

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino

OS REFLEXOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Juiz de Fora – MG

2014

Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino

OS REFLEXOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora como requisito para a aquisição
do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcus Eduardo Carvalho Dantas

Juiz de Fora – MG

2014

OS REFLEXOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora como requisito para a aquisição
do título de bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Marcus Eduardo Carvalho Dantas - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Denis Franco Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Flávio Henrique Silva Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho a meus pais, que sempre acreditaram em mim e iluminaram a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Pela conclusão desse trabalho não posso deixar de agradecer àqueles que de alguma forma contribuíram para seu êxito. Assim, agradeço a minha família, a meus amigos e ao Rafael pela força e incentivo. Agradeço, ainda, ao meu orientador, Marcus Dantas, pelos ensinamentos, disponibilidade e comprometimento na confecção do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a inserção da análise da função social da posse nos conflitos de reintegração de posse. Não há previsão expressa no ordenamento jurídico acerca da análise, porém, uma vez reconhecida a função social da posse como princípio fundamental, ela não pode ser negligenciada quando da tutela possessória. Sendo assim, verificam-se duas possibilidades de inserção da função social da posse, seja como um requisito implícito para o pleito possessório, seja pelo reconhecimento da função social como fator para qualificação da posse como justa ou injusta. Para melhor abordagem da ideia, tem-se a conceituação de institutos como da posse, função social da propriedade, função social da posse, reintegração de posse. Foi realizada, ainda, análise da jurisprudência, para a o fim de perceber como os Tribunais vêm tratando a questão.

Palavras-chave: Posse. Função Social da Posse. Função Social da Propriedade. Reintegração de posse.

ABSTRACT

This study addresses the integration of the analysis of the social function of ownership in the conflicts of repossession. There are no provisions in legal analysis about the spatial prediction, but once recognized the social function of ownership as a fundamental principle, it can not be neglected when the possessory protection. Thus, there are two possibilities for integrating the social function of ownership, either as an implicit requirement for possessory claim, is the recognition of the social function as a qualifying factor for the office as just or unjust. To better approach the idea, has been conceptualizing institutes like tenure, social function of property, social function of ownership, repossession. Was also performed analysis of case law, to the end to see how the courts have treated the question.

Keywords: Possession. Social Function of Possession. Social Function of Property. Repossession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	11
1.1 Conceito de Posse	11
1.2 A Função Social da Posse	13
1.3 A importância da Função Social da Posse como instrumento de transformação social	16
2 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO REQUISITO PARA A REINTEGRAÇÃO DE POSSE	19
2.1 A Função Social da Posse como Requisito para Ação Expropriatória.....	19
2.2 A exigência da Função Social da Posse como Requisito para a Ação Reintegratória e seu Caráter Constitucional	20
2.3 O PLS nº 166 e a Reintegração de Posse	23
2.4 Análise Jurisprudencial	26
3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO ELEMENTO DE QUALIFICAÇÃO DA POSSE NA AÇÃO REINTEGRATÓRIA	29
3.1 Mecanismo de Qualificação da Posse	29
3.2 A Qualificação da Posse na Reintegração de Posse.....	21
3.3 Análise jurisprudencial	33
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

O presente tema se insere na discussão acerca da função social da posse como direito fundamental e valor promovido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão do reconhecimento de que a função social da propriedade se materializa através do exercício do direito de propriedade, ou seja, pela posse exercida pelo proprietário. Desse modo, considerando-se que o exercício do direito de propriedade se dá por meio da posse, a função social deve ser investigada como requisito da tutela possessória, tendo em vista o caráter constitucional do princípio da função social.

Com o trabalho, pretende-se fundamentar a necessidade da incidência do princípio da função social na tutela possessória e, como consequência, questionar a exigência da prova do cumprimento da função social por parte do proprietário nas ações de reintegração de posse.

Em um primeiro momento, trabalhar-se-á o conceito de posse, bem como a ideia de função social da posse, tecendo-se comentários acerca do caráter de transformação social que tem o princípio. Após, será abordada a ideia da função social como requisito para o pleito possessório, ainda que ausente a previsão na legislação atual. Para tanto, será feito um paralelo com a ideia de desapropriação-sanção, em que a função social é exigida na relação entre o proprietário-possuidor e o bem imóvel. Ao final do referido capítulo, será feita análise jurisprudencial acerca do tema. Por fim, tem-se a averiguação da função social da posse como mecanismo de qualificação da posse como justa ou injusta para efeito de configuração de esbulho no pleito reintegratório, com a conseguinte análise jurisprudencial.

Percebe-se quanto ao tema uma relevante repercussão social, em razão dos conflitos que envolvem a posse e sua relação com o direito à moradia, bem como o direito à terra, em se tratando da posse rural, seja em conflitos expropriatórios ou possessórios, tendo em vista que a análise da função social da posse é consagrada como requisito para a desapropriação, mas vem sendo negligenciada por diversas decisões judiciais quando do deferimento de medida liminar em sede dos interditos possessórios ou mesmo como requisito para o pleito possessório. Verifica-se, porém, que essa desconsideração da análise da função social esvazia o princípio constitucional, principalmente em razão do caráter de tutela antecipada que têm as liminares nas ações de reintegração de posse, isto é, sendo praticamente impossível reverter a medida, tendo em vista seu viés satisfativo.

A Constituição Federal de 1988 estabelece parâmetros para aferição do cumprimento da função social, principalmente quando envolve imóveis rurais, e a restrição de tal análise aos processos de desapropriação precisa ser combatida, uma vez que como princípio constitucional, a função social deve ser examinada em todas as situações nas quais o exercício, isto é, a posse, não se coadunar com os valores constitucionais.

O presente trabalho pretende, mediante análise teórica de institutos jurídicos como “posse”, “propriedade”, “função social da propriedade”, “função social da posse” e “tutela possessória”, a verificação jurídico-racional da necessidade da função social da posse a da propriedade como requisito para a tutela possessória. Será realizada também análise jurisprudencial para melhor verificação empírica do estudo.

1 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

1.1 CONCEITO DE POSSE

A posse é um instituto com grande relevância na vida humana, uma vez que os sujeitos se apossam das coisas, dão efetividade sobre os bens, ainda que não reconhecido o direito de propriedade sobre eles. Em razão disso, surgem diversas teorias para conceituar o instituto.

Têm-se, em destaque, as propostas de Savigny e Jhering para tratar do instituto da posse, as teorias subjetiva e objetiva, respectivamente.

Para Savigny, a posse é composta por dois elementos sejam eles o *corpus*, elemento objetivo, e o *animus*, elemento subjetivo. Isto é, o sujeito possuidor tem relação direta com a coisa, contato com ela (*corpus*) ao mesmo tempo em que tem a intenção de dono, vontade de ter a coisa como sua ou de exercer alguma das faculdades da propriedade (*animus*) (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 60).

Tal ideia peca na medida em que se sabe que nem todo possuidor tem *animus* de dono e, para a teoria, aquele que somente tem o *corpus* seria apenas detentor.

