

# **A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO HUMANIZADOR DO DIREITO À PROPRIEDADE**

*Caroline Souza Santana*

*(carolsantanaadv@hotmail.com)*

*Trabalho de Conclusão de Curso Orientado por Prof.<sup>a</sup> Daniele Matos*

## **RESUMO**

Neste artigo tem-se o objetivo de discutir três conceitos que se entrelaçam: posse, função social e propriedade. Historicamente a posse teve a sua relevância diretamente ligada à propriedade, tida como superior. Todavia, atualmente, a posse é vista como um instituto autônomo que deve ter reconhecida a sua importância ao garantir ao indivíduo uma vida digna, promovendo o acesso à moradia e ao trabalho. A posse que desempenha uma função na sociedade humaniza o direito à propriedade merecendo então, a tutela jurídica. Assim, as leis e as decisões judiciais devem acima de tudo, buscar a concretização da justiça social e a redução das desigualdades.

**Palavras-Chave:** Direito à Propriedade. Posse. Função Social.

A propriedade é um fenômeno decorrente da necessidade de subsistência do ser humano. O homem tende a apropriar-se das coisas que necessita e que lhe interessam a fim de garantir os meios básicos para sua sobrevivência.

No decorrer da história o direito à propriedade foi considerado como algo absoluto, inatingível, ou seja, sem limitações ou restrições ao exercício dos poderes dele decorrentes, assim, a propriedade tornou-se basilar dos ordenamentos jurídicos. Todavia, a proteção excessiva à propriedade acabou provocando graves desigualdades sociais, fazendo com que o direito à propriedade passasse por

densas modificações tendendo a construção de um novo sistema voltado para a realização da justiça social.

Ao mesmo tempo, enquanto a propriedade era tida como centro das atenções, a posse foi resumida a mera exteriorização desse instituto, vindo ser negado o seu caráter funcional na sociedade. Neste contexto, de super proteção dos direitos do proprietário, houve uma crescente valorização da terra e assim, os menos favorecidos ficaram a margem, vítimas daqueles que não dão a terra uma finalidade produtiva.

Temos então uma polêmica em questão: como buscar a justiça social, isto é, uma melhor repartição de terras para que haja um maior crescimento econômico-social, com o tão assegurado direito à propriedade? Surge então, a função social da posse, que tem como objetivo reverter a inferioridade da posse frente à propriedade, pois a posse é uma concessão a necessidade, é através dela que a justiça social se perfaz. Já que assim como o proprietário, o possuidor também é titular do direito à moradia, ao trabalho, e a dignidade. E através do reconhecimento da função social que desempenha, a posse ganhará a importância que lhe é devida, em uma sociedade tão carente de respostas à efetivação dos direitos constitucionalmente previstos.

Ante o exposto, para alcançarmos o objetivo do trabalho utilizamos o método analítico, onde foram empregados princípios constitucionais, doutrina, e jurisprudências, além de pesquisas bibliográficas que basearam o estudo apresentado, buscando também respostas às questões incidentes: tem a posse função social? A função social da posse está prevista em nosso ordenamento? Teria a posse chances de ser mantida frente os direitos do proprietário?

De tal modo, para um melhor entendimento do estudo, vamos começar percorrendo pela concepção histórica do Direito à Propriedade, desde o Direito Romano à época atual. Onde constataremos que os institutos jurídicos – no caso à propriedade- retratam os anseios do seu contexto histórico- social. Logo depois percorremos os caminhos das principais teorias que tentam delimitar o conceito de

posse. A teoria subjetivista ou subjetiva, cujo principal defensor foi Savigny e a teoria objetivista ou objetiva da posse, cujo principal defensor foi Ihering, não esquecendo a análise da teoria da apropriação econômica saleillesiana para que tenhamos construído o necessário entendimento dos institutos que serão a chave do presente estudo.

Assim, após entendermos a evolução histórica do Direito à propriedade bem como a construção teórica sobre a posse, passaremos a tratar da função social da posse e o seu uso para relativizar e humanizar o direito à propriedade em busca de uma sociedade mais equilibrada onde haverá o respeito ao direito à moradia, ao trabalho e a dignidade da pessoa humana. Veremos que com a funcionalização da posse não estaremos renegando o direito à propriedade e sim o tornando mais justo e acessível.

