

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Clarisse Moraes de Ávila

**A CARACTERIZAÇÃO DOGMÁTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Juiz de Fora

2014

Clarisse Moraes de Ávila

**A CARACTERIZAÇÃO DOGMÁTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcus Eduardo de Carvalho Dantas.

Juiz de Fora

2014

Clarisse Moraes de Ávila

**A CARACTERIZAÇÃO DOGMÁTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Data de aprovação: 30/01/2014

Professor Doutor Marcus Eduardo de 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

A Deus, por não permitir que eu desista e por me dar perseverança para acreditar que tudo daria certo.

Aos meus pais, ao Álvaro e ao Marcos Vinícios, pelo amor, compreensão e apoio em todos os momentos.

Ao Marcus Dantas, pelo comprometimento, pela paciência e dedicação ao me orientar.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a tentativa de caracterizar dogmaticamente no ordenamento o princípio constitucional da função social da posse. Tendo em vista que os estudiosos sobre o tema não se entendem quanto a tal assunto, busca-se com esta tese estabelecer uma diferenciação entre posse e propriedade e conseqüentemente entre a função social da posse e a função social da propriedade, tendo em mente que a posse é um instituto autônomo e, apesar de séculos ligada ao conceito de propriedade, tem emergido no meio jurídico como direito independente. Para tanto, inicialmente serão feitos comentários em relação à questão da constitucionalização do Direito Civil a partir da Constituição Federal de 1988, que elevou os princípios ao status de normas jurídicas. Num segundo momento, será dada a devida ênfase ao direito de posse, suas classificações e teorias mais importantes. Posteriormente, dar-se-á atenção ao estudo do direito de propriedade, na busca de explicitar as diferenças entre ele e a posse, bem como explicando no que consiste o princípio da função social da propriedade, para que mais tarde possam ser feitas as devidas comparações. Por fim, diante dos esclarecimentos feitos e tomando-se como marco teórico uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, será feita uma proposta para a caracterização da função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro, bem como serão analisadas as possíveis conseqüências que isto pode trazer ao Direito brasileiro.

Palavras-chave: posse, função social da posse, função social da propriedade, autonomia, princípios constitucionais.

ABSTRACT

The present work aims at the search in order to characterize dogmatically the constitutional principle of the social function of ownership. Given that scholars on the subject do not understand about this subject, we try to this thesis differentiate between possession and ownership, and consequently between the social function of ownership and the social function of property, keeping in mind that possession is an autonomous institute and despite centuries linked to the concept of ownership has emerged in the legal environment as an independent right. For this purpose, initially commented on the issue of constitutionalization of Civil Law will be made from the Federal Constitution of 1988, which raised the principles to the status of legal rules . Secondly, due emphasis will be given to the right of possession, their classifications and major theories. Subsequently, it will give attention to the study of property rights, in the pursuit explain the differences between him and ownership, as well as explaining what is the principle of the social function of property, so that later the appropriate comparisons can be made. Finally, before the clarifications made and taking as theoretical framework a systematic and teleological interpretation of the law, a proposal to characterize the social function of ownership in Brazilian law will be made and will analyze the possible consequences this may bring the Brazilian law.

Keywords: possession, possession of social function, social function of property, autonomy, constitutional principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	12
2 A POSSE	16
2.1 A Teoria Subjetiva de Savigny.....	17
2.2 A Teoria Objetiva de Ihering.....	19
2.3 A Análise Social da Posse em Saleilles.....	21
2.4 Posse Justa e Posse Injusta e as Consequências da Análise Social	23
3 A PROPRIEDADE	26
3.1 O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade	29
4 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	33
4.1 Manifestações da Função Social da Posse no Ordenamento Jurídico Brasileiro	36
4.2 A Possibilidade de Conflito entre a Função Social da Posse e a Função Social da Propriedade.....	38
4.3 Consequências da Adoção da Função Social da Posse no Sistema Jurídico Nacional.....	39
5 CONCLUSÃO	42
6 REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Para que o Direito seja visto como sinônimo de ordenamento jurídico, as normas não podem ser vistas isoladamente, mas sim como partes de um conjunto. A partir desta visão privilegiam-se características indispensáveis aos sistemas jurídicos que se pretendem autônomos, quais sejam, a unidade, a completude e a coerência.

Sob este prisma, é possível considerar que as normas estão interligadas entre si, formando um sistema uno, completo e coeso, resultado para o qual, no atual sistema constitucional brasileiro, os princípios constitucionais passaram a ser elementos importantes, funcionando como elos entre as inúmeras normas esparsas para se chegar à unidade do sistema.

Desta forma, com a Constituição Federal de 1988 princípios como os da igualdade social e da dignidade da pessoa humana passaram a informar e servir de marco interpretativo a todo o sistema de normas, inclusive às ligadas ao Direito Privado.

Entre as diversas conseqüências decorrentes da incidência dos princípios constitucionais no Direito Privado, uma das mais notórias foi a modificação na compreensão da estrutura e da função do direito de propriedade. A previsão constitucional de que a propriedade deve atender à função social (artigo 5º, XXIII) colocou por terra a ideia de que a propriedade é um direito absoluto.

O instituto da posse, por sua vez, também sofre as influências decorrentes da funcionalização da propriedade, até mesmo de forma mais intensa. Isso por que quando se exige que a propriedade cumpra uma função social, o que se quer, em verdade, é que o exercício de tal direito se dê em consonância com as diretrizes constitucionais. E a posse, como se sabe, remete justamente à dimensão fática decorrente do exercício do direito, independente da existência de título. Sendo assim, com muito mais razão, o instituto jurídico da posse passou a ser enxergado como um grande vetor por meio do qual a função social pode se concretizar.

Apesar de muitos considerarem que a propriedade é requisito indispensável para a existência da posse, esta possui uma dimensão fático-social muito mais forte e evidente que a propriedade. No fundo, esta afirmação significa que quando se fala em "função social da propriedade", na verdade, isso deve ser compreendido como "função social da posse exercida pelo proprietário". A função social sempre remete ao exercício do direito de propriedade, e o proprietário exerce o seu direito através da posse.

Através de uma leitura simples dos artigos da Constituição Federal é possível perceber que há menção expressa à função social da propriedade, mas o mesmo não pode ser dito em relação à função social da posse. Diante desta constatação, fica a indagação se esta estaria contida dentro daquela ou se é possível, através de uma interpretação sistemática do ordenamento, chegarmos a um conceito próprio e independente para a função social da posse. A pergunta que se faz aqui é: "a função social da posse está inserida na função social da propriedade ou tem existência autônoma?".

Para tentar responder a tal indagação é preciso fazer um estudo mais aprofundado do instituto da posse em si, de sua estrutura e de suas regras, vistos através de pontos de vista diferentes, tais como o de Ihering, o de Savigny e o de Saleilles.

Savigny foi o criador da conhecida teoria subjetiva da posse. Segundo tal pensador, para a caracterização da posse há de existir dois elementos, um físico e um psíquico. O elemento físico caracteriza-se pela apreensão/vigia efetiva do bem e o psíquico, denominado no latim como *animus domini*, caracteriza-se pela vontade do possuidor em se tornar dono. Portanto, a posse para Savigny dependia da presença de dois requisitos, o *corpus* e o *animus domini*.

A mencionada teoria foi muito criticada e, apesar da grande contribuição para o estudo do direito de posse, várias incongruências podem ser apontadas, pois nem todo possuidor tem o ânimo de ser dono. Como exemplos de tal constatação podem-se citar as figuras do locatário e do comodatário, que são possuidores, mas não almejam se tornarem os proprietários, já que são os sujeitos passivos de contratos de empréstimo, oneroso e gratuito, respectivamente.

Ihering por sua vez, opondo-se à teoria de Savigny, criou a teoria objetiva da posse. Para tal jurista, a posse se caracteriza como uma exteriorização da propriedade. Ana Rita Vieira Albuquerque cita Ihering e diz que "a exteriorização da propriedade é, para Ihering, a melhor forma de comprovar não só o início e aquisição da posse, como também a sua continuidade".¹ Tal teoria é a que melhor explica a regulamentação da posse no atual Código Civil brasileiro, apesar de também ter seus problemas, já que mais uma vez traz o conceito de posse dependente do conceito de propriedade. Além disso, para haver posse não é necessário que haja apreensão física do bem, valendo lembrar que a posse pode se desdobrar em direta e indireta.

Outra teoria também criada para tentar explicar o direito de posse foi a de Saleilles. Saleilles busca um conceito mais social para a posse, independente do direito de

¹ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 104.

propriedade. Para Saleilles existe um *animus possidendi*, que é uma vontade abstrata formada pelo fato e pela causa da posse. Neste sentido, a posse não deriva de uma simples vontade, mas sim das condições sociais e econômicas que circundam a situação possessória.

Tomando por base este conceito mais socializado, é possível constatar que as normas jurídicas emergem dos anseios da própria sociedade, já que o alcance do bem comum, além de ser a finalidade buscada pelos agentes sociais, é condição de convivência entre eles. Neste sentido, a norma deve se adequar ao fato social, como forma de garantir o alcance do efetivo bem comum.

Nesta busca, o pensamento dogmático é constantemente revisto, já que a mudança na base material (relações interpessoais) acarreta, ou pelo menos deveria acarretar, a reformulação das normas e institutos jurídicos. É por este processo que vem passando o instituto da posse atualmente.

A função social, hoje, pode ser vista como um princípio diretivo do ordenamento jurídico e se aplica não só a institutos já definidos, mas à Dogmática Jurídica como um todo. Isto se dá por que a Constituição Federal é o ponto de partida para esta nova visão e os princípios constitucionais integram a norma e o fato social, enfatizando o Direito como manifestação direta da integração entre os homens.

