

Função Social da Posse

Adriana Castanon Moreira da Silva

Advogada. Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela UERJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Surgimento do Princípio da Função Social da Posse e sua relação com a Função Social da Propriedade; 3. A Função Social da Posse e a Jurisprudência; 4. Definição da Função Social da Posse; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a origem e inserção no ordenamento brasileiro do princípio da função social da posse, em uma visão crítica e analítica a respeito de sua funcionalização. Enfatiza aspectos doutrinários e jurisprudenciais com a finalidade de apresentar o panorama atual da discussão sobre esse tema relativamente novo, e altamente polêmico, que se relaciona com o art. 5º, XXIII, CRFB/88, em que se lê “função social da propriedade”, mas que por analogia, entende-se também tratar da “função social da posse”.

Seria este um princípio social ou um princípio do particular? Poderia ele ser usado para justificar a autonomia da vontade ou é uma defesa social contra tal? Essas questões, bem como demais problematizações sobre o assunto, encontram-se debatidas no corpo do artigo, no qual serão ponderadas com a ajuda de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a partir de uma lógica social moderna, qual seja, a funcionalização da posse em prol da sociedade, sem abdicar do indivíduo.

2. SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O século XX inovou a estrutura das relações sociais e econômicas, apresentando um direito de cunho muito mais social, ético e efetivo¹ do

1 TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. "A Posse-Trabalho"; Tese de Mestrado em Direito; Pontifícia Universidade Católica; São Paulo – 2006.

que aquele que o precedeu no século XIX, no qual a propriedade tinha um significado fortemente econômico relacionado ao seu valor de uso ou troca. Ela era instituto principal do direito privado e regulava todos os bens.²⁻³

O doutrinador Fábio Konder Comparato⁴ alegava, sobre a propriedade do século XIX, sua dupla natureza que recebia proteção constitucional, sendo de direito subjetivo e de instituto jurídico. No primeiro caso, era protegida contra as expropriações impostas pelos Poderes Públicos, garantia da liberdade individual. E no segundo, contra eventual tentativa do próprio legislador de suprimi-la do sistema legal ou alterar seu conteúdo essencial.

Foi com a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul em 1996⁵, que se começou a discutir sobre o conflito existente entre o direito tradicional de propriedade dos locatários e o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, que merecia proteção semelhante ao primeiro, daí a necessidade de criação de um direito autônomo para a habitação.⁶ Consolida-se então a ideia de posse do séc. XXI, segundo a qual não basta apenas estar em contato direto com a coisa; esse contato direto tem que buscar efetivar o princípio da função social.

O direito à propriedade encontra-se enunciado dentro dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, XXII, CRFB/88, devidamente acompanhado da exigência ao cumprimento da função social no artigo 5º,

2 Como exemplo de sua importância, Rousseau no Discurso sobre a Economia Política afirmou que o fundamento do pacto social é a propriedade, bem como de todos os direitos civis, não podendo subsistir nenhum outro no caso de abolição da mesma.

3 Nesse sentido, ver: LARENZ, Karl. *in* MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião**; RADBUCH, Gustav *in* MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião**.

4 COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. “Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia ‘inviolável e sagrada’ da liberdade individual, sem a qual ‘não há Constituição’, a propriedade passou a ser estudada pela teoria jurídica no século XIX, como um instituto de direito privado, estranho à matéria constitucional.”

5 Vide Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, art.15- “Esta conferência em Istambul marca uma nova era de cooperação, uma era da cultura da solidariedade. À medida que entramos no século XXI, nos oferecemos uma visão positiva dos assentamentos humanos sustentáveis, um senso de esperança para o nosso futuro comum e um estímulo para enfrentarmos um desafio verdadeiramente válido e comprometedor, o de construirmos juntos um mundo onde todos possam viver em uma casa segura, com a promessa de uma vida decente, com dignidade, boa saúde, segurança, felicidade e esperança.”; (*United Nations Conference on Human Settlements — Habitat II*) realizada em Istambul, Turquia, entre 3 e 14 de junho de 1996.