A propriedade é um poder exclusivo e absoluto exercido sobre um objeto, conferindo ao titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa além de ter seus direitos respeitados por todos e garantidos por lei. Durante o tempo, o Direito à Propriedade passou por grandes modificações quanto à extensão do seu exercício, afirma-se que “a história da propriedade é a história do egoísmo” (ROSEUNALD, 2004, P 27), assim a construção do conceito do direito à Propriedade segue diretamente ligada a visão do homem na sociedade, que passa do puro individualismo à busca de um convívio social equilibrado.

Com o surgimento das sociedades organizadas, tornou-se necessário a criação de normas que regulassem as relações dos indivíduos e sua interação com o meio, daí nasceu o Direito e seus institutos. Como isso houve a regulamentação da natureza humana básica: a apropriação, onde o direito a propriedade teve seus critérios diretamente relacionados com o meio social. Assim, passaremos a analisar as principais óticas sociais que influenciaram a propriedade até a atualidade.

Foi na civilização romana que a propriedade fora consagrada como um direito absoluto e perpetuo, a grande referencia religiosa presente nesta civilização deu a propriedade, nos primeiros séculos de Roma, um caráter religioso. Essa

concepção deve muito as práticas religiosas, pois a família cultuava seus deuses em altares envoltos pela sua residência, havia também os rituais de sepultamento onde os locais aonde eram sepultados os mortos eram incorporados a propriedade familiar. Assim, a propriedade privada restringia-se a casa, ao campo que a circundava e a sepultura familiar.

Contudo, assim como a sociedade romana, a propriedade também se modificou ao longo do tempo, foi na era republicana de Roma que a propriedade passou a ter uma concepção menos individualista, sendo levemente limitada, como por exemplo, pela proteção a vizinhança e pelo poder público.

O feudalismo caracterizou-se pela forma não privativa de propriedade, de um lado estava o Senhor - proprietário e do outro o vassalo que era o responsável por cultivar a terra, podendo utilizá-la para sua subsistência, mas não detinha o direito de vendê-la ou transferi-la aos seus descendentes. Com isso, o proprietário cedia parte de seu domínio ao vassalo que exercia o que hoje podemos chamar de posse direta. Sobre tal desdobramento Arnoldo Wald, assevera:

A Idade Média elaborou um conceito distinto de propriedade. Rejeitando o exclusivismo dos romanistas admitiu o mundo feudal uma superposição de domínios de densidades diferentes que se mantinham paralelos uns aos outros. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade das terras criaram uma identificação entre a soberania e a propriedade.

Assim, com os percalços históricos que contribuíram para o fim do sistema feudal, o conceito de propriedade voltou a ter concentrado o poder de usar, gozar e dispor do bem em um único titular.

A Revolução francesa de 1789 trouxe as modificações marcantes dos ideais burgueses do não intervencionismo e individualismo, onde a propriedade era “uma barreira intransponível para o Estado: um direito natural”. A “mão invisível” tinha a função de legitimar a ideologia do mercado que se auto-regulava, e a propriedade tinha como base a liberdade restando ao Estado desempenhar um papel de assegurar sem intervir.

Nesta época, a liberdade era entendida de forma exacerbada e a propriedade tinha tamanha força que excluía os demais sujeitos, consagrando desigualdades econômicas abismais. Tais concepções geraram grandes reações, dentre elas podemos destacar as idéias de Karl Marx que afirmava que a propriedade não deveria ser tida como mercadoria, devendo ser considerada como meio para alcançar a igualdade material entre os indivíduos.

O século XIX tem como marca a revisão da postura não intervencionista do Estado. Tal movimento tem como estopim a Revolução Industrial que expandiu seus efeitos da Inglaterra para todo o ocidente, inserindo outro modo de vida, distinguida pelo consumo em larga escala. Os grandes industriais puseram-se a condenar a intervenção do Estado na economia. Assim os movimentos sindicais organizados pelos operários passaram a reivindicar um posicionamento positivo e garantidor do Estado em relação à pobreza e marginalização das classes mais baixas que só crescia.

