo, que conduziram à absolutização do direito de propriedade, levaram as massas proletárias a um grau de miséria incompatível com a dignidade da pessoa humana”. No entanto, a partir do início do século XX a conjuntura econômica e social mundial começou a transformar-se.

Após a Primeira Grande Guerra, muitos países sofreram abalos em suas economias, o que impactou diretamente a qualidade de vida de sua população. Dessarte, os governos sentiram uma necessidade cada vez maior de interferir na economia para promover o progresso gradual de seu povo. O estado passou a ser então Social, afeto a questões de ordem pública, como educação, saúde, transporte etc. (TEIZEN JR., 2004).

A propriedade, por conseguinte, fora atingida por essas mudanças, pois se exigiu que esta não só servisse aos interesses do indivíduo isoladamente considerado, mas também às necessidades de uma população em geral.

Pelo exposto, muitos acreditaram que se estaria restringindo o direito fundamental sobre os bens imóveis, na verdade, ao contrário, garantiu-se com mais ênfase, pois na medida em que o usufruidor do bem utilizasse-o de maneira consciente o Estado garantiria de forma mais efetiva esse direito. Coadunando-se ao exposto, está o entendimento de José Afonso da Silva (2006, p. 282): “Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade...”.

A limitação deveu-se à forma desarrazoada como o bem era utilizado, mas não restringia o cidadão de ser proprietário ou possuidor dos bens que entendesse convenientes de

o ser, desde que adstritos a uma utilização conscientizada. No mesmo sentido, afirma Augusto G. Teizen Jr. (2004, p. 123, grifo no original):

Esta concepção filosófico-socialista, pode nos levar a crer que se está transformando a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, porém, tal idéia nos parece falsa. A preocupação, social sem dúvida, quer, apenas, subordinar a propriedade privada aos interesses da sociedade, cuja idéia-princípio é hoje denominada de “doutrina da *função social*”.

Então, conforme visto, a conjuntura econômico-social influenciou a ciência jurídica, pois como cediço esta é resultado daquela (NÓBREGA, 2007, p. 36). O Direito amoldou-se aos padrões da sociedade que necessitava de uma utilização dos bens de forma consciente e de acordo com o interesse coletivo. Esse é o contexto dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, a vigência do Estado Social.

3.1.1 Influência da Igreja na funcionalização social do direito de propriedade

O surgimento dessa nova visão sobre o direito de bem imóvel foi corroborada pela ideologia da Igreja Católica. Nota-se essa influência, sobretudo no que tange ao conteúdo das chamadas encíclicas papais.

Como cediço, a dogmática cristã apregoa a solidariedade como um de seus fundamentos mais sólidos. Ensina-se que o indivíduo deve respeitar o próximo como a si mesmo, ou seja, pauta-se num respeito total da condição de seu semelhante.

Nesse ínterim, nas palavras de Augusto Geraldo Teizen Jr. (2012, p. 119): “A doutrina católica, chamada ‘doutrina social da Igreja’, teve seu ponto alto registrado por Santo Tomás de Aquino, para quem a propriedade é um dos direitos naturais do homem...” e continua afirmando ser essa propriedade “... apropriada e dividida como decorrência do direito humano, do direito das gentes, não contraria o direito natural⁵...”.

Já para Marcos Alberto (2000, p. 240-241):

A Santa Sé, também, muito se debateu em face da propriedade privada, tendo os seus mais reverendíssimos clérigos externado porções diametralmente antagônicas, como se vê em São Clemente e São Crisóstomo, que hostilizavam a propriedade privada, e outros como João XXIII na sua encíclica *Mater et magistral*, Pio XI na

⁵ No entender de J. Flóscolo de Nóbrega (2007, pág. 115-116): “A idéia do direito natural vem da mais Alta Antigüidade, mas foram os filósofos gregos que a formularam com a maior clareza, destriçando-a dos elementos religiosos, que a envolviam e a deformavam [...] Partiram eles da informação de que os homens, apesar das peculiaridades individuais, são os mesmos em todos os tempos e lugares, obedecem às mesmas tendências e impulsos, têm os mesmos apetites e emoções. Há assim uma natureza humana, um fundo de humanidade comum a todos os seres humanos, que os leva a comportar-se de maneira idêntica, adotar a mesma forma de conduta em face da vida”.

Quadragesimo anno, e Leão XIII com a ecíclica *Rerum Novarum*, reafirmando a autenticidade cristã do direito de propriedade.

Apesar da contraposição de ideais, a Igreja como um todo foi adotando a posição de que o homem tem direito de ser proprietário de um bem imóvel, pois os teóricos religiosos portaram-se como os juristas, amoldando sua doutrina aos movimentos que mudam os rumos da sociedade.

Isso pode até ser explicado, em grande parte, pelo sucesso dos países na adesão ao modelo político-econômico do capitalismo, então, nesse contexto a doutrina catolicista entendeu ser um tanto temerário ir de encontro a uma tendência mundial de se rechaçar a propriedade. Entretanto, a doutrina católica esteve ciente de que a propriedade mal utilizada é capaz de promover um maior abismo social entre as diversas classes, o que diverge do seu desejo último, por isso a cautela no pensamento dogmático religioso de proteção à propriedade.

Nas palavras de Teizen Jr. (2012, p. 122) percebe-se a ideologia católica acerca do capitalismo:

Ao fim da Segunda Grande Guerra, o Pontífice, em *Oggi*, chama a atenção dos povos para as injustiças do capitalismo moderno, em que alguns poucos detêm a maior parte, em detrimento dos menos favorecidos e mais injustiçados. Pedia o Papa a regulamentação do uso da propriedade e a própria expropriação, como medida de sanção àqueles que não dessem à propriedade um uso harmonioso com o interesse comum.

Analisando mais detidamente algumas encíclicas defensoras do direito de propriedade, percebe-se a evolução do pensamento dos clérigos. Na *Rerum novarum* de Leão XIII, nota-se que o intuito da Igreja não é o de abolir a propriedade, mas tentar fazer desta algo acessível a todas as classes, como explica Camacho (1995, p. 65):

Pode-se dizer, portanto, que, no projeto de ordem social que a *Rerum novarum* contém, a propriedade privada desempenha um papel de importância decisiva. Mas não apenas como legitimação de uma situação de fato, e sim como exigência de que todas as classes sociais, e em especial os assalariados, cheguem a ser proprietárias. O papel atribuído aos poderes públicos nesse projeto não é desprezível [...] o que já sugere que a *Rerum novarum* concebe o Estado de forma bastante diferente da que é própria da ideologia liberal.

Já na Encíclica *Quadragesimo anno* percebe-se uma ideologia mais sólida sobre o pensamento da propriedade atender à finalidade social, pois se constata o entendimento de que deva haver a intervenção estatal caso a questão social não seja observada, conforme deduz-se das palavras de Teizen Jr. (2012, p. 122), o que para este o texto de Pio XI: "... defendeu as mesmas idéias de Santo Tomás, observando os princípios da Lei Natural e da Lei

Divina, advertiu sobre a necessidade de se harmonizar a intervenção estatal, na hipótese de ser mesmo esta necessária e fazer valer a função social”.

E, por fim, a última Encíclica a ser analisada, mas nem de longe a última a ter sido compilada sobre a temática em desenlace, é a de *Mater et magistra*, no episcopado de João XXIII, a qual nas palavras de Camacho (1995, p. 295): “... *Mater et magistra* sobre a socialização, aqui a expressão é empregada em um sentido um tanto diverso: não como crescente independência no seio da sociedade, mas como intervenção do Estado na vida social”. Representando, assim, a limitação do direito de propriedade do indivíduo que a deseja usar desmedidamente.

3.2 Função social como instrumento para a efetivação da justiça social

A chamada justiça social está consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seu art. 170, *in litteris*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. Ainda, o ordenamento jurídico prevê no Estatuto das Cidades, em seu art. 39 que, *in verbis*:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas [...]

