

## A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

*Bruna Valone Esteves*<sup>71</sup>

*Luciana Mendes Pereira*<sup>72</sup>

### RESUMO

O presente trabalho objetiva trazer à tona a discussão acerca função social da posse. Discorre sobre a função social da propriedade e da posse como direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e sobre a prevalência da posse funcionalizada quando em confronto com a propriedade desfuncionalizada.

**PALAVRAS – CHAVE:** Posse. Propriedade. Direito Fundamental. Função Social.

### ABSTRACT

The present paper aim to bring out the discussion about social function of ownership. It was written about the social function of property and ownership as fundamental rights guaranteed by the Constitution of 1988 and the prevalence of functionalized possession when confronted with desfunctionalized property were observed.

**KEY WORDS:** Ownership. Property. Fundamental Rights. Social Function.

### SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO. 2 FUNÇÃO SOCIAL. 2.1 FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 3 PREVALÊNCIA DA POSSE FUNCIONALIZADA EM DETRIMENTO DA PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA. 4 PROTEÇÃO DA POSSE FUNCIONALIZADA ALÉM DA USUCAPIÃO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS**

### 1 INTRODUÇÃO

A funcionalização dos diversos institutos e instituições de direito decorrem de uma nova perspectiva jurídica da contemporaneidade que entende que os sujeitos de direito devem exercê-los não apenas em benefício próprio, mas de acordo com os interesses sociais e da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu Art. 5º, XXII que a propriedade

---

<sup>71</sup> Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

<sup>72</sup> Docente na Universidade Estadual de Londrina- UEL e no Centro Universitário Filadélfia – UniFil. Mestre em Direito Negocial – UEL. Doutoranda em Estudos da Linguagem - UEL.

privada é um direito fundamental e logo em seguida, no inciso XXIII garante que a função social da propriedade também é uma garantia fundamental.

Além disso, explicita os contornos da função social da propriedade urbana em seu Art. 182, § 2º e da rural no Art. 186 com vistas ao respeito à dignidade da pessoa humana, à erradicação da miséria e eliminação das desigualdades sociais.

A função social da posse, por sua vez, é matéria mais recente no ordenamento jurídico brasileiro e fonte de divergências doutrinárias.

A presente pesquisa versa acerca a evolução histórica da função social, sobre a função social na Constituição Federal de 1988, sobre a possibilidade de a função social da posse figurar como um direito fundamental implícito no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e sobre a prevalência da posse cumpridora da função social em detrimento da propriedade desfuncionalizada.

O presente trabalho encontra relevância quanto possibilidade de proteger a posse mesmo que não tenha sido completado o tempo para adquiri-la por meio da usucapião nos casos em que o litígio decorrer do confronto entre posse funcionalizada e propriedade desfuncionalizada.

## **2 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE**

### **2.1 FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo econômico capitalista, tanto o é, que a propriedade privada é um direito fundamental previsto no Art. 5º, XXII e no Art. 170, II.

Consta no Art. 5º, XXII da CF/88 que a propriedade é um direito fundamental e o inciso XXIII prevê que a função social da propriedade também é um direito fundamental. Ambos, por força do § 1º do mesmo artigo, garantem que sua aplicação é imediata.

Conforme leciona Marmelstein (2009, p. 137) a presença da garantia da propriedade privada é fruto do caráter capitalista acolhido pela Constituição Federal e fundamenta o caráter liberal do vigente sistema constitucional do Brasil.

No entanto, a propriedade não tem mais a proteção absoluta e inviolável que tinha em tempos passados. Tal ideia não mais subsiste com o novo objetivo do Estado Democrático de Direito, qual seja o de promover os direitos sociais.

Diante disso, Marmelstein (2009, p. 138) assegura que o direito à propriedade

privada passou de absoluto, ilimitado e exclusivo para relativo, limitado e condicionado ao cumprimento de sua função social. Requer-se que o titular do bem lhe dê destinação conforme os ditames da função socioambiental desejada pelo Estado.