A função social leva a uma reinterpretação dos institutos jurídicos e, principalmente, nos leva a tentar entender qual é a finalidade de cada um deles.

Assim, a busca da caracterização do princípio da função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro é a tentativa da dogmática em restaurar o conteúdo do direito de posse, direito este que emerge do fato social, e direcioná-lo ao atendimento dos anseios desta coletividade.

Neste sentido asseverou Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²:

Atualmente, a ciência jurídica volta a olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há mais um interesse tão evidente em conceituar a estrutura dos institutos, mas em direcionar o seu papel e missão perante a coletividade, na incessante busca pela solidariedade e pelo bem comum. Enfim, a função social se dirige não só à propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano.

Portanto, o presente estudo se esforçará para deixar em evidência o conteúdo social do direito de posse, demonstrando como este direito, que há tantos anos vem passando por um processo de reconhecimento de sua autonomia, pode ser útil a realizar os anseios da

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Reais**. Salvador: Editora Jus PODIVM. 2012, p. 72-73.

coletividade, contribuindo com o ordenamento na busca da diminuição da desigualdade social, da realização da justiça efetiva e do alcance do bem comum.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Durante o apogeu da Escola da Exegese os códigos cumpriam papel primordial na aplicação do Direito, pois após a entrada em vigor do Código de Napoleão, os juristas franceses apoiaram a ideia de um direito sistemático e positivado e isto acabou se difundindo por um grande número de países, inclusive o Brasil. Tidos como completos e fechados, os códigos gozavam de aplicação plena, pois só eram consideradas válidas as normas positivadas nos códigos, assim, se uma situação não tinha previsão, era por que o Direito a considerava indiferente. Sobre tal período da história do Direito, vale ressaltar os ensinamentos de Miguel Reale³:

Grandes mestres que obedeceram a essa tendência achavam que os usos e os costumes não poderiam valer, a não ser quando a lei lhes fizesse expressa referência. O dever do jurista era ater-se ao texto, sem procurar soluções estranhas a ele. Lançaram-se, assim, as bases para o que se costuma denominar *Jurisprudência Conceitual*, por dar mais atenção aos preceitos jurídicos, esculpido na lei, do que às estruturas sociais, aos campos de interesse aos quais aqueles conceitos se destinam.

Neste cenário reinava a clássica dicotomia entre o direito público e o privado, que com o passar do tempo foi sendo relativizada. A ideia principal era a de que existiam dois planos autônomos e completamente separados dentro do Direito, o plano do Direito Público e o plano do Direito Privado.

O Direito Público seria destinado a reger as relações entre Estado e indivíduo, sendo que ao Estado eram dadas prerrogativas de ação, já que era o organismo que geria a vida de toda coletividade e, com o passar do tempo, ao indivíduo foram sendo concedidas certas oportunidades de evitar a ingerência desmedida do Estado, mas isto foi se dando de maneira lenta e gradual. O Direito Privado, por sua vez, era destinado a reger as relações interindividuais entre iguais e, fundava-se, inicialmente, na ideia de liberdade e autonomia da vontade desmedidas, já que estas não encontravam qualquer baliza.

Com o passar do tempo, os próprios criadores e operadores do Direito passaram a notar que a imensa gama de casos diferentes que surgiam tornavam impossíveis ao legislador prever todas as possibilidades de intervenção judicial, o que gerou uma explosão de leis especiais que buscavam regulamentar situações específicas não tratadas pelo Código.

Obviamente, todo este fenômeno ocorreu lentamente, entretanto, culminou em uma profunda transformação no cenário do Direito. O Código Civil, antes a única e principal

³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

fonte do direito privado, tido como completo e fechado, teve de dar lugar a uma infinidade de normas especiais que com ele deveriam conviver harmoniosamente, dado o caráter de coerência que se busca em todo sistema jurídico. Neste sentido, sábias são as palavras de Gustavo Tepedino⁴:

Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas.

Esse fenômeno dos microssistemas agravou a crise que a influência da Escola da Exegese já vinha passando no início do século XX, pois cada vez se tornava mais difícil às pessoas, e aos próprios aplicadores do direito tornarem efetivas normas como a contida no artigo 3º da lei de introdução às normas do direito brasileiro (decreto-lei 4657/72) que diz que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”⁵, fora as dificuldades encontradas em se compatibilizar tantos diplomas diversos. Sendo assim, como forma de defender a ideia de unidade do sistema, após o declínio das ideias da Escola da Exegese, o mundo jurídico voltou-se para a busca de alguma solução eficaz que auxiliasse na compatibilização e interpretação de tais normas.

Neste diapasão, a Constituição Federal de 1988 surgiu como meio apto para a superação das dificuldades de sistematização e harmonização das normas espalhadas por vários microssistemas. A Constituição Federal de 1988 inovou ao tratar de maneira diferenciada antigos e já consolidados institutos do direito privado.

Além disso, já em seu artigo 3º demonstrou seu viés solidário-social ao estabelecer que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil está a busca de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos(...)”⁶.

A real novidade não foi a simples previsão de objetivos abstratos a serem buscados, mas sim a transformação de toda a ordem jurídica na busca de realmente alcançar

⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil - O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

⁵ BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2013, p. 15.

⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2013, p. 67.

tais objetivos, o que culminou na necessária releitura de muitas normas e institutos até então vigentes.

Através de atribuição de verdadeira força normativa à Constituição Federal, suas previsões passaram a ser aplicadas a todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Civil, além disso, os princípios constitucionais, explícitos ou não, passaram a ser normas de integração utilizadas para se resolver antinomias e para se preencher lacunas que casualmente possam existir. Neste sentido, vale ressaltar que as normas constitucionais deixaram de ser aplicadas apenas sob o enfoque negativo, destinadas apenas aos criadores das demais normas jurídicas, mas passaram a serem aplicadas diretamente às relações, conforme preleciona Maria Celina Bodin Moraes⁷:

Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema.

Portanto, na árdua tarefa de interpretar as normas, o jurista moderno deve buscar efetivar os princípios e valores constitucionais, ainda que isto signifique o abandono a conceitos já consolidados, como a absolutez do direito de propriedade. E isto deve ser aplicado não só nas relações públicas entre Estado-indivíduo, mas também nas relações privadas, como forma de se privilegiar a superioridade dos objetivos traçados pela Constituição.

Maria Celina Bodin Moraes cita com autoridade exemplos deste fenômeno constitucional em nosso sistema de direitos⁸:

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente quando destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O art. 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem-estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucionalizado**. *Estado, Direito e Sociedade*, volume I, PUC-Rio, 1991, p. 8.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. ob. cit., p. 9.

De acordo com este entendimento, as normas do direito civil devem ser reinterpretadas à luz das normas constitucionais, pois a regulamentação da vida privada deve refletir de maneira indiscutível valores existenciais insculpidos na Carta Magna, tais como a justiça social e a dignidade da pessoa humana. Conforme asseverado pela supramencionada autora, esta transformação de perspectiva acaba por transformar o direito civil⁹, no seguinte sentido:

de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

É importante perceber que este movimento de constitucionalização não se deu apenas nas relações privadas econômicas, sendo um fenômeno observado em todos os ramos do Direito, em todas as suas extensões. No direito de família e sucessório, por exemplo, passou-se a reconhecer a figura do(a) companheiro(a) como sujeito de direitos e passível de se tornar herdeiro, diante da regulamentação do artigo 226, §3º da Constituição Federal, que garante à união estável o status de entidade familiar.

Entretanto, como em geral as relações econômicas costumam ser demasiadamente livres e, por vezes, desiguais, este fenômeno merece ainda mais apreço neste âmbito, como forma de evitar que a liberdade dada aos sujeitos seja, ao contrário do desejável, fonte de injustiças e de desrespeito aos direitos fundamentais.

Portanto, buscando dar conformidade aos objetivos constitucionais de superposição dos valores existenciais em face dos patrimoniais, as principais manifestações dos poderes econômicos e financeiros, que são os institutos da posse e da propriedade, com muito mais razão devem ser reinterpretados para se adequar a esta nova visão.

A própria Constituição buscou facilitar esta transformação de valores ao dizer que a propriedade deve cumprir sua função social e ao trazer no artigo 186 as hipóteses de cumprimento da função social da propriedade rural. Quanto à posse, o que se percebe é que não há previsão expressa quanto ao cumprimento de sua função social, mas o mero entendimento de que todas as normas e institutos devem respeito aos valores econômico-sociais previstos constitucionalmente nos levam a concluir que a posse não foi excluída deste dever, devendo também cumprir sua função social.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. ob. cit., p. 9.

2 A POSSE

A posse é um dos assuntos mais discutidos em todo o Direito. As dificuldades encontradas em sua caracterização e definição fazem com que ela seja apontada por grandes e renomados doutrinadores como o assunto mais controvertido em todo o direito civil. Assim, Sílvio Venosa descreveu o instituto da posse como sendo o “mais controvertido de todo o direito, não apenas do direito civil”¹⁰.

Neste mesmo sentido, encontramos os sábios apontamentos de José Carlos Moreira Alves, no sentido de que “poucas matérias há, em direito, que tenham dado margem a tantas controvérsias como a posse. Sua bibliografia é amplíssima, e constante a afirmação dos embaraços de seu estudo”¹¹.

