

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marilene Silva de Oliveira

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

**** José Augusto Lourenço Santos**

Possui graduação em Bacharel Em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1981) e mestrado em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2005). Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga e juiz de direito - Tribunal de Justiça. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a questão da função social da posse no Ordenamento jurídico brasileiro. O instituto da posse é considerado pelos doutrinadores como um tema controverso e complexo desde as suas origens romanas. Na Idade Média caiu no ostracismo o mesmo ocorrendo na Idade Moderna, mas retornou com vigor após a Revolução Francesa. No Brasil, desde o período Colonial até aos dias atuais é instituto de destaque em decorrência dos inúmeros conflitos agrários instalados no país. Foram feitas breves considerações históricas a respeito da posse, principalmente no Brasil. Também se levou a cabo uma análise a respeito das teorias justificadoras do direito da posse e sua natureza jurídica. Abordou-se a idéia da função social e a sua origem histórica. Verificou-se a contribuição da Constituição Federal de 1988, ao ficar a função social da propriedade como direito fundamental da pessoa, imprimindo uma nova roupagem ao direito de propriedade que, assim, deixou de ter o caráter absoluto de outrora. Este princípio garante o direito de propriedade, mas desde que a mesma atenda à função social. A posse e a propriedade são faces da mesma moeda. Existe um imbricamento natural entre os dois institutos. A posse, por vezes, existe desligada da propriedade e tem como finalidade constituir esse direito, o que ocorre através da usucapião. Em outras situações, a posse aparece como o exercício da propriedade ou de outro direito real. Em ambas as situações, a posse deve seguir o trilho da função social de modo a assegurar a toda sociedade uma existência digna. Também, se fez uma abordagem a respeito das consequências jurídicas pelo mau uso da posse ou da propriedade, isto é, em desrespeito ao princípio da função social.

Palavras-chave: Função social. Posse. Propriedade. Dignidade humana. Ordenamento jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O termo “posse”, no mundo jurídico, tem múltiplas incidências. Diante disso, para evitar um emaranhado de conceitos e dificuldades de compreensão pelo leitor, o âmbito da investigação neste trabalho será restringido a situações que envolvam a posse da terra, classificado no Código Civil como bem imóvel por natureza.

Pondera-se, ainda, que as questões possessórias a serem discutidas serão relativas à realidade brasileira e ao ordenamento jurídico utilizado para solucionar os conflitos em torno do assunto, permitindo a análise de “como o direito brasileiro pode contribuir para a solução pacífica e ordenada dos conflitos possessórios que envolvem significativa parcela da população” (PARIZ, 2007, p.14).

A presente monografia tem como objetivo trazer elucidações sobre questões relativas à posse, com o fim de demonstrar a sua relevância, acima de qualquer outro instituto, na operabilidade da função social da terra, o que foi previsto na Constituição Federal, e, ao mesmo tempo, busca vê-la como direito fundamental e como princípio balizador da ordem econômica, respectivamente nos art. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, ambos da Carta Magna.

Tem-se, então, o objetivo de angariar elementos suficientes, a fim de que se atinja a constatação de que é pela posse da terra, e não de sua propriedade, que o tão visado princípio da função social se efetiva, esclarecendo, assim, o determinante papel que desempenha, ainda que de forma velada.

Ressalte-se que o presente trabalho não se ocupou de exaurir toda a matéria, nem mesmo desconsiderar opiniões adversas, mormente pela grande quantidade de trabalhos acerca do tema. Apenas se quer lançar mais uma reflexão sobre a questão da aplicabilidade da função social ao fenômeno possessório e suas consequências.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O INSTITUTO DA POSSE

A espécie humana, desde tempos imemoriais, construiu a noção de posse. Não a idéia de posse moderna, baseada no direito, mas aquela sustentada pela força física que lhe permitia o controle “da caverna, da terra, ou dos utensílios domésticos e da caça” (PARIZ, 2007, p.86).

O presente estudo não abordará a posse dos primórdios da humanidade, mas a posse que nos foi legada pelo direito romano. Posto desta forma é de suma

importância conhecer, ao menos em linhas gerais, como ocorreu seu desenvolvimento a partir do direito e até aos dias de hoje.

2.1 A posse em Roma

Os romanos conheceram uma economia predominantemente agrária. Em relação ao domínio imobiliário, os negócios eram raros, havia uma abundância de terras em confronto com a escassez da população e de sua aptidão em tomar posse delas. Não havia títulos legítimos, o que possibilitava, a cada um, apossar-se de alguma coisa sem se expor a contestações maiores. É esclarecedor o seguinte trecho da obra de Darcy Bessone:

À falta de um título originário, poderia este ser produzido através da chamada *in jure cessio*, simulação de uma lide na qual o autor da ação alegava o domínio, e o réu não o contestava, para que o pretor pudesse declarar a propriedade do primeiro (BESSONE, 1996, p.3).

Assim, em uma sociedade com reduzido número de pessoas e com poucos títulos dominiais, a posse teria de desempenhar um papel importante, no que se refere ao uso e gozo dos imóveis, principalmente dos rústicos.

Nesse sentido, Bessone acrescenta que:

Àquela época, o pastoreio constituiu atividade freqüente, com consequente reflexo na instituição de situações puramente fáticas, que, sob pena do alastramento dos conflitos, passara a exigir regras de convívio e de redução de contendas. Aí está o perfil do importante papel que a proteção possessória passou a desempenhar (BESSONE, 1996, p.3).

2.2 A posse na Idade Média

No século V, o império romano caiu nas mãos dos bárbaros, iniciando-se a Idade Média, que se prolongou até o século XV, com a queda de Constantinopla, capital do império romano do oriente. A Idade Média foi uma época da história da humanidade sem grandes discussões sobre a posse. De fato, a estrutura sociopolítica e o florescente comércio medieval impediam essa discussão.

Nesse prolongado obscurantismo, o sistema dominial imobiliário, como consequência direta do regime sociopolítico, perdeu, progressivamente, as características individualísticas, para se converter no conhecido dualismo

feudal da sobreposição do domínio eminente do suserano ao domínio útil do vassalo, explorador cruel do servo da gleba. Essa situação tripartite gerou poderes dominiais rígidos, que não se compatibilizariam com querelas fáticas ou possessórias. A posse sucumbiu, desaparecendo das cogitações jurídicas durante mil anos (BESSONE, 1996, p.4).

O homem medievo favoreceu o surgimento de uma atividade nova, a do artesão, que iria em direção a uma significativa atividade comercial, dando surgimento ao Direito comercial, que os romanos não chegaram a conhecer. De acordo com Darcy Bessony (1996, p. 4), o comércio tornou-se florescente no mediterrâneo, sobretudo em certas cidades italianas, como Florença e também nas famosas feiras francesas.

2.3 A posse na Renascença

O período da Renascença, chamado o movimento de idéias, segundo Darcy Bessone (1996, p. 5), constitui o momento histórico da transição do medievalismo para um novo tempo, que encontraria sua maior expressão na Revolução Francesa e na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.”

Com o passar dos séculos, foi-se criando a estrutura econômica que receberia o título de Capitalismo, principalmente após a Teoria do Sistema, formulada por Adam Smith. Nessa época já estavam descobertas a eletricidade e a energia a vapor, fatores de suma importância para o surgimento da indústria e da produção em série.

Na França, surgiu uma atividade manufatureira, à base de um sistema que se estabeleceu sob o título de “mercantilismo”. Segundo Darcy Bessone (1996, p. 5), o mercantilismo, por efeito da própria lógica de suas inspirações, teve a visão voltada para o comércio e para a indústria, mostrando-se desatenta aos interesses agrários.