6 RICCITELLI, ANTONIO. **Função Social da Propriedade**. “A II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul em 1996, preconizou a necessidade de criação de um direito autônomo fundamental para a habitação, face ao conflito existente entre o direito tradicional de propriedade dos locatários e o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar que passou a gozar de proteção semelhante à daquele.”

XXIII⁷, da Constituição Federal. Sem embargo das discussões existentes e que serão abordadas adiante, a melhor doutrina entende que “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme, não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade.”⁸

Ainda sobre o tema, Duguit afirmou ser o princípio da função social da propriedade ‘o precursor da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como funcionário’. Nisso, a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo e se torna função social do detentor da coisa; “a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”⁹.

Em uma análise geral¹⁰, conclui-se que a posse passa, em alguns casos, a preponderar sobre o direito de propriedade, principalmente quando transparecer a sua função social.

Para Orlando Gomes, o termo “função” define a forma concreta de operar um direito de características morfológicas particulares e notórias. Já “social” traduz “critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade. Em substância: como um “parâmetro elástico” por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz certas exigências do momento histórico, nascidas como antítese no movimento dialético da aventura humana.” (...) “a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido

7 Art. 5º, XXII - “é garantido o direito de propriedade”; art. 5º, XXIII- “a propriedade atenderá sua função social” (CRFB/88).

8 Pietro Perlingieri, **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit. p. 121.

9 León Duguit, **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad. Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 236 *apud* Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*. cit. p. 221 e 222.

10 Sobre o tema ver: Luis Edson Fachin. **O estatuto da proteção possessória**; Fredie Didler Jr. **Função social da propriedade**; ARONE, Ricardo. *in* FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**; Francisco Cardozo de Oliveira, **Hermenêutica**.

tão somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social”¹¹.

Ou seja, traduz o interesse coletivo e não só o próprio do dono, de modo que o proprietário tem o poder-dever do exercício de seu domínio, no entanto, sancionável pela ordem jurídica através de alguns institutos, como ex. a CRFB/88 prevê IPTU ou ITR progressivos no caso de má utilização da propriedade¹².

É a harmonização dos interesses do indivíduo com os da coletividade. É a preservação do bem, a capacidade de multiplicação de riqueza e consequente utilidade coletiva.

Nessa esteira, Pietro Perlingieri leciona que “em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.”¹³

Importante se torna o estudo da função social do instituto jurídico posse como fundamento¹⁴ da função social da propriedade levando em consideração que a função social da posse está implicitamente positivada na constituição junto com a função social da propriedade, diferindo desta no que tange à procura de “identidade cultural e social mais ampla e realista, condensando valores do direito privado.”¹⁵

Dessa forma, segundo Antonio Hernandez Gil, “*a função social da propriedade somente pode ser desempenhada mediante o cumprimento da função social da posse, pois é essa que representa o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio; conseqüentemente se esta não estiver contribuindo para o bem estar coletivo, atendendo assim sua função social, também não estará a propriedade.*”

11 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. cit. p. 125.

12 Ex.: Art. 156, § 1º c/c 182 § 2º CRFB/88; art. 186 CRFB/88, e Súm. 668 STF, TJRS, AI7003434388, 06/11/2001, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Junior. In FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**; “... o direito de propriedade vai expor-se a sanções fundamentalmente de duas ordens: as decorrentes da infringência as normas do poder de polícia, ou então a perda da propriedade na forma da constituição.” E ainda ARONE, Ricardo. In FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**; “função social da propriedade pelos particulares é meta a ser cumprida pelo Estado, para o que esse é municiado pelo ordenamento com diversos institutos, como o da desapropriação, sanção, progressividade fiscal, ou parcelamento compulsório do solo.”

13 **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit. p. 226.

14 Sobre o tema ver: Luis Edson Fachin. **O estatuto da proteção possessória**; Fredie Didier Jr. **Função social da propriedade**.

15 TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. “A Posse-Trabalho”; Tese de Mestrado em Direito; Pontifícia Universidade Católica; São Paulo – 2006.