A doutrina liberal também foi combatida por sociólogos, juristas e pensadores, onde podemos destacar as idéias de MARX, que questionaram o caráter absoluto da propriedade, apontando o quanto o mesmo torna-se lesivo ao desenvolvimento social e ao bem-estar do homem quando utilizada de maneira antiprodutiva ou voltada para o benefício de poucos frente a uma massa de excluídos, determinando, assim, a reordenação do alcance do caráter ilimitado do direito de propriedade.

No Brasil, o Código Civil de 1916 teve inspiração napoleônica mantendo a mesma linha teórica da Constituição 1824 onde o proprietário tinha direitos absolutos de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los de quem quer que injustamente o possuía. Tal concepção não levou em consideração a especificidade da construção histórica com influências portuguesas, indígenas e africanas na ocupação das terras brasileiras. A cultura brasileira é latifundiarista por essência, devemos isso à colonização portuguesa que reflete até hoje na concepção da propriedade brasileira.

De tal modo, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que pôs no rol de direitos fundamentais a moradia digna e a dignidade da pessoa humana, começou-se a tracejar de forma mais clara uma função à propriedade diversa da visão de concentração de riqueza.

No Brasil, a propriedade passou a observar o contexto social com a constituição de 1939, que previa em seu artigo 113 inciso 17 “é garantido o direito a propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo na forma que a lei determinar” Com o regime democrático a Constituição de 1988, atribuiu à propriedade limites sociais mais eficazes, assegurando o direito à igualdade, e à propriedade em seu art. 5º e em seu inciso XVII que “a propriedade atenderá a sua função social”.

A palavra posse advém de possessio que por sua vez provem de potis, radical de potestas, poder; e sessio que significa estar firme. Indicando, assim, um poder que se prende a uma coisa. O estudo da posse é marcado pela heterogeneidade, na definição tranqüila e categórica de sua extensão, natureza, além da sua relação com a propriedade.

Apesar de a posse ter antecedido a propriedade na história da humanidade, já que os homens primitivos tinham a posse de alguns bens básicos, tendo a propriedade surgido posteriormente com a organização da sociedade e o desenvolvimento do Direito com a finalidade de garantir a proteção da propriedade de dentro do meio social, o conceito de posse nunca chegou a um consenso doutrinário. Isso acaba dificultando o estudo deste instituto e de seu devido tratamento jurídico.

A existência de efeitos jurídicos da posse é um dos poucos pontos unanimemente reconhecidos no meio doutrinário, mas como tudo que a envolve, há divergência sobre quais seriam esses efeitos. Para parte da doutrina os seus efeitos se reduziram aos interditos proibitórios e à usucapião, pois entenderem que são aos únicos efeitos que se produzem independentemente da idéia de propriedade; para a outra corrente o efeito é único, é a presunção de propriedade e que dele advém todos os outros possíveis efeitos da posse (interditos, à percepção de frutos,

indenização pelo valor de benfeitorias úteis e necessárias, direito de usucapir, direito à indenização dos prejuízos sofridos coma turbação ou esbulho).

Deste modo, Novo Código Civil acabou por não conceituar a posse, contudo em seu artigo 1196, conceituou o possuidor, dispondo: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes da propriedade”. Restando a doutrina de forma suplementar, desenvolver o conceito de posse.

A respeito do posicionamento do NCC, PEREIRA, pp.22, considera:

A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção de dono, e nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio (Código Civil, art. 1.196).

Dentre os vários embates doutrinários a respeito da posse houve a celebre discussão entre a teoria dominante de Ihering (Teoria objetiva), acolhida pelo Código Civil Brasileiro, onde a posse é vista como direito real e a teoria de Savigny (Teoria subjetiva), contestada por Ihering, onde a posse é vista como um fato que produz conseqüências jurídicas. São muitas as teorias que buscam definir a posse, mas para os objetivos deste trabalho nos deteremos a estudar as que mais foram significantes ao estudo contemporâneo da definição da posse.

Karl Von Savigny nasceu em 1779 na cidade de Frankfurt, desenvolveu sua tese com base no Direito Romano e em 1803, publicou o livro “O Direito de Posse”, onde afirmava que a posse tinha uma natureza que poderia ser considerada como fato e como direito quanto às suas conseqüências, causando forte repercussão nos meios jurídicos e nos sistema de algumas codificações.