Portanto, no período da Renascença, a proteção possessória também não constituiu tema importante nos estudos jurídicos.

2.4 A posse Pós-Revolução Francesa

Nem mesmo o surgimento do *Code Civil* e do *Code Commerce*, decretados por Napoleão em 1807 e 1808, fez surgir novos estudos sobre a posse. Com esses

novos instrumentos jurídicos e a nova realidade político-social surgida com a Revolução Francesa, era de se esperar que a Ciência Jurídica se apercebesse de que o instituto da posse não havia desaparecido do mundo jurídico, mas apenas deveria ser aperfeiçoado àqueles novos tempos. Porém, isso não aconteceu.

Darcy Bessone, acerca da questão, expressa o seguinte:

Em lugar de se aplicarem os doutos à elaboração de uma teoria da posse compatível com os novos fatos da vida, Savigny preferiu devotar-se a profundas pesquisas sobre a posse em Direito Romano, este compatível só com as realidades de 1800 anos antes. Consequência desse diletantismo intelectual foi a réplica de Jhering (BESSONE, 1996, p.3).

O famoso duelo entre Savigny e Jhering acabou chamando a atenção de todos para questão da posse no império romano e não para o que ela representava no século XIX.

2.5 A posse na Era Industrial

A era industrial foi marcada por um revolucionário processo de industrialização. As duas grandes guerras mundiais contribuíram para o surgimento de uma nova ordem econômica, social e política. Após a segunda Guerra Mundial, com o surgimento da eletrônica, tudo passou a girar em torno da computação e da cibernética. Darcy Bessone assevera que:

Tão profunda e ampla foi a transformação da vida e da civilização que, já sob o império da informática e da telemática, o homem aventurou-se a sair de seu planeta para a realização e pesquisa nos espaços siderais (BESSONE, 1996, p.3).

É um momento histórico. O homem com sua inteligência consegue pisar a lua quando, antes, isso não passava de delírios de poetas sonhadores.

Portanto, já na Era Industrial, a posse teria que ocupar algum espaço que fosse compatível com a nova ordem social. Mas não foi isso que aconteceu; voltou-se a projetar a posse como se o ambiente do século XX fosse o mesmo do direito romano.

Os juristas se limitaram a refletir apenas sobre a complexidade da posse. Não foram capazes de vincular-se à evolução das novas descobertas e inventos. Em vez de abrirem a mente para a nova realidade social e econômica, onde novas situações fáticas criaram inovadoras perspectivas, de posse mantiveram as vetustas idéias surgidas em Roma (BESSONE, 1996, p.7).

A posse, nos dias de hoje, dada a sua importância, não pode ser regida por padrões válidos para dois mil anos atrás.

3 BREVE HISTÓRICO DA POSSE NO BRASIL

3.1 A posse no Período Colonial

Quando os portugueses aportaram no Brasil, encontraram uma vastidão de terras habitadas pelos índios, que exerciam uma posse mansa e pacífica. A terra era fundamental para sua subsistência e constituía seu maior bem.

As terras brasileiras, antes mesmo da chegada de Cabral, já pertenciam a Portugal por força do Tratado de Tordesilhas. Nesse sentido, Messias Junqueira assevera que: a história territorial do Brasil começa com um paradoxo: “antes de descoberto o Brasil, suas terras, já pertenciam a Portugal”, ou seja, antes do descobrimento ser revelado ao mundo, a terra brasileira já era de propriedade da coroa portuguesa por força de tratado. (TORRES, 2008, p.13).

A terra brasileira não despertou o interesse dos portugueses imediatamente. A primeira iniciativa de colonização surgiu de um contrato de arrendamento, que possibilitava a extração de nossas riquezas. Depois surgiram algumas expedições visando à extração de pau-brasil e outras riquezas.

Dadas as dificuldades de exploração dos novos domínios, os portugueses concluíram que era preciso encontrar uma forma de fixar o homem à terra, ou seja, criar um meio de ligá-lo econômica e juridicamente à terra, conforme relata Virgínia Rau:

E, assim toda a colonização medieval na Península se orientou no sentido de facilitar o uso e a posse da terra, bem como em conceder numerosos privilégios aos colonos. A escassez de cultivadores teve como corolário a emancipação social das classes inferiores [...] (RAU, 2008, p. 17).

Os primeiros colonizadores encontraram, nas terras brasileiras, imensas florestas e extensos campos, sem dono, pois o índio não possuía nenhum direito. O que fez levantar a primeira questão jurídica: a dignidade humana do índio e a ocupação de terras.

Segundo Torres (2008, p. 18), a regra vigente em Portugal, desde a Idade Média, era o princípio de que pertenciam ao rei todas as terras conquistadas dos infiéis. Esse princípio também se aplicou às terras brasileiras que passaram a ser de propriedade do rei. Mas a falta de defesa e de cultivo exigiu que essas terras fossem para as mãos de particulares que deveriam torná-las produtivas, defendê-las e habitá-las.

A primeira forma de ocupação de terras se deu através das capitânicas hereditárias, mas os resultados esperados foram pífios. Realmente, das doze capitânicas concedidas pelo governo Português, apenas a de Pernambuco, no Nordeste, e a de São Vicente, no Sudeste, lograram algum êxito.

Foi, então, instituído no Brasil, pelo governo Português, o Regime das Sesmarias, com o objetivo de que a terra fosse povoada e explorada, ou seja, tivesse posse efetiva e cultivo. Contudo, tal distribuição de terras teve o inconveniente de criar o latifúndio, com todas as consequências negativas daí decorrentes. Sobre as sesmarias, Waldemar Ferreira (2008, p. 26) assinala que, em razão da imensa extensão territorial sobre a qual se sabia apenas que começava na “costa marítima e cujos fins se perdiam no mistério e na lenda, a dádiva de terras de sesmarias tinha que iniciar como aconteceu com a política territorial latifundiária. Cada sesmaria era considerada um latifúndio”.

Através das sesmarias, grandes extensões de terras foram concentradas nas mãos de poucos. A necessidade de colonizadores para cultivar a terra levou à escravidão do índio e do negro.

3.2 A posse no Brasil Imperial

Apesar da concessão de sesmarias, muitas terras ainda permaneciam sem aproveitamento. Mas, diante da dificuldade de se conseguir novos pedidos de sesmarias, passou a ocorrer o simples apossamento do solo com seu cultivo, por parte dos colonos. Eduardo da Fonseca menciona que:

Sendo oneroso e torpido o processo de obtenção das sesmarias, os colonizadores, desde os primeiros tempos da conquista do solo, assenhoravam-se dos terrenos não aproveitados que se lhes deparavam. De um a outro extremo do Brasil. Surgiram assim as chamadas posses (FONSECA, 2008, p. 56).

Com isso as demandas, envolvendo as questões possessórias tornaram-se cada vez mais freqüentes.

Com a independência iniciou-se o período imperial, mas a posse da terra continuou com graves distorções. Apenas com a Resolução de 17 de julho de 1822, resultante da provocação do posseiro Manoel José dos Reis, que requereu proteção possessória de suas terras, ocorreu uma mudança de rumo numa situação de irregularidade de posse que perduraria, por mais de três séculos, sobre as terras brasileiras.

Pode-se dizer que a referida Resolução já apontava para a função social da posse, privilegiando aquele que, além de estabelecer na propriedade sua moradia, cultivava a terra.