Em outras palavras, seja decorrente de fato, seja decorrente de direito,¹⁶ a posse sempre tem que cumprir uma finalidade social, ter funcionalidade. A posse é a exteriorização da propriedade. Vale aqui ressaltar que se admite a posse, bem como a Função Social da Posse como autônomas e como derivadas da propriedade/Função social da Propriedade,¹⁷ dependendo de uma análise casuística para distingui-las.

Quando percebe-se que a posse, por si só gera direitos autônomos para seu possuidor, temos a posse como instituto autônomo. Por outro lado, quando ela não gera direitos autônomos, diz-se que ela deriva da propriedade, é o caso do detentor da posse. Em outras palavras, aquele que possui a posse direta e legitimidade para pleiteá-la em juízo tem a função social da posse com autonomia da função social da propriedade, visto que, em sendo possuidor, não possui a propriedade da coisa, e não há que se falar em função social da propriedade. Já no caso do detentor, este exerce a função social da posse, no lugar do proprietário, visto que possui diretamente o bem por autorização dele, em nome dele¹⁸. Nesse caso¹⁹, a função social da posse se apresenta como derivada da função social da propriedade.

16 Em breves palavras, quanto à discussão relativa à natureza jurídica da posse, seria fato que corresponde, exteriormente, à utilização direta, econômica usual da coisa, de acordo com a Teoria Subjetiva de Savigny, defendida por Tupinambá Miguel Castro Nascimento, Sílvio Rodrigues; e por outro lado seria direito, acordando com a Teoria Objetiva de Ihering, adotada pelo CC/2002, meio de exteriorização do direito de propriedade, também citada por Caio Mario, Orlando Gomes.

17 Partilham desse entendimento, FARIAS, Jeferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, p. 47: "observou-se a existência de autonomia entre posse e propriedade, bem como, em contrapartida, que ambas podem conviver de forma absolutamente harmônica."; ARONNE, Ricardo. **Titularidades e apropriação no novo Código Civil Brasileiro-Breve ensaio sobre a posse e a sua natureza**: "Os elos estabelecidos entre a posse e a propriedade são fatos inarredáveis ao estudioso do direito, os quais não se ignoram, ainda que se apregoe a identidade autônoma da posse presente desde tempos imemoriais nas relações positivas. Na mesma intensidade que o liberalismo aproxima a noção de liberdade à propriedade, a noção de posse também se afilia para com a de propriedade."; ZAVASCKI, Teori Albino. "A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil", in FARIAS, Jeferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro**: "a disciplina da posse e a correspondente tutela jurídica se dão indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades".

18 CHAMOUN, Ebert Vianna. **Direito Civil**. Ed. Aurora, cit. p. 20-23: "Se distingue na dogmática de nosso Código Civil, a posse da detenção. É uma questão de mera autonomia. Se alguém estiver no exercício pleno ou não de algum dos poderes, EM SEU PROPRIO NOME, é possuidor, mas se o estiver EM NOME ALHEIO, é apenas detentor. É, pois, uma maior ou menor autonomia que caracteriza a distinção entre a posse e a detenção. O detentor é apenas um fâmulos da posse alheia e é por isto que os alemães chamam (*besitz diener*) 'o criado da posse' ao detentor."

19 Evidencia-se aqui este caso determinado de detenção, visto que se entende que a detenção se apresenta também de outras formas. Ela não ocorre apenas quando há propriedade. Mesmo que alguém possua um bem sem ter a propriedade pode constituir um detentor, é o caso do caseiro, empregada, etc. "A detenção, em uma palavra, exclui a posse. O detentor não exerce os poderes inerentes ao domínio já que age em nome do possuidor e subordinado as suas orientações..." "A doutrina destaca, contudo não ser a função que uma pessoa exerce como empregado, operário ou mandatário, para citar os exemplos já mencionados, o fator determinante para caracterizar a detenção. Para a configuração do servidor da posse, imprescindível se afigura a relação de dependência com o legítimo possuidor, uma vez que tais pessoas (empregado, operário, mandatário) podem exercer de fato a posse, em nome próprio, sobre as coisas que lhe haviam sido confiadas em sua guarda." TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil-Direito das Coisas**. Ed. Saraiva 2011. Cit. p. 78-85.