Assim, mais satisfatória é a ideia de Jhering, que, por sua vez, reconhece apenas o elemento objetivo, porém, não o qualifica como, necessariamente, o contato físico com o a coisa, como aponta Tepedino:

[Jhering] propõe que o chamado *corpus* seja identificado a partir de sinais exteriores pelos quais se ateste que a coisa, onde se encontra, cumpre sua destinação econômica, o que poderá (ou não) implicar a sua apreensão material. Conclui que “a posse não é o poder físico, mas a exteriorização da propriedade”. (JHERING apud TEPEDINO, 2011, p. 64).

Sendo assim, a posse é caracterizada por seu elemento objetivo, configurando o possuidor como aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade, sendo esse o proprietário ou não. Apesar de a teoria explicar melhor a posse, tem o defeito de coloca-la como subordinada à propriedade.

No Brasil, conforme positivado no art. 1.196 do Código Civil, a posse é reconhecida nos moldes da Teoria Objetiva de Jhering.

Apesar disso, tem-se o que posse e propriedade não se confundem, pois, não necessariamente se descobrirá quem é o possuidor mediante verificação do título, mas sim pela verificação de quem tem de fato o exercício de alguns poderes da propriedade.

Albuquerque destaca o caráter de independência da posse em relação à propriedade, tendo em vista que nem todo proprietário é possuidor:

Mais do que uma simples relação de fato ou uma exteriorização de um direito, a posse cria uma relação jurídica entre a pessoa do possuidor e a coisa possuída. A posse, em nossa dimensão territorial, é a 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, principalmente diante de um conceito amplo de cidadania. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 194).

Ressaltando, então, o aspecto funcional da posse – e não meramente o estrutural - percebe-se que o instituto tem uma importância sociológica, uma vez que, por meio da posse, para sobre o bem possibilidade de produzir, habitar, trabalhar, construir, plantar, promovendo-se, então, a cidadania e igualdade social, não sendo mero reflexo do direito de propriedade.

Citando, ainda, Tepedino, que também enfatiza o viés funcional dos institutos, verifica-se a independência da posse em relação à propriedade e a necessidade de uma tutela específica àquela:

A assimilação imprópria dos fundamentos da posse com os da propriedade mostra-se recorrente na dogmática tradicional, que examina os institutos jurídicos exclusivamente sob o perfil estrutural, ou seja, na perspectiva da estrutura de poderes conferida a seu titular, sem atentar para o aspecto funcional, prioritário àquele, que procura identificar a função desempenhada pelas situações jurídicas subjetivas. Do ponto de vista da sua estrutura, a posse se identifica com qualquer situação fática que exteriorize o direito de propriedade, consubstanciada no exercício das faculdades decorrentes do domínio. Entretanto, a posse também se reveste de aspecto funcional, associado à destinação conferida ao bem jurídico pela titularidade possessória. Como a função da posse não se vincula necessariamente à do domínio, torna-se objeto de valoração (e, conseqüentemente, de disciplina jurídica) autônoma por parte do ordenamento. (TEPEDINO, 2011, p. 56)

Nessa esteira, avaliando os aspectos estrutural e funcional da posse concomitantemente, supera-se a noção estática do instituto, vinculada às situações do proprietário exclusivamente e percebe-se que a posse por ser instituto autônomo em relação à propriedade, tem suas próprias situações jurídicas e sua própria função social.

1.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Apesar da autonomia entre os institutos da posse e da propriedade, como apontado, parte da doutrina analisa a função social da posse a partir da função social da propriedade. Esse é o caminho percorrido, por exemplo, por Didier:

A consagração constitucional da função social da propriedade, como princípio que estrutura a ordem econômica brasileira e como um direito fundamental, tornou imperiosa a reestruturação do regramento infraconstitucional da tutela processual da posse. (DIDIER, 2009, p.2)

O direito de propriedade teve seu contorno relativizado conforme contexto histórico. Assim, a propriedade foi tida como absoluta, considerando que, a partir de sua aquisição, não se impunham limitações ao exercício do direito. O instituto, porém, foi se socializando, ganhando limitações, sem perder, entretanto, traços de seu caráter absoluto, conforme aponta Nader:

Em sua classificação, o direito de propriedade se diz *absoluto*, não no sentido de franquear ao titular ilimitados poderes sobre as coisas, mas porque apresenta validade *erga omnes*, sendo oponível a qualquer pessoa. Embora a ordem constitucional garanta a propriedade privada, a cada dia surgem novas limitações ao exercício desse direito, ditadas pelo interesse social. O titular da propriedade ocupa o polo ativo da relação jurídica, na qual a coletividade figura no polo passivo e como detentora do dever jurídico omissivo de respeitar a propriedade e o seu exercício. (NADER, 2010, p.88)

Desse modo, é possível reconhecer que o exercício do direito de propriedade deve cumprir uma função social, deixando de ser absoluta em seu exercício. Na lição de Monteiro:

O direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Este, ele sujeito, na atualidade, a

numerosas limitações impostas no interesse público e no interesse privado, inclusive nos princípios da justiça e do bem comum. Várias disposições constitucionais, administrativas, militares, penais e civis restringem o seu exercício, de tal modo que se pode afirmar ser totalmente impossível a completa enumeração de todas as restrições. Tanto quanto possível, dentre as mais importantes, podem ser indicadas as seguintes: Restrições constitucionais - A Constituição Federal, como já se viu, garante o direito de propriedade. Contudo, em seguida, impõe a subordinação da propriedade à sua função social, expressão de conteúdo vago, mas que, genericamente, pode ser interpretada como a subordinação do direito individual ao interesse coletivo. (MONTEIRO, 2003, p. 92).

Apesar da fluidez característica do princípio, o ordenamento jurídico procura traçar parâmetros mais concretos para sua compreensão. A Constituição Federal de 1988 em diversos momentos tenta delinear o alcance da função social da propriedade. É o que preveem o artigo 5º, inciso XXIII, conferindo caráter de direito fundamental; o artigo 170 e incisos, em caráter de princípio da ordem econômica e, ainda, o artigo 186, que aponta como o direito de propriedade deve ser exercido para atender a sua função social. É então reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro o direito de propriedade em sua concepção socializada, condicionando o poder do proprietário sobre a coisa ao interesse social.

Destacam-se também os contornos dados pela Lei n.º 4.504/1964 (Estatuto da Terra) à propriedade agrária. Essa tem disciplina diferenciada da urbana, uma vez que naquela não se admite a posse indireta como na posse civil. Isto é, para configuração da posse agrária, o possuidor deve efetivamente exercer os atos de plantio, moradia, colheita, dentre outros que caracterizem a atividade agrária.

Tem-se, ainda, a previsão do Código Civil, em seu art. 1.228, parágrafo 1º que assim dispõe:

§ 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.

Percebe-se que os parâmetros trazidos pelo ordenamento remetem sempre ao modo pelo qual o direito de propriedade será exercido, o que remete ao seu aspecto fático e, conseqüentemente, à posse exercida pelo proprietário. Conforme a ideia de Zavascki:

Tal princípio [da Função Social da Propriedade] não está, de forma alguma, confinado a mero apêndice do direito de propriedade, a simples elemento

configurador de seu conteúdo. É muito mais do que isso. Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. [...]. Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função "é mais evidente na posse e muito menos na propriedade", observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social da posse. (ZAVASCKI, 2005, p.9).

Reconhecendo-se a posse como um direito autônomo à propriedade, mais especificamente, como exercício dos poderes inerentes a ela e, tendo em vista que a função social a se exigir é a que será conferida no momento desse exercício, fala-se na função social da posse.

