



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Função Social da Posse e sua prevalência sobre o direito de propriedade

Thiago Felipe Sampaio

Rio de Janeiro  
2011

THIAGO FELIPE SAMPAIO

**Função Social da Posse e sua prevalência sobre o direito de propriedade**

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval  
Prof<sup>ª</sup>. Kátia Silva  
Prof<sup>ª</sup> Monica Areal  
Prof<sup>ª</sup> Neli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2011

## **FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SUA PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE**

**Thiago Felipe Sampaio**

Graduado Pela Universidade Cândido Mendes.  
Advogado.

**Resumo:** A visão moderna da posse não comporta mais o modelo vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Hodiernamente, tem-se a função social como parâmetro e fundamento das relações jurídicas, seja no âmbito do direito real, obrigacional ou contratual. Assim, a função social se torna uma diretriz para a posse e a propriedade, estando ínsita ao seu conceito. Abandona-se o modelo absolutista de propriedade para se adotar o modelo centrado na sociedade, o qual privilegia o possuidor em face do proprietário que não cumpre o seu dever social.

**Palavras-chaves:** Posse. Propriedade. Função Social. Direito de Moradia.

**Sumário:** Introdução. 1. O direito de propriedade no ordenamento jurídico. 1.1. O início da funcionalização da propriedade. 1.2. Função social e o direito de propriedade. 2. A posse e suas teorias. 3. A posse como instituto autônomo. 4. Função social da posse. 4.1. A prevalência da posse com função social sobre a propriedade desfuncionalizada. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O trabalho ora proposto enfoca o tema da posse sob a ótica da função social e do direito à moradia. Embora o direito privado não tenha positivado a função social da posse, deve-se privilegiar o possuidor que a exerce, em detrimento do proprietário que não exerce devidamente o seu direito de propriedade. Assim, cumpre perceber que a posse deve ser observada de forma independente da propriedade, tendo em vista que ela é uma extensão dos bens da personalidade, ao contrário da propriedade que se prende à patrimonialidade e à titularidade.

A proposta da obra é chamar atenção para a diferença no tratamento conferido ao possuidor em relação ao proprietário, que mesmo, atualmente, tem um amplo leque de proteção que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico, devendo esta proteção ser dada ao possuidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à moradia assegurado pela Constituição Federal.

O projeto também tem o objetivo de abordar o tema da posse exercida em consonância com o preceito constitucional da função social, com o intuito de demonstrar que ela deverá prevalecer sobre a propriedade desfuncionalizada.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: O Direito de propriedade no ordenamento jurídico. 2. A posse e suas teorias. 3. A posse como instituto autônomo. 4. Função social da posse. A metodologia será pautada pelo método dialético, bibliográfico e histórico-jurídico.

Assim, resta saber se a função social da posse atrelada ao direito de moradia será capaz de exercer a sua força cogente diante do direito de propriedade, que historicamente sempre foi visto como direito inato a ser garantido pelo Estado diante de sua significância para o homem.

## 1. O DIREITO DE PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O direito de propriedade sempre apresentou grande importância para o homem. Como bem observam Carlos Roberto Gonçalves e Nelson Rosenvald<sup>1</sup>, a apropriação de bens sempre foi considerada pelo indivíduo como modo de satisfação para as suas necessidades vitais.

A propriedade sofreu diversas transformações entre o Estado absolutista até o Estado democrático de Direito. O absolutismo tinha como característica a intervenção do Estado na propriedade privada. Porém, a partir da Revolução Francesa e o surgimento das constituições liberais, tem-se a criação dos direitos fundamentais de primeira geração, os quais pregam a liberdade do indivíduo em relação ao Estado.

Assim, o direito de propriedade passou a ser visto como um direito inviolável e sagrado. Diante dessa visão de superioridade dos direitos individuais, surge o positivismo, o qual pregou o caráter absoluto do direito de propriedade. O Código Civil napoleônico dispôs em seu art. 544 a propriedade como plena, absoluta e perpétua.<sup>2</sup>

Esta visão absolutista do direito de propriedade influenciou O Código Civil Brasileiro de 1916, que para Marcos Alcindo de Azevedo Torres, tinha como personagens principais o proprietário, o marido e o testador, inspirado no Código napoleônico.

O código civil de 1916, em seu art. 524, trazia o direito de propriedade em um espírito patrimonialista. Não se coroava a função social, tendo a propriedade um caráter

---

<sup>1</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 3ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p. 176.

<sup>2</sup> TORRES, Marcos Alcindo de. *A propriedade e a posse*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 148.

absoluto. Marcos Alcindo de Azevedo Torres<sup>3</sup> que: “Ainda que se pretendesse hoje(...)ver nas referências dos códigos com respeito à lei e ao interesse de terceiros, uma limitação, esta era mínima e basicamente inspirada na noção de propriedade de respeito aos limites do direito.”