Segundo ensinamentos de Eros Roberto Grau (2012, p. 224), o conceito de justiça social “é indeterminado, [...] contingencial. Do que seja justiça social temos a ideia, que fatalmente, no entanto, sofreria reduções – e ampliações nesta e naquela consciência, quando enunciada em qualificações verbais”. E continua aduzindo acerca da expressão justiça social:

[...] inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

Nesse contexto tem-se que a justiça social não pode ser concebida como um tipo de justiça, mas o termo social confere à expressão uma ideia que visa ao regramento de um sistema econômico no intuito de estabelecer limites para a atividade ou uso da propriedade de forma consciente. É o que se verifica nas limitações ao exercício do direito de propriedade ou

sobre qualquer direito subjetivo que tenha uma repercussão na conjuntura econômica (GRAU, 2012).

Essa justiça que se traduz na finalidade do bem estar comum não significa apenas a repartição de riquezas, como o implemento, por exemplo, de programas sociais que promovem a distribuição direta de dinheiro ou a reforma agrária para o incentivo à produção agrícola equânime entre os ruralistas, mas representa a limitação da intenção desarrazoada de alguém que está usando de maneira egoística seu imóvel, seja como proprietário ou como possuidor. Não é, pois, no sentido como no que confere Aristóteles, como verificado por Aline Arquette (2004, p. 213, acrescentou-se), dentre as várias especificações de justiça que o autor desenvolveu:

A justiça distributiva regula as ações da sociedade política em relação ao cidadão e tem por objetivo a justa distribuição dos bens públicos: honras, riquezas, encargos sociais e obrigações. [E cita o autor] [...] ‘uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas do governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual a de outra pessoa’.

A função social apresenta-se, pois, para que se alcance uma justiça social, esta no sentido que assevera Rawls, em citação de Edezio Muniz (2014):

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para os outros; As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: a) Consideradas como vantagens para todos dentro dos limites do razoável; b) Vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

A função social no regramento constitucional tem *status* de princípio expressamente insculpido no art. 170, citado alhures. O advento desse texto na Lei Maior revela uma importância conferida ao instituto da função social, pois o coloca de forma invidiosa como instrumento do ordenamento para o alcance, dentre outros objetivos, da justiça social, relevância essa identificada nos dizeres de Eros Grau (2012): “A posição ocupada pelo princípio na Constituição de 1988 [...] lhe confere extremada relevância enquanto conformador, também de todo exercício de atividade econômica”.

3.3 A etimologia e a semântica da expressão ‘função social’.

Conforme visto, se antes o lema era a utilização do bem imóvel da maneira como o titular do direito desejava, ou seja, de forma absoluta, viu-se que esse panorama mudou paulatinamente com a vigência de um Estado Social de Direito.

A propriedade não pode ser encarada como algo alheio ao todo em que está inserida. O bem imóvel necessita sobremaneira ser utilizado de modo que atenda aos ditames da função social. Mas por que da acepção deste termo “função”?

Nas palavras de Augusto Geraldo Teizen Jr. (2004, p. 130, grifo no original):

O substantivo *functio*, do latim, é derivado do verbo fungor (*functus sum, fungi*), cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa. Usa-se do termo função, na análise institucional do direito, para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou o valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas.

Corroborando a análise do termo “função”, assevera Eros Grau (2013, p. 242-243) ao estabelecer um ponto de convergência entre direito subjetivo e função social quando cita ideia de Santi Romano: “As funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”. E continua Eros (2013, p. 243) afirmando que:

A função é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de *prudente arbitrio*. Assim, por exemplo, com relação ao direito subjetivo ao exercício do *pátrio poder*, que – tal o relacionado à execução do *ofício de testamenteiro* e à *tutela* – consubstancia, concomitantemente, uma função. [...] a introdução do conceito de *função social* no sistema que reconhece e garante a propriedade implica a superação da contraposição entre *público* e *privado* – isto é, a evolução da propriedade num sentido social implica uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à exigência de caráter social.

No que tange ao termo ‘social’, encontrou-se no Dicionário Houaiss que a palavra provém da língua latina do termo *sociális*, que é relativo aos aliados, continuando, dizendo-se que é relativo à união de pessoas as quais cada qual considerada “...vive em sociedades organizadas, formadas por indivíduos de morfologia e comportamento distintos, especializados em determinadas funções...”.

Então, o significado de função social, mais precisamente quanto à coisa *immobilis*, no pensamento de Rodrigo Octávio (2007), está intimamente ligado inequivocamente com uma finalidade social independentemente do enfoque sob o qual se esteja analisando-a, seja do constitucional ou do infraconstitucional. Continua o autor afirmando que o interesse social, resumidamente falando, é o interesse da coletividade e não o interesse público, pois este se traduz no que almeja o Estado enquanto garantidor dos direitos alheios e aquele é o interesse da coletividade, da sociedade visando ao bem-estar comum (MESQUITA, 2007).

A função social pode ser verificada não somente quanto à utilização do bem imóvel, mas também na negociação jurídica entre as partes resultando no surgimento de um contrato. Há também a função social da empresa, como uma das vertentes da função social da propriedade. E no mesmo sentido existe a função social da posse. Ou seja, essa expressão é utilizada na ciência jurídica relacionando-se a diversos institutos existentes no ordenamento.

De toda forma, o que se analisa ao se buscar ou identificar a função social é a constatação de um poder-dever do titular do direito, função a qual é vista sob uma ótica não individual, mas se analisando suas nuances com o meio social em que está inserido o bem imóvel, isto é, o poder-dever do instituto insere-se a partir de uma visão sistematizada no contexto social da relação do titular direito com terceiros.

Há de se distinguir a função individual da propriedade de sua função social. Aquela, segundo Joyceane Menezes (1996), parafraseando Eros Grau, é a utilização da coisa para prover a subsistência do indivíduo e de sua família ao passo que esta é a função que se traduz na utilização do bem de modo a atender uma finalidade de interesse social.

Outro ponto que merece destaque quanto à diferenciação do instituto da função social é a delimitação conceitual da função econômica dos direitos sobre bens imóveis. Segundo Osvaldo Oliveira (2009, p. 98, acrescentou-se):

[...] aquela [função econômica] como ínsita à coisa, ao bem; esta [função social] obra da cultura, afeta a um direito, a depender da circunstância para se impor. Tudo isso voga se se tem que o conceito de função social surge constitucionalizado ao pressuposto de que é um conceito a ser funcionalizado [...]

Ou seja, a função econômica é considerada no âmbito da destinação que se dá ao bem, como forma de prover a subsistência do titular do direito sobre a coisa e a repercussão disso na seara econômica, já a função social é afeta a como o titular agirá no uso de seu imóvel, se desrespeitará direitos de terceiros ou se promoverá a fruição da coisa de maneira consciente com os interesses da coletividade. Ressaltando-se que ambas são relevantes no contexto de utilização consciente da propriedade, pois visam ao interesse da coletividade e estão previstas na Carta Magna.

3.4 Função social relativa a direitos sobre bem imóvel nas Constituições Brasileiras

A função social concretizou-se, sobretudo, com o advento do Estado Social de Direito. Nesse contexto, o surgimento desse novo estilo de considerar a propriedade foi surgindo paulatinamente de forma efetivada nos textos das Constituições brasileiras. Ainda,

acerca dessa evolução demonstrar-se-á de forma sucinta a evolução da previsão normativa de tal instituto jurídico.

Nas duas primeiras Constituições brasileiras, estava em vigor o caráter absoluto da propriedade (BITELLI, 2000, p. 229). Isso se deveu, sobretudo na primeira Constituição, à ausência do pensamento jurídico visando ao fim social acerca dos direitos privados, pois as práticas liberais regiam o pensamento jurídico da época. Já ao tempo da Constituição de 1891 o Estado Social ainda não tinha sido efetivado, iniciavam-se as ideias sobre a temática, mas os Estados não as tinham assimilado para seus ordenamentos jurídicos.

O advento da temática social somente permeou o direito de propriedade a partir da Constituição de 1934, tendo sido esta influenciada pela Carta de Weimar (MENEZES, 1996). A previsão textual sobre a preocupação de nortear a atuação do indivíduo quando da utilização de sua propriedade estava prevista no artigo 113, inciso 17, *in verbis*:

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual, à propriedade, nos seguintes termos: [...] 17. É garantido o direito de propriedade que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma eu a lei determinar.