Assim, o instituto da posse, por sua relevância, tem reconhecida sua função social, que deve refletir os princípios constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade, como mencionado.

O Ministro Teori Zavascki aponta para o caráter de direito fundamental do princípio da função da propriedade, reconhecendo a mesma hierarquia para o princípio da função social da posse. Sendo assim, podem os referidos princípios colidir, necessitando da decisão no caso concreto, que acabará por sacrificar um em detrimento do outro, o que, mais uma vez, revela a independência do princípio da função social da posse em relação ao direito de propriedade e sua função social. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na 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. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positivação expressa no Código Civil (art. 1.228, §1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução das desigualdades sociais e justiça distributiva. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.78)

Sendo assim, sabe-se que a função social da posse não encontra previsão expressa na Constituição Federal, mas pode ser percebida, a título exemplificativo, quando

do reconhecimento do direito à usucapião ao possuidor que dá função social a bem de propriedade alheia. Desse modo, como preceitua Ana Rita Vieira de Albuquerque, “[A função social da posse] é um princípio constitucional implícito dotado de normatividade e em patamar de igualdade aos demais princípios explícitos” (ALBUQUERQUE, 2002, p.20).

A seguir, verificar-se-á a importância sociológica do instituto da função social da posse, que fundamenta a tutela específica a ele.

1.3 A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

A posse como exercício das faculdades inerentes à propriedade tem o condão de possibilitar que os sujeitos tenham moradia, trabalho, fonte de renda. Assim, o possuidor é aquele que efetivamente utiliza o bem, independentemente do título. Endossa a ideia Torres:

A posse permite a proteção do “ser” nas exigências mínimas da vida em sociedade – um lugar para morar, um lugar para plantar (posse-trabalho), um lugar para exercer atividades econômicas e sociais relevantes. É a posse instrumento essencial de satisfação de necessidades humanas, seja ela exercida em razão da titularidade ou não. (TORRES, 2008, p.376).

Vale destacar que somente a posse que atende à função social é capaz de traduzir a possibilidade de efetividade de valores fundamentais do ordenamento jurídico. Assim, tem-se a ideia da posse funcionalizada, que não se resume apenas ao contato direto do possuidor com a coisa, mas sua utilização efetiva em conformidade com o contexto fático que se insere. Nas palavras de Torres:

A tessitura da função social, tanto na propriedade quanto na posse, está na atividade exercida pelo titular da relação sobre a coisa à sua disposição. A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem. (TORRES, 2008, p. 308).

Percebe-se, então, que a função social da posse pode ser instrumento de transformação social, tendo em vista que a propriedade titularizada de modo estático não é capaz de dar efetividade a direitos como de moradia e de trabalho, mas somente mediante a utilização adequada do bem, isto é, da posse em conformidade com a função social.

Uma vez compreendida e reconhecida a função social da posse como um princípio do ordenamento jurídico, verifica-se que o operador jurídico deve angariar meios de efetivá-lo e concretizá-lo. Nesse espírito, a posse tem proteção específica, distinta da propriedade, a fim de se preservar os valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

Como leciona Tepedino:

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade, informadores da normativa referente à moradia e ao trabalho, servem de referência axiológica a justificar a disciplina dos interditos possessórios e da usucapião dos bens imóveis, e encerram o fundamento para a tutela possessória na ordem civil-constitucional. Tem-se, portanto, um conjunto de valores, o critério interpretativo para a solução de conflitos de interesse entre as situações jurídicas proprietárias e as situações jurídicas possessórias. (TEPEDINO, 2011, p. 57).

Com efeito, o direito de posse funda os interditos possessórios, isto é, a ação de reintegração, de manutenção de posse e o interdito proibitório, que ocorrem para as hipóteses de esbulho, turbação e ameaça à posse, respectivamente. As ações possessórias são fungíveis entre si, conforme artigo 920 do Código de Processo Civil, tendo em vista a situação fática que pode se alterar e a necessidade de se proporcionar a máxima tutela da posse.

Considerando então que a proteção da função social e o fundamento dos interditos possessórios, é razoável que o cumprimento da função social seja analisado nos conflitos em torno da posse de um modo geral. Ocorre que, contemporaneamente, nos conflitos possessórios, mais especificamente em sede reintegratória, não há previsão acerca da análise da função social nem por parte do esbulhador nem do esbulhado. Assim, caberia ao julgador a tarefa de tutelar a posse que atende à função social, ainda que o requisito não estivesse expresso.

Nas palavras de Reale:

É urgente encontrar uma solução jurídica para reiterados dramas sócio-econômicos consequentes de conflitos entre os proprietários de terras, vencedores em ações reivindicatórias após dezenas de anos de demandas, e aqueles que, de boa-fé, nelas edificaram, entrementes, sua moradia ou realizaram benfeitorias de irrecusável alcance social.(REALE, 1999, p.33).

Desse modo, percebe-se que a ausência da análise da função social da posse nos conflitos possessórios pode conduzir a soluções não satisfatórias do ponto de vista social,

tendo em vista que muitas vezes o possuidor justo ou com justo título não confere destinação adequada ao bem que eventualmente o esbulhador irá conferir. Assim, nos capítulos seguintes, pretende-se discutir as possibilidades de inserção dessa análise nos conflitos reintegratórios.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO REQUISITO PARA A REINTEGRAÇÃO DE POSSE

2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO REQUISITO PARA AÇÃO EXPROPRIATÓRIA

Um dos reflexos da função social da propriedade é sua análise como requisito para a desapropriação. Os contornos da utilização da propriedade conforme sua função social são dados pela Constituição Federal em seus artigos 182 e 186, em relação a imóveis urbanos e rurais, respectivamente:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[...]

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, será perquirida a utilização do bem quanto ao aproveitamento da terra, à preservação do meio ambiente, às leis trabalhistas e à dignidade da pessoa humana em relação à propriedade rural e ao bem-estar das pessoas e utilização conforme ditames do plano diretor de cada Município em relação à propriedade urbana.

Nas hipóteses em que não se vislumbrar essa utilização adequada, haverá desapropriação-sanção, modalidade prevista no artigo 8º da Lei 10.257 e artigo 184 da Constituição Federal, em que o poder público toma a propriedade do particular mediante indenização na forma de títulos. Há ainda a modalidade do artigo 243 da Carta Magna, que ocorre em razão da destinação da área ao cultivo de psicotrópicos, em que não haverá qualquer indenização.

Desse modo, percebe-se que o imóvel urbano ou rural cujo proprietário-possuidor não confere utilização devida, em conformidade com os contornos constitucionalmente previstos para a propriedade, fere os princípios da função social da propriedade e da posse, fazendo que com que haja a perda do bem em prol da sociedade, quando poderá ser dada destinação que atenda aos referidos princípios.

Sabe-se que quem dá a função ao imóvel que será avaliada é, na verdade, o possuidor, motivo pelo qual, pode-se falar que a análise realizada corresponde a da função social da posse dada pelo proprietário a seu bem.