A partir do supracitado, referente ao entendimento de Antonio Hernandez Gil, pode-se entender que função social da posse é a exteriorização da função social da propriedade e está protegida como corolário, como consequência desta. Ou seja, o possuidor a cumpre no lugar/em nome/em substituição do proprietário, obedecendo à função social da propriedade quando função social da posse se insere nela.

A CRFB/88 requer que se cumpra a função social, que é econômica, é humana (moradia), ambiental (reserva ecológica)... Sempre que o proprietário não a cumpre, e alguém cumpre em seu lugar temos a materialização da função social da posse de forma autônoma à função social da propriedade, entendendo que uma vez que a última não foi cumprida, a primeira passa a gerar direito para o possuidor.

Vê-se assim o aparecimento da função social da posse também como um desprestígio ao abuso do direito de propriedade, bem como a função social da propriedade, funcionando como um freio à expansão do poder individual.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A JURISPRUDÊNCIA

Na Jurisprudência, percebe-se uma clara dicotomia, de um lado conjugando a Função Social da Posse com outros princípios, tais quais dignidade da pessoa humana, direito a moradia, como se ela só se revelasse em conjunto ex.: 0013475-09.2007.8.19.0055- APELAÇÃO TJRJ (infra-mencionado) e de outro lado, tendo-a como princípio autônomo, ex.: 0091824-33.2003.8.19.0001- APELAÇÃO TJRJ (inframencionado), que se basta por si só, mas percebe-se que ambas as correntes convergem para o mesmo fim, o de que a função social deve atender a melhor utilidade comum, baseando-se no fato de que a norma constitucional é a razão primária e justificadora das relações jurídicas, constituindo parte integrante da normativa que se concretiza de um ponto de vista funcional.²⁰

O STF, no julgamento da ADIN 2213, decidiu que “o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF 5º XXIII) legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera domi-

²⁰ “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (Pietro Perlingieri, **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit., p. 12.)

nial privada, observados, contudo, para esse feito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade” (STF, Pleno, ADIN 2213-DF Medida Cautelar), rel. Min. Celso de Mello, 04.04.2002, julgamento em 4-4-2002, Plenário, *DJ* de 23-4-2004. **No mesmo sentido: MS 25.284**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, *DJE* de 13-8-2010.²¹

A partir deste, bem como de uma análise de demais julgados do STF, fica claro que a Corte Suprema considera a Função Social princípio autônomo, que inclusive justifica, na forma da lei, a intervenção estatal na posse ou propriedade do particular. Nas suas palavras, “a própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada... especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente... (**MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995).”

O STJ também dá a sua parcela de contribuição a esta teoria na mesma linha que o STF, sustentando que o princípio tem autonomia e pode se impor por si só no tocante a considerar que aos expropriados que efetivamente exerciam a função social em suas propriedades é assegurada a continuidade de suas atividades de exploração da terra, com a vanta-

21 Demais posicionamentos do STF relacionados ao art. 5º XXIII CRFB/88- “a propriedade atenderá a sua função social”;

“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” (**Súmula 668**)

“O STF firmou o entendimento – a partir do julgamento do **RE 153.771**, Pleno, 20-11-1996, Moreira Alves – de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do art. 182, § 4º, II, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” (**AI 456.513-ED**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-10-2003, Primeira Turma, *DJ* de 14-11-2003.) **No mesmo sentido: RE 192.737**, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-6-1997, Plenário, *DJ* de 5-9-1997.

“O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade (...).” (**RE 178.836**, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-6-1999, Segunda Turma, *DJ* de 20-8-1999.)