Comparato (2003, apud MARMELSTEIN, 2009, p. 140), defende que:

Diante do descumprimento, pelo proprietário, do dever fundamental de dar aos bens uma destinação social, incumbe ao Estado, entre outras medidas, promover a sua redistribuição, tendo em vista o objetivo constitucional de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais, previstos no art. 3º da Constituição Brasileira.

Marmelstein (2009, p. 140) ainda discorre:

O direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece proteção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo sua função social, esse direito deixa de merecer qualquer proteção do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem estar geral. O proprietário obriga-se a dar ao seu bem uma função social, sob pena de ver limitado – ou até suprimido – esse direito. Em outras palavras: a função social está de tal modo ligado ao direito de propriedade, que passa a ser um pressuposto deste direito. Sem função social, não mais existe propriedade legalmente protegida.

Para evitar e coibir que a função social não seja cumprida, a Constituição Federal prevê a desapropriação do imóvel e permite, até mesmo, que a indenização seja feita com títulos da dívida pública.

O Art. 182, § 2º da CF, o qual trata da política de desenvolvimento urbano, por exemplo, dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. O § 4º, por sua vez, prevê que se o imóvel não é edificado, é subutilizado ou não utilizado o Poder Público poderá promover a cobrança de impostos progressivo no tempo e efetivar a desapropriação com pagamentos mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate em até dez anos.

Além disso, consta no Art. 184 da CF/88, a possibilidade de desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor, resgatáveis em até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. As benfeitorias necessárias, no entanto, serão indenizadas em dinheiro, conforme o Art. 182, § 1º.

Ambos os casos de desapropriação são chamadas de desapropriação-sanção pelo fato de serem resgatáveis depois de um considerável período de tempo.

Gondinho (2002, p. 414), defende que “Trabalhou mal o constituinte de 1988 ao estabelecer que é insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva” conforme Art. 185 da CF.

Para ele a propriedade deve cumprir todos os requisitos e não apenas o atinente à produtividade da terra. Uma fazenda produtiva que não respeita os direitos trabalhistas é passível de desapropriação para fins de reforma agrária, por exemplo, conforme o Art. 184 da CF/88. O custo desta produção, para o autor, é ‘socialmente indesejável.’

Gondinho (2002, p. 415) entende que uma propriedade produtiva que mantém suas atividades com base em trabalho infantil ou com devastação do meio ambiente deve sofrer, sim, desapropriação sanção, independentemente de ser produtiva ou não.

Uma situação mais onerosa ao proprietário é quando ocorre o confisco da propriedade. É a chamada expropriação do imóvel, na qual não é efetuado nenhum tipo de indenização ao proprietário e é previsto em apenas um caso na CF. Trata-se das situações em que há cultura de psicotrópicos ilegais no imóvel. O Art. 243 da CF prevê que as plantas, os valores econômicos obtidos com a prática ilegal e toda a propriedade sejam expropriados, sem direito à indenização.

O Art. 1.276, § 2º do Código Civil, por sua vez, estabelece uma presunção absoluta de desinteresse pelo bem e conseqüente abandono:

Art. 1.276 O imóvel que o proprietário abandonar, com intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

[...]

§2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

A propriedade tem como finalidade servir à moradia e ao desenvolvimento do trabalho para prover o sustento do núcleo familiar. Não pode servir para acúmulo de capital, especulação imobiliária e enriquecimento de uns em detrimento do empobrecimento de tantos outros.

## 2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O termo função social da propriedade, de acordo com os ensinamentos de Gondinho (2001, p. 412) foi utilizado pela primeira vez na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional de 1969. No entanto, não faziam parte das garantias fundamentais, apenas fundamentaram o princípio da ordem econômica e social.