A partir daí surge um período chamado de Regime da Posse de Terras Devolutas, pois já não se concediam mais sesmarias, permitindo, aos que ocupavam as terras, utilizá-las como possuidores, trabalhando a terra e retirando dela o seu sustento e o de sua família.

Com a Provisão de 14 de março de 1823, foi garantida a proteção ao possuidor com o título de legitimação, desde que cumprisse, na sua posse, a função social.

A ocupação foi modo de aquisição de propriedade. Segundo (MARQUES *apud* (TORRES, 2008, p. 67), enfático sobre a ocupação como forma de aquisição de coisa imóvel, assinala que, por consenso e costume geral, eram ocupadas terras por particulares “os *quaes*, pelo único *facto da ocupação*, tornavam-se donos.”

Portanto, bastava ocupar terras públicas para adquirir gratuitamente o domínio. Este sistema foi reconhecido pela lei estadual de São Paulo, nº 1844 de 27/12/1921.

A ocupação era considerada posse privilegiada, desde que seguida de moradia e cultivo, ou seja, posse com função social.

Em 18 de setembro de 1850 vem a lume a Lei nº 601 – denominada Lei de Terras. Esta lei foi considerada por Messias Junqueira como uma das leis mais perfeitas do Brasil humana, liberal, um formoso código de terras. (Torres, 2008, pg. 74)

Com a Lei de Terras, a posse com função social foi protegida, em função do reconhecimento do seu valor e também devido ao interesse econômico e social do país com a produção e povoamento.

É com a medição que, segundo (LIMA *apud* TORRES, 2008, p. 77), seria possível exercer, o titular, o *jus possidendi*, concretizando efetivamente sua posse.

Assim a medição era condição essencial para a efetivação da posse. Depois, passou-se a exigir do possuidor a confirmação, como requisito fundamental para se alcançar a titularidade da propriedade privada.

O legislador entendeu ser a função da terra, onde a posse era exercida com moradia e cultivo, requisito de peso social de suma importância para a nação. Demonstrava-se, com isso, uma preocupação com o desenvolvimento do país, e também com a dignidade humana, pois o homem necessita de um mínimo para sua subsistência.

Segundo Torres (2008, p.80) a posse, para ser legitimada, não podia ser contestada, independente de ter sido obtida por ocupação primária ou por sucessão a título singular. Portanto, o legislador, quando criou a Lei 601, tinha como objetivo garantir

a posse àqueles que, efetivamente, cumprissem com os requisitos básicos: moradia habitual e cultura efetiva.

A regularização fundiária no Brasil foi iniciada com A Lei de Terras e com forte intervenção do Estado, através da edição de outras leis. As terras passam a ser adquiridas somente através de compra e venda, ou seja, foi proibida a aquisição gratuita de novas terras devolutas, exceto daquelas próximas às fronteiras.

O Governo Imperial estipulava um preço elevadíssimo para a aquisição das terras. Carlos Marés afirma que havia uma vontade política determinada a impedir que qualquer um do povo se tornasse proprietário, por simples ocupação das terras, recusando-se o governo a reconhecer posses de subsistência, e impondo instrumentos para coibi-las (MARES *apud* TORRES, 2008, p.91).

Mas, a despeito da proibição, isso não impediu que a expansão da colonização para oeste continuasse à custa de terras devolutas, invadidas e ocupadas. Torres menciona que:

Apesar das barreiras 'do preço e concessão política, era e continua sendo impossível evitar que as terras fossem ocupadas por quem, fora do mercado, produzisse para a subsistência'. Afinal, a terra alimenta quem nela trabalha, independentemente de título de propriedade. A terra não pede títulos e documentos para entregar seus frutos, basta plantar ou coletar (MARES *apud* TORRES, 2008, p.98).

Não há consenso sobre os benefícios sociais decorrentes do apossamento das terras, pois os pobres ocupavam as terras para garantir sua subsistência.

3.3 A posse no Brasil Republicano

Com a Constituição de 1891, as Províncias se transformaram em Estados-membros e ocorreu o mesmo processo de quando o Império sucedeu à Coroa, e a República ao Império, ou seja, ocorreu a transferência das terras devolutas para o domínio dos Estados.

Apesar desta imensa quantidade de patrimônio fundiário transferido pela União para os Estados, a distribuição da terra não foi feita adequadamente. A União e os Estados não tinham o controle da situação, pois não sabiam distinguir entre terras públicas e terras privadas.

Diante desse quadro, os grandes fazendeiros tinham, cada vez, mais terras e os camponeses viram-se obrigados a lutar por elas, não com base em título de propriedade, mas sim na posse. É nesse contexto que surge a criação de Canudos onde mais de vinte mil pessoas cultivavam – posse coletiva - a terra coletivamente, até serem esmagados pelo exército em 1897. Outro exemplo é a luta do Contestado nos Estados de Santa Catarina e Paraná, por volta de 1912, onde agricultores, que tinham sido expulsos de suas terras, para possibilitar a construção de uma estrada de ferro, lutaram pela terra até serem desbastados pelo exército em 1917, com milhares de mortos (VIAL, 2003, p.187).

O Código Civil de 1916 teve um papel importante, ainda que restrito, no acesso à terra. De fato, é a partir da sua vigência que as questões relativas à especificação das terras públicas (devolutas) e privadas passam a ser resolvidas através de procedimento judicial. Em outra vertente, regulamentou a posse como forma de aquisição da propriedade através da usucapião, fato da maior importância, porque não se aceitava mais a regularização das sesmarias e nem a legitimação de posses (VIAL, 2003, p.187).

Na década de oitenta do século passado, entre a produção legislativa que antecedeu a Constituição de 1988, podemos apontar a Lei 6.969/81, que criou a usucapião especial rural, beneficiando os possuidores de terra que exercessem a posse há mais de cinco anos, adquirindo dessa forma a propriedade.

A Constituição de 1988 também prestigiou a posse ao garantir, no art. 5º, inciso XXII e XXIII, o direito à propriedade e ao submeter esse direito a uma função social representada pela posse produtiva da terra titulada.

Por fim, vem o Código Civil de 2002 que, em obediência aos parâmetros constitucionais, prestigia a propriedade e a posse. Quanto a esta, através das várias

figuras de usucapião, com o acréscimo de uma novidade prevista no artigo 1.228, §§ 4º e 5ª, onde se disciplinou uma nova forma de desapropriação por interesse social, a favor dos possuidores, mediante justa indenização a ser paga ao proprietário nos valores fixados pelo juiz na sentença.

4 TEORIAS JUSTIFICADORAS DO DIREITO DE POSSE E SUA NATUREZA JURÍDICA

4.1 Considerações gerais

A posse é considerada um dos institutos mais discutidos e controvertidos do Direito Civil. No campo do direito, poucas matérias vêm sendo tão discutidas ao longo dos milênios como a posse e, mesmo no século XXI, não se chegou a um consenso entre os juristas. Traçar conceitos e conteúdos de tal instituto é uma das tarefas mais difíceis do direito, como afirmou Ruggiero:

Não há matéria que se ache mais cheia de dificuldades do que esta, no que se refere à sua origem histórica, ao fundamento racional da sua proteção, à sua terminologia, à sua estrutura teórica, aos elementos que a integram, ao seu objeto, aos seus efeitos, aos modos de adquiri-la e de perdê-la (RUGGIERO *apud* GONALVES, 2011, p.44).

Segundo Thomas Marky (1988), o conceito de posse é mais antigo que o de propriedade. A doutrina romana elaborou-o com base na obra dos pretores (magistrados encarregados na jurisdição civil) ao longo do tempo.