2.2 A EXIGÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO REQUISITO PARA A AÇÃO REINTEGRATÓRIA E SEU CARÁTER CONSTITUCIONAL

Como exposto, percebe-se que a função social da posse é analisada nos conflitos expropriatórios, o que demonstra a relevância do princípio, uma vez que há a previsão constitucional de sanção ao proprietário-possuidor que não dá utilização ou destinação adequada a seu imóvel. Por outro lado, semelhante tutela da posse não é visualizada nos conflitos possessórios, em destaque, na reintegração de posse, em que o possuidor tem sua posse tomada por outro sujeito, que muitas vezes confere função social jamais dada à posse.

Sabe-se que as duas situações cotejadas não são idênticas do ponto de vista da relação jurídica processual, em que, nos conflitos expropriatórios, têm-se o Poder Público e o particular em litígio; enquanto nos possessórios, a questão se dá entre dois particulares. Porém, entende-se que a relação entre o proprietário-possuidor e seu bem imóvel deve sempre atender às delimitações constitucionalmente previstas para a propriedade e a posse e, assim, tanto em um conflito como em outro, a função social conferida deve ser relevante no momento da decisão judicial. Assim, a função social como princípio fundamental e norma se aplica em todas as situações nas quais a propriedade se materializa. Comparato entende nesse sentido, uma vez que defende a vigência imediata dos direitos fundamentais:

Essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A Constituição

brasileira de 1988, com efeito, declara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º). Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois, em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais. (COMPARATO, 1997, p.6).

A reintegração de posse é medida prevista no artigo 926 e tem seus requisitos no artigo 927 do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

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

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

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

Sendo assim, percebe-se que os requisitos para o ajuizamento de uma reintegração de posse são objetivos e se pautam na prova da posse do esbulhado, bem como da perda da posse em decorrência do esbulho praticado em período inferior a ano e dia. Não há questionamento acerca da função social dada ao imóvel quando do esbulho.

A omissão, porém, vai de encontro às disposições constitucionais acerca da propriedade e do reconhecimento da função social da posse como princípio do ordenamento jurídico.

Com efeito, toda e qualquer posse, seja ela exercida pelo proprietário ou não, deve cumprir com a função social, o que implica em dar destino adequado ao imóvel conforme as peculiaridades de cada um, seja urbano por meio da moradia, trabalho, comércio; ou rural, mediante prática de atividades agropecuárias, moradia, dentre outros.

Nessa esteira, entende-se que a reintegração de posse deve ter como requisito, ainda que não previsto explicitamente na legislação, a análise da função social da posse, a fim de se atingir a decisão mais adequada, mesmo que em detrimento do direito do proprietário, uma vez que os ditames constitucionais devem refletir por todo o ordenamento jurídico.

Freddie Didier Jr. propõe que, diante de conflitos possessórios em que o autor, além de possuidor, é proprietário, o dispositivo que prevê os requisitos para a reintegração de

posse deve conter ainda o requisito da função social, uma vez que deve ser realizada uma interpretação conforme a Constituição Federal:

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à reconstrução do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser iluminado pela exigência de observância da função social da propriedade. (DIDIER, 2009, p.14).

Assim, considerando-se que a função social da propriedade é exercida por meio da posse - reconhecendo-se então a função social da posse - tem-se a ideia de que a posse que com essa não cumpre, não merece tutela e, em sentido contrário, será tutelada apenas aquela que atenda à função social. Nesse diapasão, entende Zavascki:

A Constituição, embora não assegure, explicitamente, um genérico direito à posse, inegavelmente tutela a posse quando necessário para atingir finalidades específicas, entre as quais a da concretização do princípio da função social das propriedades (ZAVASCKI, 2005, p.21.).

Poderia ser suscitado questionamento acerca da exigência dessa demonstração prévia da função social pelo autor da ação de reintegração de posse, uma vez que não há no dispositivo legal que prevê o procedimento tal requisito e, portanto, não se haveria de exigí-lo.

Ademais, a prova do cumprimento da função social para determinados imóveis não é tão simples e necessita, por exemplo, uma perícia para aferição da eficiência na utilização, na hipótese de imóvel rural e assim, a reintegração como instrumento célere de proteção à posse perderia esse viés e a posse, como forma de efetivação de valores fundamentais do ordenamento jurídico estaria desamparada, de modo a ferir a segurança jurídica e a paz social. Farias e Rosenvald destacam a necessidade do respeito aos valores constitucionais como o fundamento da proteção possessória:

A posse é um modelo jurídico autônomo à propriedade, sendo que a razão de seu acautelamento pela ordem jurídica provém primordialmente do valor dado ao uso dos bens através do trabalho e do seu aproveitamento

econômico. O não-aproveitamento de um bem representa inegavelmente um dano social.

A posse será tutelada como uma situação de fato capaz de satisfazer a necessidade fundamental de moradia e fruição da coisa. O possuidor merece amparo por ser aquele que retira as utilidades do bem e lhe defere destinação econômica, sem que haja qualquer conexão com a situação jurídica de ser ou não o titular da propriedade.” (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.192).

Percebe-se, portanto, que a razão de ser da proteção possessória é justamente o proteger a posse por ser essa capaz de dar proveito ao bem, promover a justiça social, a moradia e o trabalho. Sendo assim, resta claro que a reintegração de posse tem a função de proteger a posse que cumpre com a função social, motivo pelo qual deve ser afastada a crítica de que sua demonstração não deve ser exigida por não estar prevista como requisito para o ajuizamento da demanda possessória. Já existem tentativas, esforços de alteração legislativa nesse sentido. É o que será examinado no tópico a seguir.

2.3 O PLS Nº 166 E A REINTEGRAÇÃO DE POSSE

O PLS nº 166 é o projeto de lei que dispõe sobre o novo Código de Processo Civil. Enquanto votadas suas disposições, chama atenção a proposta realizada pelo Deputado Federal Padre João, que vai a encontro da ideia ora trabalhada de se inserir a função social como requisito para o pleito reintegratório:

Inclua-se o seguinte inciso V no artigo 547 do PL nº 8.046/2010:

Art. 547.
V – o cumprimento da função social da propriedade.
.....

A alteração proposta foi amparada pela seguinte justificativa:

O requisito do cumprimento da função social para a tutela possessória é consequência direta da Constituição, em seus seguintes dispositivos: artigo 5º, inciso XXIII, artigo 170, inciso III, artigo 182 § 2º, artigo 184, artigo 185 parágrafo único e artigo 186, regulamentados pelas Leis nº 10.257/2001 e 8.629/1993. Para o Ministro do Superior Tribuna de Justiça Teori Albino Zavascki, a função social da propriedade diz com a utilização dos bens, e não com sua titularidade. Função social da propriedade realiza-se “mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a

disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, (...) seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse”. Por isso a função social diz mais respeito ao fenômeno possessório do que ao direito de propriedade. Esta é a importante lição do jurista Luis Edson Fachin, para quem a “função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade”. Não existe sentido, na ordem constitucional vigente, em se proteger posse que não cumpra sua função social.

A previsão do novo requisito tinha o argumento de que o princípio constitucional da função social da propriedade deve irradiar pelos conflitos que envolvem a posse para que se proteja apenas aquela que com ela cumpre. A proposta, porém, não foi aceita e o dispositivo permaneceu com a redação do CPC atual.