Tais dificuldades iniciam-se, primeiramente, na própria nomenclatura. Isto ocorre por que o termo “posse” é usado para caracterizar inúmeras situações, “podendo significar desde o sinônimo de propriedade até a investidura em cargo público”¹². Neste sentido, quando alguém fala em posse, se o sujeito que ouve não souber qual é a situação fática referida, difícil será entender sobre o que está a se discutir.

Este trabalho tem como objetivo fazer o estudo da funcionalização do direito de posse, que está inserido no Direito das Coisas, ou seja, entender como o vínculo fático-jurídico existente entre o possuidor e um bem deve se dar de maneira a privilegiar as novas diretrizes constitucionais fixadas.

Além da nomenclatura, outras controvérsias de grande amplitude circundam o estudo da posse, a começar por sua natureza jurídica. A grande discussão encontrada nesta seara é saber se a posse constitui apenas uma questão de fato ou se é um direito e, sendo um direito, se pertence ao grupo dos direitos reais ou dos direitos pessoais.

Apesar de aparentemente a posse ser uma questão meramente fática, já que tem íntima relação com o mundo dos acontecimentos, pode-se dizer seguramente que a posse é um direito. Isto por que existem mecanismos judiciais que tutelam a questão possessória e esta característica é ínsita aos direitos, que podem ser tutelados pela via judicial.

Sendo a posse um direito, saber se é um direito real ou pessoal exige certa análise, pois a doutrina diverge, havendo bons argumentos para ambos os lados. Os que defendem que

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol. 5: Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 2001, p. 41.

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 1.

¹² GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. **Da Possibilidade Jurídica da Posse de Patentes**. 2013, p. 17. Orientador: Marcus Eduardo de Carvalho Dantas. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso – Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013.

a posse é um direito real, assim o fazem por entender que ela possui os dois elementos que caracterizam os direitos reais: poder imediato sobre a coisa e oponibilidade *erga omnes*.

Por outro lado, os que consideram a posse um direito pessoal, baseiam seu argumento em uma interpretação gramatical do Código Civil. Assim, segundo o artigo 1225 do Código Civil de 2002, temos como direitos reais no Direito Brasileiro, “a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso”¹³.

Da simples leitura do rol acima descrito, percebe-se que a posse não está elencada como um direito real, portanto, para esta corrente, a posse seria um direito pessoal por não estar elencada como direito real no rol taxativo estabelecido pelo Código Civil de 2002. Outro argumento bastante forte destes pensadores refere-se ao artigo 1647, I do Código Civil, que prevê a necessidade de outorga uxória caso um dos cônjuges queira alienar ou gravar de ônus real algum bem imóvel, sendo que esta exigência não se faz quando a questão é possessória.

Esta discussão permanece aberta até os dias atuais, sendo que a maioria dos autores entende que a posse é um direito real, pois independente de a lei não dizer isto explicitamente, materialmente a posse mais se aproxima a este grupo de direitos, uma vez que o possuidor tem uma relação direta com o bem sobre o qual exerce a posse, materializando aquela que, para muitos, é a principal característica dos direitos reais: o poder imediato sobre a coisa.

Outra discussão bastante importante no que se refere à posse é a relacionada aos seus elementos constitutivos. Para tanto, necessária se faz a análise de três das principais teorias que buscaram caracterizar o direito de posse, a teoria subjetiva de Savigny, a teoria objetiva de Ihering e a teoria de Saleilles.

2.1 A Teoria Subjetiva de Savigny

Friedrich Karl Von Savigny, aos 24 anos de idade, elaborou sua obra intitulada *Tratado da Posse*. Nesta obra, Savigny buscou expor seus pensamentos a respeito dos elementos que entende ser imprescindíveis para que se possa considerar que existe posse, valendo ressaltar que ele concebia a posse tal como era concebida pelo direito romano antigo.

¹³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2013, p. 332-333.

Este renomado jurista entendia que a posse só adentrava ao mundo jurídico quando se relacionava à usucapião ou quando se fazia necessário o uso dos interditos possessórios como forma de defendê-la. E aqui mais uma vez se enxerga a discussão a respeito da posse ser um direito ou um fato, pois para Savigny, não era qualquer situação possessória que pertencia ao mundo do direito. Neste sentido, explica Ana Rita Vieira Albuquerque¹⁴:

Savigny realçava a questão da posse jurídica, que era a base dos interditos e da usucapião. Assim, do fato puramente físico e estranho ao direito que constitui em princípio a posse, certas condições atribuem a este fato os efeitos de um direito, reconhecendo a importância da posse por si mesma.

A despeito disto, Savigny listava dois elementos como essenciais à constituição da posse: o *corpus* e o *animus domini*.

Buscando indicar tais elementos essenciais, Savigny teve como ponto de partida a detenção, afirmando ser a posse uma detenção intencional. Assim, não bastava ao possuidor apenas deter a coisa, devendo haver uma vontade de ter a coisa para si, ou seja, a vontade de ser o proprietário da coisa. Isto é o que se chama de *animus domini*.

No que se refere ao *corpus*, este é um elemento objetivo que consiste na apreensão física da coisa.

Sem a presença dos dois elementos conjuntamente, não haveria que se falar em posse, pois sem o *corpus* inexistia a posse, e sem o *animus domini* existiria mera detenção da coisa. Obviamente, a classificação desta teoria como subjetiva advém da necessária presença do *animus domini*, já que este elemento é de ordem psíquica/subjetiva, sendo difícil de ser apurado justamente por estar contido no intelecto do sujeito.

Savigny foi muito criticado, principalmente em razão da exigência do *animus domini*, pois apesar de sua teoria ser útil para fazer a distinção necessária entre detenção e posse, não conseguiu resolver de maneira satisfatória outras questões. O maior exemplo dos problemas desta teoria é a figura do locatário.

Desde a época de Savigny, o locatário já era considerado possuidor da coisa locada. Apesar disso, é de conhecimento público que, de maneira geral, o locatário não tem intenção de se tornar dono da coisa locada, caso contrário, faria uma proposta de compra e venda, ou algo parecido, já que a existência de locação ilide a possibilidade usucapião posterior. Para tentar resolver tal incoerência, Savigny criou a figura da posse derivada, que se referia à situação de o proprietário estender seu direito de posse à outra pessoa que não se

¹⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira, ob. cit., p. 99.

encaixa perfeitamente na figura de possuidor. Sendo assim, o próprio Savigny se contradiz, pois admite que é possível existir possuidor sem *animus domini*.

Neste ponto, vale mencionar a opinião de Arnaldo Rizzardo¹⁵:

(...) contrariando a própria tese, isto é, admitindo a posse sem a intenção de dono, Savigny mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre ânimo exigido para a posse e o ânimo de proprietário propriamente dito. No primeiro caso, o ânimo é mais que representação (*animus repraesentandi*). No outro, o arrendatário, o locatário e o usufrutuário estariam representando o arrendante, o locador ou o nu-proprietário, situação, no entanto, diferente daquela que a realidade apresenta.

Portanto, as incoerências encontradas dentro da própria teoria levaram a certo descrédito da mesma, o que impulsionou outros juristas, inconformados com tais problemas, a estruturarem sua própria teoria sobre a posse. Este é o caso de Ihering, que foi aluno de Savigny, e estruturou sua teoria praticamente enfrentando a teoria possessória de seu professor.

2.2 A Teoria Objetiva de Ihering

Como dito, Rudolf Von Ihering, em sua obra sobre a posse, deduziu sua tese de maneira diametralmente oposta a Savigny, discutindo o elemento físico sobre o qual Savigny assenta sua teoria possessória e, de maneira ainda mais incisiva, o elemento psíquico da teoria subjetiva.

Com relação ao *corpus*, Ihering afirmava que no direito romano existia uma infinidade de situações em que não havia vigilância pessoal sobre a coisa e, mesmo assim, eram consideradas como situações de posse. Como exemplo, o renomado jurista citou a situação da armadilha deixada no bosque. Quando alguém passa por tal armadilha e não se apodera do animal nela capturado, assim o faz não por que há uma vigilância física do possuidor, mas sim por que existe uma razão de natureza moral, que Ihering chama de *el respeto a la propiedad de outro*¹⁶.

Sendo assim, não haveria a necessidade de o possuidor ter a coisa consigo, exercendo de maneira imediata sua vigilância sobre a coisa para que sua posse fosse

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

¹⁶ IHERING, Rudolf Von. **O Fundamento dos Interditos Possessórios**. Tradução de Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908, p. 208.

caracterizada, para tanto, basta a mera possibilidade de exercício. Assim ensina Ana Rita Vieira de Albuquerque¹⁷:

Não se exige, por conseguinte, a apreensão e a segurança física da coisa para caracterizar-se a posse, pois não se pode exigir que o camponês cerque seus campos com muros ou que o possuidor de uma casa de campo não a deixe no inverno, mas o que se tem que averiguar é o destino econômico da coisa, se a coisa segue sua vocação natural, hipótese em que a posse continua, mesmo sem vigilância alguma do possuidor.

Sendo assim, o *corpus*, para Ihering, é representado pelo controle quanto à destinação econômica do bem, ainda que o possuidor não tenha a apreensão imediata do mesmo. Assim, quando uma pessoa estaciona seu carro na rua e sai, não deixa de ser possuidora, pois ainda tem o controle sobre a destinação econômica do carro.

No que se refere ao *animus domini*, este não deve ser compreendido como a “vontade de ser dono”, mas como a *affectio tenendi*, ou seja, “a vontade do possuidor de se conduzir perante o bem como se conduziria o proprietário (...), sendo o *animus* ínsito ao *corpus*”¹⁸.