Conforme visto, a origem da posse, do ponto de vista jurídico, remonta o Império Romano. Mas essa é uma questão obscura, a respeito da qual não há consenso entre os juristas. Os romanos conquistavam grandes áreas de terras e havia a necessidade de reparti-las, sem, contudo, perdê-las.

Carlos Roberto Gonçalves informa que:

A origem da posse é questão controvertida, malgrado se admita que em Roma tenha ocorrido o seu desenvolvimento. As diversas soluções propostas são reunidas em dois grupos: no primeiro, englobam-se as teorias que sustentam ter a posse sido conhecida do direito antes dos interditos; no segundo, figuram todas aquelas que consideram a posse mera consequência do processo reivindicatório. Entre as teorias do primeiro

grupo, descarta-se a de Niebhur, adotada por Savigny (GONÇALVES, 2011, p.47).

As dificuldades geradas pelo instituto da posse levaram ao surgimento de várias teorias que procuraram justificar a origem, fundamentos e defesa da posse. Dentre essas teorias merecem destaque as seguintes: a) Teoria Subjetiva da Posse, de Friedrich Von Savigny; b) Teoria Objetiva da Posse, de Rudolf Von Jhering; c) a Teoria da Apropriação Econômica, de Saleilles; e d) a Teoria Social, de Perozzi.

4.2 Teorias da posse

4.2.1 Teoria subjetiva de Savigny

Em 1893, Friederich Von Savigny publicou a obra intitulada Tratado da Posse, na qual destacou a posição autônoma da posse e sustentou que o *ius possessionis* constituía o núcleo próprio da teoria possessória.

Para Savigny, a posse jurídica da terra surgiu quando grande parte do território conquistado pelos romanos foi entregue aos cidadãos para que fosse explorado. A teoria de Savigny é chamada de Subjetiva, tendo em vista um dos elementos indispensáveis para a existência da posse, chamado de *animus domini*.

Savigny define a posse pela conjugação de dois elementos essenciais, que são: o corpus, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento subjetivo, que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Portanto, os dois elementos são indispensáveis, pois se faltar, o corpus, não existirá posse e, se faltar o elemento *animus* também não existirá posse, mas sim mera detenção, que Savigny chamava de *naturalis possessio* (posse natural), e que não produzia efeitos jurídicos.

Estando presentes os elementos corpus e *animus* concretiza-se a *posse civilis* (posse civil), geradora de efeitos jurídicos. Sua teoria deixa evidente, a distinção que faz entre posse e propriedade, institutos que, muitas vezes, são confundidos, mas

sem razão, uma vez que a posse é o poder de fato sobre a coisa e a propriedade é um poder de direito sobre a coisa.

Savigny criou uma terceira categoria de posse, a que denominou Posse Derivada, reconhecida a certas pessoas que tinham a apreensão da coisa, mas que não tinham o *animus domini*. Desta forma, encontravam-se, nesta situação, o credor pignoratício, o precarista e o depositário de coisa litigiosa, estes tinham a proteção possessória, mas não tinham a posse civil.

4.2.2 Teoria objetiva de Jhering

Para Jhering, a posse surgiu de medidas arbitrárias de pretores que, em atritos surgidos na fase inicial das ações reivindicatórias, outorgavam, de forma discricionária, a um dos contendores a guarda ou detenção provisória da coisa litigiosa.

A teoria de Jhering é chamada de Objetiva. Para esta teoria a posse apresenta apenas um elemento, que é o corpus, pois este já é a relação de exterioridade existente entre o proprietário e a coisa, ou seja, a mera aparência da propriedade. Portanto, para Jhering, a posse é nada mais que a exteriorização da propriedade, que tem como importância, o fim sócio-econômico do bem.

Para Jhering, o instituto da posse está totalmente dependente da propriedade, e o seu conceito é o seguinte: o possuidor é aquele que exerce, sobre a coisa, as mesmas atribuições conferidas pelo direito de propriedade.

4.2.3 Teoria da Apropriação Econômica, de Saleilles

Saleilles, também um estudioso do Direito Romano, se utiliza da concepção de Jhering para criticá-la. Para ele, a existência da posse também não depende da apreensão física, mas, a partir disso, afasta a dependência da posse para com a propriedade. Os dois institutos se entrelaçam no aspecto objetivo, mas diferem em seu aspecto subjetivo. Ele traz a preocupação com o aspecto econômico da posse, ou seja, ele considera a importância da atribuição da posse como condição para o

desenvolvimento social e econômico, base para o desenvolvimento da atividade do homem, incluindo aí a atividade de produção.

A produção teórica de Saleilles não é vista somente pela lógica jurídica (como são as concepções de Savigny e Jhering); para ele a posse vai além das relações existentes entre o indivíduo e a coisa, ele vê as relações entre indivíduos inseridos na sociedade. Daí entende que:

[...] a posse não é só o presente, ou um simples ato externo, que possa prescindir dos atos anteriores que a caracterizam, e da complexidade das relações sociais, já que o direito, em suas origens, é um produto de estado social e não uma abstração lógica (SILVEIRA *apud* ALBUQUERQUE, 2002, p.125-126).

4.2.4 Teria Social, de Perozzi

Em 1906, Perozzi publicou a obra *istituzioni di diritto romano*, a teoria social da posse. Sua teoria demonstra uma característica baseada no comportamento passivo dos sujeitos que integram a coletividade com relação ao fato, ou seja, a abstenção de terceiros em relação à posse. Para o autor, a posse prescinde do elemento corpus e do *animus* e resulta do fator social, ou seja, depende da abstenção dos outros em relação à coisa. Sua obra é considerada um fenômeno social de natureza consuetudinária.

Para o autor, quem tem o chapéu na cabeça, pode dele dispor livremente, podendo defender-se de quem quiser importuná-lo tentando subtrair o chapéu.

Segundo o autor, a posse assemelha-se à propriedade no aspecto social, mas diferem entre si, porque considera que a posse é um fato e a propriedade, um direito.

4.3 A teoria da posse adotada pelo Código Civil Brasileiro

A celeuma entre a Teoria Subjetiva, de Savigny e a Teoria Objetiva, de Jhering, dividiu a doutrina, mas o Código Civil Brasileiro (2002), adotou a teoria objetiva de

Jhering, consoante prescreve o art. 1196, “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Portanto, na nova sistemática do Direito Civil, a posse não necessita da intenção de dono e nem do poder físico sobre a coisa para sua caracterização, visto que é uma relação entre a pessoa e a coisa. Mas esta correlação deve ser baseada na função sócio-econômica da coisa.

Apesar do legislador, adotar a Teoria Objetiva, a Teoria Subjetiva de Savigny, não foi esquecida e, por isso, também aparece no Código Civil, nomeadamente no artigo 1.238, que trata da usucapião extraordinária. De fato, nessa modalidade de usucapião, a posse deve ser aquela “que se exerce com intenção de dono – *cum animo domini*. Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire tónus de essencialidade” (PEREIRA, 2004, p.140).

4.4 A natureza jurídica da posse

Quanto à natureza jurídica da posse, há divergência entre os doutrinadores em considerá-la como direito ou mero fato. Entre os doutrinadores que concebem a posse como direito, discute-se se esse seria de caráter real, pessoal ou *sui generis*.

Nascimento (2000, p.50), assevera que, “a posse é fato que se plasmou na comunidade social, com anterioridade à incidência da lei”. Assim, a posse não seria um direito, mas mero fato.