Já quanto à Carta Política de 1946, consta que “o uso da propriedade é condicionado ao bem-estar social, entrevedo-se uma atenuação ao individualismo exacerbado” (MACHADO, 2002, p. 71).

Ainda, nos dizeres de Machado, a Constituição de 1967, do regime militar, “... pela primeira vez explicita a função social da propriedade, considerando-a como um princípio da ordem econômica e social. O dispositivo ainda é mantido pela emenda constitucional nº 1, de 1969”. O artigo que menciona o princípio da função social é o art. 157, inc. III.

Finalmente, a Constituição de 1988, a chamada “Carta Cidadã”, promove uma mudança significativa no ordenamento jurídico pátrio, apesar de haver autor que entenda ter sido malfadada a inovação⁶. O país estava em um contexto de saída de um regime militar que culminava na restrição de diversos direitos aos cidadãos. Assim, o texto constitucional buscou ser o mais garantidor possível para apagar de vez a imagem traumática do período sombrio da história política brasileira.

⁶ No entendimento de Marcos Alberto (2000, p. 244): “A Constituição Federal de 1988, produto do que se convencionou chamar aliança Democrática, é originária de uma malfadada conciliação que agrupou as mais variadas tendências, isto é, políticos retrógrados e progressistas palmilharam juntos o caminho da transição democrática”. E continua afirmando que essa junção constituiu-se no “pecado original” que manchou o processo constituinte. Explica que representou o texto uma compilação dos interesses de megaempresários rurais, entendendo que isso foi um *lobby* que impediu a desconstituição da política fundiária do país calcada no caudilhismo.

Dentre as medidas adotadas pela Lei Maior, quanto ao aspecto social a que deve atender o titular de direito sobre bem imóvel, destaca Joyceane Menezes (1996, p. 117):

Algumas inovações podem ser identificadas na Constituição Federal de 1988. Definiu-se o conteúdo da propriedade urbana e da propriedade rural que são tratadas em capítulos específicos. Foi instruída a desapropriação-sanção que também poderá recair sobre a propriedade urbana; instituíram-se a edificação e o parcelamento compulsório e o IPTU com a finalidade de se fazer cumprir a função social da propriedade. Enfim, refirmou o caráter público do direito de propriedade, dos poderes a ele inerentes e da função-dever ao qual está vinculado.

O direito de propriedade imbuu-se indubitavelmente do seu caráter de cumpridor da função social. Exigiu-se com maior rigor do titular de direito sobre bem imóvel, pois a CF de 1988 passou a aplicar sanção para quem descumprisse o poder-dever a que está condicionada a propriedade. Essa condensação das exigências estatais encontra fundamento na necessidade premente dos cidadãos nacionais em obter para si moradia digna, dentre outros direitos relativos ao uso do bem imóvel. Dessarte pune-se aquele que impingir ao seu direito um caráter egoístico e prejudicial à coletividade.

A relevância do tema é notada no texto da Carta Magna, quando se percebe que o assunto não é tratado de forma isolada. A primeira parte que menciona a função social esta calcada nos ditames dos direitos e deveres individuais, no art. 5º, inc. XXIII, logo após ser mencionado que será garantido o direito de propriedade, em que consta: “A propriedade atenderá a sua função social”.

Outra parte que menciona de forma expressa a preocupação do legislador constitucional de 1988 em fincar os deveres dos indivíduos que gozarão do direito de fruir de bem imóvel está previsto no art. 170, III, o qual confere o caráter explícito de princípio à função social da propriedade.

O texto constitucional confere ao Estado o poder de agir na situação de desobediência aos ditames da Carta Magna, pois caso o indivíduo não atente para esse requisito de fruição de seu direito, poderá, por exemplo, sofrer desapropriação. Ainda, conforme assinala Gustavo Tepedino (*apud* Gilberto Bercovici, 2001, p. 83), há a hipótese de o titular do direito sobre o bem perder a proteção estatal, senão vejamos:

O pressuposto para a tutela do direito de propriedade é o cumprimento da função social (arts. 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição), que tem conteúdo predeterminado, pois está voltada para a dignidade da pessoa humana e a busca de igualdade material. O descumprimento deste pressuposto leva à perda da proteção constitucional.

Dessa forma, no contexto jurídico atual, a propriedade bem como a posse de bem imóvel deverão estar balizadas nos ditames da função social, pois este poder-dever é condição

para que o indivíduo desfrute da plenitude de seu direito sobre o bem da forma permitida pelo ordenamento jurídico, não podendo exercê-lo de maneira ilimitada.

3.5 A função social no regramento infraconstitucional brasileiro

A função social apresenta respaldo normativo não somente na Constituição Federal, mas também na legislação comum. No ordenamento jurídico pátrio, está previsto o respectivo instituto em diversas leis de conteúdos específicos.

Ressalte-se que o Código Civil de 2002, dentre os diplomas referidos, trata com mais ênfase da função social relativa ao contrato, sobretudo quando prevê as chamadas cláusulas gerais como o prescrito no art. 185, *in litteris*: “Também 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”.

Já no que se refere à propriedade tem-se o art. 1.228, em seu parágrafo 1º, *in verbis*:

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

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas *finalidades econômicas e sociais* e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (Grifou-se).

Nesse ponto do Código, resta patente a importância de se conferir ao uso do bem uma atribuição econômica, representando-se isso como um corolário do disposto na Carta Magna quando esta trata dos princípios da Ordem Econômica e Social.

Verifica-se, outrossim, o pensamento do uso ecologicamente correto da propriedade permeando as disposições normativas do ordenamento ao disciplinar o direito sobre bem imóvel, ressaltando-se que esta faceta da função social está mais detidamente analisada no respectivo microssistema ambiental, ao qual não se detirá.

Outro diploma que insere a função social como sendo uma das condições para o pleno exercício e desfrute do direito sobre bem imóvel é o Estatuto da Cidade, com um destaque para a efetivação do que está previsto na Carta Magna no tocante às sanções pelo mau uso do bem, conforme as palavras de Rodrigo Octávio (2007, p. 123):

O estatuto não inovou quanto ao atendimento da função social dos bens imóveis urbanos, apenas regulamentando a política urbana constitucional e, no que nos interessa, caso haja ‘solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado’ (§ 4º,

do art. 182 da CF/88 e art. 5 do Estatuto da Cidade), tornou executáveis as sanções sucessivas previstas nos três incisos do § 4,º do art. 182 da CF/88: *i*) parcelamento ou edificação compulsórios; *ii*) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e *iii*) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

E, por fim, quanto ao bem imóvel rural, o diploma respectivo que trata da funcionalização social do direito sobre a coisa *immobilis* é o Estatuto da Terra (Lei nº 8.629-93), em seu art. 2º, que assim prescreve: “É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei”.

Nota-se, com isso, uma preocupação do ordenamento em agir enfaticamente quando um imóvel não estiver sendo utilizado em conformidade com os ditames da Constituição na finalidade de alcance da justiça social.

4 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SEUS ASPECTOS MATERIAIS

Conforme visto, a posse pode ser considerada sob dois enfoques principais: um quando funciona como atributo da propriedade, sendo uma forma de se exercer o direito de proprietário; e a outra é o *jus possessionis*, quando a *possessio* é vislumbrada de forma independente.

Assim sendo, tem-se a função social da posse analisada sob a perspectiva de cada um desses primas. Verificar-se-á primeiramente a posse como corolário do direito real sobre a coisa, ou seja, como parte do *jus proprietatis*, em seguida outro tipo.

4.1 Função social da posse como elemento do direito de propriedade

A posse nesse caso é o exercício do direito de propriedade. Quando se fala em função social a ideia que se cogita de pronto é a de que o bem esteja sendo utilizado de forma responsável.