## 1.1. O INÍCIO DA FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

O aumento das necessidades sociais e o surgimento de revoluções passam a trazer como ponto central da discussão do direito de propriedade a questão de uma melhor distribuição da terra. O Estado no início do século XX muda a sua atitude de indiferença e passa a participar diretamente nos setores da vida do povo, abrindo caminho para o surgimento do Estado interventor.<sup>4</sup> As Constituições dos Estados passaram a consagrar os estados sociais, regulando aquilo que se entendia por direito subjetivo assegurado pelos Códigos Civis. Passa-se ao Estado Democrático Social de Direito, o qual se preocupa com os ideias de justiça e igualdade, apontando para a visão de garantia e efetivação dos direitos.

Fábio Comparato<sup>5</sup> apud Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald informa que embora a função social da propriedade tenha entrado para o direito positivo através da Constituição de Weimar, a aplicação prática deste princípio constitucional, que impunha deveres positivos ao proprietário, não foi extraída pela doutrina germânica.

Entretanto, a doutrina não é unânime acerca da primeira constituição que atribuiu função social à propriedade, ressaltando Marcos Alcindo de Azevedo Torres<sup>6</sup> que a Constituição mexicana teria sido a primeira, sendo seguida pela Constituição da Rússia, de

---

<sup>3</sup> TORRES, op. cit. p. 159.

<sup>4</sup> Ibidem. p. 169/170.

<sup>5</sup> COMPARATTO, Fábio. Apud TORRES, Marcos Alcindo de. *A propriedade e a posse*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 174.

<sup>6</sup> TORRES. op cit. p. 176.

1918, que num padrão mais radical teria abolido quase que integralmente a propriedade privada.

No Brasil, a constituição de 1934, em seu art. 113,<sup>7</sup> inovou ao dispor que o exercício do direito de propriedade não poderia prevalecer sobre o interesse social ou coletivo. Contudo, se tratava apenas de uma aplicação primária da função social ao direito de propriedade.

Somente com a Constituição de 1988 é que a propriedade perdeu sua característica de egoísmo, centrada no indivíduo, para atender aos interesses da sociedade, ao prezar pela função social. Assim, pelo art. 5º, XXIII, a função social foi elevada a princípio constitucional, rompendo com o regime absolutista do direito de propriedade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>8</sup> asseveram que “a tutela da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade, acarretou na valorização dos direitos da personalidade e na conseqüente submissão a esta de todas relações patrimoniais.” Para os autores, a constituição 1988, priorizou as situações extrapatrimoniais no rol de direitos fundamentais. Assim, tem-se nas necessidades de um indivíduo a limitação da liberdade de atuação do outro.

## **1.2. FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO DE PROPRIEDADE**

Com o reconhecimento dos textos constitucionais da existência de obrigações do proprietário quanto ao uso de sua propriedade, a função social adquiriu importância entre os

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em 16 mai 2011.

<sup>8</sup> ROSENVALD, op. cit. p. 199.

estudiosos do tema. Para Marcos Alcino de Azevedo Torres<sup>9</sup>, deve-se atribuir a Leon Duguit o fomento da discussão sobre a função social da propriedade, uma vez que teria este, através de suas idéias, iniciado uma reflexão diferenciada sobre o tema, por sua forma contundente de afirmar a existência da função social.

Duguit assevera que o homem tem direito de ser livre, mas que essa concepção da liberdade atualmente se demonstra de outra forma, pois se tem como obrigação imposta a todo individuo a cooperação com a solidariedade social, como forma de se desenvolver a sua individualidade.

O principio da função social tem como principal vetor a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esta se caracteriza pelo dever de respeito recíproco. Assim, verifica-se que a função social se pauta na submissão do interesse privado ao interesse social. À luz da constituição, a função social se tornou razão determinante e elemento limitador do direito de propriedade.

Em atenção a essa nova ordem constitucional, o código civil de 2002 em seu art. 1228 inaugurou novos parâmetros a serem seguidos pelos proprietários, funcionalizando o direito de propriedade.

A função social em razão da Constituição de 1988 e do novo código civil adquiriu grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Carlos Roberto Gonçalves<sup>10</sup> ensina que a característica mais marcante do novo código é o sentido social em contraste com o sentido individualista do em relação ao antigo Código Civil de 1916. Para o autor, a função social serve para limitar a autonomia da vontade quando esta confrontar com o interesse

---

<sup>9</sup> TORRES, op. cit. p. 204.

<sup>10</sup> ROSENVALD, op cit. p. 4-5.

social. E, tendo em vista que o direito de propriedade se viabiliza por meio dos contratos, a liberdade contratual não poderia se afastar da função social.