Outra proposta do referido Deputado dá aplicabilidade ao princípio nos conflitos de reintegração de posse em que há invasão coletiva:

Inclua-se o seguinte artigo 548-A ao PL nº 8.046/2010:

Art. 548-A. Nos casos de litígio coletivo pela posse e propriedade de imóvel urbano ou rural, antes do deferimento da manutenção ou reintegração liminar, deverá designar audiência de justificação prévia e conciliação entre as partes, seus representantes legais, com a participação do Ministério Público e dos órgãos responsáveis pela política urbana e agrária, que deverão para este fim ser notificados.

§ 1º Será intimada a Defensoria Pública para a audiência de conciliação prévia, caso os envolvidos não tenham condições de constituir advogado.

§ 2º A liminar poderá ser concedida somente após a averiguação do cumprimento da função social da propriedade.

§ 3º Caso as partes não alcancem conciliação nos termos do caput, o juiz deverá fazer-se presente na área do conflito coletivo pela posse da terra rural e urbana, acompanhado de representante do Ministério Público.

A justificativa respectiva foi com base na ideia de que os litígios coletivos não devem se submeter à mesma lógica dos bilaterais, pois naqueles, muitas vezes o imóvel urbano ou rural é invadido por grupos sociais de baixa renda, que não têm outra alternativa senão “satisfazer suas necessidades ligadas à dignidade humana, especialmente àquelas de alimentação, trabalho e moradia”. Assim, argumenta que:

Os despejos, ordenados por decisões judiciais muitas vezes precipitadas que tomam em conta dimensão muito reduzida dos conflitos, como se individual fossem, provocam sérios danos à integridade física e moral das famílias ocupantes, além de as privarem do direito à moradia, à alimentação e ao trabalho. As conseqüências danosas afetam diretamente a dignidade humana dos despejados.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (inciso III do artigo 1º da CRFB). A Constituição brasileira (artigo 6º) também assegura os direitos à alimentação, à saúde, ao trabalho, à moradia, a segurança e à assistência aos desamparados. Esses direitos são violados quando existe um despejo, deixando famílias abandonadas à própria sorte, privadas das condições mais básicas de vida.

Desse modo, defende a realização de audiência de justificação prévia ou tentativa de conciliação para o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, prezando ainda pela integridade física dos sujeitos e pelos bens e benfeitorias construídas:

A mediação é fundamental para a análise das consequências e dos impactos dos despejos sobre a população afetada e a comunidade do entorno, como forma de auxiliar no desenho das soluções alternativas.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que tem status supralegal, consoante orientação cristalizada pelo STF (RE 466343/SP), assegura o direito a garantias judiciais, no Artigo 8(1), ao estabelecer que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

O Comentário Geral nº 7 (1997) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas estabelece que os Estados devem assegurar, antes da efetivação de qualquer despejo, particularmente daqueles que envolvem grande número de pessoas, que alternativas viáveis sejam buscadas mediante consulta à população afetada, com o objetivo de evitar ou, no mínimo, minimizar o uso da força.

Na impossibilidade de conciliação, é fundamental que o juiz se faça presente à área do conflito, a fim de tomar conhecimento da efetiva realidade local e de evitar danos maiores às comunidades afetadas e ao entorno. Trata-se de consequência direta do artigo 126, parágrafo único, da Constituição da República, que afirma que “sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.”.

A proposta defende ainda que a Defensoria Pública bem como o Ministério Público devem intervir nos conflitos em defesa dos hipossuficientes.

Por fim, analisa a necessidade da existência do requisito do cumprimento da função social para a tutela possessória, em razão dos ditames constitucionais:

O requisito do cumprimento da função social para a tutela possessória também é consequência direta da Constituição, em seus seguintes dispositivos: artigo 5º, inciso XXIII, artigo 170, inciso III, artigo 182 § 2º, artigo 184, artigo 185 parágrafo único e artigo 186, regulamentados pelas Leis nº 10.257/ 2001 e 8.629/1993.

Para o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki, a função social da propriedade diz com a utilização dos bens, e não com sua titularidade. Função social da propriedade realiza-se “mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, (...) seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse”. Por isso a função social diz mais respeito ao fenômeno possessório do que ao direito de propriedade. Esta é a importante lição do jurista Luis Edson Fachin, para quem a “função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade”. Não existe sentido, na ordem constitucional vigente, em se proteger posse que não cumpra sua função social.

É possível se vislumbrar a defesa da ideia de que a função social da propriedade e da posse deve ter expressa previsão nos conflitos reintegratórios, ainda mais se tratando de conflitos coletivos, quando grandes grupos invadem imóveis geralmente improdutivos para lá constituir moradia e dar destinação à terra. O que ocorre atualmente nesses casos com a concessão da liminar é a retirada dos grupos à força, com destruição das benfeitorias eventualmente construídas em uma evidente afronta à dignidade da pessoa humana para se resguardar o direito de posse do esbulhado.

Assim, a previsão de uma audiência de justificação prévia, bem como a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público permitiriam o melhor conhecimento da situação fática e uma disciplina mais satisfativa da posse como consequência dos ditames constitucionais.

A despeito da aparente excelência da proposta, essa, lamentavelmente, também não foi aceita e o Código de Processo Civil permanecerá com as antigas previsões acerca da reintegração de posse, sem trazer inovações na seara dos conflitos coletivos.

2.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Alguns julgados atuais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais demonstram que a função social da posse, apesar de não ser requisito previsto expressamente para a reintegração de posse, é utilizada como critério para indeferimento da liminar, mediante realização da interpretação do dispositivo do Código de Processo Civil em conformidade com os ditames constitucionais. Tem-se em destaque a seguinte jurisprudência:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSE NOVA. MENOS DE UM ANO E UM DIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. LIMINAR.

IMPOSSIBILIDADE. RISCO DE LESÃO À DIGNIDADE DAS PESSOAS QUE ESTÃO NO IMÓVEL EM QUESTÃO.

- Há de se considerar o risco iminente de lesão à dignidade das pessoas que se encontram no lote de propriedade do ora agravante, haja vista o próprio autor da ação ter alegado que há uma família residindo no lote, objeto da ação, no qual foi construído um barracão pela ré

- Em juízo preliminar, sem aprofundar a questão de fundo, verifica-se a incidência, neste caso, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade urbana.

- O Superior Tribunal de Justiça assumiu posição vanguardista, ao decidir: "A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, 'na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade" (Recurso Especial n. 64.124-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça-MG, Diário do Judiciário-MG, 16.05.1997).

(TRIUBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2013, Processo Agravo de Instrumento Cv 1.0079.12.072599-3/001 0039143-08.2013.8.13.0000 (1) Relator(a) Des.(a) Rogério Medeiros Órgão Julgador / Câmara Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL Súmula NEGARAM PROVIMENTO Comarca de Origem Contagem Data de Julgamento 02/05/2013 Data da publicação da súmula 10/05/2013).

No caso em tela, foi ajuizada reintegração de posse por proprietário que viu sua posse esbulhada por grupo familiar que construiu no terreno sua moradia. Como argumento para manutenção da decisão de primeiro grau que indeferiu a liminar de reintegração de posse, o Desembargador Relator aduz que, apesar de não ser legítima a posse por parte dos esbulhadores, a liminar não pode ser deferida, uma vez que configura risco iminente de lesão à dignidade dos réus e à função social da propriedade e da posse.

Assim, percebe-se que a despeito de terem sido cumpridos os requisitos legais para o deferimento da medida, a interpretação literal da lei foi afastada para dar lugar à interpretação sistemática, em que os valores e princípios do ordenamento jurídico são considerados para aferição da decisão mais adequada diante do contexto fático da lide.