Portanto, para Ihering não era possível separar o *corpus* e o *animus*, pois ambos só existiam juntos. Entretanto, o *animus* para Ihering não tinha a mesma conotação que para Savigny, sendo conhecido como *affectio tenendi*, ou seja, possuidor é aquele que se comporta perante a sociedade como se proprietário da coisa fosse, sendo a posse mera aparência de propriedade.

Vale ressaltar, que Ihering não afirma que o *animus* elencado por Savigny não existe, entretanto, este não seria um meio seguro para se distinguir a posse da detenção, justamente por ser algo íntimo ao sujeito, esta distinção deve ser feita pela legislação, que deve listar quais casos se referem à detenção e quais se referem à posse.

Diante das ideias adotadas por Ihering, o que se percebe é que sua teoria foi além da teoria subjetiva, e em muito a ultrapassou. Entretanto, atualmente, se vê que o seu maior erro foi considerar a posse como mero exercício da propriedade, não reconhecendo sua autonomia.

Ihering defendia a superioridade da propriedade em relação à posse, justificando tal entendimento em uma questão histórica, o simples fato de a posse ter surgido em momento

¹⁷ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 103.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. ob. cit., p. 63.

anterior à propriedade. Segundo Rosenvald e Cristiano Chaves, sobre a posse em Ihering, temos¹⁹:

a posse não é reconhecida como modelo jurídico autônomo, pois o possuidor seria aquele que concede destinação econômica à propriedade, isto é, visibilidade ao domínio. A posse é a porta que conduziria à propriedade, um meio que conduz a um fim.

Sendo assim, é possível afirmar que o grande problema da teoria objetiva de Ihering foi não reconhecer a autonomia da posse e, hoje, apesar de este ponto não estar completamente consolidado, entende-se de maneira geral que há um processo de reconhecimento da autonomia da posse. O principal argumento de quem defende a posse como direito autônomo à propriedade, é o simples fato de que a posse enseja tutela judicial, inclusive contra a propriedade. Assim, o possuidor lesado em sua posse pode se valer dos interditos para defender seu direito até mesmo contra o proprietário.

Outro problema que se verifica na teoria objetiva e também na teoria subjetiva é a ausência de uma análise social do direito de posse. Entretanto, esta análise foi feita na obra de Saleilles.

2.3 A Análise Social da Posse em Saleilles

Raymond Saleilles foi o criador da denominada *Teoria da Apropriação Econômica da Posse*. Sendo sua tese posterior às famosas teorias de Savigny e Ihering, Saleilles após fazer o devido estudo das mencionadas teorias, elaborou a sua própria, inclinando-se mais a concordar com as ideias de Ihering, embora tenha trazido inovações importantes.

Como dito, a teoria de Saleilles, embora traga ideias autônomas, em alguns pontos aproxima-se da teoria de Ihering. Neste sentido, Saleilles também defende a ideia de que corpus e animus não existem como elementos autônomos, mas só existem se interligados estiverem, além disso, concorda com o entendimento de que a posse configura um poder de fato sobre a coisa, e não um poder de direito. Entretanto, apesar de certas semelhanças, o que atribuiu a devida importância à teoria de Saleilles são as inovações trazidas.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. ob. cit., p. 62.

De acordo com o já mencionado, Ihering acreditava não haver um *animus possidendi* diferente de um *animus detinendi*, sendo que, todo aquele que era detentor era também possuidor, exceto quando a própria lei excepcionava a situação, dizendo de forma expressa que aquele caso era um caso de detenção e não de posse. Em sentido oposto, Saleilles acreditava que a posse não deriva de uma simples vontade, mas sim das condições econômicas que circundam o contrato ou a situação possessória. Da mesma forma, Saleilles não concordava com a tese de que a posse era simples manifestação da propriedade, pois entendia que a posse existia por si mesma e que por isso merecia a devida proteção jurisdicional, ainda que não estivesse amparada pelo título do domínio.

Desta forma, o mencionado autor acaba por reconhecer na posse a sua devida importância econômico-social, já que esta é a manifestação do poder de fato sobre as coisas e que merece proteção, independente do direito de propriedade, conforme mencionado por Ana Rita Vieira Albuquerque²⁰:

A teoria de Saleilles – ao contrário daquela de Savigny, que reduziu o instituto da posse ao estado de inércia da propriedade, exigindo para aquela um *animus* especial diverso daquele da detenção, qual seja, o *animus domini*, e ao contrário daquela de Ihering, que confinou a posse à exteriorização da propriedade, colocando-a numa espécie de estado latente, senão de inércia, mas de sujeição – surge como uma teoria que liberta a posse de seu confinamento jurídico ao direito de propriedade, restituindo a sua finalidade econômica e social imanente e dependente apenas dos costumes sociais e das diferentes relações jurídicas que unem o homem à coisa que explora.

Tomando por base a ideia da apropriação econômica do bem, Saleilles acreditava, então, que haveria posse não quando houvesse uma vontade de ser dono ou quando esta fosse a manifestação de fato do direito de propriedade, mas simplesmente quando houvesse de maneira efetiva uma apropriação econômica e consciente do bem, portanto, a principal diferença entre a detenção e a posse, é que esta configura um vínculo econômico e social entre sujeito e coisa, enquanto que a detenção *implica num elemento puramente material, ao qual falta a sanção da opinião pública, órgão de consciência coletiva*²¹.

Acreditava o renomado autor que todo vínculo possessório entre sujeito e coisa obedecia a um fim individual moralmente aceito pela consciência coletiva. Assim, o sujeito trazia consigo uma vontade própria de explorar economicamente o bem e, se isto se desse em

²⁰ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 126-127.

²¹ ... y el concepto de detención implica un elemento puramente material, al cual falta la sanción de la opinión pública, órgano de la conciencia colectiva. (SALEILLES, Raymund. **La posesión**. Tradução de J. M. Navarro de Palencia, Madri: Libreria General Victoriano Suárez, 1909, p. 344.)

conformidade com a destinação econômica aceita pela sociedade como a ideal, estar-se-ia configurada a posse daquele sujeito sobre aquele bem. Assim, conclui Saleilles²²:

Não basta para a relação possessória nem o simples contato corporal com a coisa, nem o título jurídico em que esta se funda; a relação possessória é um todo complexo que encerra ambos os elementos como fatores reais da situação econômica e social que exerce; e esta é a situação que o direito protege antes de que se estatua sua legitimidade jurídica, por que todo aquele que aqui na terra usa em paz e como dono os bens, preenche uma função útil em si, boa para ele e também para o organismo social a que pertence. A comunidade deve defendê-lo e assegurar-lhe o triunfo contra todo agressor que não prove um direito superior ao seu; todo ato útil e pacificamente realizado conforme a aparência da ordem social, é um direito nascente e não pode ceder senão ante a um direito anterior, mais enérgico e mais integralizado.

Deste modo, o que se vê é que a teoria de Saleilles deu um ar mais socializado à posse, já que acredita que sua proteção é devida desde que o possuidor esteja explorando economicamente seu bem, de acordo com os fundamentos morais da sociedade em que vive, sendo que seu direito será protegido contra todos que não tenham um direito superior ao seu.

Esta teoria, muito se aproxima da análise da função social da posse, mas para que isto se faça de forma completa e satisfatória, é importante que se analise sucintamente a classificação que separa a posse em justa e injusta.

2.4 Posse Justa e Posse Injusta e as Consequências da Análise Social

Segundo dita o artigo 1200 do Código Civil, “é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”²³. Este artigo é a sede dos chamados vícios objetivos da posse, pois elenca as três características que, independente da intenção do possuidor, se presentes, maculam a posse de “defeitos” que a fazem ser caracterizada como injusta. Assim, de acordo com o sistema legal, a posse é justa quando adquirida sem a presença de nenhum destes três vícios.

²² Assim se manifesta Saleilles em sua obra: *Que no basta para la relación posesoria ni el simple contacto corporal com la cosa, ni el título jurídico em que éste se funda; la relación posesoria es un todo complejo que encierra ambos elementos como factores reales de la situación económica y social del que la ejerce; y ésta es la situación que el derecho protege antes de que se estatuya su legitimidad jurídica, porque todo el que aquí en la tierra usa en paz y como dueño de los bienes de este mundo, llena una función útil em si, buena para él y buena también para el organismo social á que pertenece. La comunidad debe defender-lo y asegurarle el triunfo contra todo agresor que no pruebe un derecho superior al suyo; todo acto útil y pacíficamente realizado conforme em la apariencia com el orden social, es ya un derecho nascente, y no puede ceder sino ante un derecho anterior, más enérgico y más integralizado.* (SALEILLES, Raymund. ob. cit., p. 396-397.

²³ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. ob. cit., p. 332.

Quanto à caracterização da violência, clandestinidade e precariedade, praticamente não existem discussões na doutrina, sendo violenta a posse adquirida mediante o uso de violência física ou moral empregada contra o legítimo possuidor; clandestina a posse adquirida às escondidas, de maneira furtiva; e precária a posse adquirida quando o sujeito que deve devolver certo bem se nega a fazer isto após o término de um contrato, empréstimo, etc., gerando uma apropriação indébita. Sobre a relação que pode ser feita entre esta disciplina civil e as figuras típicas do Código Penal escreveu Carlos Roberto Gonçalves²⁴ que “os três vícios mencionados correspondem às figuras definidas no Código Penal como roubo (violência), furto (clandestinidade) e apropriação indébita (precariedade)”.

Entretanto, quando a questão gira em torno da dúvida se o mencionado artigo traz um rol taxativo ou exemplificativo, as discussões começam a surgir. Há quem entenda que devido ao fato de o artigo 1200 do Código Civil atribuir conotação negativa à posse do sujeito, já que a posse injusta não tem a mesma proteção conferida à justa, seu rol é taxativo.