Cardozo Oliveira salienta:

Permanece válida na teoria Savignyana, todavia, o pressuposto de diferenciação entre posse e propriedade porque, ainda que de forma

limitada, permitiu que a posse pudesse ser reconhecida, antes de mais nada, como fato, através da valorização de elementos da realidade fática, em detrimento do formalismo dos conceitos e do positivismo legalista.

No entendimento de Savigny a posse poderia ser elucidada como “o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem”. Dois são os elementos que devem estar presentes para que se atribua a uma pessoa a qualidade de possuidor, um material, o *corpus*, e outro subjetivo, o *animus*.

Em sua concepção, o *corpus* é o elemento material da posse, Washington de Barros ao analisar a teoria savignyana, afirmava que a noção de *corpus* da teoria subjetiva evoluiu. Na primeira fase, o *corpus* significava o próprio contato físico e direto com a coisa; e na segunda fase, passou a concebê-lo como a possibilidade concreta de exercer o contato com a coisa. Como *animus*, Savigny definiu como sendo a intenção que alguém tinha de ter a coisas como sua, como se proprietário fosse, assim na falta desse elemento subjetivo não haveria posse.

A presença do elemento subjetivo (*animus*) é o que diferencia o possuidor do detentor, “não basta à simples detenção. Torna-se preciso que seja ela intencional. Para ser possuidor não basta deter a coisa, requer-se ainda a vontade de detê-la”. A partir desse este entendimento, no usufruto, por exemplo, não haveria relação possessória, pela falta de *animus domini* desprotegendo possessoramente tal circunstância jurídica. Savigny viu-se obrigado a corrigir esta deficiência de sua teoria, reconhecendo que havia situações em que se dizia haver posse, sem que houvesse *animus*, como no caso do depositário de coisa litigiosa. Para esclarecer essas situações, Savigny acrescentou a sua teoria a noção de *posse derivada* “que resulta da transferência, por parte do possuidor verdadeiro e originário, do *ius possessionis* ao que irá exercer o direito de propriedade em nome daquele”.

Os críticos insurgiram-se contra à teoria de Savigny, alegando que ele baseou sua teoria na autonomia da posse, e, ao tratar da posse derivada acabou retrocedendo ao reaproximar a posse da propriedade, como salienta Cardoso Oliveira:

Embora Savigny tenha identificado o *ius possidendi* que garante a autonomia da posse e permite o exercício da tutela interdital específica, acabou por equiparar *ius possidendi* à noção de *animus domini*, com a conseqüente reaproximação entre posse e propriedade.

Os ensinamentos de Savigny foram inicialmente muito bem aceitos na maior parte do século XIX , mas em pouco tempo, passou a ser fortemente combatida cabendo ao seu aluno Rudolf Von Ihering, titularizar o maior ataque as suas idéias, que agora passaremos a analisar.

Em 1869, Ihering publicou o livro “Sobre o fundamento da proteção. Uma revisão da teoria da posse”, tendo como idéia central a afirmativa que “a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade” e que “para os romanos a propriedade e o direito a posse eram sinônimos”. Assim, para ele, a proteção da posse, desde o direito romano, consistia em um fundamento da proteção da propriedade.

Para Ihering, o elemento constitutivo da posse é o *corpus*, visto como a relação externa da pessoa que age com aparência de proprietário da coisa. Portanto, para a teoria objetiva, para configurar a posse, bastaria à pessoa dispor fisicamente da coisa, dispensando assim, a intenção de ser dono (*animus*), pois este já estaria contido no poder exercido sobre a coisa. Como escreveu o próprio Ihering, o *corpus* esta para o *animus* assim como a palavra esta para o pensamento, sendo assim indissociáveis.

Nesta idéia, reside a principal diferença entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva de posse. Enquanto, para Savigny, o *corpus* e o *animus* eram elementos distintos e na falta do segundo restaria configurada a detenção; para Ihering o *corpus* e o *animus* seriam indissolúveis, cabendo a lei a tarefa de delimitar os limites entre a posse e a detenção. Deste modo, para Savigny, a detenção era regra, pois, só se considera possuidor aquele que conseguisse comprovar em sua apreensão o elemento subjetivo (*animus*), com Ihering a detenção é a exceção, pois, só não será possuidor o sujeito que se enquadrar em algumas das situações impostas pela lei.