No direito de propriedade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>11</sup> demonstram que a função social se materializa em uma série de encargos, ônus e estímulos, formando, assim, um complexo de recursos que fazem o proprietário direcionar o seu bem às finalidades comuns. Observam os autores que em razão do absolutismo da propriedade no Estado liberal ter se convertido em instrumento da exclusão social, pois aquele que tem o direito subjetivo absoluto sobre uma propriedade pode escolher não exercer as suas faculdades, restou necessária a criação de limitações a esse direito.

A propriedade inicialmente sofreu restrições com a teoria francesa do abuso de direito, datada do século XIX, nos célebres casos do proprietário que edificou uma chaminé que emitia gases prejudicando seus vizinhos e do proprietário que edificou muro com pontas de ferro, que poderia acarretar em prejuízo aos dirigíveis que ali sobrevoavam. Estes casos foram solucionados pela corte francesa pela referida teoria.

Porém, a função social da propriedade é diversa do abuso de direito. A teoria do abuso do direito tem como pressuposto impedir atos abusivos. Ou seja, atua no campo negativo, ao impor ao proprietário uma obrigação de não fazer. Já a função social é mais ampla. Ela atua não somente na obrigação de não fazer, mas também na obrigação de fazer. Ela impõe ao proprietário diversas normas que ele deverá cumprir para exercer seu direito de propriedade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>12</sup> ensinam que “O direito de propriedade(...)passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, na qual

---

<sup>11</sup> ROSENVALD, op. cit. p 208.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 205.

se inserem obrigações positivas do proprietário perante a comunidade”. Verifica-se que a proteção da propriedade somente existirá quando esta se demonstre social.

Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>13</sup> sustenta que a propriedade deve observar a função social, pois mesmo diante da privatística da propriedade, ela tem que retratar uma finalidade econômica e social apta a sua vocação urbana ou rural, acarretando na geração de frutos e empregos para fins de se obter uma sociedade mais justa e solidária, diante do primado do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A função social se insere na estrutura do direito de propriedade. Trata-se de aspecto ínsito a este direito. Não pode mais o proprietário exercer a propriedade para meramente satisfazer seus interesses. Verifica-se que o constituinte prezou pelo exercício adequado do direito de propriedade, que se materializa pela função social.

Na propriedade urbana, observa-se que o descumprimento da função social acarreta em sanções ao proprietário, tendo em vista que, pelo disposto no art. 182, §4º da Constituição, a propriedade que estiver subutilizada, não estiver edificada ou não for utilizada poderá sofrer o parcelamento ou a edificação compulsória, IPTU progressivo no tempo e a desapropriação do imóvel. Quanto à propriedade rural, dispõe o art. 186 que o adimplemento da finalidade agrária deve atender aos elementos econômico, social e ecológico. Luiz Edson Fachin<sup>14</sup> assevera que é através do trabalho que se legitima a propriedade.

Portanto, observa-se que a função social da propriedade decorre da posse funcionalizada, uma vez que será necessário o exercício da moradia, seja por desdobramento da posse ou pela posse direta, no caso da propriedade urbana, ou através da destinação econômica, social e ecológica dada pelo possuidor, na propriedade rural.

---

<sup>13</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009, p. 88.

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris Editor. 1988, p. 18.

## 2. A POSSE E SUAS TEORIAS

Diversas foram as teorias que dissertaram sobre a proteção da posse. Entretanto, duas prevaleceram nos ordenamentos jurídicos modernos, sendo elas a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering.

Pela teoria subjetiva de Savigny “a posse seria o poder que a pessoa tem de dispor materialmente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem.”<sup>15</sup> Observa-se, portanto, que a teoria se baseia no elemento anímico, ou seja, na vontade do possuidor. Essa concepção da posse é criticada pela doutrina, uma vez que reduz drasticamente o rol de possuidores, posto que é necessário adentrar na intenção do ser. Todavia, a teoria tem como fato positivo trazer uma independência da posse em relação a propriedade.

A teoria subjetiva se baseia no *corpus* e no *animus*. Ou seja, é necessário a existência desses dois elementos para que seja caracterizada a posse. O *corpus* se traduz no controle material do possuidor sobre a coisa. Já o *animus* é a intenção do possuidor de ter a coisa como se proprietário fosse.<sup>16</sup>

Na teoria objetiva de Ihering, tem-se a posse como mero exercício da propriedade. Para esta teoria a posse seria caracterizada pelo poder de fato que uma pessoa exerce sobre a coisa, enquanto a propriedade pelo poder de direito sobre a coisa.<sup>17</sup> A crítica a essa teoria reside no fato dela entender a posse como um meio para um fim, que seria a propriedade. Assim, há um retrocesso em relação a teoria de Savigny, uma vez que se retiraria a

---

<sup>15</sup> ROSENVALD, op cit. p. 28.

<sup>16</sup> SAVIGNY apud ROSENVALD, op cit. p. 28.