A Constituição Federal de 1988, conforme Gondinho (2001, p. 412), por sua vez, além de incluir a função social da propriedade privada como fundamentadora da ordem econômica e social, também a incluiu no rol dos direitos e garantias fundamentais. A atual

Constituição Federal garante o direito à propriedade desde que esta atenda à função social desejada pelo Estado.

O Art. 186 da Constituição Federal, ensina Gondinho (2001, p. 412), disciplina que a função social da propriedade rural é verificada mediante o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Apesar de não constar no Art. 5º da Constituição Federal nenhuma menção à função social da posse, por meio da relação que se faz com a função social da propriedade é possível também entender que a função social da posse também configura um direito fundamental.

A inter-relação entre posse e propriedade, sem descuido da autonomia entre os dois institutos, faz com que, por meio de uma interpretação constitucional, entenda-se que a função social da posse também é um direito fundamental.

A interpretação da Constituição Federal deve ser sistemática e não dogmática. Sua interpretação deve ser feita nos termos constitucionais e objetivando atingir sua finalidade. Não haveria sentido em pensar na função social da propriedade sem pensar na função social da posse.

O Texto Constitucional não deve ser entendido como exaustivo, uma vez que não consegue abarcar todos os temas que devem ser objeto de proteção constitucional e é por isso que o Art. 5º, § 2º da Constituição Federal dispõe que os direitos e garantias previstos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

A Constituição Federal Brasileira, mesmo com tantos dispositivos, não possibilitou ao constituinte originário abranger explicitamente todos os direitos que são necessários para se atinja seu objetivo.

A efetividade dos direitos fundamentais já é deficiente com a garantia de todos os que são explícitos, seria ainda mais se não fosse permitido ao criador do direito interpretações conforme a Constituição Federal.

A interpretação constitucional não deve ser feita título por título, capítulo por capítulo. Deve ser interpretada como um todo, tendo em vista seus objetivos finais como o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e bem estar de todos. Os valores existenciais têm mais valor do que o individualismo das codificações passadas.

Segundo Rosendal (2008, p. 38):

Atualmente, a ciência jurídica volta o 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.

A função social da posse, portanto, é um direito fundamental previsto implicitamente pela Constituição Federal a partir do momento em que prevê a funcionalização da propriedade.

A função social da posse seria uma concretização da função social da propriedade, tendo em vista que abrangeria todo o campo dos direitos patrimoniais reais.

Para Aronne (2003, p. 244), “[...] a posse somente ganha trânsito jurídico, quando se apresenta funcionalizada, quando é instrumento de funcionalização da propriedade”.

Se a função social da posse não fosse reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, a finalidade de evitar que a terra fique improdutiva não conseguiria se efetivar, uma vez que a sanção iria apenas até o proprietário e não atingiria o possuidor.

### **3 PREVALÊNCIA DA POSSE FUNCIONALIZADA SOBRE A PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA**

A problemática do presente trabalho, no entanto, é verificar o confronto entre a posse autônoma funcionalizada e a propriedade desfuncionalizada. É neste ponto em que reside o maior embate da matéria ora suscitada.

Segundo Torres (2008, p. 346) a inércia do proprietário em dar adequado destino ao seu bem propiciou conjuntura que permitisse que o possuidor ocupasse o imóvel e lhe desse uma função social e econômica.

Torres (2008, p.303) afirma que, tanto a posse quanto a propriedade podem coexistir isoladamente, mas que a propriedade sem a posse é um recipiente vazio, não cumpridor de sua função social e é por isso que a função social é muito mais perceptível na posse do que na propriedade.

Zavascki (2002, apud, TORRES, 2008, p. 304) explica que:

A função social da propriedade realiza-se ou não mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.

A função social tanto da posse quanto da propriedade está relacionada diretamente à utilização do bem, à atividade humana ali instaurada por meio de moradia e produção de bens e não compactua com a inércia do titular; instaura ambiente fértil para que o possuidor, sem fins especulativos, seja protegido.

