



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMERJ

A ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE:
REQUISITO OU ELEMENTO QUALIFICADOR DA POSSE

Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino

Rio de Janeiro
2017

LAURA PINTO DE LUCCA ABELHA GUILHERMINO

A ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE:
REQUISITO OU ELEMENTO QUALIFICADOR DA POSSE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE: REQUISITO OU ELEMENTO QUALIFICADOR DA POSSE

Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora.

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

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

Sumário – Introdução. 1. O fundamento constitucional da Função Social da Posse: aspectos práticos da aplicação do princípio. 2. A Função Social da Posse analisada como requisito para a Reintegração de Posse: a insuficiência do requisito temporal. 3. A Função Social da Posse analisada como elemento de qualificação da Posse Injusta na Ação Reintegratória: como caracterizar a Posse Violenta à luz do princípio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente tema se insere na discussão acerca da função social da posse como direito fundamental e valor promovido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão do reconhecimento de que a função social da propriedade se materializa pelo do exercício do direito de propriedade, ou seja, pela posse exercida pelo proprietário. Desse modo, considerando-se que o exercício do direito de propriedade se dá por meio da posse recebendo essa a tutela pelo ordenamento jurídico, cabe questionar a necessidade da incidência do princípio da função social na tutela possessória.

Com o trabalho, pretende-se analisar se a função social deve ser vista na demanda possessória como requisito da tutela liminar ou se deve ser tida como elemento qualificador da posse como injusta. Para tanto, é feita a análise de posições doutrinárias, bem como de entendimentos judiciais no bojo das ações reintegratórias.

Percebe-se quanto ao tema uma relevante repercussão social, em razão dos conflitos que envolvem a posse e sua relação com o direito à moradia, bem como o direito à terra, em

se tratando da posse rural, seja em conflitos expropriatórios ou possessórios, tendo em vista que a análise da função social da posse é consagrada como requisito para a desapropriação, mas vem sendo negligenciada por diversas decisões judiciais quando do deferimento de medida liminar em sede dos interditos possessórios ou mesmo como requisito para o pleito possessório. Verifica-se, porém, que essa desconsideração da análise da função social esvazia o princípio constitucional, principalmente em razão da tutela liminar nas ações de reintegração de posse, isto é, sendo praticamente impossível reverter a medida, tendo em vista seu viés satisfativo.

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

O presente trabalho pretende, mediante análise teórica de institutos jurídicos como “posse”, “propriedade”, “função social da propriedade”, “função social da posse” e “tutela possessória”, a verificação jurídico-racional da necessidade da função social da posse a da propriedade como requisito para a tutela possessória ou elemento qualificador da posse como injusta.

O primeiro capítulo se prestará a conceituar a posse, bem como a ideia de função social da posse, tecendo-se comentários acerca do caráter de transformação social que tem o princípio.

Após, no segundo capítulo, será abordada a ideia da função social como requisito para o pleito possessório, ainda que ausente a previsão na legislação atual. Para tanto, será feito um paralelo com a ideia de desapropriação-sanção, em que a função social é exigida na relação entre o proprietário-possuidor e o bem imóvel.

Por fim, no terceiro capítulo, far-se-á a averiguação da função social da posse como mecanismo de qualificação da posse como justa ou injusta para efeito de configuração de esbulho no pleito reintegratório.

A pesquisa é desenvolvida conforme método hipotético-dedutivo, na medida em que há o apontamento da questão fática a ser analisada, bem como sua descrição e argumentação com hipóteses aptas a solucionar o problema trazido.

Para sua realização, será necessária, portanto, a análise dos parâmetros constitucionais e legislativos que regem a problemática, bem como o ponto fático de conflito, o que será extraído da bibliografia indicada.

1 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: ASPECTOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

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

Para Savigny¹, que consagra a teoria subjetiva, o sujeito possuidor tem relação direta com a coisa, contato com ela (*corpus*) ao mesmo tempo em que tem a intenção de dono, vontade de ter a coisa como sua ou de exercer alguma das faculdades da propriedade (*animus*). Mais satisfatória, porém, é a ideia de Jhering, que, por sua vez, reconhece apenas o elemento objetivo, sendo o possuidor aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade, seja ele o proprietário ou não.