<sup>17</sup> ROSENVALD, op. cit. p. 29.

independência do instituto da posse, passando ela a ser uma mera exteriorização do direito de propriedade. Entretanto, a teoria objetiva teria para a maioria da doutrina, o fato positivo de ter retirado o elemento anímico da posse, posto que o rol de possuidores estaria ampliado.

O Código Civil Brasileiro no art. 1196 dispõe que: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Assim, verifica-se que o dispositivo adotou a teoria objetiva da posse. Contudo, a referida teoria não é adotada em sua plenitude pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se como exemplo a usucapião, em que é necessário analisar o elemento anímico do possuidor, para fins de ser caracterizada a aquisição da propriedade. Assim, aplica-se também a teoria subjetiva da posse.

Atualmente, as teorias de Savigny e Ihering não são suficientes para atender a importância que o instituto da posse adquiriu ao longo do tempo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>18</sup> explicam que ambas as teorias surgiram em um momento no qual prevalecia a apropriação de bens em detrimento do ser. Assim, as teorias se baseavam no positivismo jurídico, em que a posse era exteriorizada através de um conjunto de regras hermenêuticas.

Com o pós-positivismo e a reconstrução neoconstitucionalista do Direito, iniciou-se um processo de interpretação do Direito Privado à luz de princípios constitucionais, no qual se privilegia as normas de cláusula aberta, dando margem ao julgador de verificar o caso concreto na aplicação da lei. A constituição serve de base para o ordenamento jurídico privado, redefinindo todos seus institutos, a partir do tripé Dignidade humana, igualdade material, solidariedade social, inclusive a propriedade e a posse.

---

<sup>18</sup> ROSENVALD, op cit. p. 31.

Emílio Albertario Apud Marcos Alcino<sup>19</sup> salienta que o estudo da posse não se atualizou como os demais institutos do direito. O autor afirma que é inconcebível que a posse não tenha sofrido qualquer mudança ao longo dos séculos. Essa afirmação pode ser verificada pelo Código Civil de 2002, que aplica as teorias de Savigny e de Ihering, que foram criadas no século XIX.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal<sup>20</sup> afirmam que as teorias de Savigny e de Ihering têm o mérito de procurar um fundamento autônomo para a proteção possessória. Contudo, não há mais espaço no ordenamento jurídico para esta proteção como mera forma de zelar pela propriedade. As teorias são insuficientes para extrair o necessário dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Diante dessa necessidade de um teor maior de independência da posse, surgem novas teorias que procuram demonstrar que a posse não é somente a mera aparência da propriedade, como pretendeu Ihering. Trata-se das teorias sociológicas da posse, que para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal<sup>21</sup> trazem uma reinterpretação da posse, que será analisada pelos valores sociais que a impregnam. A posse, assim, terá ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, diante da utilização concreta da coisa. Deverá, portanto, a posse ser considerada como fenômeno autônomo e de grande densidade social, em relação à propriedade e aos direitos reais.

De acordo com a teoria social da posse, inicialmente concebida por Saleilles, o referido instituto teria uma valoração econômica e social própria. Para Marco Aurélio Bezerra

---

<sup>19</sup> ALBERTARIO, Emílio. Apud TORRES, Marcos Alcindo de. *A propriedade e a posse*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 297.

<sup>20</sup> ROSENVALD, op. cit. p. 36.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 36,37.

de Mello<sup>22</sup> em razão da densidade axiológica da posse, esta deveria ser entendida como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, estando diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia.

A Autora Ana Rita Vieira de Albuquerque apud Marco Aurélio Bezerra de Mello<sup>23</sup>, elenca alguns requisitos acerca da posse sob a ótica da Constituição, sendo as mais relevantes: o entendimento da posse como instrumento de afirmação da cidadania; elevação da dignidade da pessoa humana ao plano concreto, a fim de atender ao direito de moradia; relativização da teoria objetiva, ganhando relevo o modo como se utiliza a posse e não a efetiva causa da aquisição do bem como exteriorização da propriedade.

### **3. A POSSE COMO INSTITUTO AUTÔNOMO**

Em 1988, ao lançar seu livro *A função social da posse e função social e a propriedade contemporânea*, Luiz Edson Fachin<sup>24</sup> já sustentava que a posse teria caráter autônomo em relação à propriedade. Sustenta o Autor que seria inconcebível enjaular o fenômeno possessório como forma de exteriorização da propriedade, uma vez que cronologicamente a propriedade começou pela posse. Assim, a posse seria caracterizada como causa e necessidade do direito de propriedade e não somente como conteúdo deste direito.

Fachin revela que a posse teria sentido distinto da propriedade. Assevera sobre a posse que “dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma

---

<sup>22</sup> MELO, op. cit. p. 23

<sup>23</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. Apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009, p. 23.