Entre as duas teorias, entende-se o Novo Código Civil adotou parcialmente a teoria objetivista de Ihering, onde, apesar de não definir a posse, definiu o possuidor no artigo 1196 , *in verbis*, como: considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pelo ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Dessa forma, o locatário, entre outros, para o nosso direito, são possuidores e como tais podem utilizar as ações possessórias, inclusive contra o próprio proprietário. Assim, o art. 1.196 do Código Civil define a posse como sendo o exercício pleno ou não de alguns dos poderes inerentes à propriedade.

Depois dos debates teóricos liderados por Ihering e Savigny, com a predominância da teoria objetivista, Raymond Saleilles insurgiu-se acrescentando à idéia de posse a relevância socioeconômica, onde a mesma é vista como um fenômeno de apropriação econômica. Saleilles entendia que entre a relação possuidor e coisa haveria um terceiro elemento, uma consciência social que embasaria a legitimidade de proteção à posse. Deste modo, a posse seria protegida por ser uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada desde que corresponda aos costumes e a opinião pública.

A posse assim entendida, não garantiria somente a independência econômica do possuidor, ao cumprir a sua finalidade social, a mesma traria contribuições relevantes para toda coletividade, a medida que daria mais acessibilidade à moradia e ao trabalho, permitindo às pessoas uma vida mais digna. A teoria de Saleilles, ao ligar a posse ao socioeconômico, garantiu a esse instituto uma visão mais dinâmica, dando-a a possibilidade de adequar-se às necessidades do contexto social em que for analisado. A posse, nesta perspectiva, deixa de sujeitar-se a propriedade para ter como balizadores a consciência coletiva e a finalidade econômica.

Ao abordar os elementos da posse, Saleilles entendia o *corpus* como uma manifestação externa de uma relação durável da exploração econômica do bem possuído pelo indivíduo, aplicando o animus- vontade de apropriar-se economicamente da coisa- a sua idéia de posse. A teoria da apropriação econômica reconhecia a necessidade do ser humano de apropriar e explorar economicamente

as coisas e a sua importância transindividual, pois todo indivíduo que vier a utilizar um bem de forma pacífica e produtiva, dá a ela uma função social útil, que traz benefícios a ele, a seu núcleo familiar e a comunidade em que estiver inserido.

Atualmente, a possibilidade de a posse ter reconhecida sua função social, ainda não encontra amparo uniforme no meio doutrinário. Parte da doutrina ainda defende o caráter dependente e subsidiário da posse frente à propriedade, o que impossibilitaria a existência de uma função social a ser cumprida pela posse. Negar a funcionalização a esse instituto é retroagir na construção jurídico constitucional que deslocou da propriedade para a pessoa humana o foco e finalidade da tutela jurídica. O possuidor merece a tutela possessória não por aparentar ser dono, mas por ser detentor de direitos tais como o direito à moradia (art 6º da CF/88), e a dignidade (art1º, III, da CF/88).

Deste modo, para adentrarmos na discussão a cerca da funcionalização da posse, temos que ver a posse de maneira independente e não como mera exteriorização da propriedade, ela deve ser entendida como um instituto independente capaz de cumprir uma função socioeconômica igualmente independente e autônoma, não podendo ser diminuída frente à propriedade. A posse é um fato social que historicamente precedeu a propriedade, os homens primitivos já detinham a posse dos bens que garantiam a sua subsistência, já a propriedade nasceu da necessidade de manutenção da ordem social pela imposição de normas jurídicas que regularam critérios para seu reconhecimento.

Para o reconhecimento da função social da posse é imprescindível uma alteração da maneira como tratarmos a propriedade, não podendo mais ser reconhecida como um direito absoluto. A propriedade deve passar a ser entendida como forma de produzir riquezas não exclusivamente para o proprietário, mas para toda a sociedade. Deste modo, ao possuidor não-proprietário, que dá uma atribuição social a terra, deve ser dado mecanismos judiciais para que possa ser conservado na posse do bem quando encontrar-se em conflito com o proprietário da coisa.