Até mesmo em matéria possessória há diferença entre posse simples ou comum e posse qualificada ou funcionalizada. Esta última se difere da primeira pelo fato de ser objeto de atividade social, com relevância econômica manifestada por meio de moradia, desenvolvimento comercial e industrial, produção bens entre outros. Infere-se que em um confronto entre posse simples e posse qualificada, a última prevalecerá em detrimento da primeira.

Neste sentido Reale (1986, apud TORRES, 2008, p. 309):

Bifurcando a posse, não aceitando a posse unificada do Direito Romano, que ainda está no código italiano e ainda está na codificação do dos demais países. Fazemos uma distinção destes dois tipos de posse: posse como simples exteriorização da propriedade, com mero fato de detenção, e a posse como uma expressão de trabalho, a posse acompanhada por um esforço criador do homem.

Para tanto, o Código Civil (2002) reduziu os prazos para a usucapião quando demonstrado que tem fins de moradia e desenvolvimento de atividade econômica com relevância social verificada pelo juiz

A posse, tanto do mero possuidor quanto do proprietário é o principal instrumento para atender aos valores do ordenamento jurídico. De acordo com Torres (2008, p. 348), “[...] a posse com função social permite o atendimento aos princípios fundantes do sistema [...] sendo possível erradicar a pobreza e eliminar as desigualdades sociais.”

A posse qualificada com a utilização do bem por meio da moradia e desenvolvimento de trabalho deve ser protegida contra os interesses dos proprietários que não atendem a função social e reivindicam seus bens alegando que tem titularidade sobre eles.

Torres (2008, p. 349) defende, ainda, que o proprietário que não exerce função social e expulsa ‘manu militare’ o possuidor qualificado pratica crime de esbulho e ilícito penal de exercício arbitrário das próprias razões.

A ausência de proteção ao proprietário que não funcionaliza seu bem é justificada pelo fato de que o princípio da função social não é externo à propriedade, mas sim, interno.

É por esse motivo que é tão importante destacar a autonomia da posse como instituto jurídico. Será autônoma à medida que não é necessário recorrer a qualquer outro instituto para verificar seu nascimento e sua proteção será dada com fundamento nela mesma.

Do contrário, segundo Torres, (2008, p. 311), se fosse considerada como um apêndice da propriedade, por exemplo, sempre que existisse um conflito entre as duas prevaleceria a propriedade uma vez que é fundamento gerador da posse.

Neste sentido foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Nº 75.659 – SP, de 2005 interposto após decisão da Apelação Cível

nº212.726-1-8, famoso caso da Favela Pullman, que assim decidiu:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c&#8260;c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. (4ª Turma, REsp 75659/SP, Rel. Min. Aldair Passarinho Junior, DJU 21/06/2005).

A importância econômica e social da posse, para Torres (2008, p. 311) não pode ser tida como “[...] uma sentinela avançada da propriedade como sugere Ihering ou que sirva de muleta para um instituto que goza de adequada proteção do sistema” e é por isso que merece proteção definitiva por si mesma.

Aronne (2003, p. 246) afirma que “[...] trata-se de existencializar uma disciplina tradicionalmente patrimonialista, afetando à realização do Estado Social e Democrático de Direito.”

Adequada também foi a observação feita por Carbonier (1969, apud Torres, 2008, 352):

Há, sobretudo, uma decadência do direito individual de propriedade frente ao interesse geral em proveito dos utilizadores; também decadência do proprietário que não mais é aquele senhor absoluto e inviolável da Declaração de 1789 e do C.C.

Pensar que a posse funcionalizada é mais importante ao Direito do que a propriedade que não atende sua função social desestrutura a ideia absolutista que se tinha de propriedade e coloca em destaque outros valores e objetivos dispostos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, os quais são mais relevantes à sociedade do que uma propriedade privada desfuncionalizada.