No Brasil, conforme positivado no art. 1.196 do Código Civil², a posse é reconhecida nos moldes da Teoria Objetiva de Jhering. Apesar de a teoria explicar melhor a posse, tem o defeito de colocá-la como subordinada à propriedade. Tal vínculo de subordinação, porém, não é necessário, pois a identificação do possuidor se dá pela verificação de quem tem de fato o exercício de alguns poderes da propriedade. Albuquerque³ destaca o caráter de independência da posse:

Mais do que uma simples relação de fato ou uma exteriorização de um direito, a posse cria uma relação jurídica entre a pessoa do possuidor e a coisa possuída. A posse, em nossa dimensão territorial, é a forma de aproveitamento econômico do solo e forma de produção de riqueza para o possuidor e para toda a sociedade. A posse é forma de ocupação primária, corresponde ao fim último de liberdade e de dignidade da pessoa humana, na medida em que possa estar ligada aos direitos de moradia, possa implementar a erradicação da pobreza e torne efetiva a igualdade entre todos, principalmente diante de um conceito amplo de cidadania.

¹ SAVIGNY apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60.

² BRASIL Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar 2017.

³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 194

Ressaltando, então, o aspecto funcional da posse – e não meramente o estrutural – percebe-se que o instituto tem uma importância sociológica, uma vez que, por meio da posse, paira sobre o bem possibilidade de produzir, habitar, trabalhar, construir, plantar, promovendo-se, então, a cidadania e igualdade social, não sendo mero reflexo do direito de propriedade. Avaliando-se os aspectos estrutural e funcional da posse concomitantemente, supera-se a noção estática do instituto, vinculada às situações do proprietário exclusivamente, e percebe-se que a posse por ser instituto autônomo tem suas próprias situações jurídicas e sua própria função social.

O direito de propriedade, por muito tempo tido como um direito absoluto, teve seu contorno relativizado e socializado, ganhando limitações, sem perder, entretanto, traços de seu caráter absoluto, como a oponibilidade *erga omnes*. É possível reconhecer que o exercício do direito de propriedade deve cumprir uma função social. Na lição de Monteiro⁴:

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

Apesar da fluidez característica do princípio, o ordenamento jurídico procura traçar parâmetros mais concretos para sua compreensão. A Constituição Federal de 1988 em diversos momentos tenta delinear o alcance da função social da propriedade. É o que preveem o artigo 5º, inciso XXIII⁵, conferindo caráter de direito fundamental; o artigo 170 e incisos⁶, em caráter de princípio da ordem econômica e, ainda, o artigo 186⁷, que aponta como o direito de propriedade deve ser exercido para atender a sua função social.

Destacam-se também os contornos dados pela Lei n.º 4.504/1964⁸ (Estatuto da Terra) à propriedade agrária. Essa tem disciplina diferenciada da urbana, uma vez que naquela não se

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. Rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003p. 92.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 mar.2017.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em 20 mar.2017.

admite a posse indireta como na posse civil. Isto é, para configuração da posse agrária, o possuidor deve efetivamente exercer os atos de plantio, moradia, colheita, dentre outros que caracterizem a atividade agrária. Tem-se, ainda, a previsão do Código Civil, em seu art. 1.228, parágrafo 1º que assim dispõe que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...)”.

Percebe-se que os parâmetros trazidos pelo ordenamento remetem sempre ao modo pelo qual o direito de propriedade será exercido, o que reflete seu aspecto fático e, conseqüentemente, à posse exercida pelo proprietário. Conforme a ideia de Zavascki⁹:

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

Reconhecendo-se a posse como um direito autônomo à propriedade, conforme visto, e, tendo em vista que a função social a se exigir é a que será conferida no momento desse exercício, fala-se na função social da posse.