<sup>24</sup> FACHIN, op cit. p. 13.

propriedade concentrada e despersonalizada(...)a posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito (...) é uma concessão à necessidade.”

Observa-se que o instituto da posse para abalizada doutrina já ganhava autonomia antes mesmo da edição do código civil de 2002 e da promulgação da Constituição Federal.

Para Fachin<sup>25</sup>, a usucapião seria instrumento relevante da demonstração da importância da posse como autônoma, pois se trata de um dos efeitos fundamentais da posse seria o de consumir a usucapião. Entretanto, essa visão atualmente não se demonstra suficiente.

Para se ter a verdadeira autonomia da posse, não se pode dar como finalidade a ela a aquisição da propriedade, posto que se estaria atrelando o instituto da posse a propriedade. Ou seja, novamente ela seria um meio para o fim maior que seria a aquisição do título pelo proprietário.

Marco Alcino traz como relevante afirmação o fato de que a autonomia da posse somente será plena no momento em que esta for protegida sem a necessidade de se recorrer a qualquer outro instituto previsto no ordenamento. Isso porque no caso da posse vista como mero meio para a propriedade, em um caso de conflito entre os dois institutos, prevalecerá aquele principal, de maior importância para o legislador, que atualmente é a propriedade.

Marcos Alcino<sup>26</sup> afirma que a tutela da posse deve ocorrer em razão da função econômica e social representada para o possuidor e para a sociedade e não em razão da aparência de dono do possuidor.

Esta proteção começa a tomar forma na legislação infraconstitucional com o disposto no art. 1228, §§ 4º e 5º que prevê uma forma de expropriação social. Não se trata de

---

<sup>25</sup> FACHIN. op. cit. p. 23.

<sup>26</sup> TORRES. op. cit. p. 312.

desapropriação, uma vez que não há indenização sendo paga pelo poder público. Também não há usucapião, eis que nesta é necessária a posse qualificada com todos os requisitos da usucapião, sendo que no dispositivo em tela se verifica o interesse social e econômico relevante.

Acerca do previsto no dispositivo acima mencionado, Marco Aurélio sustenta que a norma mencionada somente será aplicada para fins de regularizar ocupações consolidadas, em cumprimento ao comando normativo constitucional da função social da propriedade.

Em que pese o entendimento do jurista, verifica-se que o dispositivo vai além da função social da propriedade e protege a posse funcionalizada, uma vez que ficará o proprietário privado de sua coisa, em razão da prevalência do interesse social e econômico da posse. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, bem como do direito à moradia, tutelando-se a posse em si, desatrelada da propriedade.

Caso interessante é o dos imóveis situados no jardim botânico, no Rio de Janeiro, sendo, portanto, imóvel público, incapaz de gerar direito à usucapião. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que determinou que a União promovesse a retirada das pessoas que ocupam um terreno de propriedade da Fundação Jardim Botânico. Trata-se de uma decisão já transitada em julgado. Entretanto, a Secretaria de Patrimônio da União se recusou a cumprir a decisão judicial, ao argumento de que as pessoas que ali residem fixaram moradia, havendo moradores que residem no local há mais de 20 anos. Assim, tratar-se-ia de verdadeiro caso em que o interesse social prevaleceria sobre o instituto da propriedade, posto que em se tratando de imóvel público, seria facultado à União a retirada dos moradores de sua propriedade.

Outro ponto nodal na autonomia da posse é a retirada da exceção de domínio pelo Código Civil de 2002. Em razão da exceção de domínio, no confronto entre o possuidor e o

proprietário, a posse sempre percia. Contudo, atualmente não há que se discutir a propriedade em uma demanda possessória.

Nessa esteira de independência do instituto da posse, o código civil de 2002 trouxe alguns meios que tentam conceber a proteção da posse como instituto autônomo, como o uso, o direito real de habitação, a permissão de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso, o direito de superfície, todos como meios de regularização da posse e funcionalidade da propriedade.

Observa-se, contudo que esses meios previstos pela legislação infraconstitucional ainda não são capazes de externar a real importância da posse, uma vez que ainda resta pendente uma verdadeira proteção e previsão autônoma do instituto em si ao invés de se atrelar a outros institutos.

Fachin<sup>27</sup> ressalta que “A posse consiste hoje ao menos numa espécie de legitimação do uso, reservando-se ao futuro do instituto, nessa perspectiva, papel de indisfarçável destaque social e histórico.” Assim, o futuro chegou e o instituto ainda carece de previsão normativa que lhe confira a sua importância, cabendo ao operador do Direito conferir ao caso concreto a sua correta aplicação.