#### **4 PROTEÇÃO DA POSSE FUNCIONALIZADA ALÉM DA USUCAPIÃO**

A tutela possessória, assim como a posse em si, sofreu modificação com o passar do tempo. A antiga subordinação da posse à propriedade fez com que as teorias possessórias tradicionais, de Savigny e Ihering, entendessem a proteção da posse como uma proteção da propriedade; com um objetivo final exterior a ela.

Para Savigny, de acordo com os pensamentos de Rosenvald (2008, p. 108) sendo a posse um fato, ela se converte em direito para a proteção da paz e da ordem pública numa



possível situação de violência do esbulhador.

Já para Ihering, nas palavras de Rosenthal (2008, p. 108):

[...] a defesa da posse foi instituída com o fim de aliviar a defesa dos poderes dominiais, pois o possuidor é um proprietário presuntivo e pode repelir de modo pronto qualquer agressão, bastando que esteja a exercer um dos poderes inerentes à propriedade.

A teoria objetiva, portanto, entende que a posse estaria sempre a serviço da propriedade, seria uma das formas de defesa dela. Seria então “a porta que conduz à propriedade, tornando-se sua sentinela avançada.” (ROSENVALD, 2008, p. 108).

No entanto, com o amadurecimento do Direito, amadureceu também o entendimento jurídico sobre a proteção possessória. A nova concepção de autonomia da posse, sem subordinação à propriedade e conjugada com sua relevância enquanto situação de fato capaz de satisfazer a necessidade fundamental de direito à moradia e trabalho ensejou transformação da tutela jurídica.

O novo paradigma para a proteção possessória entende que, aquele que usa os bens e lhe atribui destinação econômica, por meio da moradia e do trabalho, tem direito à proteção. Neste sentido, “[...] a proteção a esta situação se efetivará, seja ou não o possuidor o portador do título ou mesmo que se coloque em situação de oposição ao proprietário”. (ROSENVALD, 2008, p. 109)

A situação fática consolidada pela posse requer seja concedido ao possuidor o direito de defender sua posse contra terceiros, inclusive contra o proprietário. Na lógica dos ensinamentos de Torres (2010, p. 320) “[...] o conflito possessório é o local adequado para a constatação do cumprimento da função social, seja na propriedade, seja na posse.”

A tutela da posse é feita por meio do juízo possessório, o qual está embasado no fato jurídico que a origina, desvinculado da existência de título que comprove qualquer relação de direito real ou obrigacional. Neste sentido, na lição de Mota e Torres (2009, p. 57) “[...] o núcleo e essência do direito à tutela interdita repousa no ‘jus possessionis’, com abstração de qualquer outra circunstância que não seja a própria situação fática do possuidor em relação a coisa.”

Segundo Rosenthal (2008, p. 110) o juízo possessório, também chamado ‘jus possessionis’, tutela uma situação de fato que foi hostilizada por uma ofensa concreta, sem que seja necessário discutir a existência do fenômeno jurídico propriedade.

Rosenthal (2008, p. 111) explica que na ação possessória não é permitida a discussão sobre a propriedade, uma vez que o objeto do pedido e da causa de pedir é meramente a posse. Isso porque “os planos jurídicos de nascimento, estrutura e finalidade da posse e da

propriedade são diversos, merecem, portanto, soluções diversas.” (ROSENVOLD, 2008, p. 111)

Tal situação nem sempre foi unanimidade jurídica. O Art. 923 do Código de Processo Civil determina que “[...] na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento de domínio”.

O tema foi polêmico e ensejou longa discussão acerca do assunto. Rosenvald (2008, p. 112) explica que para alguns juristas a norma citada eliminou do sistema jurídico a possibilidade de alegar exceção de propriedade em qualquer modalidade de ação possessória. Outros, por interpretação literal da lei, entendiam que o dispositivo aboliu tal possibilidade apenas quando a matéria da ação possessória era disputada com base em título de propriedade, ou seja, se na ação possessória não discutia propriedade era possível que fosse alegada a exceção de propriedade.