Por outro lado, outros entendem que este rol é exemplificativo e não esgota as possibilidades de vícios objetivos que a posse pode conter, pois caso se considere o contrário, algumas situações problemáticas poderiam ocorrer. Neste sentido, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, citado por Carlos Roberto Gonçalves²⁵ entende que “se o Código Civil limitasse os vícios da posse àqueles três, chegar-se-ia à conclusão de que o que esbulhou a céu aberto, sem empregar violência, ou sem abusar da confiança, não tornou viciosa a posse que adquiriu”. Gonçalves, entende que o mais simples seria dizer que a posse estaria viciada e, conseqüentemente seria injusta, quando ocorresse esbulho para sua aquisição. Porém, este não é o entendimento prevalecente, pois a maioria da doutrina considera que o rol do artigo 1200 é taxativo, não havendo outras hipóteses de posse injusta.

A grande diferença entre a posse justa e a injusta é que a posse justa merece proteção contra toda e qualquer pessoa, e a posse injusta só merece proteção em relação às pessoas estranhas ao acontecimento violento, clandestino ou precário. Assim, Carlos Roberto Gonçalves assevera²⁶:

Ainda que viciada, pois, a posse injusta não deixa de ser posse, visto que a sua qualificação é feita em face de determinada pessoa, sendo, portanto, relativa, será injusta em face do legítimo possuidor. Mesmo viciada, porém, será justa, suscetível de proteção em relação às demais pessoas estranhas ao fato.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 88.

A questão mais importante a ser tratada nesta seara é que, com a Constituição Federal de 1988 e a proposta de releitura de certos institutos, também esta classificação vem sofrendo importantes transformações. Neste sentido, já há posicionamentos no sentido de que justa é a posse que cumpre sua função social, independente do modo como foi adquirida.

Sendo a posse um poder de fato sobre a coisa, ela reflete de forma mais confiável quais as necessidades das pessoas de certa sociedade num certo tempo, portanto, independente da maneira como a posse é adquirida, ela será justa se estiver cumprindo sua função social e suprimindo as necessidades da coletividade.

Como forma de analisar a justiça/injustiça da posse sob o viés de sua função social, faz-se também necessário o estudo de alguns pontos sobre o direito de propriedade, já que em dadas situações, tais direitos podem representar polos antagônicos, aprofundando ainda mais a discussão sobre a autonomia dos dois e sobre a possível superioridade de um em face do outro.

3 A PROPRIEDADE

O direito de propriedade sempre foi considerado o direito real por excelência, já que reúne em si todos os demais direitos reais, pois todo direito real deriva de uma das faculdades (usar, gozar, dispor e perseguir a coisa) atribuídas ao direito de propriedade. Entretanto, seus contornos nem sempre se mostraram os mesmos e, para entender como ele se apresenta hoje, necessário se faz uma breve evolução histórica sobre tal instituto.

Nos séculos XVIII e XIX com a difusão das ideias iluministas e jusnaturalistas, começou-se a delinear o formato clássico do direito de propriedade. Através da defesa das ideias individualistas da época, pautadas na exaltação da racionalidade humana, foi concedida aos sujeitos a possibilidade de manifestar livremente suas vontades, em um contexto econômico propício à circulação de capital. Isso ocorreu devido à prevalência dada à liberdade das pessoas para negociar, pois sem a interferência do Estado para dizer o que pode e o que não pode, o capital passou a girar muito mais rápido. Diante deste contexto, a propriedade e o contrato despontaram como as maiores manifestações do direito privado.

Este período, marcado pelo esforço do homem em manifestar sua liberdade de ação e pensamento, se mostrou o ideal para o surgimento da propriedade como um instituto absoluto, pois não era permitido ao Estado intervir na vida privada dos cidadãos, que tinham, portanto, liberdade de exercer sua propriedade da maneira que entendessem melhor, sem que isso pudesse acarretar qualquer manifestação em contrário por parte do Estado²⁷.

Seguindo tal ideário, o Código Civil de 1916 valorizou o patrimonialismo, o que demonstra afinção com os princípios liberais. A propriedade era tida como absoluta e como meio eficaz de o sujeito acumular riquezas. No que concerne a tal diploma, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald assim se manifestaram²⁸:

O Código Civil de 1916, filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferiu prevalência às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e a estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranquila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.

Desta forma, o código civil de 1916 previa em seu artigo 524 o conceito de propriedade, sendo que o que se observa é que nenhuma restrição legal havia sido feita a tal

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. ob. cit., p. 256-266

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. ob. cit., p. 260.

direito. Portanto, seguindo a corrente liberalista, o Código Civil de 1916 era eminentemente patrimonialista, com a prevalência dos valores econômicos sobre os existenciais, não havia qualquer preocupação com a pessoa ou com seus direitos fundamentais. Como já dito, com a nova Constituição Federal de 1988 este cenário sofreu uma forte modificação, pois o próprio texto constitucional exigia que a promoção da dignidade da pessoa humana fosse um objetivo a ser seguido.

Neste diapasão, as ideias anteriores de que a liberdade e a propriedade eram absolutas não mais eram aceitas, quando estas estivessem a atentar contra os valores existenciais das pessoas. Este pensamento pode ser deduzido da previsão do artigo 5º, XXIII, Constituição Federal de 1988 que diz que “a propriedade atenderá a sua função social”²⁹. Vale ressaltar, que a Constituição Federal de 1988 deu tratamentos diversos a diferentes tipos de propriedade, o que traduz mais uma inovação, desta forma, o tratamento dado à propriedade dependeria da destinação do bem (bem urbano ou bem rural), da potencialidade do bem (bem produtivo ou bem improdutivo) e da titularidade do bem (bem pertencente a pessoa nacional ou bem pertencente a estrangeiro)³⁰.

O Código Civil de 2002, diploma legal inspirado na nova constituição, se voltou a este viés mais solidarista e existencialista, deixando para trás o caráter meramente patrimonialista do código anterior. Como novidade na esfera do direito de propriedade, o artigo 1228 trouxe em seus parágrafos relativizações que garantiam que a propriedade não era mais absoluta. De acordo com este novo diploma³¹, a propriedade passou a ter a seguinte conceituação:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

²⁹ BRASIL. Constituição Federal. ob. cit., p. 69.

³⁰ ³⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. 2009, disponível em <<http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/10-contornos-constitucionais-tepedino.pdf>>.

³¹ BRASIL. Código Civil Brasileiro. ob. cit., p. 333.

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

Portanto, não só foi previsto que o proprietário deve dar uma destinação social à sua propriedade, como também a possibilidade de o Estado poder intervir na propriedade em caso de utilidade pública ou interesse social.

Uma sociedade mais justa e solidária não se coaduna com o conceito de liberdade e propriedade absolutas, pois se sabe que da liberdade desmedida podem surgir as arbitrariedades e as desigualdades. O proprietário, então, ainda manteve sua liberdade no exercício de sua propriedade, desde que não ofenda os direitos dos demais e a moral socialmente estabelecida. De acordo com esta ideia, assim se posicionou Caio Mário da Silva Pereira³²:

(...) o que é certo, absolutamente certo, é que a propriedade cada vez mais perde o caráter excessivamente individualista que raiava pelo absoluto. Cada vez mais se acentuará a sua função social, marcando a tendência crescente de subordinar o seu uso a parâmetros condizentes com o respeito aos direitos alheios e às limitações, em benefício da coletividade.

Sobre o tema, Marcos Alcino de Azevedo Torres³³ escreve:

Muitos outros autores poderiam ser indicados do rol daqueles que reconhecem a relativização do direito de propriedade, referência que se torna desnecessária, diante da circunstância de que é voz corrente na civilística atual que a propriedade não é mais a mesma que o Código Civil de 1916 imaginou [...]. Hoje, com a redação conferida pelo novo Código Civil para a caracterização da propriedade, teriam de se curvar à relativização operada por força da função social, esvaziando todo pensamento contrário.

Diante deste novo modelo de propriedade adotado pela legislação ordinária, baseada nas disposições constitucionais, imprescindível se faz o estudo da função social da propriedade como princípio constitucional, atentando-se para as novas balizas que são empregadas ao instituto da propriedade para que este se torne adequado ao novo cenário constitucional.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil – Alguns Aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79.

³³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse – Um confronto em torno da Função Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

3.1 O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade

Sendo a propriedade uma das bases do sistema socioeconômico do Estado, fica evidente que sua importância transcende à órbita individual, portanto, é plenamente compreensível e razoável o entendimento de que a propriedade deve atender, além dos anseios do proprietário, os anseios da sociedade em que ele vive, daí o surgimento da ideia de função social da propriedade.

No Brasil, apesar de ter se tornado mais evidente com a previsão da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade teve sua primeira previsão, ainda que não expressa, na Constituição de 1946. O artigo 147 do mencionado diploma previa que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”³⁴. Da mesma forma, a Constituição de 1967 demonstrou certa preocupação com a função social da propriedade. Entretanto, vale ressaltar a grande mudança de foco das previsões anteriores para a atual. Sobre o tema, Gustavo Tepedino³⁵ escreveu:

Mas, o que provavelmente distingue o preceito pré-vigente do atual ditado constitucional é a inserção da matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do artigo 5º, XXIII, o qual (além da proteção da propriedade privada, a que se refere o artigo 5º, XXII) determina que “a propriedade atenderá à sua função social”. Na Constituição Federal de 1967, a função social da propriedade foi concebida como princípio da ordem econômica e social. No texto ora em vigor, segundo a técnica empregada pelo constituinte, a função social tornou-se direito fundamental, valendo pôr em realce os diversos preceitos constitucionais atinentes à tutela da propriedade, para melhor compreender o contexto sistemático em que se inserem.