Nesse caso, o *jus possessionis* atua quando do cumprimento dessa função voltada para o fim público como um aspecto do direito de propriedade, pois caso o titular deste esteja cumprindo com a função social, por consequência a posse entendida como um dos poderes do domínio também o estará. Indo além, Osvaldo Oliveira Araújo (2009, p. 100, grifos no original) aduz ser a função social da propriedade somente cumprida pelo exercício da posse, conforme se denota pelas seguintes palavras: “Sabido como **pressuposto clássico**, que a posse **exterioriza** a propriedade; é compreensível que tudo o quanto se diga sobre esta **funcionalmente**, sobretudo, se dirá daquela. Enfim, como cumprir-se a função social da propriedade senão pelo **exercício da posse**”.

A questão também é tratada por Fredie Didier, ao parafrasear Teori Albino Zavascki (2002), quando afirma que a posse é: “... o instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade”.

Essa posição doutrinária acerca da existência de uma função social da posse no âmbito da funcionalização do direito de propriedade é acertada. As ações de um indivíduo titular do domínio de um bem ao promover sua utilização adequada aos parâmetros que atendam ao interesse coletivo, ocorrem, sobretudo, no âmbito do exercício da posse de forma responsável da coisa.

Isso resta evidenciado, por exemplo, quando o proprietário é também o morador do bem. Nesse caso, constata-se mais latente ainda a funcionalidade no exercício do direito de

posse, pois esta, muitas vezes, serve para garantir a morada de uma pessoa com sua família. Então, o exercício fático do direito real da propriedade pela posse, utilizando plenamente a coisa com respeito ao interesse social, atende, de maneira indubitável, à função ora estudada.

4.2 Função social da posse na sua acepção independente do exercício do *jus proprietatis*

Sob este novo enfoque a posse demonstra com mais nitidez sua potencialidade em atender aos ditames do ordenamento no que tange à busca da funcionalização do direito sobre bem imóvel.

A posse, como todos os demais institutos do Direito Civil pátrio, após a Constitucionalização do Direito Privado passou a respeitar os limites da Carta Magna, representando isso uma mudança na forma de interpretar o Código Civil, pois diante desta nova fase do ordenamento deve haver uma interpretação eminentemente sistemática.

Há quem entenda, inclusive, que estes institutos sequer existem se destituídos do objetivo de atender aos anseios públicos de busca de uma justiça social, como nos ensina Osvaldo de Oliveira Araújo (2009, p. 11, grifos no original), quando menciona a posse, inclusive, no âmbito de disputas processuais:

Só é **propriedade ou posse** aquela que cumpra a função social, e só em sendo assim podem assumir-se como **objetos de proteção judicial dominial ou possessória**. **Lamentável**, pois, e **ledo engano** de quem afirme que a **função social** não importa como pressuposto na apreciação de um **pedido possessório**, relegando-a, a função social, apenas às circunstâncias de um pleito expropriatório típico. E menos ainda há suporte para concluir que a consideração da função social enseja apoio à ação de movimentos sociais organizados para **invadir** ou **ocupar terras alheias**.

A bem da verdade, não há no diploma civilista brasileiro uma menção clara acerca da funcionalização do instituto da posse. Essa ideia veio sendo incutida pela doutrina que entende ser a questão tratada de forma implícita no direito pátrio, conforme os dizeres de Fredie Didier (2007, p. 408): “... entendemos que o princípio da função social da posse é implícito à codificação emergente...” e acrescenta, afirmando que se percebe sua existência “... principalmente pela valorização da posse trabalho, conforme arts. 1.238, parágrafo único; 1.242, parágrafo único; e 1.228, §§ 4º e 5º, todos do novo Código Civil”.

No entender de Flávio Tartuce (2007, p. 407): “... o Código atual perdeu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social, tese cujo principal defensor foi SALEILLES”. O autor refere-se à defasagem da tese adota da pelo sistema, qual seja a de Ihering, já tratada anteriormente,

entendendo que não basta somente estar no exercício imediato sobre o bem, mas deve-se fazer de sua posse um direito que atenda ao fim social.

Almejando a mudança no Código atual, o então Deputado Federal Ricardo Fiúza no Projeto de Lei nº 6.960/02 entende que o art. 1.196 deve conter a seguinte redação:

Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.

Para Fredie Didier a posse funcionalizada de modo a atender os interesses fundamentais constitucionais voltados para o bem comum, ou seja, no cumprimento da função social, é vista, sobretudo, quanto ao aspecto processual do instituto.

Em que pese ter este trabalho o escopo de analisar principalmente o aspecto material da temática que ora se apresenta, muitas vezes nesse tipo de abordagem quanto ao estudo para se realizar a delimitação teórica de um instituto jurídico é necessário frisar os aspectos processuais deste também.

Desta forma, o que Fredie Didier (2008) entende é que na postulação da proteção possessória os requisitos previstos no art. 927 do C.P.C. sejam acrescidos justamente da função social da posse. Ou seja, quanto aos postos fundamentais a serem alegados pelo possuidor para defesa de seu direito, não deve o postulante apenas demonstrar os quesitos justificadores da Teoria Objetiva de Ihering que se resumem apenas em estar o indivíduo no exercício de fato sobre o bem. E justifica seu entendimento, corroborado pelo pensamento de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, aduzindo que (2008, p. 17, grifos no original):

[...] se a tutela processual da posse serve à tutela do titular do domínio, se esse domínio não é digno de proteção jurídica, porquanto em desacordo com o ‘modelo constitucional do direito de propriedade’, não poderá receber proteção o instrumento de realização desse mesmo direito: a posse. Fala-se, então, em uma função social da posse.

Da mesma forma Osvaldo Oliveira Araújo (2009) afirma que deve ser considerado um novo inciso na questão da tutela possessória no art. 927 do C.P.C., quando aduz: “Daí que se diz na doutrina na ‘função social da posse’, tal já era reconhecida como um novo pressuposto processual para a possessória [...] Daí, também, de se concluir ‘que o princípio da função social diz mais respeito ao fenômeno da possessório (*sic*) que ao direito de propriedade”’.

Há de se consignar, outrossim, que não obstante a posse dever atender aos anseios sociais, para se obter uma proteção jurídica plena desse direito, deve o possuidor jungir mais

requisitos visando tal fim. Ou seja, sem o atendimento aos ditames visando ao cumprimento da justiça social a posse será despida de qualquer proteção, no entanto, o contrário também o deve ser considerado, pois se a posse somente cumprir o fim social, não poderá o possuidor desfrutar de proteção do sistema, sob pena de malferimento do princípio constitucional da segurança jurídica, entendimento do STJ, conforme julgado que se segue (grifou-se):

[...] 3. Não há que se falar na utilização de parâmetros estabelecidos no artigo 507, e seu parágrafo único, do Código Civil anterior, não repetido no estatuto atual, nem tampouco ignorar a força do comando constitucional da função social do uso da terra (propriedade/posse), em virtude do que se espera sejam aos imóveis dada a destinação que mais legitima a sua ocupação.

[...]

A função social da posse deve complementar o exame da 'melhor posse' para fins de utilização dos interditos possessórios. Quer dizer, alia-se a outros elementos, tais como a antiguidade e a qualidade do título, não podendo ser analisada dissociada de tais critérios, estabelecidos pelo legislador de 2002, a teor do art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil, conferindo-se, inclusive, ao portador do justo título a presunção de boa-fé. **É importante deixar assente que a própria função social da posse, como valor e critério jurídico-normativo, não tem caráter absoluto, sob pena deste Tribunal, caso coteje de modo preponderante apenas um dos fatores ou requisitos integrados no instituto jurídico, gerar insegurança jurídica no trato de tema por demais relevante, em que o legislador ordinário e o próprio constituinte não pretenderam regrar com cláusulas amplamente abertas.**

4. É preciso considerar o critério da função social da posse, complementado a outros parâmetros, como a antiguidade e a qualidade do título, a existência real da relação material com a coisa, sua intensidade, tendo como norte hermenêutico a definição do art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil. (REsp 1148631/DF, Recurso Especial n.º 2009/0132727-6, relator Ministro Luís Felipe Salomão (1140) T4 – Quarta Turma, data julgamento: 15/08/2013, data da publicação: DJe 04/04/2014).