O segundo entendimento exposto fragiliza a tutela da posse. Proporcionar ao possuidor o direito à tutela possessória e ao mesmo tempo permitir que a mesma seja combatida com base na apresentação de um título seria o mesmo que não aceitar a tutela da posse. Aceitar a apresentação da titularidade em juízo em matéria de ação possessória é o mesmo que entender que a posse sem título não merece tutela. Neste sentido, Theodoro Júnior (1997, p. 128, apud ROSENVOLD, 2008, p. 112):

Inutilizada estaria a tutela da posse se possível fosse ao proprietário esbulhador responder ao possuidor esbulhado com a ação petítória. O máximo que conseguiria o possuidor seria a medida liminar do interdito, pois, propondo o proprietário em seguida, reivindicatória, os dois feitos seriam reunidos por conexão e o julgamento da lide forçosamente seria em favor do proprietário pela óbvia prevalência do domínio sobre a posse.

No entanto, tal discussão foi encerrada com a redação do Art. 1210, § 2º do Código Civil, a qual dispõe que “[...] não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”. Explica Rosenvald (2008, p. 112) que “hoje, não se pode mais discutir propriedade no plano possessório, havendo a revogação do Art. 923 do Código de Processo Civil, considerando-se a posição doutrinária e jurisprudencial da interpretação literal e restritiva da norma processual.”

O entendimento defendido pelo doutrinador citado acima demonstra preocupação com a efetivação da função social da posse. Permitir que o proprietário defenda seu bem das mãos do possuidor com a demonstração de título seria o mesmo que dar ao direito de propriedade o antigo caráter absoluto e abusivo, dado em épocas passadas. O réu da ação possessória deve demonstrar que tem a posse do bem e não a mera propriedade, uma vez que a matéria versada na demanda é a posse.

Ensina Rosenvald (2008, p. 113) que, quando do julgamento procedente da demanda possessória, os litigantes voltarão à situação anterior à agressão, na qual o autor terá sua posse restituída e far-se-á coisa julgada material e formal no âmbito possessório, mas não no petitório. Caberá ao réu vencido ajuizar ação petitória para reivindicar o que pensa ser seu de direito.

Se vencido o réu em ação possessória, poderá depois do trânsito em julgado, ingressar com ação petitória a fim de reivindicar seus direitos de proprietário.

Mas Rosenvald (2008, p. 114) defende que o juízo possessório não pode ser entendido pelo intérprete do direito como um mero juízo cautelar do juízo petitório. O efeito da coisa julgada material e formal deve ser tido como definitivo, como meio a proteger a ingerência socioeconômica do possuidor do bem.

O que se deve entender, com a nova hermenêutica da relação posse-propriedade, é que, como já anteriormente explanado, a posse com função social prevalece em relação à propriedade desfuncionalizada.

Neste diapasão Rosenvald (2008, p. 115):

O êxito do possuidor na ação possessória só será suplantado pela ação petitória quando nesta oportunidade exiba o titular a função social da propriedade. Caso isso não ocorra, a função social concedida à posse superará no plano valorativo o direito de propriedade.

Para que em sede petitória, a propriedade prevaleça em detrimento da posse, é necessário que o titular do bem demonstre que a funcionaliza. Apenas assim, a ação petitória deve prevalecer à possessória. No entanto, se for comprovado, em sede petitória, a qualificação da posse e a propriedade restar desqualificada, permanecerá a decisão do juízo possessório em favor do possuidor.

Apesar de a posse ser anterior à propriedade na evolução histórica dos dois institutos, o ordenamento jurídico sempre teve a propriedade como digna de proteção categórica em detrimento da posse.

Segundo Torres (2008, p. 354) a legislação infraconstitucional sempre conferiu à propriedade proteção definitiva e à posse, proteção meramente provisória, isso porque, mesmo sem comprovação da atividade exercida no bem, ao possuidor, sempre era exigido que cedesse ao direito de utilização da coisa se fosse comprovada a titularidade pelo proprietário.