#### **4. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE**

O instituto da posse foi redefinido com a Constituição de 1988, pois ele deve ser visto à luz da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da função social. A Constituição traz soluções aos casos em que o proprietário não dá função social à

---

<sup>27</sup> FACHIN, op cit. p. 21.

propriedade. Contudo, deve-se verificar a situação em que além da inércia do proprietário há outra pessoa dando função social a esta propriedade. Trata-se da função social da posse, a qual adquire características próprias, diversas da função social da propriedade. Nela, o possuidor passa a ser visto como sujeito ativo, titular da relação jurídica. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>28</sup>, há nesses casos um conflito entre o direito fundamental de propriedade e direito metaindividual da função social previsto no inciso XXIII do art.5º da constituição.

“Tanto a propriedade como a posse podem existir isoladamente. Só que a propriedade sem a posse é como um recipiente oco, vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas.”<sup>29</sup> A frase, citada por Marcos Alcino de Azevedo Torres demonstra a importância da posse. Trata-se de uma verdadeira concepção do instituto, uma vez que a posse se demonstra mais importante do que a própria propriedade. Esta não consegue sobreviver sem a posse. Ao passo que a posse, sem a propriedade, tem plena existência. A posse é concreta enquanto a propriedade é abstrata.

A propriedade é exercida através da posse. A função social da propriedade se exerce através da posse. Desta afirmação, Marcos Alcino<sup>30</sup> conclui que na verdade é a posse quem tem função social. O autor demonstra que a função social na propriedade não é tão forte quanto na posse, posto que nesta é possível a subsistência sem o uso da coisa, enquanto que naquela não.

---

<sup>28</sup> ROSENVALD, op. cit. p. 42

<sup>29</sup> TORRES, op cit. p. 303.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 304.

Verifica-se, assim, que o princípio da função social da posse se materializa através do uso da coisa. Teori Zavaski<sup>31</sup> afirma que são os bens que são submetidos a destinação social e não a sua titularidade. Tal fato narra a evidencia de que a propriedade, que se constitui na mera titularidade de algum bem não é capaz de ensejar uma grande força social tal como a posse o faz.

Apesar de o direito moderno apenas ter positivado expressamente a função social da propriedade, tal fato não retira a importância da função social da posse, que também encontra seu fundamento na Constituição, em uma análise sistemática de seus dispositivos, bem como na legislação infraconstitucional.

Marcos Alcino<sup>32</sup> aduz que a função social da posse toma forma pelo exercício do direito à moradia ou do desenvolvimento de atividade comercial ou industrial. Assim, surgiria a dicotomia entre a posse simples e a posse com função social. Isso porque há no ordenamento jurídico uma proteção em maior escala da posse com função social. Tal afirmação é verificada no parágrafo único do art. 1238 que reduz o prazo para a usucapião nos casos em que seja exercida a moradia ou haja produtividade do bem.

Não se coaduna mais com a atual ordem constitucional a posse como mera forma de visibilidade externa dos atributos da propriedade. Não atua com função social o possuidor que somente intenta praticar atos de visibilidade com fins de aquisição da coisa, como o pagamento de tributos, a construção de cômodos.

Luiz Edson Fachin<sup>33</sup> assevera que a função social da posse encontra-se em plano diverso da função social da propriedade. Aquela é mais evidente, pois a propriedade pode se

---

<sup>31</sup> ZAVASKI, apud TORRES, Marcos Alcindo de. *A propriedade e a posse*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, op. cit. p. 305.

<sup>32</sup> TORRES, op. cit. p. 309.

<sup>33</sup> FACHIN, op. cit. p. 19.

manter como tal mesmo sem uso. A função social da posse teria como fundamento eliminar da propriedade privada o que há de eliminável.

Marcos Alcino<sup>34</sup> Aduz que a função social somente é cumprida quando a ocupação produza moradia e habitação ou bens para garantir subsistência da família do possuidor. Assevera o autor que “Morada, habitação e produção de alimentos básicos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade da pessoa humana.”

Diante desses argumentos, observa-se que o Autor entende que o elemento anímico da posse, caracterizado pela teoria subjetiva de Savigny teria grande importância. Embora o rol de possuidores caísse drasticamente, este seria não um ponto negativo, mas sim um ponto positivo, uma vez que a proteção seria dada com maior plenitude àqueles que efetivamente estariam dando função social à coisa.

Marcos Alcino<sup>35</sup> afasta a tese de que seria dificultoso reconhecer essa intenção, ao argumento de que poderiam ser estabelecidos critérios objetivos de verificação da presença do *animus* do possuidor. Relata o Autor que quando da concessão das sesmarias, no período de regularização fundiária do Brasil como nação livre, era necessária a verificação por Juiz Comissário das Medições através de um procedimento misto de contencioso e administrativo. Assim, era necessária a cultura efetiva e moradia habitual.

Observa-se que essa posse, com função social teria grande importância à época da sesmaria, no século XIX, visto que era necessário que o sesmeiro morasse e plantasse no local e aquele que não o fazia perdia o direito a terra, sendo ela devolvida ao Estado, surgindo daí o termo terras devolutas.