Importa destacar a relevância do mencionado julgado ao demonstrar que a jurisprudência está consciente quanto à existência da função social da posse. Entendendo, outrossim, como no demonstrado anteriormente, ser essa função um dos requisitos para a tutela processual da posse, quando do aferimento da chamada melhor posse.

Conforme verificado no precedente jurisprudencial, o simples exercício da posse cumprindo a função social não enseja proteção do ordenamento, ou seja, deve o possuidor comprovar outros requisitos para tal. No entanto, caso a função social seja o único elemento faltante no exercício de direito sobre bem imóvel, aí sim dará respaldo para uma possível consequência decorrente da negligência verificada, como a desapropriação.

Corroborando sobredito entendimento, Tourinho Neto (2010, p. 37) entende que: “Deve a Constituição ser mudada para permitir que a terra improdutiva, mal aproveitada, não precise ser formalmente desapropriada. O só fato dela não cumprir sua função social já daria lugar à sua perda”. E continua afirmando que (2010, p. 37): “Em juízo, o proprietário teria oportunidade de se defender e demonstrar a produtividade de sua propriedade”. Por fim, o autor defende a desapropriação sem o pagamento da justa indenização, acreditando que a

propriedade totalmente inutilizada, caso seja retirada do patrimônio do titular, nada gerará de prejuízo (2010, p. 37): “Se não há prejuízo, não pode haver indenização. A perda da propriedade improdutiva não gera qualquer prejuízo, por menor que seja. Valor tem a propriedade que produz”.

A questão é polêmica, pois é cedo o problema do país, por exemplo, com relação à implementação da reforma agrária, no entanto, defender a desapropriação direta, sem formalidades e sem o pagamento de indenização confronta fortemente com o direito de propriedade, direito fundamental constitucionalmente previsto. O que sugere o autor enquadra-se no que se entende pelo instituto do confisco, espécie, assim como a desapropriação, do gênero expropriação⁷, que se traduz na retirada da propriedade de seu titular, no entanto o confisco ocorre sem indenização e está previsto no art. 243 da Constituição Federal, na hipótese de a propriedade ser utilizada para o cultivo de plantas psicotrópicas, ou seja, provocando prejuízo social bem mais grave do que o inadimplemento da função social pelo titular do direito sobre o bem.

Outra hipótese de confisco da propriedade é o da propriedade que se utiliza da mão-de-obra escrava, prevista na Emenda Constitucional nº 81⁸, conforme se depreende do entendimento esposado por William P. Marques Jr. e por João L. N. Matias (2008, p. 2232), ao tempo em que era apenas Projeto de Emenda: “... neste sentido, relembramos a situação atinente ao Projeto de Emenda à Constituição que visa a coibir a utilização da mão-de-obra escrava em nosso país, utilizando-se da pena de expropriação da propriedade fundiária”.

A opção mais viável para o problema verificado no âmbito da desapropriação-sanção seria a utilização de verbas estatais para o pagamento das indenizações não vultosas para fins de distribuição para os necessitados das terras adquiridas. Assim, estar-se-ia compensando a perda do direito de propriedade sofrida pelo antigo titular do domínio.

O que não se concebe é o pagamento de indenização condizente com o valor real do bem a ser expropriado, devendo a quantia a ser paga representar um valor inversamente proporcional à negligência do titular do bem perante a utilização deste nos termos da função social.

A questão da funcionalização verifica-se, também, no exercício da posse-trabalho

⁷ No entender de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009, p. 41): “... a desapropriação-sanção é modalidade especialíssima de expropriação...”.

⁸ A EC nº 81 é resultado da PEC 57A/1999, que foi aprovada no dia 27 de maio de 2014. A referida emenda, promulgada no dia 05/06/14, altera o art. 243 da Constituição Federal de 1988, prevendo o confisco de propriedade cujo titular utilize-se de mão-de-obra escrava, no entanto ainda resta a regulamentação sobre a definição de trabalho escravo.

e da posse-moradia, como será visto adiante.

4.3 Posse-moradia e posse-trabalho como meios de funcionalizar a posse visando ao fim social

Diante dos problemas sociais enfrentados, hodiernamente, pela sociedade brasileira, notadamente no que tange à falta de moradia para grande parte da população, bem como de emprego, saúde, educação de qualidade etc. o ordenamento prevê mecanismos para amenizar esta crítica situação.

Nesse âmbito estão os direitos sociais como instrumentos para serem o contraponto à desigualdade vivenciada pelos indivíduos, que para José Afonso da Silva (2007, p. 286-287) conceitua-os com as seguintes palavras:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Passando-se à análise propedêutica da posse-moradia, tem-se que a Constituição Federal apresenta como um de seus objetivos, em seu artigo 3º, IV, "... promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Ademais há no Capítulo II, em seu art. 6º, parte que trata dos direitos sociais, a previsão da garantia do direito à moradia, pois este é um dos mais importantes para o ser humano, tendo em vista ser condição para uma situação de maior proteção a direitos fundamentais como segurança, propriedade, saúde, dentre outros, tudo visando à busca de uma Justiça Social, para não deixar ao desamparo nenhum indivíduo, tendo-se como escopo basilar o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o que aduz Ingo W. Sarlet (2008) ao tecer considerações sobre o direito à moradia:

De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Há, outrossim, antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, a

previsão do direito à moradia na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que assim dispõe no seu art. XXV, item 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação... e direito à segurança...”. Apesar de estar previsto o termo “habitação” no entender de José Afonso da Silva (2006, p. 314, grifo no original) este se correlaciona com o direito de moradia, afirmando que: “No ‘morar’ encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o *residir* e o *habitar*, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente”.

Dessarte a previsão constitucional dessa gama de direitos é imprescindível para a minimização dos problemas enfrentados pela população nacional. No entanto, deve haver a efetivação da legislação e sobre o tema, ao se referir sobre os direitos fundamentais sociais, entende Marizélia Peglow da Rosa (2007, p. 2244):

É do consenso comum da população brasileira de que esses direitos sociais, garantidos pela Constituição Federal, não são efetivados pelos governantes. Mas, apesar disso, exercem papéis importantes, um é o jurídico-normativo e outro o da tentativa de conscientização do indivíduo em relação a seus direitos sociais, podendo-se dizer que é uma conscientização política.

Acertada é a análise da autora, pois conforme dito o país enfrenta graves problemas de ordem social os quais encontram fundamentos em fatos históricos do processo de formação da sociedade brasileira. Entretanto, ainda que os problemas pareçam insolúveis, o fato de haver texto normativo prevendo tais direitos representa um primeiro passo para a mudança desse cenário e, paulatinamente, isso será dirimido com a luta incessante pelo cumprimento do que está positivado.

Os direitos sociais referidos gozam de aplicabilidade imediata. Não se pode olvidar do caráter impositivo do texto supra legal, pois norma que o desrespeite possui o estigma de ser inconstitucional e por isso pode ser expurgada do sistema. No pensamento de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 251-252):

Os Juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

A Constituição não foi pensada para ter todo o texto constituído por normas programáticas, como se todo o seu conteúdo servisse como simples preceito para se tentar

seguir. A Lei Maior além de possuir partes que dão forma ao Estado possui também normas com conteúdo cuja aplicabilidade é imediata e de hierarquia máxima assentada. Sobre o tema assevera Konrad Hesse (1991, p. 20, grifo no original):

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força normativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os *pressupostos* que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional.

Diante desse quadro, a moradia apresenta-se como importante fator a ser respeitado no ordenamento jurídico, sendo a consequência disso a constatação de uma proteção e concessão de benesses à posse que está imbuída dessa prerrogativa de garantir a moradia habitual do titular de seu direito, requisito preponderante para uma vida digna.

Outro critério para identificar a função social da posse é o de constatação da posse-trabalho, prevista nos §§ 4º e 5º, do art. 1.228, do Código Civil de 2002, que é a chamada desapropriação judicial⁹, *in verbis*:

§ 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 econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Conforme se verifica, a questão da desapropriação judicial ser uma das modalidades de constatação de posse cumpridora da função social também é o entendimento de Tartuce (2007), ao mencionar que:

[...] o Código Civil atual inova ao trazer nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228, a denominada desapropriação judicial por posse-trabalho, modalidade de expropriação privada, situação em que um considerável número de pessoas ocupa uma extensa área, por cinco anos (posse ininterrupta e de boa fé), existindo nessa extensa área obras consideradas pelo magistrado de relevante caráter social e econômico (posse-trabalho). Essa ideia de posse-trabalho denota, mais uma vez, a função social da posse.