Portanto, a grande diferença das antigas previsões para a atual é que, a partir da Constituição de 1988, a função social da propriedade ganhou o *status* de garantia fundamental, diferentemente das abstratas previsões de outrora, que sequer diziam de maneira mais clara como se alcançar tal função social.

Dizer que a função social da propriedade é um direito fundamental leva à conclusão de que a mesma possui aplicação imediata no ordenamento, pois segundo o artigo 5º, §1º da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”³⁶. Portanto, a despeito de alguns dizerem que o conceito de função

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. 2009, disponível em <<http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/10-contornos-constitucionais-tepedino.pdf>>.

³⁶ BRASIL. Constituição Federal. ob. cit., p. 72.

social é muito vago³⁷, o simples fato de o legislador constituinte ter considerado este como uma garantia fundamental afasta a necessidade de regulamentação infraconstitucional para sua aplicação, portanto, o §1º do artigo 5º da Constituição Federal “impõe ao intérprete e aplicador encontrar métodos e formas de conjugar o privado com o social no direito de propriedade”³⁸.

Quanto à sua caracterização, primeiramente é necessário ressaltar que a função social da propriedade não representa simplesmente a aplicação de limitações ao direito de propriedade, isto por que as limitações carregam em si um conteúdo negativo. A função social, por outro lado, por ser um princípio constitucional carrega consigo uma concepção positiva, “assumindo um papel do tipo promocional”³⁹, já que atua de maneira ativa como norma de integração e interpretação de normas infraconstitucionais. Além disso, uma limitação é algo que está fora do âmbito da propriedade e a ela é empregada, já a função social é parte integrante da estrutura do direito de propriedade, não podendo existir direito de propriedade, tal qual previsto na Constituição e por ela protegido, se não houver cumprimento de sua função social. Esta ideia se conforma com o entendimento de Isabel Vaz que assinala que “a ideia de propriedade, na atual Constituição, foi inseparavelmente concebida ao lado da ideia de função social, acarretando consequências jurídicas até então inexistentes”⁴⁰. No mesmo sentido, podemos citar os ensinamentos de Vladimir da Rocha França que afirma que “a função social é intrínseca à propriedade privada. As concepções individualistas sucumbiram ante a força das pressões sociais em prol de sua democratização”⁴¹.

Já no que se refere a seu conceito, renomada doutrina entende não ser possível conceituar precisamente a função social da propriedade, isto por que se entende que seu tal conceito é maleável e pode mudar de sociedade para sociedade, de tempos em tempos, já que o tempo pode transformar os interesses de certa coletividade e, sociedades diferentes podem ter interesses diferentes. Por isso, Tepedino assinala que “quão infrutífera resulta a tentativa de atribuir conceito unitário para a função social, visto tratar-se de noção flexível, variável, em virtude mesma da variedade e relatividade da noção de propriedade”⁴².

Entretanto, apesar de ser difícil encontrar uma conceituação específica, a própria Constituição elencou em seus artigos 182 e 186 ações necessárias ao proprietário para que reste cumprida a função social de sua propriedade. Nota-se que todas as previsões dizem

³⁷ ALVES, Vilson Rodrigues. **Uso Nocivo da Propriedade**. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992, p. 185.

³⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. ob. cit., p. 235.

³⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. ob. cit., p. 241.

⁴⁰ VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 328.

⁴¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade**. Revista Informação Legislativa nº 141, Brasília, 1999, p. 14.

⁴² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 49.

respeito à postura ativa que o proprietário deve tomar para que, além de utilizar sua propriedade como fonte de riquezas, utilize-a também de forma que beneficie a coletividade. Neste viés, segundo José Acir L. Giordani, a norma constitucional coíbe a inércia do proprietário que, em prol da especulação imobiliária, nada faz para auferir de sua propriedade vantagens inerentes ao bem e que tem repercussão benéfica para a coletividade⁴³.

Portanto, a função social nada mais é que a imposição de obrigações de fazer aos proprietários, para que não fiquem inertes diante de sua situação proprietária, e ajam para que suas propriedades beneficiem a eles próprios e também à sociedade em que estão inseridos.

Neste contexto, segundo o artigo 182, §2º da Constituição Federal, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, para tanto, segundo o §4º do mesmo artigo, é facultado ao poder público exigir do proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios; imposto predial ou territorial progressivo no tempo ou desapropriação-sanção.

Já em relação à propriedade rural, o artigo 186 da Constituição assim estabeleceu⁴⁴:

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.

Nota-se que todas as expressões referem-se ao estabelecimento de uma postura ativa ao proprietário e ligam-se à faculdade de uso. Diante desta constatação, se tivermos em conta o fato de que o artigo 186 da Constituição Federal, ao positivar os critérios para o reconhecimento do cumprimento da função social da propriedade fala, na verdade, de formas de exercício desta propriedade, na verdade o constituinte está falando de posse e, conseqüentemente, de função social da posse. A posse é a forma mais evidente de exercer o direito de propriedade e, exercer função social nos moldes estabelecidos na Constituição nada mais é que exercer a posse de forma a lhe dar uma destinação social.

Vale ressaltar que isto não quer dizer que há uma necessária vinculação entre posse e propriedade ou, que como defendia Ihering, que a posse é mera manifestação da

⁴³ GIORDANI, José Acir Lessa. **Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional**. Brasília: RT, 1991, p. 52.

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal. ob. cit., p. 124.

propriedade, pois é possível que haja posse sem que haja propriedade, entretanto, inegavelmente o direito de propriedade é exercido mediante a posse (uso) e, nos moldes estabelecidos na Constituição, o cumprimento da função social da propriedade passa, necessariamente, pelo cumprimento da função social da posse.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Em qualquer estudo de institutos e normas jurídicas, é necessário lembrar da importância em se analisar os valores e princípios gerais da ordem jurídica. Como bem ensina Ana Rita Vieira Albuquerque, “a noção de direito resulta, pois, da dialética entre o **ser** ou o fato, o **dever ser** ou norma e o **valor** ou fundamento que concorrem para ela, como aspectos que se complementam e se enriquecem”⁴⁵. Neste sentido, o critério de justiça estabelecido num dado ordenamento jurídico reflete os valores exaltados pela coletividade em que está inserido tal ordenamento.

Sendo assim, todas as alterações que eventualmente podem ocorrer com determinados institutos jurídicos serão reflexo de uma mudança de paradigma dos valores aceitos socialmente e, nestes moldes, vem ocorrendo a releitura de institutos já consolidados, na busca de inseri-los nos critérios de utilidade e solidariedade estipulados pela nova ordem constitucional; esta é a releitura proposta pelo critério da função social. De acordo com este pensamento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁴⁶ citam Ana Rita Vieira Albuquerque:

Neste ponto, ANA RITA VIEIRA DE ALBUQUERQUE adverte que “torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando às suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade humana”.

A sociedade brasileira há tempos é marcada pela gigantesca desigualdade social e, ainda hoje este cenário se mantém. Num contexto de pobreza, desigualdade e até mesmo certa ignorância por parte da maioria das pessoas, situações de fato como a posse ganham relevo frente à situação proprietária, marcada por exigências formais que escapam ao conhecimento dos mais humildes.

Sobre a origem da tutela da função social da posse, escreveu Lia Maria Manso Siqueira⁴⁷:

O marco inicial da tutela pela função social da posse encontra fundamento na necessidade da sociedade em terra, em trabalho, em moradia, em resumo, a nova perspectiva do estudo do instituto possessório tem por fim novos anseios sociais.

⁴⁵ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 201.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. ob. cit., p. 75.

⁴⁷ SIQUEIRA, Lia Maria Manso. **Função Social (Promocional) da Posse: da aplicabilidade e autonomia do instituto no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009, p. 40. Orientadora: Kelly Cristine Baião Sampaio. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso – Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2009.

Diante da função promocional da posse, esta adquire forma desvinculada dos demais direitos reais: agora a posse não é mais simples exteriorização daqueles mas, em verdade, fenômeno isolável. A posse, como dito anteriormente, não pode ser simples decorrência do direito de propriedade uma vez que encontra raiz histórica anterior àquela. Logo, é de fundamental importância, como instituto autônomo, prover a posse função social independente. Não podemos ficar adstritos apenas na função social dada a um direito abstrato e de difícil delimitação do que em verdade representa (porquanto, nem mesmo as codificações atuais conseguem ao bem definir quais seriam os atributos da propriedade). A posse, por sua vez, reside em fatos concretos se coadunando às exigências fáticas da sociedade que a reclama frente à necessidade de um uso útil por parte de seu titular sem resultar prejuízos a qualquer membro da sociedade. Então, admitir a função social da posse é aceitar direito subjetivo ao não-proprietário de, através da terra, obter uma vida digna, assegurando um patrimônio mínimo, ou seja, uma existência autônoma. Ao contrário, negar a função social da posse é continuar acreditando que apenas os proprietários têm direito subjetivo sobre a terra e, de certa forma, respaldar as doutrinas tradicionais clássicas que entendem, na função social, apenas seu caráter negativo.

É diante desta situação que a posse se afirma por si mesma e se coloca no mesmo patamar dos demais direitos reais. Apesar de historicamente ter-se concebido a ideia da posse como ligada de maneira intrínseca à propriedade, como pretendido por Savigny e Ihering em suas teorias, com o passar do tempo a posse vem garantindo sua autonomia, tendo conseguido, inclusive, alcançar sua tutela constitucional independente.