---

<sup>34</sup> TORRES, op cit. p. 313.

<sup>35</sup> Ibidem. p. 314.

Atualmente, observa-se que a posse também ganha proteção através da legítima defesa. Marcos Alcino<sup>36</sup> assevera que em regra, nos conflitos fundiários, os movimentos organizados com as ocupações tem a intenção de criar o fato político. Assim, embora atinjam áreas que são passíveis de desapropriação por não atingirem a função social, o fazem com o objetivo de chamar a atenção e não com o de satisfazer necessidades de moradia e alimentação. Isso demonstraria que mesmo a posse sem a função social receberia a proteção do ordenamento jurídico. Mas a posse com função social teria mais proteção do que a posse simples, uma vez que aquela estaria ligada a elementos como a moradia ou o cultivo.

Assim, verifica-se que o legislador reconhece a função social da posse, protegendo-a de maneira maior do que a posse desfuncionalizada. É o que se observa pela redução do prazo da usucapião extraordinária, na usucapião constitucional rural, em que é necessário a produtividade da terra e na já mencionada hipótese do art. 1242, pú do Código Civil.

#### **4.1 A PREVALÊNCIA DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL SOBRE A PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA**

Inicialmente, é necessário se distinguir a posse sem função social e a posse com função social. Embora ambas tenham a proteção do ordenamento jurídico, é somente na última que haverá o confronto com o direito de propriedade. A primeira se baseia na simples ocupação de um bem, enquanto que a segunda fornece a destinação social ou econômica a este.

---

<sup>36</sup> TORRES, op cit. p. 324

Marcos Alcindo<sup>37</sup> também ressalta que o conflito entre a propriedade e a posse somente poderá ocorrer quando a posse com função social está totalmente desvinculada ao proprietário da coisa. Isso porque é cabível haver o desdobramento da posse. Nesse caso, o possuidor indireto sempre estará dando função social à coisa, uma vez que a locação, o comodato, usufruto, etc, são formas de fornecer função social ao bem. Assim, nessas hipóteses o possuidor direto é quem poderá não dar função social a coisa, como no caso do locatário que loca o bem, mas não o utiliza. O autor salienta que nesse caso, caberá ao possuidor direto sempre fiscalizar o cumprimento da função social. Também como já estabelecido, não haverá o conflito entre a posse com função social e a propriedade funcionalizada, pois esta é exercida através daquela.

A falta de função social da propriedade acarreta pela Constituição nas sanções já vistas no capítulo 2 deste trabalho. Contudo, a legislação infraconstitucional foi carente de tratar de forma mais ampla acerca da propriedade que não exerce a função social, uma vez que somente trata das hipóteses da perda pela função social ou pelo abandono, no caso do art. 1276 do Código Civil.

Quanto à proteção da posse com função social, legislação infraconstitucional estabelece as hipóteses em que o possuidor a terá, como no caso também do art. 1276 do Código Civil, em que o poder público estará impedido de arrecadar o bem, ou nos casos de redução do prazo para a usucapião.

Assim, poder-se-ia entender que não há espaço no ordenamento jurídico para a proteção da posse com função social em detrimento da propriedade desfuncionalizada. Entretanto, Marcos Alcindo<sup>38</sup> assevera que a doutrina afirma que há outras conseqüências

---

<sup>37</sup> TORRES, op cit. p. 347

<sup>38</sup> Ibidem. p. 370.

para o descumprimento da função social da propriedade, fora as previstas em lei ou pela Constituição, trazendo como exemplo a perda de tutela, a perda de legitimidade e a perda do próprio direito.

Ruy Rubens Ruschel apud Marcos Alcindo<sup>39</sup> ensina que o proprietário somente poderá usar, gozar e dispor de seus bens enquanto estas atividades estiverem a serviço da função social.

Como já visto, a propriedade urbana tem como finalidade atender ao direito à moradia, enquanto na propriedade rural a finalidade agrária deve atender aos elementos econômico, social e ecológico. Diante disso, pode-se observar que o possuidor que atenda a essas medidas deverá necessariamente ter a tutela do Estado, em detrimento daquele proprietário que não exerça seu ônus de conferir o caráter socioeconômico do bem.

Verifica-se que a posse não merece proteção em face do proprietário somente no caso em que se possa usucapir o bem, justamente porque nesta hipótese, não se está protegendo verdadeiramente a posse, mas sim a propriedade, posto que com a usucapião o possuidor se torna proprietário.