Sílvio Rodrigues, (2003, p.21) não considera a posse um direito real, e fundamenta tal afirmativa alegando que o art. 1225 elenca, em *numerus clausus*, os direitos reais, e que a posse não está incluída em seus incisos.

Orlando Gomes (2010, p. 40), cujo posicionamento é compartilhado por Caio Mário, (2009, p. 22), concebe a posse como direito, e de natureza real – ainda que não conste entre os que o referido artigo arrola já que tal instituto é considerado de eficácia *erga omnes*, como são os demais direitos nesta seara.

Bessony (1996, p.16), não considera a posse como direito real, contrapondo-se ao posicionamento de Orlando Gomes. Para o autor, a posse é de direito pessoal.

Portanto, predomina a melhor doutrina que a posse é fato e é direito. É fato porque ocorre no mundo fático, antecedendo a formação de uma relação jurídica. Mas, a partir da existência de tal relação, gera conseqüências jurídicas diversas, como a possibilidade de buscar provimento jurisdicional a fim de protegê-la. Do mesmo modo que para cada direito corresponde uma ação, é inconcebível aceitar a existência de ação que não tenha como objetivo a proteção de um direito.

Finalmente, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.76), seguindo o entendimento de Clóvis Beviláquia (2010, p.76), considera a posse como direito, mas de natureza *sui generis*, isto é, especial, uma vez que contém um misto de atributos diversos, alguns constantes de direitos de natureza pessoal, outros inerentes a direitos reais.

Em linhas gerais, foi apresentado um breve relato histórico da Posse e da Propriedade no período romano e no Brasil, os contornos conceituais a respeito da posse, bem como sua origem, as principais teorias e sua natureza jurídica.

5 A APROPRIAÇÃO DE BENS E A ORIGEM DA IDÉIA DE FUNÇÃO SOCIAL

Diversas abordagens foram feitas, por inúmeros movimentos ideológicos, sobre o determinante papel histórico desempenhado pela propriedade e pela posse na evolução do ser humano, em razão da importância desses institutos jurídicos como projeções iniciais dos direitos reais no desenvolvimento do sentido de coletividade e na percepção de interdependência. Expressões notórias a respeito dessas idéias, já se faziam na antiguidade clássica, entre filósofos, como Aristóteles, que já previam a irretorquível constatação de que o homem é um ser social.

A ideia de função social ganhou resistência em face do exagerado liberalismo presente no Código Napoleônico (Code Napoléon), que, apesar de ter sido baseado nos aparentes ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, escondiam em seu âmago um caráter absolutamente patrimonialista; nele prevaleciam os interesses burgueses que regiam a economia e a sociedade.

A idealização de tal teoria, todavia, é mais antiga. Com efeito, já tinha sido abordada por São Thomás de Aquino, (CHAGAS, 2000 *apud* LUMY, 2011), que a concebia em três planos axiológicos, segundo os quais reconhecia, primeiramente, a prerrogativa concedida ao indivíduo de se apossar de bens materiais, partindo então para a contemplação da problemática resultante de tal ato e, por derradeiro, condicionando o patrimônio de acordo com o momento histórico vivido.

Segundo (MARQUESI, 2006 *apud* LUMY, 2011), a idéia de função social também estava vinculada a um sentimento mais remoto, inerente a todos os indivíduos de cunho essencialmente eudemonista teleológico. Por esse sentimento buscar-se-ia a felicidade na harmonização do meio social, conferindo ao Estado o papel de mediador ele teria a atribuição e o dever de "solucionar conflitos e interesses, latentes ou efetivos, de modo a favorecer o convívio harmônico entre os homens, que, reunidos em sociedade, buscam a própria realização de valores, ou seja, a felicidade" (MARQUESI, 2006, p.30).

Merece destacar o posicionamento do renomado jurista francês, Léon Duguit, expressa:

Objetivando a crítica de teorias arraigadas e antiquadas e inspirado na concepção propugnada pela igreja católica no tocante à destinação da propriedade com fins coletivos, pautado, ainda, na questionável doutrina por ele pregada de negação dos direitos subjetivos, fomentou a transformação da instituição jurídica da propriedade, com o fim de que seu titular a empregasse na geração de riquezas, beneficiando, portanto, toda a sociedade (LUMY, 2012).

Duguit cerceou o direito de propriedade de maneira férrea, considerando-o não como uma realidade jurídica, mas econômica, passível de flexibilização. Desta forma, seria possível impor ao proprietário, que é agraciado com a guarida normativa para sua fruição, o dever de zelar pela produtividade, satisfazendo os seus

interesses e, indiretamente, o de toda a coletividade, convalidando a máxima *ius et obligatio correlata sunt*.

Assim, Leal Júnior expressa que:

A ideia de função social encontra-se vinculada a todo um movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, reconstruindo institutos centrais do Direito Moderno, como ex. a propriedade, o contrato e a empresa. Segundo o qual parte-se do pressuposto de que toda prerrogativa, outorgada a alguém, deve cumprir um papel relevante perante a sociedade. Assim, o titular de um direito que dele se vale, imbuído pelo egoísmo, pode incidir em abuso, criando uma situação que afronta os ditames de nossa Constituição, que é notória por seu caráter cidadão (LEAL JUNIOR, 2010, p.44).

6 A EVOLUÇÃO DA IDÉIA DE FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de função social no direito brasileiro, segundo Benedito Ferreira Marques (1998, *apud* Ivan Ramon 2003, p.58), remonta ao tempo das sesmarias, período colonial em nosso país, época na qual já se demonstrava uma preocupação com o cumprimento da função social da terra. Realmente, aos sesmeiros já eram impostas obrigações com o cultivo da terra, dando-lhe o caráter de aproveitamento econômico.

O Código Civil Brasileiro de 1916 deixou de lado a função social, pois adotou, em seu artigo 524, o pensamento individualista, inspirado no Código de Napoleão. A ideia de função social foi inserida na Constituição Federal Brasileira de 1934 (art. 113, inciso 17), onde se lê que é garantido o direito de propriedade, “que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Desta forma o proprietário tinha a obrigação de dar uma destinação social a sua propriedade.

A Carta Magna de 1937, em seu art.122, § 14, assegurava “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Mas foi omissa quanto ao interesse social.

Na Constituição de 1946, em seu artigo 141, §16, a ideia de função social voltou revigorada, garantindo o direito de propriedade, “salvo o caso de desapropriação por

utilidade pública ou por interesse social, mediante justa indenização em dinheiro”. E em seu art. 147, expressava que, “o uso da propriedade será condicionado ao bem estar social”. Portanto, houve uma inovação ao condicionar o direito de propriedade ao bem estar social.

A Carta de 1967 constou a expressão “função social da propriedade” em seu art. 157, mas tal dispositivo estava inserido dentro dos comandos destinados à ordem econômica, não ocupando o lugar de destaque e relevo que merecia.

A Emenda Constitucional nº 1/69, em seu artigo 160, inciso III, assegurou a função social da propriedade como princípio para o desenvolvimento nacional e a justiça social.