Na proposta de análise social da posse de Saleilles, é imperativo reconhecer seu caráter autônomo. Para o eminente jurista, a posse merece tutela judicial pelo simples fato de referir-se a uma vontade concreta do sujeito de possuir a coisa e explorá-la economicamente de acordo com um ideal coletivo e não por ser manifestação do domínio ou algo parecido. Neste sentido, asseverou Ana Rita Vieira Albuquerque⁴⁸:

Para Saleilles, a posse não se dessume do vínculo jurídico da propriedade ou é protegida apenas como salvaguarda do direito de propriedade, mas refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, segundo os costumes e a opinião pública.

Como decorrência da autonomia do direito de posse e, de acordo com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, conforme seus fundamentos e objetivos insculpidos na Carta Magna, é imperioso reconhecer que como instituto autônomo, a posse tem uma função social a cumprir, qual seja, a função de se posicionar como instituto apto a alcançar os objetivos primordiais de igualdade social, justiça e promoção da dignidade da pessoa humana. Portanto, é de suma importância a delimitação da posse para que a mesma

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 129.

seja exercida de forma a coadunar-se à busca do bem comum. Sobre tais decorrências, escreveu Ana Rita Vieira Albuquerque⁴⁹:

[...] salientamos que a função social da posse não determina apenas a “juridicização” de um fato social – do fato da posse em si -, tampouco um efeito da posse, mas constitui exigência de sistematização das situações patrimoniais de acordo com a nova ordem constitucional, no âmbito de uma Constituição normativa que pretende seja real e efetiva, muito menos condicionada aos fatores reais de poder e a um destino de simples folha de papel a que alude Lassale, do que em condicionar e realizar sua força no sentido do bem comum, tendo por base o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, apesar da já afirmada independência entre posse e propriedade, não podemos ignorar o fato de que quando o proprietário exerce seu direito ele está, na verdade, exercendo sua posse. O possuidor nada mais é do que aquele que exerce alguns dos poderes inerentes à propriedade, portanto, quando se trata da dimensão fática do direito de propriedade, estamos no âmbito da posse. Sendo assim, a função social da posse vai atingir não só o âmbito dos possuidores não-proprietários, mas também o âmbito dos proprietários, que deverão exercer sua propriedade (materialmente posse), de acordo com os ditames sociais de utilidade, solidariedade e justiça. Sobre este tema escreveu Ana Rita Vieira Albuquerque⁵⁰:

Assim sendo, o princípio da função social da posse tem como consequência direta a garantia de efetividade dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, além de dar maior efetividade às normas infraconstitucionais acerca da posse, e, como consequência indireta, a de emoldurar e efetivar o subprincípio constitucional da função social da propriedade.

Obviamente, pela posse ser uma situação fática, a função social é muito mais visível nela do que na própria propriedade. Este é o entendimento de Marcos Alcino de Azevedo Torres⁵¹:

A propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata com base no título aquisitivo. A posse não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata. Daí a função social ser mais evidente na posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal.

Valorizar a função social da posse significa deixar de lado sua dimensão estrutural e meramente formalista para dar prevalência à sua dimensão funcional, útil e justa. Além

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 217.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 202.

⁵¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. ob. cit., p. 303.

disso, é reconhecer que o Direito não é um conjunto de normas que se basta em si, mas que tem influência direta na vida das pessoas e delas obtém sua fundamentação valorativa.

Após tanto se falar em função social da posse, deve-se deixar claro no que ela consiste. Tal princípio consiste numa mudança de paradigma do conceito de posse, alargando-o, com o intuito de inserir dois outros elementos além do *corpus* e da vontade, quais sejam, a utilização econômica da coisa e a consciência social desta utilização. Percebe-se que a teoria de Saleilles encaixa-se perfeitamente a este alargamento de sentido, sendo que podemos considerar este autor o precursor da teoria da função social da posse estudada neste trabalho.

A junção dos quatro elementos acima descritos torna evidente a função social da posse e a necessidade de tutela da posse por si mesma, como direito imanente do possuidor, ainda que em confronto com a situação proprietária.

4.1 Manifestações da Função Social da Posse no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Apesar de não estar expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da função social da propriedade, a função social da posse pode ser reconhecida como decorrência lógica do estágio constitucional atual e da interpretação sistemática das normas. O sistema constitucional atual levou ao estabelecimento de patamar idêntico para as regras e os princípios jurídicos. Os princípios deixaram de ser meros comandos de otimização, destinados ao legislador, para se tornarem normas de observância indiscutível e aplicáveis a todos, legislador, aplicador e cidadão. Além disso, os objetivos estabelecidos pela Constituição não são meras abstrações que, na prática, caem no esquecimento geral; muito pelo contrário, são possibilidades concretas que levaram à inclinação de todo o ordenamento, na busca de sua concretização.

Ainda que de maneira bem tímida, podemos observar algumas mudanças de paradigma no tocante à posse, o que parece significar um começo de aceitação pela existência da função social da posse além do âmbito da doutrina civilística.

Como primeiro exemplo, pode-se citar a alteração dos prazos para a usucapião extraordinária e a usucapião ordinária, previstas respectivamente nos artigos 1238 e 1242 do atual Código Civil. Conforme expressa previsão dos parágrafos únicos dos artigos mencionados, no tocante à usucapião extraordinária, o prazo de 15 anos é diminuído para 10 anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele tenha

realizado obras ou serviços de caráter produtivo”⁵² e, no caso da usucapião ordinária o prazo é diminuído de 10 para 5 anos se “desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de caráter social e econômico”⁵³.

Diante do explicitado, resta claro que o legislador buscou dar prevalência às situações em que os possuidores tenham cumprido a função social de suas posses, para tanto, o legislador beneficiou-lhes com a redução de 5 anos no prazo para a usucapião extraordinária e ordinária.

Também podemos visualizar a questão da função social da posse nos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil, que trata da possibilidade de *desapropriação judicial por posse trabalho*.

Sobre os casos acima, vale mencionar os comentários de Marcos Alcino de Azevedo Torres⁵⁴:

Assim também agiu o novo Código ao reduzir os prazos para a usucapião quando houver moradia e desenvolvimento de atividade socialmente útil sobre a coisa e ainda, para demonstrar maior importância da posse com função social, permitiu-se no art. 1228, §§ 4º e 5º, que o juiz, após reconhecer a existência de uma situação social dada, não acolha pedido reivindicatório do titular da coisa, prevalecendo a posse sobre a propriedade.

Entretanto, como não há previsão expressa da função social da posse no ordenamento, pode-se considerar que de forma geral a sede da função social da posse é o artigo 5º, §2º da Constituição que diz de forma clara que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”⁵⁵.

Por outro lado, algumas decisões da jurisprudência já fazem menção ao reconhecimento e conferem prevalência à função social da posse, como no julgado a seguir⁵⁶:

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ART. 927 DO CPC. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. ALEGAÇÃO DE DOMÍNIO. INADMISSIBILIDADE. ART. 1.210 DO CÓDIGO CIVIL. PROVA DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELA APELADA. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. PRINCÍPIO IMPLÍCITO. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. PARA A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO

⁵² BRASIL. Código Civil Brasileiro. ob. cit., p. 334.

⁵³ BRASIL. Código Civil Brasileiro. ob. cit., p. 335.

⁵⁴ TORRES. Marcos Alcino de Azevedo. ob. cit. p. 309.

⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal. ob. cit., p. 72.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 19366920068070005. Apelantes: Marcelo de Oliveira e outros. Apelado: Idalete Odete Silva. Relator: Alfeu Machado, 20/04/2009. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5876257/apelacao-ci-vel-apl-19366920068070005-df-0001936-6920068070005>>acesso em 13/01/2014.

DE POSSE, OS AUTORES DEVEM DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 927 DO CPC, OU SEJA, A POSSE, O ESBULHO, A DATA DO ESBULHO E A PERDA DA POSSE. 2. NÃO CONFIGURADO O ESBULHO POR PARTE DA APELADA, A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO POSSESSÓRIA É MEDIDA QUE SE IMPÕE. 3. NOS TERMOS DO ART. 1.210 DO CÓDIGO CIVIL. É VEDADA A DISCUSSÃO SOBRE O DOMÍNIO EM AÇÃO POSSESSÓRIA. PRECEDENTES. 4. AS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS CONDUZIRAM À CONCLUSÃO NO SENTIDO DE QUE A APELADA OCUPAVA O IMÓVEL COM A AUTORIZAÇÃO DA SUA PROPRIETÁRIA E TOLERÂNCIA DOS PRÓPRIOS APELANTES, TENDO ESTABELECIDO A SUA MORADIA NO MESMO, DANDO CUMPRIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. 5. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE ENCONTRA-SE IMPLÍCITO NO CÓDIGO CIVIL, PRINCIPALMENTE PELA VALORIZAÇÃO DA POSSE-TRABALHO, CONFORME ESTIPULAM OS SEUS ARTS. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO; 1.242, PARÁGRAFO ÚNICO; E 1.228, § 4º E 5º. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Apelação Cível 19366920068070005. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4ª Turma Cível, Relator Desembargador Alfeu Machado. Data de Publicação: 20/04/2009).

O julgado acima transposto trata do tema da função social da posse de maneira a negar provimento à apelação que tinha o intuito de reintegrar a posse do apelante. Entretanto, diante do fato de que o apelado constituiu sua moradia no imóvel sob discussão, dando destinação social a tal bem, impossível se faz o reconhecimento do direito do apelante. Até por que, ao que parece, apesar de ter o título do domínio, o apelante não estava cumprindo a função social de sua propriedade, nem tampouco de sua posse.