Sabe-se que a função social da posse, diferentemente da propriedade, não encontra previsão expressa na Constituição Federal, mas pode ser percebida, a título exemplificativo, quando do reconhecimento do direito à usucapião ao possuidor que dá função social a bem de propriedade alheia. Como preceitua Ana Rita Vieira de Albuquerque¹⁰, “[A função social da posse] é um princípio constitucional implícito dotado de normatividade e em patamar de igualdade aos demais princípios explícitos”.

Vale destacar que somente a posse que atende à função social é capaz de traduzir a possibilidade de efetividade de valores fundamentais do ordenamento jurídico. Assim, tem-se a ideia da posse funcionalizada, que não se resume apenas ao contato direto do possuidor com

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira da Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005, p.9.

¹⁰ ALBUQUERQUE, op. cit. p.20.

a coisa, mas sua utilização efetiva em conformidade com o contexto fático que se insere. Nas palavras de Torres¹¹:

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

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

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

Considerando então que a proteção da função social e o fundamento dos interditos possessórios, é razoável que o cumprimento da função social seja analisado nos conflitos em torno da posse de um modo geral. Ocorre que, contemporaneamente, não há previsão acerca da análise da função social nem por parte do esbulhador nem do esbulhado. Nas palavras de Reale¹²:

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

Desse modo, percebe-se que a ausência da análise da função social da posse nos conflitos possessórios pode conduzir a soluções não satisfatórias do ponto de vista social, tendo em vista que muitas vezes o possuidor justo ou com justo título não confere destinação adequada ao bem que eventualmente o esbulhador irá conferir.

¹¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse – Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008., p. 308.

¹² REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.33.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE ANALISADA COMO REQUISITO PARA A REINTEGRAÇÃO DE POSSE: A INSUFICIÊNCIA DO REQUISITO TEMPORAL

A função social da posse, como princípio constitucional, tem reflexos em demandas que envolvem o direito de propriedade e de posse. Nas ações expropriatórias, por exemplo, é analisada como parâmetro, na medida em que há a previsão constitucional de sanção ao proprietário-possuidor que não dá utilização ou destinação adequada a seu imóvel. Os contornos da utilização da propriedade conforme sua função social são dados pela Constituição Federal em seus artigos 182 e 186¹³, em relação a imóveis urbanos e rurais, respectivamente. Assim, será perquirida a utilização do bem quanto ao aproveitamento da terra, à preservação do meio ambiente, às leis trabalhistas e à dignidade da pessoa humana em relação à propriedade rural e ao bem estar das pessoas e utilização conforme ditames do plano diretor de cada Município em relação à propriedade urbana.

Por outro lado, semelhante tutela da posse não é visualizada nos conflitos possessórios, em destaque, na ação de reintegração de posse, em que o possuidor tem sua posse tomada por outro sujeito, que muitas vezes confere função social jamais dada à posse.

Sabe-se que as duas situações cotejadas não são idênticas do ponto de vista da relação jurídica processual, em que, nos conflitos expropriatórios, têm-se o Poder Público e o particular em litígio; enquanto nos possessórios, a questão se dá entre dois particulares, em regra. Porém, entende-se que a relação entre o proprietário-possuidor e seu bem imóvel deve sempre atender às delimitações constitucionalmente previstas para a propriedade e a posse e, assim, tanto em um conflito como em outro, a função social conferida deve ser relevante no momento da decisão judicial. A função social como princípio fundamental e norma se aplica em todas as situações nas quais a propriedade se materializa. Comparato¹⁴ entende nesse sentido, uma vez que defende a vigência imediata dos direitos fundamentais:

Essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988, com efeito, declara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois, em direitos fundamentais está,

¹³ BRASIL. Constituição Federal. op. cit, nota 8.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 1, n°3, set./dez. 1997, p.6.

implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais.

A reintegração de posse é medida prevista no artigo 560 e tem seus requisitos no artigo 561 do Código de Processo Civil de 2015¹⁵, que replica o disposto nos artigos 926 e 927 do diploma processual anterior. Os requisitos para o ajuizamento são objetivos e se pautam na prova da posse do esbulhado, bem como da perda da posse em decorrência do esbulho praticado em período inferior a ano e dia. Não há questionamento acerca da função social dada ao imóvel quando do esbulho.