É de se ressaltar que o princípio da função social, apesar de estar inserido em praticamente todas as Constituições brasileiras, na prática não se aplicava. De fato, enquanto esteve em vigor o Código Civil de 1916, esse princípio constitucional era considerado pelos operadores do direito como simples regra programática e, portanto, não se aplicava, decidindo-se todas as questões sobre o uso da terra com base no Código Civil, que não tratava da função social. A situação só mudou com o advento da Constituição de 1988, porta de entrada para a chamada “constitucionalização do direito civil”, corrente doutrinária que estabeleceu a primazia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais, nos casos em que a legislação civil era omissa ou contrariava a Constituição.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, com a adoção do denominado Estado Democrático de Direito, prima pela busca da plenitude da dignidade do homem, seja nacional ou estrangeiro, não fazendo nenhuma distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou de qualquer outra ordem. Portanto, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, sendo, tal valor, seguido por todos os dispositivos contidos em seu interior. Assim, a carta magna de 1988, é toda permeada pelos ditames da função social, do interesse social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

A função social da propriedade está inserida no art. 5º, inciso XXIII, título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que prescreve o seguinte: “a propriedade atenderá a sua função social”. O artigo 170, inciso III, também consagra tal princípio ao assegurar que:

Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:
III- função social da propriedade (BRASIL, 2012).

Portanto, a Constituição Federal, ao consagrar a função social como princípio basilar do ordenamento jurídico, promoveu novos contornos axiológicos, influenciando a hermenêutica constitucional e relativizando direitos até então tidos como absolutos, com o objetivo de ensejar a funcionalização.

Assim, observa-se que a inclusão do princípio da função social da propriedade no atual ordenamento jurídico, tanto no inciso XXIII do artigo 5º, quanto no inciso III do artigo 170, como essência da ordem econômica, visa “assegurar a todos uma existência digna”. Portanto, a Carta Magna através de tal princípio, juntamente com outros meios, tem como objetivo alcançar uma sociedade de bem estar, onde são assegurados o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

7 O IMBRICAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito, como ciência social, sofre alterações e influências sociológicas com o passar do tempo, uma vez que a sociedade não é estática e, sim, dinâmica; portanto, mudanças são essenciais.

A concepção de propriedade veio se alterando nas Constituições brasileiras, adaptando-se a cada fato concreto, adequando-se à nova época, alcançando novos rumos. O direito de propriedade e a função social estão previstos na Constituição da República Federativa de 1988, no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, e também no Título VII da Ordem Econômica e

Financeira, capítulo I dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, no art. 170, inciso III, que expressam a seguinte redação:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:
XXII- é garantido o direito de propriedade;
XXIII- a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 2012).

Convém destacar artigo 170, inciso III, que expressa o seguinte:

Art. 170 – 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, observados os seguintes princípios:
III – função social da propriedade (BRASIL, 2012).

A função social da propriedade já possuía previsão no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1934, em seu art. 115 e na Constituição de 1969, em seu art. 160, inciso III, com a seguinte redação:

Art. 160- A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
III – função social da propriedade (BRASIL, 2012).

A Carta Magna de 1988, que garante o direito de propriedade, ressalta que somente terão proteção aquelas propriedades que atendam à sua função social. Assim, a propriedade deve ser utilizada de modo a atingir o seu fim, ou seja, o cumprimento de sua função social, perdendo o caráter absoluto e intangível de outrora. Vive-se um momento de predomínio social sobre o individual. Não basta apenas o título aquisitivo para legitimar a propriedade, é necessário que o proprietário se valha de seu direito, adequando-o também ao dever social imposto pelo Ordenamento Constitucional.

Gustavo Tepedino, expressa o seguinte:

O pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que, por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltando para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários. (TEPEDINO *apud* FARIAS, 2010, p.22).

O instituto da propriedade recebeu, modernamente, uma configuração relativizadora, baseada no princípio da função social. E, por função social da propriedade deve-se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não, ao título de propriedade. Isso significa que sua força normativa ocorre independente de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens é que são submetidos a uma destinação social, e, não, o direito de propriedade considerado em si mesmo.

A função social da propriedade se concretiza ou não pelos atos concretos, da parte de quem tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor, ou não, de algum título jurídico a justificar a sua posse. O artigo 1228, §1º expressa o seguinte:

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 (BRASIL, 2012).

O Código Civil de 2002 não conceitua a posse, mas apenas expressa o que seja o possuidor, conforme menciona o artigo 1196: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

Albuquerque bem demonstra o que deve ser o instituto da posse dentro do ordenamento jurídico brasileiro, regido pela Constituição:

A posse, em nossa dimensão territorial, é forma de aproveitamento econômico do solo e forma de produção de riqueza para o possuidor e para toda a sociedade. A posse é forma de ocupação primária, corresponde ao fim último de liberdade e de dignidade da pessoa humana, na medida em que possa estar ligada aos direitos de moradia, possa implementar a erradicação da pobreza e torne efetiva a igualdade entre todos [...] (ALBUQUERQUE *apud* MOREIRA, 2011).

O novo Código Civil relaciona a função social da posse com o uso da propriedade. O atual ordenamento jurídico, que assegura o direito de propriedade desde que a mesma atenda à função social, não possui dispositivo semelhante em relação à posse, mas, quando impõe ao proprietário o dever de usar o bem adequadamente, está se referindo ao uso da propriedade, sendo, portanto, uma obrigação daquele

que detém a posse da coisa. Daí pode-se dizer que é a função da posse o que mais importa.

Nesse sentido Torres expressa o seguinte:

Então, a posse, como conteúdo do direito, é indispensável à propriedade para que esta cumpra sua função social e receba a proteção do sistema. A posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem tem possibilidade de atender necessidades vitais, como a moradia e cultivo. Daí surgem as chamadas posse-moradia e posse trabalho. (TORRES, 2008, p.305).

Segundo as palavras de Teori Albino Zavascki (2002, p.847), “a disciplina da posse e a correspondente tutela jurídica se dão indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades”.

O autor apresenta a seguinte lição:

Com efeito, já se afirmou que tal princípio diz respeito à utilização dos bens e, como tal, refere-se a comportamento das pessoas – proprietários ou não proprietários – que detém o poder fático, a efetiva disposição dos bens, assim considerados no seu mais amplo sentido. Ou seja: é princípio que se dirige ao possuidor, independente do título da sua posse (ZAVASCKI, 2002, p.847).

A Carta Magna, ao consagrar a função social da propriedade como princípio fundamental, promoveu a pessoa humana como valor central de todo o ordenamento Jurídico.

Segundo Adriano Stanley:

Os valores existenciais (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial) foram instrumentalizados e materializam-se na situação jurídica da posse, que não só é o conteúdo do direito de propriedade mas sua causa e sua necessidade, como bem o disse FACHIN. Assim é na usucapião, ao concretizar a função social da posse à medida que penaliza o proprietário que não cumpra a sua função social. Assim se apresenta quando a função social deixa de ser apenas um princípio jurídico para transformar-se num catalisador da justiça social, promovendo a dignidade da pessoa humana (STANLEY, 2010, p.37).

No mesmo sentido Tepedino e Schreider mencionam:

Cuidando embora da função social da propriedade, nas suas conclusões admitem que se pode atribuir função social à posse, apesar da inexistência de previsão legal. Afinal o possuidor tem interesse a proteger como a habitação, o trabalho, a educação dos filhos e a formação da família – temas de alta relevância, merecedoras da proteção constitucional, porque promovem a dignidade da pessoa humana (TEPEDINO; SCHREIDER *apud* STANIEY, 2010, p.38).

O princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Segundo Fachin (1988, p.19), tal função “é mais evidente na posse e muito menos na propriedade”; daí falar-se em função social da posse.

E não se pode olvidar que a posse, apesar de não consistir mero apêndice do direito de propriedade, sem dúvida é a mais importante forma de exercício desse direito. Segundo Fredie Didier Júnior (2010, p.34) “A posse é, pois, o instrumento de concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade”. Portanto, a função social é mais facilmente identificável na posse que na propriedade.