Sobre a importância e autonomia da posse, Albuquerque preceitua:

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos". (ALBUQUERQUE, 2002, p. 40)

A posse não é um fenômeno individual, mas sim um fato social e jurídico dotado de uma função social, ao promover o direito à igualdade, à moradia, e o direito à obtenção da terra pelo próprio suor e trabalho, e por meio de seus frutos garanti a subsistência do possuidor, reduzindo, assim, a desigualdade social, humanizando o direito à propriedade. Em um país de dimensões continentais, onde grades extensões de terras improdutivas permanecem em poder de poucos, a posse assume, de forma mais evidente, uma ação de importância econômica e social. Assim sendo, "a justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar." (TEPEDINO, 2006, p.152).

Carlos Frederico Marés assevera que o desenvolvimento do pensamento capitalista transformou a terra em propriedade, deixando de ser o alicerce da vida para atender aos interesses econômicos. De tal modo, atualmente, a crescente especulação financeira do solo acaba favorecendo aqueles que visão tão somente o favorecimento individual e financeiro proporcionado pela propriedade, gerando o acúmulo de grandes terras na mão de poucos, que geralmente não dão a sua propriedade uma função de cunho social. Assim, com o aumento do valor financeiro da terra, aquelas pessoas de pouco poder aquisitivo são expropriadas do direito à moradia e ao trabalho que o uso da terra os proporcionaria. Ressaltamos que a falta de alternativas para o acesso a terra, acaba impelindo essa população pobre a ocupar terrenos impróprios para o uso, muitas vezes essas áreas são vulneráveis como, por exemplo, as encostas e margens dos rios, colocando suas vidas e a de

seus familiares em risco. Conseqüentemente, a terra não pode continuar a ser vista tão somente pelo lado patrimonial e financeiro, a terra é um agente social, econômico e também jurídico à medida que todos têm o direito previsto constitucionalmente ao mínimo que promova a dignidade da pessoa humana.

A função social age na posse como garantidora e promotora do direito, permitindo uma visão mais vasta do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia perante outros institutos jurídicos, como o do direito de propriedade. Enquanto isso age na propriedade como limitadora do direito, retirando da mesma a possibilidade de excessos no gozo do direito, assim, a propriedade esbarra no interesse público, e no princípio da justiça social.

Esse embate pode ser facilmente percebido, por exemplo, nos conflitos possessórios agrários onde é nítido o conflito entre a posse e a propriedade, e os direitos envolvidos. De tal modo, se tal invasão ocorrer em propriedade produtiva cumpridora do seu dever social, é considerada criminosa (art 161 § 1º, II c/c 288 do CP), mas caso o proprietário não dê a terra um fim produtivo, a situação é diferente:

“Caso o proprietário seja relapso em seus deveres sociais, essa invasão é legítima e merece prevalecer sobre o direito patrimonial mal exercido. Afinal, os diversos possuidores têm o direito ao acesso à propriedade e ao mínimo vital. Estão em jogo direitos existenciais de uma coletividade contra o direito patrimonial de um proprietário inadimplente com a sociedade, e a ponderação de interesses constitucionais só pode preferir o primeiro. Neste caso, até mesmo a conduta, que poderia ser considerada delituosa, vem sendo tratada como lícita pela jurisprudência,”(ZAVASCKI, 2007, p 42).

À função social, seja na posse ou na propriedade, foi dada um alto grau de generalidade de forma intencional, pois, como vimos, cabe na análise do caso concreto, a limitação do seu sentido de acordo com os interesses fundamentais envolvidos, cabendo ao aplicador do direito decidir como alguém que compreende o objetivo de sua atividade e a possibilidade de, através dela, modificar a realidade social, como podemos ver nas jurisprudências abaixo:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. REIVINDICATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE IMISSÃO NA POSSE. INTERDITO PROIBITÓRIO POSTULADO POR POSSUIDORES NÃO PROPRIETÁRIOS CONTRA PROPRIETÁRIOS NÃO POSSUIDORES. Doutra sentença monocrática concessiva aos possuidores, em decorrência de seu longo poder de fato sobre a área de terreno litigiosa, da proteção interdita por eles requerida, a fim de que os proprietários não possuidores, se abstenham "da prática de qualquer ato de turbação à posse dos autores". Superação doutrinária da teoria possessória objetiva de Jhering, ante a sua evolução, em face da categoria sócio-jurídica do valor de uso dos bens e da função social da posse, que a categoriza, modernamente, como fato potestativo de natureza sócio-econômico. Defesa dos possuidores não proprietários, na demanda petítoria apensada, da consumação da prescrição possessória aquisitiva na presente espécie de fato. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação cível nº 0005091-97.1996.8.19.0037, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Célio Geraldo M. Ribeiro Julgado em 23/05/2006).