Essa modalidade de desapropriação prevista no Código de 2002 demonstra a

⁹ Nas palavras de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2012, pág. 1117) a desapropriação judicial: “É o ato pelo qual o juiz, em ação dominial (v.g., reivindicatória) ajuizada pelo proprietário, acolhendo defesa dos réus que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que serão os novos proprietários (CC 1228 §5.º)”.

preocupação do Direito Privado com as questões de ordem Constitucional. Ressalte-se que parte da doutrina entende ser este tipo de expropriação, na verdade, modalidade de usucapião. No entanto, verifica-se que diante do exposto no § 5º do art. 1.228, do C.C, a concessão de indenização afasta a incidência da usucapião, conforme assinalam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009, p. 41): “A desapropriação se explica pelo fato do proprietário ser privado do seu direito subjetivo mediante indenização, ao contrário da aquisição pela usucapião que não comporta qualquer tipo de compensação ao antigo titular”.

O Código Civil passou a ser visto pelas lentes constitucionais, sendo estas as norteadoras de uma interpretação sistemática ampla, que se consiste no fenômeno conhecido por Constitucionalização do Direito Civil, em que há a vinculação dos princípios superiores criando uma nova mentalidade. O sistema elege como fundamentais os valores da vida e da dignidade, condicionando vários direitos das relações privadas a inúmeros deveres extrapatrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 198).

Nesse diapasão possui o texto privado o condão de regulamentar seus institutos, sobretudo, de forma que estes não estejam em contradição com as normas constitucionais, sob pena de serem desconsiderados no que forem dissonantes com os ditames da Lei Maior.

É nesse contexto que surge, pois, a posse exercida por meio do trabalho efetivado no bem pelos seus ocupantes, desde que tenham as obras executadas pelos possuidores caráter de relevante valor social.

Ainda sobre a desapropriação, como fundamento para sua ocorrência, ensina Sérgio Ferraz (2010, p. 120) que:

[...] subsume-se no próprio perfil constitucional do direito de propriedade, que carrega numa carga de exaustão diante da necessidade, utilidade pública e interesse social, tal como a lei venha a dispor, com os limites lógicos que compreende a relação de adequação com a estruturação da atividade administrativa, no objetivo da atividade de interesse público, como supra-referido.

Constata-se, pois, que a desapropriação ocorre devido à falta de cumprimento por parte do proprietário da função social do bem imóvel. No entanto, esta limitação de direito ocorrida só se perfaz, em contraponto, caso os adquirentes, ou seja, os possuidores, estiverem no cumprimento da sua função social, pois esta sim é a motivadora da “sanção”.

O sistema preocupa-se sobremaneira com a defesa do direito à moradia que confere à posse elevada importância de modo que a desapropriação pode ser alegada em sede de defesa em ação reivindicatória manejada pelo proprietário, conforme se verifica pelo enunciado 84 do CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil que acordou o seguinte: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo

Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”. Constatando-se, assim, a importância do referido instituto pelos meios disponíveis aos possuidores de terem seus direitos resguardados.

A jurisprudência do STJ também já reconhece a existência da posse voltada para uma perspectiva mais social, quando se fala em desapropriação, senão veja-se a temática tratada em seguinte julgado (Grifou-se):

DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMA AGRÁRIA.
POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS.
JURISPRUDÊNCIA.

[...]

1. O recurso especial do INCRA impugnou, dentre outros pontos do acórdão da origem, o cabimento de juros compensatórios em se tratando de desapropriação de imóvel improdutivo, vez que tal se caracterizaria como sanção estatal por ato ilícito do particular (**descumprimento da função social da propriedade**) e disso não poderia exsurgir para o expropriado nenhum benefício adicional à indenização justa, sobretudo os juros compensatórios pois assemelhados a lucros cessantes. (AgRg no REsp 1407112/CE Agravo Regimental no Recurso Especial 2013/0329799-2, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques (1141), Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma, D.J: 20/02/2014, DJe 28/02/2014).

Ante o exposto, resta latente a necessidade de os operadores do Direito, sobretudo magistrados, ao interpretarem o Código Civilista quando trata da posse, perceberem a importância de se respeitar acima de qualquer norma infraconstitucional os preceitos da Carta Magna, visando ao objetivo último, qual seja o de persecução do parâmetro que confira dignidade para a pessoa humana.

4.4 A função social da posse como condição para a usucapião especial de bem imóvel

Conforme analisado alhures, existem vários tipos de posse, dentre os quais está o da posse *ad usucapionem* que se enquadra nos moldes da posse delineada pela teoria subjetiva de Savigny, qual seja a que defende o reconhecimento de um poder de fato sobre o bem como sendo posse dede que presente o *animus domini*, sendo assim, consistir-se-ia a *possessio* de dois aspectos, um objetivo representado pelo exercício de fato sobre o imóvel e outro subjetivo perfazendo-se na vontade do possuidor de ser o proprietário do bem.

Para que o possuidor preencha os requisitos necessários, visando ao intento de uma ação de usucapião, precisará demonstrar alguns requisitos, dentre os quais está a função social.

Tem-se que a usucapião constitui-se em aquisição originária de propriedade nas palavras de Ferreira Pinto (1983, p. 153): “O usucapião é a aquisição do domínio pela posse

prolongada”. E continua o autor (1983, p. 153), expressando que: ”A palavra procede do latim, *usu + capere*, adquirir pelo uso, pela posse, sendo geralmente empregada no masculino. Em latim o nome é *usucapio*, e em alemão é *Ersitzung* (BGB, §§ 37 a 944). Plural: usucapiões”. Ressalte-se que alguns doutrinadores utilizam a expressão no gênero masculino e outros entendem ser termo feminino.

Em que pese a referência ao gênero masculino na conceituação acima exposta do instituto, utilizar-se-á a expressão na forma feminina, mais utilizada atualmente. Ainda, sobre a usucapião, Caio Mário (2008, p. 137) relata que para alguns autores constitui-se na ocorrência simultânea da prescrição aquisitiva por parte do possuidor e da prescrição extintiva do proprietário, ou seja, pela unicidade do instituto, já para outros autores devem as duas prescrições ser tratadas de forma distinta, conforme se depreende da análise do Código Civil de 2002. E prossegue Caio Mário, afirmando que a questão está erroneamente inserida no Código de 2002 como forma de prescrição aquisitiva, já que deveria figurar entre as diversas modalidades de aquisição de propriedade (2008, p. 137).

Existem basicamente cinco tipos de usucapião, dentre eles o ordinário, o extraordinário, o especial, o familiar e o coletivo. Para aferição da função social da posse, analisar-se-á a modalidade de usucapião especial que no entender de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009) apresenta-se como uma das possibilidades da posse visando a tal fim:

Nas modalidades urbana e rural, a usucapião especial é uma das mais claras demonstrações do princípio da função social da posse na Constituição de 1988, pois homenageia aqueles que, com *animus domini*, residem e/ou trabalham no imóvel em regime familiar, reduzindo os períodos aquisitivos de usucapião para cinco anos. Tanto a usucapião urbana como a rural seriam as espécies de miniusucapiões extraordinárias, já que ambas dispensam os requisitos do justo título e boa-fé, contentando-se com a posse com *animus domini*, mansa e pacífica.