De forma similar, entende Nelson Rosenwald:

[...] é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, no qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (ROSENVALD, 2009, p. 57).

A função social da posse é vista a partir dos princípios fundamentais de preservação da dignidade do homem, compreendida, nesta, a dignidade de sua família, da redução da pobreza, do bem estar social, da redução das desigualdades sociais, viabilizados no exercício da moradia, trabalho da terra e no exercício da posse agrária, garantindo, assim, o sustento e beneficiando toda a sociedade.

Adriano Stanley, em seus ensinamentos expressa o seguinte:

A posse concentra o uso e gozo da coisa. Na medida em que esse uso e gozo sejam exercidos em função da sociedade, gerando produção, servindo de moradia, a função social atende aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade justa e solidária; de concretização da dignidade humana, enquanto se preste ao sustento de pessoas, reunidas em famílias, eliminando a miséria, propiciando o bem-estar. Portanto, a

posse efetiva função social porque o seu exercício implica na satisfação das necessidades mais básicas do homem (STANLEY, 2010, p.47).

A função social da posse estabelece que os sujeitos envolvidos nas situações possessórias, dispõem das prerrogativas dela, não somente em benefício próprio, mas também em prol do interesse social. E, se no exercício da posse não for atendido o princípio da função social, o possuidor não gozará da tutela constitucional pertinente.

Segundo o entendimento de Comparato: “[...] quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse inerente à propriedade e as ações possessórias.” (COMPARATO *apud* ZAVASCKI, 2002, p. 64).

A situação proprietária no Brasil é uma das mais desiguais, com o predomínio de enormes propriedades nas mãos de poucos e a maioria da população destituída do mínimo necessário para uma existência digna. De acordo com Adriano Stanley:

A função social da propriedade e, por conseguinte, da posse foi instituída como uma forma de valorizar estas situações jurídicas, conferindo-lhes a devida proteção do sistema em detrimento do proprietário ou possuidor que é desidioso no seu cumprimento (STANLEY, 2010, p.75).

A posse tem a tutela do Estado para que exerça a função social econômica e política em benefício do possuidor e de toda coletividade. A propriedade não pode mais ser vista apenas pela ótica dos direitos de usar, fruir, dispor e reivindicar.

Merece destaque o posicionamento de Hernandez Gil que pontifica:

Por sua vez, ser a função social pressuposto e escopo de todas as instituições reguladas pelo Direito, incluindo-se aí, portanto, a posse, a qual desempenha papel relevante em um Estado Social, como também em um Estado Democrático de Direito, uma vez que, por meio de tal instituto, alcança-se uma melhor distribuição de recursos coletivos, alvejando-se, conseqüentemente, uma igualdade material entre as pessoas (GIL *apud* LEAL JUNIOR, 2010, p.44).

Portanto, é evidente a amplitude da função social da propriedade, que deve ser vista à luz da Constituição da República de 1988, levando ao entendimento de que a

posse exercida em cumprimento à função social tenha mais valor que a propriedade que não a cumpre.

Toda proteção jurídica, que o direito concede à propriedade, deve ser entendida como capaz de conciliar os interesses do proprietário com os da coletividade, pois só dessa forma se materializa a tutela da posse e da sua função social. Assim, deve-se dar uma nova interpretação às normas constitucionais vigentes para alcançar o verdadeiro sentido do princípio da função social, tanto da propriedade quanto da posse. A função social deve, portanto, servir de norteador da aplicação e interpretação do direito.

Ricardo Aronne tem o seguinte posicionamento:

O direito não se presta a ser pensado em tiras. Refletir sobre o sentido da 'nova' codificação é refletir como este novo conjunto normativo expressa os valores e princípios consagrados na pedra fundamental do sistema. Assim, refletir sobre a posse é investigar sobre como ele se integra no corpo legislativo que desenha o Estado social, cuja concretização é papel do intérprete, no exercício de sua função social, como operador jurídico (ARONE *apud* FARIAS, 2010, p. 30-31).

É de se concluir, que a função social da posse, apesar de não possuir previsão legal expressa na Carta Magna de 1988, deve ser vista a partir dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, compreendida, nesta, a dignidade de sua família, da redução da pobreza, do bem estar social, viabilizados no exercício da moradia, e, portanto, pode ser extraída a partir de uma nova interpretação das normas Constitucionais vigentes.

8 DAS CONSEQUÊNCIAS PELO MAU USO DA POSSE OU DA PROPRIEDADE EM DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

De acordo com o atual ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade deixou de ser um direito absoluto como outrora, em razão do princípio da função social, ou seja, a propriedade antes individualista, cedeu lugar para a propriedade com finalidade social. Assim, não há mais como privilegiar uns poucos em detrimento de toda coletividade.

De acordo com o parágrafo 1º do art. 1228 do Código civil Brasileiro, “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais. A Constituição, em seu art. 5º, inciso XXII, prescreve que: “é garantido o direito de propriedade”, e logo após, em seu inciso XXIII, estabelece: “a propriedade atenderá a sua função social”. Não é por acaso que a Carta Magna condicionou o exercício do direito de propriedade a uma função social. De fato, a propriedade, na atual conjuntura socioeconômica, deve ser utilizada pelo seu titular, não só para atender aos seus interesses, mas, também, para atender aos interesses de quem não é proprietário, isto é, da coletividade.

A Carta Magna de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa e, ao assegurar em seu art. 3º inciso I, que constituem objetivo fundamental do atual Ordenamento Jurídico: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e no inciso III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais”, almeja atingir uma sociedade de bem estar, assegurando a todos igualdade, justiça e vida digna.

Apesar do princípio constitucional da propriedade ser previsto como direito fundamental, na Constituição, isso não significa que não possam ocorrer abusos no exercício da posse vinculada, ou não, ao direito de propriedade. Assim, para o caso de abuso praticado pelo proprietário ou possuidor, quanto aos seus deveres de atendimento à função social, previu o legislador várias sanções.

Para o caso da posse vinculada às propriedades rural e urbana, podemos citar a desapropriação para fins de reforma agrária (arts. 182, § 4º e 184 da CF), a edificação ou parcelamento compulsório, o IPTU progressivo (art.182, § 4º, I e II da CF). Por outro lado, no campo processual, o proprietário que não der à sua propriedade uma função social será penalizado com a inviabilidade da ação reivindicatória. Aliás, sobre a questão da ação reivindicatória, ensina Adriano Stanley:

Podemos concluir também que as ações petitórias, aquelas em que se discute o domínio, também deverão ser analisadas com base na demonstração do cumprimento da função social. Caso a função social daquele bem que se pede o domínio não seja, de pronto, demonstrada

pelo autor da demanda, deverá o juiz promover vistorias ou perícias demonstrativas de forma a decidir a questão (STANLEY, 2010, p.78).

Mas não é somente o proprietário que pode sofrer sanções por não atender à função social. O possuidor desvinculado do direito de propriedade também pode. De fato, se o possuidor descumprir os comandos da função social em relação ao imóvel que ocupa (rural ou urbano), o possuidor não gozará da proteção possessória prevista no ordenamento jurídico, como por exemplo, o manejo da autodefesa, manutenção de posse, reintegração de posse ou interdito proibitório. Além da impossibilidade da aquisição da propriedade, seja pela usucapião ou por intermédio da figura prevista no artigo 1.228, §§ 4º e 5º do CC.