Diante do julgado e dos comentários feitos, restou evidente a possibilidade de conflito entre a função social da posse e a função social da propriedade. Para discutir tal questão, segue o tópico a seguir.

4.2 A Possibilidade de Conflito entre a Função Social da Posse e a Função Social da Propriedade

Assim como os direitos de posse e propriedade podem colidir, é possível que haja situações em que o princípio da função social da posse colida com o princípio da função social da propriedade. Neste caso, fica a dúvida se há uma hierarquia entre um e outro ou se a forma de solução do conflito é outra.

O comentário de Ana Rita Vieira Albuquerque⁵⁷, abaixo exposto, parece ter sido feito especialmente para o julgado descrito no tópico anterior e ilustra bem a situação:

⁵⁷ ALBUQUERQUE. Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 210.

Podemos imaginar entre outros casos concretos, por exemplo, a divergência entre os interesses do proprietário que não exerce o direito de propriedade segundo sua função social, e do possuidor, cujo direito de posse está dotado de função social; nesta hipótese, evidencia-se a colisão entre o princípio da função social da posse e o da função social da propriedade.

Segundo a autora, em razão da ausência de hierarquia entre os princípios jurídicos, “podemos concluir que o princípio da função social da posse encontra-se em patamar de igualdade com o princípio da função social da propriedade”⁵⁸. Sendo assim, no caso de uma situação concreta em que se observe a colisão dos dois princípios, será necessária a intervenção do princípio da proporcionalidade para fazer a ponderação entre os dois e estabelecer qual deverá prevalecer.

4.3 Consequências da Adoção da Função Social da Posse no Sistema Jurídico Nacional

A adoção da função social da posse para a releitura do instituto da posse traz algumas implicações no ordenamento pátrio. Tais implicações podem ser vistas mais nitidamente no terreno da prática jurídica, de maneira que serão expostos os efeitos mais evidentes e que têm objeto de reflexão por grande parte dos operadores do Direito.

Pode-se indicar, sem sombra de dúvidas, que o maior efeito da função social da posse como princípio constitucional é o de garantir à dignidade da pessoa humana uma substancial efetivação, uma vez que a adoção do enfoque social garante aos necessitados moradia, melhor aproveitamento do solo, e dá apoio aos programas de erradicação da pobreza.

No mesmo sentido, outro efeito importante é a efetivação dos preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que garantir uma funcionalidade ao uso e aproveitamento da coisa possuída traz ao mundo jurídico a posse como direito independente da propriedade, retirando dela a ideia de simples defesa contra o esbulho, para demonstrar sua importância perante todos.

A função social da posse retira do campo processual a necessidade de um formalismo exacerbado para a produção de sua prova, sendo assim, a melhor posse será aquela que atende aos preceitos da função social, e não aquela que se funda em justo título.

Outra importante consequência é a efetivação do comando constitucional que se relaciona aos direitos sociais. Segundo preleciona o artigo 6º da Constituição Federal “são

⁵⁸ ALBUQUERQUE. Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 211.

direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁵⁹. Nota-se que o uso funcionalizado e socializado da posse, garantindo-se que será exercida mediante os critérios de utilidade, justiça e solidariedade favorece à efetivação dos direitos de moradia, alimentação e assistência aos desamparados. Sobre o assunto escreveu Ana Rita Vieira Albuquerque⁶⁰:

Vale dizer, este germen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra pelo trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida.

Alguns autores, como Marcos Alcino de Azevedo Torres⁶¹, por exemplo, consideram esta consequência tão importante, que chegam a afirmar que só há cumprimento da função social da posse quando esta estiver a favorecer o direito à moradia, vejamos:

Não cumpre função social a ocupação que não produz, na posse urbana, moradia e habitação, indispensáveis ao atendimento de necessidades básicas do cidadão e de sua família, e na posse rural a que produza moradia, habitação e bens (se o espaço ocupado permitir) para garantir subsistência da família ou do possuidor se não tiver família constituída. Morada, habitação e produção de alimentos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade humana.

Segundo o entendimento do autor, a ocupação se justificaria e mereceria tutela jurisdicional, desde que tivesse o escopo de efetivar os direitos à moradia, habitação e alimentação, ou seja, desde que favorecesse aos ditames da dignidade da pessoa humana. Neste ponto, mais uma vez é possível enxergar a mudança de paradigma na teoria clássica da posse, pois os critérios de justiça ou injustiça não mais se relacionam com a violência, clandestinidade ou precariedade, mas sim com o cumprimento ou não da função social da posse.

Diante de tantas implicações, a função social da posse desponta como uma maneira eficaz de cumprimento dos princípios estruturantes do Estado Democrático Social de Direito, marcadamente a dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, constitui um meio de alcance dos objetivos fundamentais insculpidos na Constituição em seus artigos 1º e 3º, principalmente no que se refere à busca da diminuição das desigualdades sociais e regionais, pois é uma forma de valorizar a posse por si mesma, garantindo que ela seja útil à produção

⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal. ob. cit., p. 72.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. ob. cit., p. 12.

⁶¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. ob. cit., p. 313.

de riquezas em favor do possuidor e de toda a coletividade, podendo o indivíduo conquistar a terra por seu próprio esforço e trabalho, aproveitando de maneira sustentável seus recursos.

Cabe à sociedade reconhecer a importância que deve se dar à posse, devido ao fato de ser um instituto capaz de diminuir as diferenças sociais, favorecendo a distribuição igualitária e justa de renda, e concretizando deste modo os princípios e objetivos constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A adoção de um Direito Civil constitucionalizado, informado pelos princípios e objetivos insculpidos na nova Constituição de 1988, notadamente a busca da igualdade, diminuição das desigualdades e promoção da dignidade da pessoa humana, influenciou de tal maneira o estudo dos institutos civis, que levou a uma releitura das teorias civis clássicas.

Incluída neste novo movimento, a posse ganhou relevo na nova ordem constitucional, por ser um instituto que lida diretamente com a realidade fática e, portanto, tem uma capacidade gigantesca de se infiltrar no meio social. Diante deste cenário, entender a posse como uma possibilidade para a solução de diversos problemas sociais torna este instituto um importante aliado na busca de efetivação dos fins constitucionais. Todo este cenário contribuiu para que a posse se afirmasse como direito autônomo e independente do direito de propriedade.

Devido à utilidade social do direito de posse, podemos dizer que ele está, ao menos no campo fático, muito mais ligado a outros direitos como aos de igualdade, liberdade e dignidade, do que o direito de propriedade. A posse, como instituto jurídico, tem sua legitimidade fundada na lei e passou a ter tutela reconhecida na própria Constituição.

Fundada num critério mais social e diante da realidade fática de nosso país, marcada pela pobreza, fome, desigualdade social e ignorância, a posse torna-se instrumento de transformação social. Diante do cenário ora exposto, podemos concluir pela necessidade social de garantir aos homens a posse da terra para o trabalho, para a moradia, para a extração de recursos naturais e de satisfação de quaisquer outras necessidades. Atendendo a estas necessidades, estar-se-á atendendo à função social da posse.

Com a aceitação da função social da posse como princípio constitucional, ainda que não explícito, passa-se à valorização da terra pelo trabalho, através de uma posse útil e dinâmica. Isto passa a ser uma obrigação imposta ao possuidor que pretende dar uma utilidade social à sua posse e merecer tutela jurisdicional. Isso por que, diante do grande sistema jurídico, a posse não pode mais ser encarada como mero direito ligado ao direito privado (Código Civil), pois seu conteúdo social e os princípios constitucionais nos levam a dar a ela uma utilidade social, como exigência de se alcançar solidariedade e justiça social.

Assim, a questão da função social da posse traz com ela outros valores como o valor à vida, à saúde, à moradia, à igualdade e à justiça, todos buscando juntos concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Portanto, o reconhecimento pela

sociedade do forte instrumento de transformação social que a posse é fará com que ela ganhe ainda mais força no cenário jurídico e isso é de suma importância, pois no contexto brasileiro, a mudança de paradigmas é um passo essencial a ser dado para a transformação de todo o país.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Uso Nocivo da propriedade**. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 02/01/2014.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 19366920068070005. Apelantes: Marcelo de Oliveira e outros. Apelado: Idalete Odete Silva. Relator: Alfeu Machado, 20/04/2009. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5876257/apelacao-ci-vel-apl-19366920068070005-df-0001936-6920068070005>>acesso em 13/01/2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Reais**. Salvador: Editora Jus PODIVM. 2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade**. Revista Informação Legislativa nº 141, Brasília, 1999.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional**. Brasília: RT, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. **Da Possibilidade Jurídica da Posse de Patentes**. Orientador: Marcus Eduardo de Carvalho Dantas. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso – Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013.

IHERING, Rudolf Von. **O Fundamento dos Interditos Possessórios**. Tradução de Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucionalizado.** Artigo publicado na revista *Estado, Direito e Sociedade*, volume I, PUC-Rio, 1991.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil – Alguns Aspectos da sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SALEILLES, Raymund. **La posesión.** Tradução de J. M. Navarro de Palencia, Madri: Libreria General Victoriano Suárez, 1909.

SIQUEIRA, Lia Maria Manso. **Função Social (Promocional) da Posse: da aplicabilidade e autonomia do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.** Orientadora: Kelly Cristine Baião Sampaio. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso – Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada.** 2009, disponível em <http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/10-contornos-constitucionais-tepedino.pdf>. Acesso em 02/01/2014.

_____. **Problemas de Direito Civil - O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro, 2000.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse – Um confronto em torno da Função Social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, volume 5: Direitos Reais.** São Paulo: Atlas, 2001.