“A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (...).” (**MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995.)

gem da regularização, com título definitivo e sem as incertezas e dúvidas dominiais que o imóvel expropriado oferecia. Não obstante, não houve perda da posse, mas sim a simples convalidação do título, promovendo aquela autarquia a regularização da situação fundiária local. Assim, o expropriado que não exercia a função social da posse não tem direito a receber nenhuma indenização, na medida em que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas como legitimando o uso, mas não a transferência do domínio de tais terras, em virtude da manifesta tolerância da União, em reconhecimento da legislação federal”.²²

Pode-se dizer que o STJ evidencia critério objetivo à concessão da aplicação da Função Social da Posse, “ali realizou benfeitorias, como plantações, casa, cercas e pasto, através das quais produziu alimento, ou seja, ocupou a terra para seu sustento”²³, qual seja o *animus possidendi*, a partir da comprovação de que a pessoa realmente era possuidora e usava sua posse para fins de se promover e ainda, considerando que essa promoção não gerasse danos sociais, teria aí direito a legalização de sua posse.

22 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. FAIXA DE FRONTEIRA DO PARANÁ. RETITULAÇÃO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÁREA DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Na espécie, procedida a imissão na posse e as devidas transcrições imobiliárias correspondentes, o Incra iniciou procedimento administrativo para a ratificação dos títulos expedidos a non domino pelo Estado do Paraná, em consonância com a Lei 4.947/1996, e nos termos do Decreto-lei 1.414/75.

2. Assim, o Incra viabilizou aos expropriados que efetivamente exerciam a função social em suas propriedades, a continuidade de suas atividades de exploração da terra, com a vantagem da regularização, com título definitivo e sem as incertezas e dúvidas dominiais que o imóvel expropriado oferecia.

3. Como bem consignado pelo magistrado singular - e confirmado pelo Tribunal regional - não houve perda da posse, mas sim a simples convalidação do título, promovendo, aquela autarquia, a regularização da situação fundiária local.

4. Nessa toada entendo que o expropriado não tem direito a receber nenhuma indenização, na medida em que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas como legitimando o uso, mas não a transferência do domínio de tais terras, em virtude da manifesta tolerância da União, e de expresso reconhecimento da legislação federal” (EDcl no RE 52.331/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Evandro Lins, DJ de 24.6.1964).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ - REsp 1043808 / PR - RECURSO ESPECIAL - 2008/0067902-8; Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Julgado: 19/08/2010)

23 PROCESSUAL CIVIL. PROJETO DE ASSENTAMENTO. RECEBIMENTO DE IMÓVEL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REVISÃO IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. SÚMULA N.7/STJ. INCIDÊNCIA.

1-A Corte Regional, à unanimidade, entendeu que a recorrida teria cumprido todos os requisitos inseridos no edital para fins de ser beneficiária do lote de terra, do que decorre a regularidade da posse e da licença de ocupação do bem em questão. Entendeu, ainda, que “a apelada cumpriu a função social inerente àquela terra, uma vez que ali realizou benfeitorias, como plantações, casa, cercas e pasto, através das quais produziu alimento, ou seja, ocupou a terra para seu sustento”. O pleito do INCRA não merece prosperar, porquanto a análise da pretensão recursal, com a consequente reversão do entendimento do acórdão recorrido, exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 desta Corte Superior. (...) (STJ - REsp 924772 / MT - RECURSO ESPECIAL - 2007/0038669-6; Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES; julgado: 07/12/2010)

Em apelação o TJRJ, entendeu que em face da “desídia dos proprietários registraes exteriorizada pela ausência prolongada, que se extrai do insucesso das diligências realizadas pelo Juízo no intuito de localizá-los...” Se caracteriza o descumprimento do princípio, motivo pelo qual se justifica “declarar os apelantes, proprietários do imóvel descrito na inicial, consoante o artigo 1.238 do Código Civil”²⁴.

E ainda, em outro julgado, “Considerando que os réus acreditavam estar adquirindo o imóvel de quem era o legítimo proprietário e, tendo em vista a função social da posse, impõe-se o reconhecimento do direito de retenção aos possuidores de boa-fé que construíram em terreno alheio, na forma do artigo 1.219 da legislação civil, que assegura ao possuidor de boa-fé o direito à indenização das benfeitorias necessárias e, conseqüentemente, o direito de retenção enquanto não lhe for pago o ressarcimento.”²⁵

Ambos considerando a função social da posse como princípio autônomo que se funda no dever do proprietário de promover, de dar utilidade ao seu bem, e caso não o faça, que o faça o possuidor, quem efetivamente está em contato com o bem, podendo inclusive gerar para ele direitos sobre o bem, tais quais, indenização das benfeitorias, o direito de retenção sobre elas, enquanto não ressarcidas, e até, direito possessório - usucapião.