Deve-se tutelar realmente a posse, totalmente desvinculada do conceito de propriedade, atrelando-a ao exercício do direito de moradia e seu aspecto socioeconômico. Trata-se de conferir verdadeira proteção ao possuidor que esteja em exercício da posse com função social em detrimento do proprietário desfuncionalizado. Não é cabível hodiernamente que um proprietário utilize uma propriedade com o único propósito de especulação imobiliária. É o que ocorre nos grandes centros urbanos, onde terrenos vazios são cercados com muros e cercas, à espera da valorização da terra. Neste caso, aquele que ali se assentar e

---

<sup>39</sup> TORRES, op cit. p. 372.

a utilizar para o fim de estabelecer sua moradia e de sua família, dando função social ao bem merece a proteção do Estado mesmo em face do proprietário, no caso em que não se tenha inclusive atingido o prazo para usucapir o bem.

Maria Silvia Luylaert apud Marcos Alcino<sup>40</sup> informa que em novembro de 1988 1,5 milhão de favelados e 3 milhões de pessoas viviam em condições subnormais residem no município do Rio de Janeiro, ao passo que existiam 1,3 milhão de lotes vazios no mesmo município.

Embora a referida pesquisa tenha sido realizada em 1988, observa-se que atualmente o cenário não se modificou, uma vez que o número de favelas no município do Rio de Janeiro continua aumentando enquanto terrenos vazios se aglomeram nas áreas da zona oeste do Estado.

Nesses casos em que o proprietário não esteja dando função social a essa propriedade e aquele possuidor que nela esteja inserido, exercendo seu direito a moradia, a utilizando para o seu sustento e de sua família, mas não tenha cumprido prazo para usucapir a terra, a legislação não fornece meios para sua proteção.

É nessas hipóteses em que o julgador deve se valer das cláusulas gerais e dos princípios previstos na Constituição. Sendo a moradia e o trabalho direitos fundamentais, assegurados pela Constituição em seu art. 6º e se a posse se funcionaliza por esses direitos, é plenamente razoável que estes mereçam a tutela do Estado.

Marcos Alcino<sup>41</sup> salienta que “ não pode ter o nome ‘direito’ um determinado bem da vida que não tenha eficácia alguma, a despeito de sua previsão no instrumento normativo que está no vértice de todo processo legislativo interno(...)” O Autor traz como exemplo um

---

<sup>40</sup> TORRES, op. cit. p. 362.

<sup>41</sup> Ibidem. p. 399.

julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que em demanda reivindicatória<sup>42</sup>, obstou a reivindicação pelo proprietário de um loteamento desfuncionalizado, em razão de um grupo de pessoas ter ali fixado moradia, transformando o local em uma favela, com residências, comércios, ruas, ou seja, concedendo-lhe função social, embora não houvesse prazo para usucapir a terra ou a previsão do art. 1228, §4º à época, visto se tratar de julgado do ano de 1994.

Portanto, o argumento de ausência de previsão expressa acerca da função social da posse ou de meios para a sua proteção falece diante da nova ordem constitucional que dá ênfase aos princípios e valores estabelecidos pela Constituição, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, que devem permear todo o sistema infraconstitucional e todos seus institutos.

## **CONCLUSÃO**

Com a Constituição Federal de 1988 o instituto da propriedade passou a ser observado através da função social. Trata-se de uma nova ordem a ser observada por todo o ordenamento. Com a função social, a propriedade passou a ser analisada pelo modo em que é exercida não só para o seu proprietário, mas também para toda a sociedade.

Através da função social outro instituto passou a ganhar tanta importância para o Direito. Trata-se da posse. Embora a posse seja anterior a propriedade, o Direito nunca lhe conferiu o valor que esta tem. As teorias da posse sempre a trataram como meio para a propriedade ou em razão desta. Contudo, a atual ordem estabelecida pela constituição não

---

<sup>42</sup> TORRES, op cit. p. 401.

permite mais essa forma de tratamento. Verifica-se que hoje a posse tem tanta importância quanto a propriedade. É através daquela que esta externiza sua função social.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico trouxe inovações acerca do tratamento conferido para a posse com função social. Entretanto, tais inovações não foram suficientes para a proteção do instituto da posse com função social. Isso porque o ordenamento continua a proteger o proprietário desfuncionalizado em face da posse com função social, quando esta não tenha os requisitos necessários para a usucapião.

A Constituição preza pela observância dos seus princípios e regras, sendo que a posse encontra seu fundamento nos direitos fundamentais da moradia e do trabalho. Assim, enquanto o legislador não transformar em norma expressa a proteção da posse funcionalizada, cabe ao operador do direito na análise do caso concreto o fazer, dando sempre preferência ao possuidor que dê função social ao bem em detrimento do proprietário que não o faz nas demandas que envolvam esse litígio.

**REFÊRENCIAS:**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto Yussef Said Cahali. 14ed. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em 16 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Lex: Código Civil. Organização do texto Yussef Said Cahali. 14ed. São Paulo: RT, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TORRES, Marcos Alcindo de. *A propriedade e a posse*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.