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Necessidade de se analisar não apenas o aspecto técnico-jurídico da questão, como, também, seu aspecto sócio-econômico. Para ser possível a demolição, tem o Município que assegurar à apelada outra habitação que garanta sua dignidade como pessoa humana. APELAÇÃO PROVIDA, VOTO VENCIDO. (Apelação Cível nº 70008877755, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator. Vasco Della Giustina, Julgado em 18/08/2004).

O prestígio da posse funcionalizada em lugar da propriedade sem função social é a saída que melhor adéqua-se aos princípios constitucionais e de justiça. Uma sociedade norteada por valores sociais justos deve priorizar o direito daquele que, de fato, dá finalidade econômica, atenuado as necessidades essenciais da sociedade, como o trabalho e a moradia, cidadania e justiça. Dessa forma, a decisão que aplica a função social da posse em prejuízo à propriedade não estará favorecendo um indivíduo, mas toda a coletividade.

Apesar de ainda não estar expressamente prevista incumbindo ao magistrado maior abstração em seus julgados, podemos ver alguns reflexos da função social da posse na legislação através dos seguintes artigos: 1228, § 4º e 5º; 1239, 1238, 1240, e 1242 parágrafo único.

O Código Civil atual traz nos parágrafos §§ 4º e 5º do artigo 1.228, a desapropriação judicial por posse-trabalho, onde um vultoso número de pessoas ocupa uma extensa área, de forma ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, realizado nela obras que devem ser consideradas de relevante caráter social e econômico, desde paguem ao proprietário o valor indenizatório que o juiz considerar justo. Cabe destacar, que segundo entendimento constante do enunciado nº 84 do Conselho Superior da Justiça Federal: “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus na ação reivindicatória, sendo os próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.

Tal previsão vem causando sérios debates, pois o estaria trazendo um novo instituto jurídico, surgindo duas correntes que tentam explicar o instituto, a primeira entende que é está uma nova espécie de desapropriação, e outra, como sendo uma espécie de usucapião coletiva. Unem-se à corrente que entendem o dispositivo como forma desapropriação judicial Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmando: “a norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo posse trabalho.” A segunda posição defende que tratar-se de usucapião especial coletivo, pois permite que a coletividade de possuidores legitime a ocupação, sem os percalços e o custo de uma ação individual de usucapião, em conjugação com o disposto no art. 10 da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que somente assiste a usucapião coletiva para imóveis urbanos ocupados por população de baixa renda.

O artigo 1.239, do CC, prevê a usucapião especial de imóvel rural, que apresenta como um dos seus requisitos a utilização da terra para moradia tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, ou seja, a função social da posse. No artigo 1.240 o Código Civil, prevê a usucapião especial urbana, onde uma das condições presentes é afixação de moradia do suplicante e sua família na área discutida.

Nos artigos 1.238 e 1.242, houve a redução do tempo determinado para a usucapião extraordinária e ordinária, respectivamente, nos casos que envolvam bens imóveis. Na usucapião extraordinária o prazo é encurtado de quinze para dez anos; e, na ordinária de dez para cinco anos. Nos dois casos, a redução acontece devido à posse trabalho nos casos em que aquele que tem a posse, usa o imóvel para moradia, ou realiza obras de caráter produtivo, com proeminente caráter social e econômico pode usucapi-lo. Essas diminuições estão em consonância com a função social, visando à erradicação da pobreza, garantindo a dignidade da pessoa humana e, especificamente, a promoção do direito à moradia, previsto na Constituição Federal.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a tendência de facilitação e respeito ao reconhecimento da função social da posse, veio a incluir no § 1º do artigo 554, que nas ações possessórias em que se incluam no polo passivo grande número de pessoas, será necessária a intimação da Defensoria Pública se estiverem envolvidas pessoas em situação de hipossuficiência econômica bem como a determinação da intimação do MP como *custos legis*. É nítida a intenção do legislador em favorecer aos possuidores hipossuficientes maiores condições de defender seus direitos básicos à moradia, sustento e de dignidade frente ao proprietário desidioso.