O Estado tem o poder de exigir do proprietário e possuidor o cumprimento da função social com o aproveitamento adequado e racional do bem, mas, igualmente, o particular está legitimado a exigir a utilização do bem conforme prescreve o art. 5º, inciso XXIII, “a propriedade atenderá a sua função social”.

As ações civis públicas também podem ser manejadas para a defesa dos direitos sociais, pois a função social, sendo um interesse difuso, tem como parte legítima o Ministério Público. Portanto, qualquer cidadão que se sentir lesado em caso de descumprimento da função social, poderá solicitar a intervenção do Ministério Público para manejar a ação civil pública adequada e coibir a prática danosa.

O proprietário de um imóvel em área urbana, que não cumpra a função social de acordo com o plano diretor, poderá ser compelido, pelo município, a promover o seu aproveitamento adequado, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, tributação com alíquotas progressivas e a desapropriação com pagamento, mediante títulos da dívida pública.

O artigo 182, parágrafo 2º da CF/88, prescreve que: “A propriedade urbana cumpre sua função social, quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor”.

E no artigo 182, parágrafo 4º:

É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I- parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (BRASIL, 2012).

Caso a propriedade rural não atenda a função social, de acordo com o art. 186 da Constituição Federal, o seu proprietário estará sujeito a, além da tributação mais gravosa, conforme prescreve o art. 153, §4º, à desapropriação para fins de reforma agrária, conforme o art. 184.

Art. 184. Compete à união desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (BRASIL, 2012).

Desta forma, o proprietário ou possuidor que não atenda ao princípio da função social, corre grande risco de perder a posse do bem, em função daqueles que dela necessitam. A maioria dos conflitos, que surgem entre os proprietários e possuidores, se deve ao fato de não se dar uma destinação social à propriedade, geralmente imóveis abandonados que acabam sendo utilizados por possuidores que deles necessitam para fins de moradia ou realização de suas necessidades básicas. Gustavo Tepedino, acerca da questão menciona o seguinte:

Quando uma certa propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Não se pode, nesse caso, dar guarida a um interesse individual, algumas vezes meramente especulativo, em detrimento do interesse da coletividade (TEPEDINO *apud* STANLEY, 2010, p.23).

Concluindo, as conseqüências pelo descumprimento da função social da propriedade e do possuidor são muitas, não se limitando somente àquelas expressamente arroladas pelo ordenamento jurídico. O proprietário ou possuidor que não der uma destinação social à propriedade não merece a proteção do Estado, pois função social da posse é expressão “através da qual se valorizam aspectos da

situação da posse, não existentes nas teorias clássicas da posse” (ALVIM, 2012, p. 568-980).

Assim, o juiz, ao analisar o caso concreto, deve julgar a ação levando-se em conta o cumprimento da função social, tomando a decisão mais justa sempre em conformidade com o direito. Não se quer dizer com isto que a posse deve sobrepor-se à propriedade. O que se pretende dizer é que, em alguns casos, é possível “prestigar-se uma situação possessória em detrimento de uma situação de domínio, porquanto a função social da posse está como que embutida na função social da propriedade” (ALVIM, 20132, p.268-598).

CONCLUSÃO

O instituto da “posse” desde o Período Romano é tema de constantes debates entre os doutrinadores, em vista de seu caráter controvertido e polêmico. Desde o Período Colonial a posse demonstrou sua relevância em relação à propriedade. Antes de se falar em propriedade, já se falava em posse, portanto, o conceito de posse é mais antigo que o de propriedade.

Com a Resolução de 17 de Julho 1822, pode-se dizer que começou a despontar a função social da posse. As terras brasileiras eram concedidas pelo regime das sesmarias com o objetivo de que fossem povoadas e cultivadas, ou seja, tinha caráter de aproveitamento econômico e social. Portanto, a ocupação foi modo de aquisição de propriedade, sendo considerada posse privilegiada, ou seja, posse com função social.

O Código Civil de 1916 teve papel importante no acesso a terra, pois regulamentou a posse como forma de aquisição da propriedade através da usucapião. Já o Código Civil de 2002, além de prestigiar a propriedade e a posse, disciplinou no artigo 1228, §, 4º e 5º uma nova forma de desapropriação por interesse social.

Desde o Império Romano, surgiram várias teorias, com o objetivo de tentar explicar o instituto da posse. Cada uma delas teve sua importância, mas, com o passar do tempo, houve alteração na forma de se interpretar tal instituto.

A idéia de função social no Ordenamento Brasileiro surgiu com a constituição de 1934, e esteve presente nas demais, mas, na realidade, não possuía nenhuma aplicabilidade. Só houve alteração a partir da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que retira o caráter absoluto da propriedade privada, garantindo o direito de propriedade, mas condicionado ao cumprimento do princípio da função social. Assim, tal princípio, visa a assegurar a toda sociedade, uma existência digna.

Na Carta Política de 1988, não há dispositivo expresso em relação à função social da posse. Mas, quando condiciona o direito de propriedade ao atendimento da função social, está impondo ao proprietário o dever de usar o bem adequadamente. E, portanto, está se referindo ao uso da propriedade, sendo uma obrigação daquele que detém a posse da coisa, ou seja, é a função social da posse que mais importa.

A Carta Magna consagrou a dignidade humana como valor supremo de todo o ordenamento jurídico. A terra deve ser vista como um meio de se produzir riquezas, gerando trabalho, moradia, reduzindo as desigualdades sociais e garantindo assim, o sustento de toda sociedade. Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana está intrinsecamente, ligado à função social da propriedade ou da posse. E tal função social é mais evidente na posse que na propriedade. Portanto, a propriedade, que não cumpre com sua destinação social, não merece proteção através das ações possessórias.

Pela abordagem realizada, apesar de não possuir dispositivo expresso na Carta Magna de 1988, é evidente a função social da posse. A interpretação da norma constitucional leva à convicção de que só merece a proteção do Estado o possuidor que cumpra com a função social. É evidente a amplitude da função social da propriedade, mas, a posse exercida em cumprimento à função social, tem mais valor que a propriedade que não a cumpre.

O desafio hoje é o de interpretar e funcionalizar o instituto da posse. O direito deve acompanhar as mudanças sociais. A função social da posse, mesmo que de forma implícita, está presente no Ordenamento jurídico brasileiro. Cabe aos operadores do

direito interpretar adequadamente as normas constitucionais. Portanto, a função social deve ser vista como um norteador da aplicação e interpretação do direito.

REFERÊNCIAS

BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 set. 2012.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 set. 2012.

COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terra. Rio grande do Sul: Unisinos, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FARIAS, Jéferson Albuquerque. Função social da posse no direito brasileiro. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v.11, n.67, p.20-32, 44. set./out. 2010.

HÁMDAM, Janaína Lumy *et al.* **A instrumentalização do princípio constitucional da função social**. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura&artigos>. Acesso em: 29 dez. 2011.

MACHADO, Veridiana Rodrigues. **A repercussão do princípio da função social da propriedade na tutela processual da posse**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ipatinga, 2010.

MOREIRA, Júlio da Silva. **A posse e sua repercussão social**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura &artigos>. Acesso em: 10 nov. 2011.

OLIVEIRA, J. M. Lopes de. **Temas de direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PARIZ, Hélio Gonçalves. **A função social da posse**. Dissertação (Mestrado - Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, sob a orientação do Professor Doutor Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STANLEY, Adriano Rocha. **Estudos avançados da posse e dos direitos reais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A caminho da propriedade privada. In: **Estudo em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 5, jan./jun. 2005.