No diploma privado, a função social da posse está prevista, quanto à temática urbana, no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *in litteris*: “O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.” Já no âmbito rural está previsto no art. 1.239:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Há também a previsão no parágrafo único, do artigo 1.242, do mesmo diploma,

quando o possuidor houver adquirido onerosamente o bem, *in verbis*:

Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Corroborando o entendimento de que a usucapião especial é exemplo de maneira pela qual a posse reveste-se do caráter de cumpridora da função social, Caio Mário (2008) faz a seguinte alusão:

As características fundamentais desta categoria especial de usucapião baseiam-se no seu caráter social. Não basta que o usucapiente tenha a posse associada ao tempo. Requer-se, mais, que faça da gleba ocupada a sua morada e torne produtiva pelo seu trabalho ou seu cultivo direto, garantindo desta sorte a subsistência da família, e concorrendo para o progresso social e econômico. Se o fundamento ético para o usucapião tradicional é o trabalho, como nos parágrafos anteriores deixamos assentado, maior ênfase encontra o esforço humano como elemento aquisitivo nesta modalidade especial.

Depreende-se da leitura dos sobreditos artigos, que são basicamente duas as possibilidades que conferem ao possuidor essa diminuição do prazo para o intento da usucapião, qual seja a moradia habitual ou a garantia de produtividade, na propriedade urbana; e, no âmbito rural, também quando se estabelece moradia com característica de habitualidade e o segundo critério consistindo em “investimentos de interesse social e econômico”, presente sempre o respeito aos interesses da coletividade nas duas modalidades.

Essas condições mencionadas que possibilitam a diminuição do prazo para a usucapião representam a funcionalização da *possessio* com base em preceitos de garantia da justiça social, ou seja, atendendo-se à função social.

O primeiro, da moradia, já o fora tratada em tópico anterior, pois como direito fundamental que é o uso do bem para garantir um espaço para a permanência habitual de uma família deve sim dispor de proteção ou de maior regalia no ordenamento, pois estará cumprindo-se o dever mor da coisa, perfazendo-se essa importância conferida pelo sistema ao instituto na diminuição do prazo para a usucapião constata nos textos normativos.

No que tange especificamente à temática de função social no âmbito rural, um ponto sobressalente dessa questão é o das ocupações coletivas, sobretudo, no que concerne aos movimentos sociais reivindicadores de terra.

A sistemática de reforma agrária existente no país está muito aquém do mínimo necessário para se garantir a diversas famílias o direito fundamental de acesso à terra, condição para se viver com dignidade. Notadamente por constatar-se que ainda se verificam muitos proprietários latifundiários displicentes quanto à utilização para qualquer fim digno do

imóvel rural, verificando-se, não raras as vezes, propriedades totalmente improdutivas. Nesse contexto quando há a invasão desse tipo de terreno as autoridades providenciam de pronto a retirada, geralmente violenta, dos trabalhadores rurais.

É importante frisar que a previsão de benesses para uma posse cumpridora de uma função social não é incentivo a práticas reiteradas de invasões de qualquer terra rural subaproveitada. O que se propõe é uma proatividade estatal para desapropriação desses imóveis inutilizados e, assim, promover a tão almejada reforma agrária beneficiando os indivíduos que não disponibilizam de terras para o seu sustento e de sua família, no entanto, diante de um quadro de apatia de um governo omissivo, a realidade é totalmente desanimadora.

Na casuística atual, as ocupações ocorridas, em propriedades inutilizadas, desde que seguidas da utilização do espaço para a produção e assim garantir o uso proveitoso do terreno, passado o prazo da prescrição aquisitiva de dez anos e verificados os demais requisitos legais, ganharão sim reconhecimento de seu direito à terra. Os possuidores, desta forma, poderão ser agraciados com a possibilidade de usucapir o imóvel.

Assentado, assim, está no ordenamento a previsão implícita do fenômeno da função social da posse, pois o tema também pode ser verificado no Estatuto das Cidades e no Estatuto da Terra, no primeiro nos arts. 9º, usucapião especial individual, e 10º, usucapião especial coletiva e quanto à propriedade rural no art. 98 do mencionado diploma.

Pelo exposto, verifica-se que a temática da função social da posse apesar de não estar prevista de forma expressa no sistema, está permeada em vários diplomas normativos do ordenamento.

4.5 Posse precária: a função social viabilizando sua legitimidade

A posse pode apresentar alguns vícios dentre eles o da precariedade. Este tipo de mácula da *possessio* traduz-se no abuso de confiança na relação contratual existente entre possuidor direto e indireto (proprietário). Como exemplo, é o locatário que ao ser notificado do desejo do proprietário em ter seu bem a sua disposição, em conformidade com o anteriormente acordado pelos dois, aquele se recusa a entregar o imóvel, ou no caso do comodatário que age da mesma forma.

A doutrina e o próprio Código Civilista são uníssomos em entender que os outros tipos de posse viciosa possam convaler, como a clandestina e a violenta, no entanto, a posse precária não, por não haver previsão legal para tanto.

Em que pese o referido entendimento, na temática constitucional ora vigente de

atendimento dos preceitos fundamentais previstos na Carta Magna pelos institutos do Direito Privado, o tema passa a ser visto sob diferente perspectiva.

Não vislumbra, como já visto, o direito de propriedade *status* absoluto, sobretudo, quando descumpridor da função social. E considerando-se o direito fundamental à moradia previsto expressamente na Constituição de 1988, a posse mesmo que precária é passível de que seja útil para fins de usucapião.

Nesse contexto acertado é ao julgado do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ainda utilizado como parâmetro:

[...] Tendo em vista a auto-aplicabilidade do art. 183 da CF/88, mesmo em se considerando a ausência, no plano municipal, dos diplomas legais previstos no art. 182, lícito é ao interessado buscar a tutela jurisdicional para obter o reconhecimento do domínio da área até 250 m² de que tenha a posse por mais de 5 anos, mansa, ininterrupta e pacificamente, desde que a utilize para sua moradia ou de sua família e que não seja proprietário de qualquer outro imóvel, sendo irrelevante o modo como se adquiriu a posse do questionado bem. A CF/88, em seu art. 183, não estabelece o limite mínimo para se invocar a usucapião, mas apenas o máximo, não se podendo, assim, através de uma pretensa interpretação restritiva fundada em norma infraconstitucional anterior a Lei Maior, reduzir indevidamente o alcance de uma regra constitucional de eficácia plena que visa a beneficiar os habitantes das cidades. (TAMG, 3ª Cam. Civ., AC 246.924-5. Rel. Juíza Jurema Brasil Martins, j. 06.05.1998)

Corroborando tal entendimento está o julgado do STJ:

Usucapião extraordinário. Comprovação dos requisitos. Mutação da natureza jurídica da posse originária. Possibilidade. O usucapião extraordinário – art. 550, CC – reclama, tão-somente: a) posse mansa e p cifica, ininterrupta, exercida com *animus domini*; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção *juris et de jure* de boa-f e e justo título, ‘que não só dispensa a exibic o desse documento como também proibe que se demonstre sua inexistência.’ E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, ‘**nada impede que o caráter originário da posse se modifique**’, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não   embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*. Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra ‘c’ do permissivo constitucional, e provido. (STJ, RSTJ 143/370. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha). (Grifou-se).

Sobre o tema há também entendimento doutrinário alegando que a posse mesmo que viciosa deva ser valorizada no caso de atendida a função social, devendo ser modificada a interpretação do Direito Privado em questão, senão vejamos (MADAIME, 2002, p. 199):

Assim, o que propomos,   que, a interpretação jurídica razoável que vise proteger e/ou garantir o direito social de moradia (e o de usucapião constitucional), deve prevalecer em face de outras interpretações, mesmo que consagradas na tradicional doutrina. Somente assim decide-se em consonância com os princípios constitucionais, informadores de todo o ordenamento jurídico.

Arremata o autor (MADAIME, 2002, p. 199) afirmando que: “... se a utilização econômica passou a ser exclusiva do precarista, é a posse deste que cumpre a função social. E esta posse deve sim dar direito ao usucapião”.

Há desta forma uma necessidade de o ordenamento infraconstitucional se debruçar sobre os preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais a fim de que não preveja situação jurídica contrária a Lei Maior.

O interesse último do Estado Democrático de Direito deve ser o de garantir o bem estar de todos os cidadãos e uma das formas de se alcançar esse objetivo é no caso de ser possibilitada a usucapião para o precarista que atender aos ditames sociais de sua posse, para que seja posta em prática a garantia da prevalência de suas prerrogativas humanas, mormente a de sua dignidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que a posse como também a propriedade devem cumprir o fim social, ou seja, devem buscar os objetivos que ensejam uma verdadeira justiça social.