Já em outra ocasião, o TJRJ apresentou razões de decidir evidenciando outro posicionamento, no sentido de que a função social da posse

24 0091824-33.2003.8.19.0001 - APELAÇÃO; DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO - Julgamento: 26/10/2010 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL; Apelação Cível. Ação de usucapião. Pretensão deduzida por possuidores de mais de 20 anos, que afirmam ter ingressado no imóvel como locatários, mas logo passado a exercer a posse com *animus domini*. Proprietários cujo paradeiro se desconhece. Citação por edital. Posse comprovadamente exercida de forma mansa e pacífica. Inversão do caráter da posse. Existência de atos que, de forma inequívoca, indicam a mudança da qualidade da posse, originalmente precária, como a cessação do pagamento de aluguéis, a realização de obras de conservação no bem e a quitação de débitos tributários de períodos pretéritos. Função social da posse. Desídia dos proprietários registraes exteriorizada pela ausência prolongada, que se extrai do insucesso das diligências realizadas pelo Juízo no intuito de localizá-los. Recurso ao qual se dá provimento para declarar os apelantes proprietários do imóvel descrito na inicial, consoante o artigo 1.238 do Código Civil.

25 0000176-12.2004.8.19.0041 - APELAÇÃO; DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 05/10/2010 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REINTEGRATÓRIA DO PROPRIETÁRIO NÃO-POSSUIDOR CONTRA O POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO. ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO EM DEFESA. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE RETENÇÃO EM FAVOR DO RÉU. A usucapião pode ser argüida em defesa na ação reivindicatória. Contudo, só pode ser acolhida mediante prova robusta do exercício da posse, pelo lapso de tempo exigível para a sua configuração. Prova que não foi produzida, afastada a tese defensiva. Considerando que os réus acreditavam estar adquirindo o imóvel de quem era o legítimo proprietário e, tendo em vista a função social da posse, impõe-se o reconhecimento do direito de retenção aos possuidores de boa-fé que construíram em terreno alheio, na forma do artigo 1.219 da legislação civil, que assegura ao possuidor de boa-fé o direito à indenização das benfeitorias necessárias e, conseqüentemente, o direito de retenção enquanto não lhe for pago o ressarcimento. Sentença mantida. Recursos conhecidos e improvidos

se conjuga com demais princípios ou regras do ordenamento, como ex.: o direito a moradia, dignidade da pessoa humana, etc., para se materializar, sendo que a partir desta conjunção se dá a funcionalidade ao bem e gera direito ao possuidor de não só o possuir e dele fruir.

Essas conclusões ficam amparadas com as falas de que “faz-se mister ressaltar que o apelado tem o dever de prover o sustento dos filhos menores do casal, sendo razoável a presunção de que a moradia dos filhos e da companheira estaria incluída. De fato, considerando a ponderação dos interesses em conflito, entendo que devam prevalecer os princípios da função social da posse, da dignidade da pessoa humana, além da proteção à criança e ao adolescente.”²⁶.

“Com esta opção, o legislador ordinário efetivou o direito constitucional a moradia, pois garantiu aos possuidores que utilizam o imóvel como residência a sua proteção contra aqueles que não dão a correta destinação à função social da posse. Como regra, cabe ao autor da reintegração provar a sua posse anterior de forma cabal, vez que ao atual possuidor esposa-se a presunção de que esteja conferindo o aproveitamento correto do bem.”²⁷