A omissão, porém, vai de encontro às disposições constitucionais acerca da propriedade e do reconhecimento da função social da posse como princípio do ordenamento jurídico. Em virtude do dever constitucional atribuído ao proprietário e possuidor, entende-se que a reintegração de posse deve ter como requisito, ainda que não previsto explicitamente na legislação, a análise da função social da posse, a fim de se atingir a decisão mais adequada, mesmo que em detrimento de um direito imediato do proprietário, uma vez que os ditames constitucionais devem refletir por todo o ordenamento jurídico.

Freddie Didier Jr¹⁶. propõe que, diante de conflitos possessórios em que o autor além de possuidor é proprietário, o dispositivo que prevê os requisitos para a reintegração - referindo-se ao dispositivo do Código anterior, que tem a mesma redação no atual - deve conter ainda a função social, pois deve ser realizada interpretação conforme a Constituição Federal:

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

Poderia, porém, ser suscitado questionamento acerca da exigência dessa demonstração prévia da função social pelo autor da ação reintegratória, uma vez que não há o requisito no

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 mar. 2017.

¹⁶ DIDIER JR., Freddie. *A Função Social e a Tutela da Posse*. Disponível em: <<http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

dispositivo legal que prevê o procedimento e, portanto, não se haveria de exigí-lo. Ainda, tem-se que a prova do cumprimento da função social para determinados imóveis não é tão simples e necessitaria, por exemplo, uma perícia para aferição da eficiência na utilização, na hipótese de imóvel rural e, assim, a reintegração, como instrumento célere de proteção, perderia esse viés e a posse, como forma de efetivação de valores fundamentais do ordenamento jurídico, estaria desamparada, de modo a ferir a segurança jurídica e a paz social.

A razão de ser da proteção possessória, por outro lado, é justamente o proteger a posse por ser essa capaz de dar proveito ao bem, promover a justiça social, a moradia e o trabalho. Farias e Rosenvald¹⁷ destacam a necessidade do respeito aos valores constitucionais como o fundamento da proteção possessória:

A posse é um modelo jurídico autônomo à propriedade, sendo que a razão de seu acautelamento pela ordem jurídica provém primordialmente do valor dado ao uso dos bens através do trabalho e do seu aproveitamento econômico. O não-aproveitamento de um bem representa inegavelmente um dano social. A posse será tutelada como uma situação de fato capaz de satisfazer a necessidade fundamental de moradia e fruição da coisa. O possuidor merece amparo por ser aquele que retira as utilidades do bem e lhe defere destinação econômica, sem que haja qualquer conexão com a situação jurídica de ser ou não o titular da propriedade.

Sendo assim, resta claro que a reintegração de posse tem a função de proteger a posse que cumpre com a função social, motivo pelo qual deve ser afastada a crítica de que sua demonstração não deve ser exigida por não estar prevista como requisito para o ajuizamento da demanda possessória.

O Projeto de Lei n. 8.046 de 2010¹⁸ referente ao Código de Processo Civil promulgado em 2015, teve votada a proposta realizada pelo Deputado Federal Padre João, que vai a encontro da ideia ora trabalhada. Pretendia a adição do inciso V ao artigo 561, prevendo expressamente a função social como requisito. A alteração proposta foi amparada pela seguinte justificativa:

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

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.192.

¹⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046, de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=087AD9D009128A5E74CD56A7F71A6CBE.node1?codteor=938648&filename=EMC+322/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em 01 mar. 2017.

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

A defesa do novo requisito explícito tinha o argumento de que o princípio constitucional da função social da propriedade deve irradiar pelos conflitos que envolvem a posse para que se proteja apenas aquela que com ela cumpre. A proposta, porém, não foi aceita e o dispositivo manteve redação idêntica à do CPC de 1973.