A proteção da posse só era determinante quando se demonstrasse que o prazo para usucapião havia sido atingido. Para Torres (2008, p. 355) tal situação já não mais configura posse, mas sim, transformação jurídica em propriedade adquirida pelo exercício longo e incontestado da posse.

O autor explica (2008, p. 358) que a necessidade de transformação da posse em propriedade é que a titularidade confere ao sujeito maior penetração no meio social e econômico e lhe confere a satisfação de “‘ter’ a terra necessária para a sua moradia ou cultivo e de ostentar a condição social de proprietário.”

Streck (2003, p. 295, apud TORRES, 2008, p. 361) leciona que o novo Código Civil não “representou um acontecer da Constituição como se poderia esperar. Em muitos aspectos, o Código Civil provoca retrocesso, com nítida violação da cláusula constitucional da proibição de retrocesso social, implícita na Constituição Federal.”

A falta de condições financeiras da população de baixa renda em celebrar contratos de compra e venda para a aquisição de imóveis é a principal causa de ocupações social de áreas vazias, seja em solos urbanos ou rurais. A busca pelo teto para adquirir moradia acaba sendo resolvida com o encontro de um terreno desocupado, na periferia da cidade, região indesejada e que tem a finalidade de especulação imobiliária.

Falcão (1984, p. 95, apud TORRES, 2008, p. 391) ressalta:

Motivado pela carência econômica e imbuído pela necessidade, lança mão do recurso disponível – a ocupação de glebas ociosas, justificando a ocupação nas circunstâncias de que ‘sobre o direito de usar e dispor, segundo a livre vontade do proprietário, deve prevalecer o direito de moradia de todos.

A concentração de terras no Brasil tem origem na época colonial, com a má distribuição das grandes extensões de terras, a uma pequena minoria, mediante concessões e outorgas, decorrendo daí, o latifúndio.

Segundo Sodré (s/d, p. 169, apud TORRES, 2008, p. 364):

[...] no direito de propriedade há um elemento de direito individual e outro de direito social, resultando da combinação de ambos uma distinção entre o suficiente e o superabundante dos bens apropriados.

O direito de se apropriar de uma quantidade superabundante de bens, ou seja, de se apropriar de bens desnecessários aos anseios de sua condição social, só é justificável quando atendida a função social, justamente para que não seja usurpado o direito a uma vida digna de outra pessoa. O ‘ter’ em abundância só se justifica se cumprir sua função social.

Neste sentido, Becker (1997, p. 59, apud TORRES, 2008, p. 367):

Vale dizer: se, com o que temos no art. 186, não é possível definir com clareza como e qual a propriedade está cumprindo efetivamente sua função social, podemos ao menos dizer quando uma propriedade não está cumprindo: quando estiver agredindo o meio ambiente, quando nela há violação às relações de trabalho (o problema “dos bóias-frias” e do trabalho escravo de adultos e crianças) e quando o imóvel estiver visivelmente abandonado (não sob o pretexto de “preservação de floresta”, como se costuma fazer nos latifúndios de hoje, inclusive sob proteção oficial).

Para Torres (2008, p. 356), as reduções dos prazos para a usucapião do Código Civil

já demonstram que há certo reconhecimento do legislador em proteger a posse qualificada pela função social, mas esse não pode ser o único meio.

Continua Torres (2008, p. 393):

[...] é no período que vai de sua ocupação até o tempo que faz jus à usucapião que a posse funcionalizada deve ser protegida de forma diferenciada, exatamente em razão da função socioeconômica que desempenha.

É neste sentido que Torres (2008, p. 396) sustenta que “é tormentosa a realidade do desapossamento de ocupantes que buscam suprir necessidade, por falta de melhor opção.”

A posse funcionalizada, portanto, não deveria ser protegida apenas quando se completa o prazo previsto no Código Civil para a usucapião, mas durante todo o período em que o bem foi destinado à moradia e trabalho dos possuidores.