Percebemos a grande importância da utilização da função social da posse que surge como meio para se efetivar os direitos básicos do cidadão. Tal instituto vem como resposta às desigualdades sociais e econômicas geradas ao longo dos anos pelo exercício indiscriminado do direito à propriedade. Ao abordar a funcionalização da posse, Albuquerque fala dos valores envolvidos de maneira bastante esclarecedora:

este germen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o 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. Por isso pode-se dizer que a função social da posse não é limitação ao direito de posse. É sim, exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma

visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça. (ALBUQUERQUE , 2002, p. 12)

Portanto, o ordenamento jurídico deve respeitar e promover o direito inerente da pessoa humana de ter um mínimo necessário para a sua subsistência adequando-se a realidade social, justificando assim a proteção possessória a quem cumpre a função precípua da terra: suprir as necessidades humanas.

Até então, há no presente estudo exposições para uma premissa maior, a real intenção de continuidade destas discussões, razão pela qual a pesquisa ainda não tem consistência conclusiva. Ainda assim, percebemos que apesar da relativamente recente atribuição de importância da posse útil frente à tão favorecida e inflada propriedade, ainda que não produtiva, tem ganhado novos contornos jurídicos.

Vimos que a posse parou de ser vista como apenas uma das facetas do direito à propriedade ganhando estudos mais densos, aonde vem o contexto social e econômico a ser o intermediador dos embates que repetidas vezes chegam aos nossos Tribunais.

Assim, propriedade na modernidade deixa de ser um direito fim em se mesmo para ser mais um vetor do bem estar social. Do mesmo modo, aquele que não dá a sua propriedade destinação social seja para sua moradia, seja para produção ou circulação de riqueza, o faz em desrespeito à toda a sociedade, dando àquele que vier a exercer uma posse produtiva e útil a possibilidade de utilizar-se da sua desídia socioeconômica como um dos argumentos legais para a sobreposição da posse frente a seu direito à propriedade.

A constitucionalização de diretrizes sociais advinda com a Carta Magna de 1988 foi um importante marco no direito pátrio para a atribuição de uma responsabilidade social do indivíduo ao exercer seu direito a propriedade, comportando uma visão mais abrangente da posse e de sua utilidade social, assim como de sua autonomia ante outros institutos jurídicos, em especial, a propriedade.

Percebemos que a função social na posse é mais evidente, pois, a posse em si já é dinâmica em seu próprio conceito, tendo como origem simples impulsos - a necessidade humana. Já a função social na propriedade tem como finalidade estabelecer um conceito dinâmico de propriedade em substituição do conceito estático, legitimando a propriedade enquanto cumpre sua função social.

Deste modo, a atribuição de um dever social à propriedade está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos. Para tanto, a propriedade há de desempenhar uma função social voltada à concretização de um fim economicamente útil e produtivo em benefício do proprietário e de terceiros, sendo a função social não só um meio limitador do direito real, mas um meio fomentador da efetivação de direitos fundamentais, garantidos no texto constitucional vigente.

Concluimos que o acolhimento da prevalência da função social da posse sobre o direito de propriedade reclama que o exercício desta posse seja útil, produtiva e não ilegal, até pela ausência de caráter absoluto dos princípios fundamentais e a proteção a qualquer custo de qualquer que seja o instituto jurídico, mesmo o tão vultuosamente disciplinado direito à propriedade.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da Função Social da Posse e Sua Conseqüência Frente à Situação Proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVES, Carlos Moreira. Posse I. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 1ª ed.

ALVES, Carlos Moreira. Posse II. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 1ª Ed.

GOMES, Orlando. Direito Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 19ª. Ed.

MARÈS, Carlos Frederico. Função Social da Terra. Porto Alegre: Fabris, 2005.

NEIVA, Genivaldo. Função Social da Posse. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2008/11/funo-social-da-posse.html>> Acesso em 28/12/2016.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1ª ed.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006 .

ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, 3ª. Ed.

TARTUCE, Flávio. A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 900, 20 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7719>>. Acesso em: 26.04.2017.

TORRES, M. A. A. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

WALD, Arnoldo. Direito das Coisas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 10ª. Ed.