A despeito de não se ter tido êxito na inclusão do inciso, foi acatada proposta que dá aplicabilidade ao princípio nos conflitos de reintegração de posse em que há invasão coletiva no artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015¹⁹. A ideia é que os litígios coletivos não devem se submeter à mesma lógica dos bilaterais, pois naqueles, muitas vezes o imóvel urbano ou rural é invadido por grupos sociais de baixa renda, que não têm outra alternativa senão satisfazer suas necessidades ligadas à dignidade humana, especialmente àquelas de alimentação, trabalho e moradia. Desse modo, deve haver a realização de audiência de justificação prévia ou tentativa de conciliação para o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, prezando ainda pela integridade física dos sujeitos e por seus bens e benfeitorias construídas. Há ainda previsão da atuação da Defensoria Pública bem como do Ministério Público nos conflitos em defesa dos hipossuficientes.

A negligência, nesses casos, à função social, enseja a concessão da liminar e consequente retirada dos grupos à força, com destruição das benfeitorias eventualmente construídas em uma evidente afronta à dignidade da pessoa humana para se resguardar o direito de posse do esbulhado. Assim, as novidades legislativas permitem o melhor conhecimento da situação fática e uma disciplina mais satisfativa da posse como consequência dos ditames constitucionais.

Conclui-se, portanto, que embora não haja previsão expressa da análise substancial da posse para deferimento da liminar na reintegração, percebe-se que os requisitos objetivos elencados pelo Código de Processo Civil não parecem suficientes para resguardar valores constitucionalmente protegidos como a dignidade da pessoa humana e direitos como moradia,

¹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20.mar.2017.

trabalho e indenização de benfeitorias. Assim, deve-se realizar uma interpretação sistemática do dispositivo legal, que vai além da avaliação da posse anterior, ato esbulhatório e tempo decorrido para a concessão da liminar.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE ANALISADA COMO ELEMENTO DE QUALIFICAÇÃO DA POSSE INJUSTA NA AÇÃO REINTEGRATÓRIA: COMO CARACTERIZAR A POSSE VIOLENTA À LUZ DO PRINCÍPIO

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

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

Com efeito, a posse de má-fé se dá quando o possuidor conhece o vício existente, sendo, a contrário senso, a posse de boa-fé aquela em que se ignora o vício. Conforme preceitua Paulo Nader²⁰, “a posse de boa-fé nem sempre configura posse justa, como a de má-fé pode não se caracterizar como injusta. A posse de quem adquire uma coisa, ignorando que o transmitente a assumira mediante violência, se qualifica como de boa-fé e injusta.”.

A posse injusta, por sua vez, é aquela adquirida por meio de violência, clandestinidade ou de forma precária, sendo justa quando não constituída por tais vícios, como se depara da leitura do artigo 1.200 do Código Civil. Alguns autores, por outro lado, não se filiam a essa interpretação restritiva do dispositivo e consideram que para que a posse se caracterize como injusta é necessário que se analise não somente a forma de aquisição, mas também a função social dada à posse do bem. A questão cinge-se principalmente em torno da posse violenta, como aponta Dantas²¹:

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

²⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.48.

²¹ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, p. 29-50, jan./mar. 2013.

Sendo assim, são propostos novos critérios para a qualificação da posse como injusta, a fim de se dar uma maior tutela ao possuidor que dá destinação ao imóvel abandonado, ainda que a forma de aquisição tenha sido violenta. Para Farias e Rosenthal²²:

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

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

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

A posse funcionalizada é tutelada no Código Civil quando do reconhecimento da usucapião na modalidade extraordinária e ordinária com a redução do período de posse nas hipóteses de o possuidor estabelecer moradia habitual ou realizar obras ou serviços de caráter produtivo (artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil²³). Têm-se ainda as hipóteses trazidas pela Constituição Federal de usucapião rural e urbana, em que a finalidade dada ao imóvel também são requisitos para a aquisição da propriedade (artigos 192 e 183 da Constituição Federal²⁴).