Por outro lado, têm-se ainda decisões que não consideram a função social como um óbice à concessão da liminar:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO - CONFLITO AGRÁRIO - POSSE E AMEAÇA DE ESBULHO/TURBAÇÃO - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS ESSENCIAIS PARA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRESENTES - PROVA DA FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA - DESNECESSIDADE - INSPEÇÃO JUDICIAL, AUDIÊNCIA PRÉVIA E INTIMAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA

CONCESSÃO DA LIMINAR POSSESSÓRIA - PROCEDIMENTOS NÃO OBRIGATÓRIOS - QUESTÕES DECIDIDAS EM RECURSO ANTERIOR - CONVERSÃO DO MANDADO DE INTERDITO PROIBITÓRIO EM REINTEGRAÇÃO OU MANUTENÇÃO DE POSSE - CABIMENTO SE CONCRETIZADA A AGRESSÃO À POSSE - RECURSO NÃO PROVIDO.

- Comprovada a posse anterior do bem e o justo receio de ser molestado na posse, cabe o deferimento do interdito proibitório.

- O cumprimento da função social da propriedade não está inserido no rol dos requisitos necessários ao deferimento da reintegração de posse, nos termos do art. 927 do CPC.

- A concessão da liminar de proteção à posse não está vinculada à prévia realização de vistoria no imóvel ou de audiência de justificação, quando estes procedimentos forem considerados desnecessários, nem à prévia oitiva do Ministério Público, sendo que ao Juiz é reservado apreciar e decidir sobre a pertinência da medida, independentemente de providências prévias não obrigatórias ou necessárias.

- A conversão do interdito proibitório em medida reintegratória ou de manutenção no caso de em que a ameaça a posse venha a ser convertida em agressão à posse propriamente dita é cabível tendo em vista que os conflitos possessórios são extremamente voláteis e face fungibilidade das ações possessórias.

- Recurso não provido.

((TRIUBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2013, Processo: Apelação Cível 1.0024.10.175959-5/002 1759595-11.2010.8.13.0024 (1) Relator(a): Des.(a) Márcia De Paoli Balbino Data de Julgamento: 28/11/2013 Data da publicação da súmula: 10/12/2013).

Decisões como a ora trazida têm como fundamento a celeridade da ação reintegratória como medida de proteção à posse. Assim, como o requisito da função social não está previsto, desconsideram uma análise substancial da posse, avaliando apenas a posse anterior, ato esbulhatório e o tempo decorrido para a concessão da liminar.

Como visto, porém, decisões com esse cunho acabam muitas vezes por conferir a proteção imediata à posse em detrimento do direito de moradia do esbulhador, ferindo ainda, a dignidade da pessoa humana, pois, muitas vezes o sujeito é retirado do imóvel à força, com destruição de objetos pessoais e construções eventualmente realizadas.

Conclui-se que o deferimento da liminar em situações em que os sujeitos dão à posse função social, como na hipótese, em que famílias constituem no terreno esbulhado sua moradia, o que se mitiga são princípios constitucionais fundamentais, que não podem ser negligenciados pelo julgador em favor da interpretação literal do dispositivo legal.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO ELEMENTO DE QUALIFICAÇÃO DA POSSE NA AÇÃO REINTEGRATÓRIA

3.1 MECANISMO DE QUALIFICAÇÃO DA POSSE

A função social da posse não é relevante apenas para a análise quanto ao merecimento da tutela da posse, mas também como mecanismo de qualificação do instituto.

Como se sabe, a posse pode ser qualificada como justa ou injusta, conforme os vícios objetivos, bem como de boa ou má-fé, se houver algum vício subjetivo da posse.

Com efeito, a posse de má-fé se dá quando o possuidor conhece o vício existente, sendo, a contrário senso, a posse de boa-fé aquela em que se ignora o vício. Conforme preceitua Paulo Nader, “a posse de boa-fé nem sempre configura posse justa, como a de má-fé pode não se caracterizar como injusta. A posse de quem adquire uma coisa, ignorando que o transmitente a assumira mediante violência, se qualifica como *de boa-fé e injusta*.” (NADER, 2010, p.48).

A posse injusta, por sua vez, é aquela adquirida por meio de violência, clandestinidade ou de forma precária, sendo justa quando não constituída por tais vícios, como se depara da leitura do artigo 1.200 do Código Civil. Alguns autores, por outro lado, não se filiam a essa interpretação restritiva do dispositivo e consideram que para que a posse se caracterize como injusta é necessário que se analise não somente a forma de aquisição, mas também a função social dada à posse do bem. A questão cinge-se principalmente em torno da posse violenta, como aponta Dantas:

A doutrina concorda que a violência se materializa pelo uso da força, mas não existe consenso sobre em que circunstância ele efetivamente a caracterizaria. Não há dúvidas de que quando é utilizada diretamente contra uma pessoa, a força representa aquisição violenta, mas permanece a interrogação sobre se tal uso direcionado apenas indiretamente, sem que tenha ocorrido um conflito contra alguém, seria suficiente para a materialização da injustiça da posse adquirida desse modo. (DANTAS, 2013, p.6).

Sendo assim, são propostos novos critérios para a qualificação da posse como injusta, a fim de se dar uma maior tutela ao possuidor que dá destinação ao imóvel abandonado, ainda que a forma de aquisição tenha sido violenta. Para Farias e Rosenvald:

Não é considerada violenta a posse caso o uso da força se justifique para a remoção de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas). Pensamos que só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que a isto se oponha. Havendo o abandono do bem que é objeto de ocupação, não é crível pensar em uma “*presumida oposição*” por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 143.).

Na hipótese, caso um sujeito se valesse de arrombamento para invadir imóvel cuja posse não cumpre sua função social - como um imóvel abandonado por seu proprietário - e lá estabelecesse sua moradia ou utilizasse a terra para plantio e cultivo, não estaria configurada a injustiça da posse, ainda que obtida, a priori, por meio tido como violento.

Desse modo, a função social da posse deve servir como elemento para a qualificação da posse como justa ou injusta, podendo, inclusive, afastar possíveis vícios da posse, aparentes, ao revés, por ocasião de análise mais profunda, reconhecendo, assim, a funcionalização do instituto da posse.

A posse funcionalizada é tutelada no Código Civil quando do reconhecimento da usucapião na modalidade extraordinária e ordinária com a redução do período de posse nas hipótese de o possuidor estabelecer moradia habitual ou realizar obras ou serviços de caráter produtivo (artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil). Têm-se ainda as hipóteses trazidas pela Constituição Federal de usucapião rural e urbana, em que a finalidade dada ao imóvel também são requisitos para a aquisição da propriedade (artigos 192 e 183 da Constituição Federal).

Outra consequência do reflexo da função social da posse em sua qualificação seria o reconhecimento do direito às benfeitorias que o possuidor tiver eventualmente realizado. Sabe-se que o direito às benfeitorias é garantido ao possuidor de boa-fé por força do artigo 1.219 do Código Civil e assim, uma vez aceito que a qualificação da posse é realizada também pelo elemento funcional, ter-se-ia que o possuidor que confere função social é possuidor justo e, no mínimo, de boa-fé, pois, como visto, pode-se defender inclusive a inexistência de vício na posse que atende à função social.