26 0013475-09.2007.8.19.0055 - APELAÇÃO; DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 09/02/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; Ação de reintegração de posse. União estável. Dissolução. Meação do patrimônio comum. Composse. Como é cediço, o regime de bens vigente na união estável, salvo pacto de convivência em sentido contrário, é o da comunhão parcial, segundo o qual os bens adquiridos na constância do convívio *more uxório* se comunicam. A meação é presumida, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, que preconiza a aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros. Na hipótese dos autos, restou evidenciado que o imóvel cuja posse ora se discute teria sido construído durante o período em que as partes conviveram em terreno pertencente à família do apelado. Assim, considerando a presunção absoluta do esforço comum na construção do imóvel, estreme de dúvida a existência de composse até que partilha seja formalizada. Do conjunto probatório carreado aos autos, conclui-se que a data de início da posse sobre o imóvel objeto da lide foi posterior ao início da união estável entre as partes, razão pela qual a apelante merece ver acolhida a sua pretensão, decorrente do direito de meação do patrimônio comum, adquirido na constância da união estável, pela concorrência de esforços de ambas as partes, juridicamente amparada no artigo 5º da Lei 9.278/96, aplicável ao caso. Assim, revela-se manifestamente inadmissível a ação possessória ajuizada pelo ora apelado, tendo em vista que a posse da apelante não é injusta, merecendo reparo, portanto a sentença, que reintegrou o apelado na posse do imóvel. E por último, mas não menos importante, faz-se mister ressaltar que o apelado tem o dever de prover o sustento dos filhos menores do casal, sendo razoável a presunção de que a moradia dos filhos e da companheira estaria incluída. De fato, considerando a ponderação dos interesses em conflito, entendo que devam prevalecer os princípios da função social da posse, da dignidade da pessoa humana, além da proteção à criança e ao adolescente. Recurso ao qual se dá provimento.

27 0010349-91.2005.8.19.0031- APELAÇÃO; DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 29/04/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TEORIA OBJETIVA. FUNÇÃO SOCIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA POSSE ANTERIOR. ÔNUS DO AUTOR. DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA. PRESUNÇÃO QUE MILITA EM FAVOR DO ATUAL POSSUIDOR. O C.C./02 adotou inequivocamente a teoria objetiva quanto à posse, de modo a tornar-se possuidor aquele que tem de fato o exercício de algum poder da propriedade. Com esta opção, o legislador ordinário efetivou o direito constitucional a moradia, pois garantiu aos possuidores que utilizam o imóvel como residência a sua proteção contra aqueles que não dão a correta destinação à função social da posse. Como regra, cabe ao autor da reintegração provar a sua posse anterior de forma cabal, vez que ao atual possuidor esposa-se a presunção de que esteja conferindo o aproveitamento correto do bem. Recurso conhecido e negado provimento, nos termos do art. 557, caput do C.P.C.

Verdade que, em outra análise, também a Função Social da Propriedade pode se manifestar conjugada com esses mesmos princípios supracitados, apesar de ser claramente autônoma, vênha ao julgamento do STF²⁸ da ADIN 2.024-2, que definiu que as normas constitucionais não têm nenhum grau de hierarquia entre si, não dependendo de nada para produzir efeitos.

A função de conjugá-las a demais princípios não é de modo algum para que elas produzam efeitos, e sim a razão de funcionar com outros princípios é ora para justificá-los, ora para embasá-los, formando uma fundamentação constitucional mais forte, da forma que se pode confirmar nos julgados do TJRJ supracitados.

Fato é: o proprietário deve deixar “de ser visto como indivíduo, a quem a ordem jurídica privilegia, com a outorga do poder de usar e gozar da coisa de forma absoluta, e passa a ser considerado cidadão que, ao se tornar titular do direito de propriedade, paralelamente às faculdades próprias dos poderes proprietários, assume também obrigações que devem ser satisfeitas no exercício concreto do direito”.²⁹ Isso porque “a função social se deve entender como expressão destinada a disciplinar a atividade, os direitos e deveres do proprietário”.³⁰

Na doutrina brasileira, pode-se observar com clareza a formação de três correntes a respeito do assunto, quais sejam; uma primeira³¹, dizendo se explicar a função social pelo reconhecimento pela sociedade de que é importante reforçar o poder individual do particular. A segunda³², que defendendo ser a função social exaurida dentro de outros institutos, ela se revela em outros princípios. E já a terceira³³ traz que a função social é

28 EMENTA: STF — Tribunal Pleno 27/10/1999 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.024-2 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. “Em obediência ao princípio da unidade da Constituição atualmente não existe hierarquia entre as normas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte Originário, o que impede que seja declarada inconstitucional uma norma em face de outra.”