A posse apesar de não dispor como a propriedade de maiores garantias conferidas pelo ordenamento jurídico, caso seja exercida de forma responsável e de modo que preencha os requisitos estabelecidos em lei, também deve ser protegida pela legislação.

As mudanças ocorridas no sistema jurídico desde o surgimento do Estado Social repercutiram também na concepção dos institutos privados. Os titulares dos direitos privados não passaram a ter o exercício destes limitado, apenas surgiu uma nova concepção do seu direito que passou a ser visto sob uma nova ótica, a social. A propriedade antes tida por absoluta, nos tempos hodiernos deve respeitar os regramentos impostos pelo bem comum. Todos os institutos jurídicos do ordenamento pátrio estão adstritos a essa nova realidade.

Em paralelo ao surgimento do Estado Social, verificou-se posteriormente a Constitucionalização do Direito Civil que representa uma visão dos institutos privados sob a ótica da Lei Maior. O texto que está positivado deve ser interpretado em conformidade com os princípios fundamentais.

Então, os institutos que antes eram interpretados de forma isolada do sistema, hoje, são confrontados com outros que estão positivados, previstos em diferentes diplomas. Havendo contraposição entre dois princípios será escolhida no caso concreto qual a melhor tese a ser seguida.

Nesse compasso, como não poderia ser diferente, os temas dispostos no Código Civil relativos ao bem imóvel também foram afetados por essa nova interpretação, passando a serem considerados como válidos desde que atendida a finalidade social, fenômeno que também ocorre com a posse.

Restou consignado que a função social da posse está prevista de forma implícita no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre os temas que apresentam correlação com a função social da posse estão a desapropriação judicial e os tipos de usucapião especial.

A desapropriação judicial conforme visto, presente no art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002, ocorre quando o proprietário por não promover a utilização devida do bem, tem seu direito restringido, pois não atendeu aos ditames da justiça social. Ao passo que os possuidores, estes sim utilizando o bem de forma que sirva como moradia habitual para vários indivíduos ou mesmo para que se efetuem obras de relevante valor social ou promovam a

utilização econômica do bem, dispõem da possibilidade de adquirir a propriedade da coisa desde que indenizem o titular do *jus proprietatis*, que é a chamada desapropriação privada.

Outra forma de se vislumbrar a chamada posse cumpridora de função social é quando da análise da usucapião especial, prevista no parágrafo único do art. 1.238 do Código Civilista, quanto à propriedade urbana, e no art. 1.239, do mesmo diploma, quanto à propriedade rural e, ainda, no caso de existência de justo título, no parágrafo único, do art. 1.242, também do Código Privado.

Tal perspectiva da posse com características que a impinge do aspecto social também resta assentada nos diplomas específicos, tais como no Estatuto da Cidade e no Estatuto da Terra, todos não tratando a temática de forma expressa.

Por fim, verificou-se que as modalidades de posse que estão presentes como elementos dos temas que dão ensejo à aquisição da propriedade pelo possuidor são a posse-moradia e a posse-trabalho.

A moradia é direito consagrado na Constituição Federal de 1988, estando presente no rol dos direitos fundamentais sociais, ademais o trabalho desfruta também de *status* constitucional, ambos são o exercício da *possessio* tendo como objetivo fim os ditames da Justiça Social, pois estão concordes com os interesses da coletividade.

Por fim, tem-se que diante da conjuntura social atual em que os indivíduos estão cada vez mais necessitados de uma moradia digna e da ação estatal para prover-lhes outros direitos, como o trabalho, a posse apresenta-se como protagonista para se amenizar esta situação problemática. Então, os operadores do Direito devem atentar-se para esse fato, passando a conferir à posse a importância necessária para verificar-se nos casos concretos maneiras de tutelá-la e, assim, promover o fim último do Estado Democrático de Direito, qual seja: o bem estar da coletividade através da garantia da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 1: introdução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- ARAÚJO, Osvaldo Oliveira. **Direito aplicado: vivências judiciais de conflitos agrários em Minas Gerais**. Brasília: MDA, 2009.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BARROS, Ana Lúcia Porto de. *et al.* **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**. N. 7, julho de 2001, págs. 69-84.
- BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana (art. 8º). *In*: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade: (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 117-136.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant' Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. Organizadores: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 229/276. CAPÍTULO.
- CAMACHO, Ildefonso. **Doutrina social da Igreja: uma abordagem história**. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- CASTRO, Aurea Lucia Chaves; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. A função social da posse. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDEI, 18., 2009, Maringá. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27/04/2014.
- DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**. 2008, julho, págs. 9-20.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 4. 25. ed. São Paulo: 2010.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Nelpa, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAZ, Sérgio (Coord.). Usucapião especial (arts. 9º a 14). *In*: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**: (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 137-149.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA, Pinto. **Posse, ação possessória e usucapião**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIUZA, Ricardo. Coordenador. **Novo Código Civil comentado**. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 2002.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Orlando; atualizado por: FACHIN, Luiz Edson. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues gama. Campinas: Russel editore, 2004

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

MACHADO, L da S. **Fundamentos da função social da propriedade e da reforma agrária na Constituição Federal de 1988**. 2002. 157 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2002.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MADAIME, Marcio Manoel. A possibilidade de mudança do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião. **Revista de Direito Privado**, n. 11, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p.188-213.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MATIAS, João Luis Nogueira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O acesso à terra e a função social da propriedade rural. *In*: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. **Anais...** Salvador: 2008.

Disponível em: <<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

MATTOS, César C. A.. Uma análise econômica da função social da propriedade na Constituição brasileira. In: ARAÚJO, José Cordeiro de, *et al* (Org.). **Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**. Brasília: Edições Câmara, 2008. p. 565-577.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Ed. 2. São Paulo: Saraiva 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito individual de propriedade e o princípio da função social. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 15, n. 1/2, jan/dez 1996, págs. 113/118.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 96, n. 860, p. 91-133, jun. 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Código de Processo Civil Comentado**. Atual. Prof. Sérgio Bermudez. Disponível em: <<http://www.carlossobral.com/pedido-codigo-de-processo-civil-comentado.html>>. Acessado em: 18/10/2011.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. V. 4. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao direito**. 8 ed. Rev. e atual. João Pessoa: Edições Linhas d'Água, 2007.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 46, janeiro de 2004, págs. 203/232.

OLIVEIRA, Edezio Muniz de. **Da função social da posse**. Disponível em: <<http://edeziomuniz.jusbrasil.com.br/artigos/111827004/da-funcao-social-da-posse>>. Acesso em: 21/04/2014.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito à propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. **A disputa da posse**. São Paulo: LTr, 1999.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das coisas.** v. 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Marizélia Peglow da. A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia. *In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*, 15., 2007, Campos dos Goytacazes. **Anais...** Campos dos Goytacazes: 2007. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/_integra_campos.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia. Disciplina dos direitos reais nos projetos Felício dos Santos e Coelho Rodrigues. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Ano 2, n. 10, págs. 11481/11501, 2013. Disponível em: <http://www.idbful.com/uploaded/files/2013_10_11481_11501.pdf>. Acessado em: 11/04/14.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.** Ano 2, n. 8, out/dez de 2008, p. 55-92.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores.

TALAVERA, Glauber Moreno. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.** Organizadores: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 277/327.

TARTUCE, Flávio. A Função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional. **Ciência jurídica.** Ano 2007, v. 21, n. 134, mês mar/abr, páginas 406-411.

TEIZEN JR., Augusto Geraldo. **A função social no código civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TORRES, Alessandra Valério; TEIXEIRA, Caio Hilton; GUERRA, Luis Antônio. A função social como critério norteador do direito de propriedade. *In: ARAÚJO, José Cordeiro de, et al (Org.). Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira.* Brasília: Edições Câmara, 2008. p. 565-577.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TOURINHO NETO. Propriedade, posse e Constituição. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,** Brasília, v. 22, n. 6, p. 33-38, jun. 2010.