3.2 A QUALIFICAÇÃO DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Como visto, a função social da posse pode ser tida como elemento qualificador da posse como justa ou injusta quando se considera o aspecto funcional do instituto. Desse modo, a função concretamente exercida por meio da posse deve ser relevante e irradiar pelos institutos da posse e da propriedade.

Sendo assim, os modos de aquisição da posse não devem ser tidos como critério satisfativo para se oferecer proteção a essa.

A posse, em virtude de sua relevância fática, tem proteção específica, distinta da propriedade, a fim de se preservar valores como a moradia e o trabalho, por exemplo. Essa proteção se verifica através do *ius possessionis* (direito de posse) e do *ius possidendi* (direito de possuir). Conforme Paulo Nader, “as ações possessórias não se confundem com as *petitórias*, pois aquelas se fundam na simples posse, enquanto essas versam sobre o direito de propriedade ou qualquer outro direito real” (2010, p.68).

Ao possuidor são garantidos os interditos possessórios, como forma de proteção judicial célere à posse turbada, esbulhada ou ameaçada. É reconhecido ainda o direito à autotutela mediante previsão do artigo 1.210 §1º do Código Civil, que dispõe sobre a possibilidade de desforço imediato:

O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.

Nas ações de reintegração de posse, como sabido, o autor se defende contra o esbulho de sua posse, sendo esse proprietário- possuidor ou apenas possuidor do bem. O esbulho, por sua vez é o ato pelo qual o sujeito toma a posse do legítimo possuidor, fazendo com que sua posse seja tida como injusta.

A injustiça da posse ocorre quando há vício objetivo e, como mencionado anteriormente, elenca o Código Civil, no artigo 1.200, um rol de hipóteses que configuram aquisição injusta da posse. Por outro lado, a função social conferida à posse após sua aquisição não deve ser algo irrelevante na configuração da injustiça, motivo pelo qual, fala-se na função social da posse como mecanismo de qualificação dessa.

Com efeito, se um imóvel abandonado for invadido com violência e, posteriormente, o invasor estabelece sua moradia, a posse advinda da invasão não poderá ser

caracterizada como injusta. Isto é, a forma de aquisição não é o único critério para definir a justiça da posse e, conseqüentemente, o proprietário-possuidor não poderá se valer da liminar da reintegração de posse, pois não estará configurado o esbulho. Nesse sentido esclarece Dantas:

Fica claro que o peso maior para a caracterização da injustiça pela violência não está no fato dela ter sido empregada contra uma pessoa ou apenas na remoção de obstáculos. O que os autores sugerem é que o uso da força para a obtenção da posse de um imóvel abandonado não geraria posse injusta quando ele tiver sido caracterizado dessa maneira, porque a função social estaria sendo descumprida. A contrario sensu, quando a função social estiver sendo cumprida, mesmo a força empregada apenas na remoção de cercas e obstáculos caracterizaria a violência geradora da posse injusta. (DANTAS, 2013, p. 8).

Essa funcionalização do instituto da posse se torna necessária uma vez que o direito à moradia foi consagrado pela Constituição Federal como direito fundamental e, assim, deve-se primar pela sua efetivação. Não raros são os conflitos atuais envolvendo invasões coletivas urbanas e rurais e, diante do cenário, deve o julgador se adequar para promover a justiça do caso concreto, conforme os ditames legais e garantias constitucionais. Endossa a ideia Ferreira:

[...] o Estado-Juiz, quando chamado a resolver os conflitos possessórios coletivos sobre imóveis público ou privados, atua, ordinariamente, calcado no modelo dedutivista formal. Desse paradigma resulta o despejo forçado de mulheres, crianças, idosos e portadores de necessidades especiais, o que implica reconhecer que a posse exercida por esses grupos desaparece frente ao poder de proteção da propriedade, ainda que o comando constitucional e os Tratados Internacionais assegurem o direito a moradia. (FERREIRA, 2013, p. 115).

Sendo assim, nos conflitos reintegratórios, há de se perquirir a destinação dada ao bem para qualificação da posse como justa ou injusta, o que remete à própria existência ou não de esbulho, isto é, quando o possuidor justo confere função social à posse, ainda que ele tenha o imóvel invadido sem violência, será protegida sua posse, caracterizando a do invasor uma posse injusta. Percebe-se que a função social exercida seja pelo possuidor justo, seja pelo injusto deve ser considerada no momento da tutela possessória, merecendo proteção aquela que melhor atender à finalidade do princípio.

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Muitas vezes a jurisprudência inova no sentido de endossar a ideia de que a função social da posse deve ser elemento analisado para qualifica-la como injusta em sede reintegratória. É o que se vislumbra do seguinte julgado:

EMENTA: Reintegração de posse. Propriedade rural. Utilização econômica. Função social da propriedade. Embora a função social da propriedade não deva ser discutida em sede de ação de reintegração de posse, pois em exame o injusto impedimento do exercício da posse, de esbulho não se pode cogitar, quando a posse impugnada decorre da melhor prova da falta de utilização econômica da propriedade rural.
(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2013, Apelação Cível Nº 1.0024.05.769023-2/003 - Comarca De Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. José Flávio De Almeida).

No caso, primou-se pela ideia de que a qualificação da posse deve ser realizada mediante análise não somente de seus elementos estruturais, como a forma de aquisição, mas também funcionais, como a destinação dada ao imóvel pelo proprietário- possuidor e pelos esbulhadores, uma vez que não se considerou como injusta a posse que se presta à moradia, trabalho, educação, posto que em detrimento de posse negligente do proprietário.

Elucidativo é o seguinte julgado do TJRS relativo à questão:

Ementa: POSSESSORIA. AREA RURAL. MST. FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGACAO. POSSIBILIDADE. FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. CONSTRUCAO DE NOVA EXEGESE DA NORMA MATERIAL E PROCEDIMENTAL. INVESTIGACAO DA PRODUTIVIDADE E APROVEITAMENTO DA AREA EM ACAO POSSESSORIA. NECESSIDADE. ART. 5º, XXII E XXIII, CF. LEI Nº8.629/93. NEGARAM PROVIMENTO. VOTO VENCIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Agravo de Instrumento Nº 70003434388, Décima Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 06/11/2001).

Verifica-se do julgado em comento, que a função social da propriedade foi determinante para o indeferimento da medida liminar de reintegração de posse, uma vez que os autores não demonstraram seu cumprimento. A justificativa do Desembargador Relator para o voto foi de que negligenciar a análise da função social é negar vigência ao texto constitucional. Assim, entende que os autores deveriam demonstrar, quando do ajuizamento da reintegração de posse, determinado grau de utilização e eficiência da área rural esbulhada.

O Desembargador Revisor, por sua vez, endossa a ideia com o argumento de que a função social serve como fator a qualificação da posse do esbulhador como injusta. Assim, entende que apesar de a aquisição da posse do imóvel pelos autores tenha sido de forma legítima, somente isso não basta para que a posse seja tida como justa, pois, utilizam a terra de forma ilegítima, capaz de lesar a ordem jurídica e desrespeitar princípios como da dignidade da pessoa humana.