Outra consequência do reflexo da função social da posse em sua qualificação seria o reconhecimento do direito às benfeitorias que o possuidor tiver eventualmente realizado. Sabe-se que o direito às benfeitorias é garantido ao possuidor de boa-fé por força do artigo 1.219 do Código Civil²⁵ e assim, uma vez aceito que a qualificação da posse é realizada também pelo elemento funcional, ter-se-ia que o possuidor que confere função social é possuidor justo e, no mínimo, de boa-fé, pois, como visto, pode-se defender inclusive a inexistência de vício na posse que atende à função social.

²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.143.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

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

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

A posse, em virtude de sua relevância fática, tem proteção específica, distinta da propriedade, a fim de se preservar valores como a moradia e o trabalho, por exemplo. Essa proteção se verifica através do “ius possessionis” (direito de posse) e do “ius possidendi” (direito de possuir). Conforme Paulo Nader²⁶, “as ações possessórias não se confundem com as petições, pois aquelas se fundam na simples posse, enquanto essas versam sobre o direito de propriedade ou qualquer outro direito real”.

Ao possuidor são garantidos os interditos possessórios, como forma de proteção judicial célere à posse turbada, esbulhada ou ameaçada. É reconhecido ainda o direito à autotutela mediante previsão do artigo 1.210 §1º do Código Civil²⁷, que dispõe sobre a possibilidade de desforço imediato:

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

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

A injustiça da posse ocorre quando há vício objetivo e, como mencionado anteriormente, elenca o Código Civil, no artigo 1.200²⁸, um rol de hipóteses que configuram aquisição injusta da posse. Por outro lado, a função social conferida à posse após sua aquisição não deve ser algo irrelevante na configuração da injustiça, motivo pelo qual, fala-se na função social da posse como mecanismo de qualificação dessa para fins de reintegração.

Com efeito, se um imóvel abandonado for invadido com violência e, posteriormente, o invasor estabelece sua moradia, a posse advinda da invasão não poderá ser caracterizada como injusta. Isto é, a forma de aquisição não é o único critério para definir a justiça da posse

²⁶ NADER, op. cit. p.68.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

e, conseqüentemente, o proprietário-possuidor não poderá se valer da liminar da reintegração de posse, pois não estará configurado o esbulho. Nesse sentido esclarece Dantas²⁹:

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

Essa funcionalização do instituto da posse se torna necessária uma vez que o direito à moradia foi consagrado pela Constituição Federal como direito fundamental e, assim, deve-se primar pela sua efetivação. Não raros são os conflitos atuais envolvendo invasões coletivas urbanas e rurais e, diante do cenário, deve o julgador se adequar para promover a justiça do caso concreto, conforme os ditames legais e garantias constitucionais. Endossa a ideia Ferreira³⁰:

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

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

²⁹ DANTAS. op. cit, p.8.

³⁰ FERREIRA, Gilson. A função social da posse como elemento de efetivação dos direitos humanos no contexto do direito de moradia digna, *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v.2, N.1, pp. 99-120, Jan./junho.2013, p. 115.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

Tal ideia foi trazida por meio de projeto de lei que pretendia incorporar ao novo Código de Processo Civil o requisito da função social no dispositivo correspondente à reintegração de posse, o qual não foi aprovado. Houve, porém, inovação no sentido de dar tratamento diferenciado aos litígios coletivos, em razão de sua peculiaridade, prevendo audiência prévia de justificação ou de conciliação e, ainda, a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público.

A adoção da análise da função social vem, portanto, sendo aos poucos incorporada no sistema inerente à reintegração de posse, porém, mostra-se necessário um amadurecimento em torno da problemática, que ainda tem um tratamento eclético em sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar 2017.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 mar 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar 2017.

_____. Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 20 mar 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046, de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=087AD9D009128A5E74CD56A7F71A6CBE.node1?codteor=938648&filename=EMC+322/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em: 01 mar 2017.

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

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

DIDIER JR., Freddie. *A Função Social e a Tutela da Posse*. Disponível em: <<http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em: 01 mar 2017.

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

FERREIRA, Gilson. A função social da posse como elemento de efetivação dos direitos humanos no contexto do direito de moradia digna, *Revista Thesis Juris*, São Paulo, V.2, N.1, pp. 99-120, Jan./junho.2013, p. 115.

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

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.33.

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