Segundo Torres (2008, p. 387) para que isso ocorra é necessário que haja mudança na interpretação do Código Civil, a qual deve ser feita conforme a Constituição Federal e afastada dos métodos convencionais.

Explica (2008, p. 422) que a posse funcionalizada “À exceção de direito material que efetua o encobrimento do direito de propriedade sem aniquilá-lo.” Disso infere-se que, em ações reivindicatórias ou de manutenção de posse, a interposição de exceção não elimina a pretensão do autor e nem a torna ineficaz, mas tão somente a esconde.

Ainda, “A existência de posse autônoma com função social impede o acolhimento de medidas liminares ou antecipatórias em ação cuja pretensão do titular seja reaver ou manter-se na coisa.” (TORRES, 2008, p. 437)

Em casos práticos em que a posse cumpre sua função social, a propriedade por sua vez encontra-se esmaecida. Enquanto o prazo para a usucapião não for atingido, o que deve ser protegida é a posse e não a propriedade desfuncionalizada.

Mas ressalte-se que a proteção da posse, neste caso, subsiste apenas enquanto perdurar a função social. Se verificado que não mais está qualificada, o titular do direito de propriedade pode ter a coisa retomada.

Torres (2008, p. 428) acolhe o posicionamento de que “Ficaria o direito de propriedade, em tais circunstâncias como se estivesse adormecido, amortecido por uma situação eventual que pode a qualquer momento reaparecer [...]” e “se tal posse, em tais circunstâncias perdurar até o tempo hábil para a usucapião, o titular que não observou com o seu dever, inerente a titularidade do direito que formalmente tem, o perderá.”

A posse não é qualificada, por exemplo, quando o possuidor deixa a terra nua, sem plantação ou criação de animais e também ali não reside. Infere-se que sua posse tem mera

finalidade de especulação imobiliária. Apenas espera-se o prazo para conversão em usucapião para efetuar futura alienação.

Nota-se que a ausência da função social tanto na posse quanto na propriedade enseja a reivindicação do imóvel, por não merecem proteção especial do sistema.

## **5 CONCLUSÃO**

Tendo em vista que o Texto Constitucional não é exaustivo, ao se proceder com uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, tem-se que função social da posse também figura como um direito fundamental. Como dito, não haveria sentido em pensar na função social da propriedade sem pensar na função social da posse, uma vez que esta será a concretização daquela.

Neste sentido é que se pode falar em prevalência da posse funcionalizada em detrimento da propriedade desfuncionalizada.

Tanto a posse quanto a propriedade devem ter destinação de moradia, trabalho, atividade econômica, desenvolvimento comercial ou industrial. E, diante de um conflito entre possuidor e proprietário o que deve prevalecer não é a apresentação de titularidade ou não, mas sim, a demonstração de exercício da função social do bem.

Isso quer dizer que se o proprietário não exerce no bem o que lhe é de dever e o possuidor comprova que ali desempenha seu trabalho e moradia, deve prevalecer a posse e não a propriedade. Aquele que atribui destinação econômica ao bem tem direito à proteção possessória.

A proteção da posse funcionalizada, por sua vez, não deve ser protegida apenas quando demonstrado o prazo para a usucapião, mas durante todo o período em que o bem foi destinado à moradia e trabalho dos possuidores. Mas ressalte-se que a proteção da posse será feita enquanto perdurar o exercício da função social. Se esta cessar, o proprietário tem o direito de reaver o bem.

A proteção tanto da posse quanto da propriedade deve ser feita apenas enquanto perdurarem sua funcionalização. Quanto esta cessa, também cessa a proteção.

## **REFERÊNCIAS**

ARRONE, Ricardo. Titularidade e apropriação no novo Código Civil brasileiro: breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. [s.n.]. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p. 215-249.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 75.659/SP**. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 21 de junho de 2005.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In:TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito constitucional**. [s.n]. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direito fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano de. **Direitos reais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Marcos Alcino. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.