A despeito das decisões ora trazidas, o que se vislumbra na maioria das decisões atuais é que o julgador se vale da função social conferida pelo esbulhado para configuração da injustiça da posse do esbulhador, porém essa análise da função social não é realizada para eventual configuração da justiça da posse por parte do esbulhador. Isto é, se o proprietário-possuidor dá destinação a seu imóvel em conformidade com a função social, esse será mais um argumento para qualificar a posse do esbulhador como injusta. Por outro lado, se o proprietário-possuidor é negligente com seu imóvel, mas o esbulhador confere função social à posse, esse fato é desconsiderado para efeito de configuração da injustiça da posse, o que demonstra uma quebra de paralelismo por parte das decisões.

É o que se percebe na seguinte jurisprudência:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE LIMINAR - PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO - AUSÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA DO MP - REJEIÇÃO - AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO / VISTORIA - PROCEDIMENTOS NÃO OBRIGATÓRIOS - TUTELA POSSESSÓRIA - OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - LIMINAR DEFERIDA E DECISÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. . O deferimento da liminar sem intimação do MP não enseja nulidade, se não ocorreu prejuízo. 2. Embora prudente a realização de audiência de justificação e de vistoria, sempre que possível, a Resolução 438/2004 do Tribunal de Justiça, não vincula o juiz, pois não se trata de norma cogente. 3. A propriedade rural que atende a sua função social merece tutela possessória para ver afastada lesão ao exercício do domínio. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Agravo de instrumento cível nº 1.0024.10.157861-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - agravante(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: exmo. Sr. Des. José Flávio de Almeida).

No caso, o Desembargador Relator deferiu a liminar sob o argumento de que a propriedade invadida cumpria com a função social e assim, merece tutela possessória. Porém, não se perquiriu a destinação dada pelo esbulhador, que teve sua posse qualificada como injusta bastando a análise da posse funcionalizada do esbulhado e a forma de aquisição da posse pelo esbulhador.

Em caso semelhante, porém, a propriedade invadida não cumpria com a função social, porém essa foi desconsiderada no momento da concessão da liminar, que para o Desembargador Relator, não deve ser analisada em conflitos possessórios, isto é, o não atendimento à função social não interessa para configuração do esbulho, ainda que o esbulhador tenha conferido destinação ao imóvel que atenda ao princípio.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. INTIMAÇÃO DO MP PRÉVIA. DESNECESSIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DEMONSTRAÇÃO. DESCABIDA. A necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural não obriga o Juiz a ouvir o referido Órgão, antes de decidir a respeito da liminar pleiteada; isto porque a apreciação de tal pedido é prerrogativa constitucional do Magistrado. Descabida a discussão sobre a comprovação de produtividade do imóvel rural, pois, como visto, a proteção possessória está condicionada à demonstração de existência da posse anterior e do esbulho, elementos estes que viabilizam a reclamada proteção. Preliminares rejeitadas e recurso não provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Agravo De Instrumento Cível N° 1.0024.10.010786-1/001 - Comarca De Belo Horizonte - Agravante(S): Ministério Público Estado Minas Gerais - Agravado(A)(S): Replasa - Reflorestadora S/A - Relator: Exmo. Sr. Des. Pereira Da Silva).

Interessante é o argumento do Desembargador Relator quando diz que “a simples alegação de que a terra não está cumprindo a sua função social não autoriza a sua invasão, por terceiros, em absurda violação do direito de propriedade”, uma vez que prima pela defesa do direito de propriedade, ainda que em detrimento dos preceitos constitucionais acerca de sua função social. Defende-se assim, que a posse do proprietário que não cumpre com a função social merece tutela em sede reintegratória, cabendo a discussão acerca da destinação dada ao imóvel somente nos conflitos desapropriatórios.

Assim, o que se percebe é uma quebra do paralelismo nas decisões, uma vez que a função social ora serve de argumento para conferir proteção à posse do esbulhado, ora é desconsiderada para o deferimento da liminar.

CONCLUSÃO

Após a conceituação do instituto da posse e da análise de sua função social, o presente trabalho se prestou a investigar os reflexos do princípio da função social da posse nas ações reintegratórias.

Uma vez reconhecida a função social da posse como princípio constitucional implícito, resta patente seu reflexo por todo o ordenamento jurídico, incluindo-se, assim, os conflitos possessórios, em que o princípio é negligenciado em favor da celeridade na proteção da posse.

O que se vislumbra em sede possessória é o deferimento da liminar com base nos requisitos legais de forma a retirar os invasores sem ouvi-los, sem investigar a situação fática que se insere o conflito, isto é, sem investigar se há função social por parte do autor. Assim, em determinada lide em que há invasão de um imóvel improdutivo por sujeitos que venham a conferir utilidade à posse, a decisão liminar irá ferir o princípio constitucional da função social da posse. Muitas vezes essa negligência acaba por ferir direitos fundamentais como da moradia, da dignidade da pessoa humana, em razão do afastamento do julgador com a situação fática existente.

Sendo assim, entende-se que o possuidor que não confere função social à posse não deve ter proteção imediata por meio da liminar em sede reintegratória.

Como visto, a inserção da função social na reintegração de posse pode ser realizada de duas formas principais: pode-se ter a função social conferida pelo autor como um requisito para o pleito, uma vez que sua posse somente é defendida pelo ordenamento jurídico se com ele está conforme; ou a função social pode ser instrumento de qualificação da posse como injusta para efeito de configuração do esbulho que dá ensejo à demanda.

Tal ideia foi trazida por meio de projeto de lei que pretendia incorporar ao novo Código de Processo Civil o requisito da função social no dispositivo correspondente à reintegração de posse. Houve ainda projeto que pretendeu dar tratamento diferenciado aos litígios coletivos, em razão de sua peculiaridade, prevendo audiência prévia de justificação ou de conciliação e, ainda a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público. Porém, as propostas não foram aceitas, o que configura lamentável retrocesso na defesa de direitos fundamentais como o de moradia e da dignidade da pessoa humana.

Mediante a análise da jurisprudência mineira atual, foi possível se vislumbrar uma diversidade na tutela da posse, em que ora o princípio era considerado, como requisito da

tutela ou para qualificação da posse como injusta; ora desconsiderado na concessão da liminar sob o argumento de que semelhante análise é exclusiva dos conflitos expropriatórios. Sendo assim, mostra-se necessário um amadurecimento em torno da problemática, que ainda tem um tratamento eclético pelos juízes e Tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação

COMPARATO, Fábio Konder. "**Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**", Revista do Centro de Estudos Judiciários, v. 1, nº3, set./dez. 1997.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, p. 29-50, jan./mar. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. X. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Gilson. "**A função social da posse como elemento de efetivação dos direitos humanos no contexto do direito de moradia digna**", Revista Thesis Juris, São Paulo, v.2, N.1, pp. 99-120, Jan./junho.2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. Rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v.4: direito das coisas**. Paulo Nader- Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. Sílvio de Salvo Venosa. -3.ed. – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção direito civil; v.5).

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Revista Brasileira da Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

Disponível em: <http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf> Acesso em: 20 de novembro de 2013.

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=087AD9D009128A5E74CD56A7F71A6CBE.node1?codteor=938648&filename=EMC+322/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010 Acesso em 8 de janeiro de 2014 .

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=087AD9D009128A5E74CD56A7F71A6CBE.node1?codteor=938649&filename=EMC+323/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010> Acesso em: 8 de janeiro de 2014.