29 Francisco Cardozo de Oliveira, **Hermenêutica**. cit. p. 245.

30 Eduardo Espínola, **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002. cit. p. 194.

31 Corrente essa defendida principalmente por Tereza Negreiros ao afirmar “A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade a terceiro e sim a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte.” (**Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, cit., p. 244.)

32 Citada por Humberto Theodoro Jr, na obra **O contrato e sua Função Social**; “Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”(cit., p. 93).

33 Tendo um de seus doutrinadores, Gustavo Tepedino, disposto que a função social do contrato deve ser entendida como princípio que objetivando a república, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com

um dever imposto ao contratante/proprietário de proteger a sociedade, zelando pelo bem comum.

Se admitirmos ser a Função Social reforço do poderio individual, enaltecendo a importância dessas relações na ordem jurídica, acaba esta por ser reduzida a mais um instrumento a viabilizar a vontade dos particulares, para a garantia da autonomia privada.

Ou seja, defendendo que o ordenamento deve sim proporcionar aos contratantes, visto que se tudo gira em torno da autonomia da vontade, todas as relações se resumiriam em contratuais, mais uma defesa que seria esta contra terceiro, que no caso estaria “ajudando” a inadimplir o contrato. Criando assim, ou melhor, retornando assim a supremacia/ditadura contratual que se vivia antes da chegada do século XX, quando se afirmava ser a propriedade o fundamento do pacto social, bem como de todos os direitos civis, não podendo subsistir nenhum outro no caso de abolição da mesma³⁴. Tudo se pode fazer desde que dentro de sua propriedade, e dentro do que foi pactuado.

Se ela depender de demais normas e princípios para se validar, se concretizar, na verdade estaria funcionando mais como um enfeite do ordenamento do que efetivamente norma regulamentar, uma vez que se encontra esgotada nos demais institutos. “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de instrumentos legalmente institucionalizados”, ou seja, “a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”³⁵.

Em outras palavras, o legislador teria incorrido em repetição de institutos, sem destinação prática direta ao princípio da função social. E ainda dizer que ele deveria ser interpretado a seguir os moldes da legislação infraconstitucional, em se tratando de princípio constitucional, seria o mesmo que dizer para interpretar a Constituição à luz do Código Civil.

o contrato ou são por ele atingidos. “Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender - ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual - a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.” (“Notas sobre a função social dos contratos”, in **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., e nota de rodapé, p. 149).

³⁴ *Op. cit.* Rousseau.

³⁵ Humberto Theodoro Jr, na obra **O contrato e sua Função Social**, cit., p. 106.

Sendo ela um dever do particular para com a sociedade, materializa uma ferramenta para “impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extra-contratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica” ampliando para eles a noção de ordem pública. Sendo que “os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios a esfera individual, venham a ser igualmente tutelados.”³⁶

Corroborando essa tese, temos na CRFB/88 algumas previsões de institutos meios, quais sejam, desapropriação, sanção, progressividade fiscal, ou parcelamento compulsório do solo, que municiam o Estado a promover a função social, fazendo dela meta a ser cumprida pelos particulares.³⁷ Sejam eles proprietários, possuidores ou detentores, “assim, toda posse, especialmente de bens de produção, deve perfilar-se com a função social que pesa sobre todos os imóveis, nos termos dos arts. 182, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil (imóvel urbano frente ao plano diretor) e 185 e incisos (no caso de imóvel rural, exigem-se aproveitamento racional e adequado, com preservação do meio ambiente, com respeito às disposições laborais, e exploração que favoreça proprietários e trabalhadores).”³⁸

Acertadamente, Venosa discorre que “O juiz deste início de século, a cada decisão, sem se descurar da proteção do proprietário, deve sempre ter em mira a função social de todos os bens. Assim como não existe concepção de Direito para o homem só, isolado numa ilha, não existe propriedade como entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente. (...). O juiz ao proferir sentença, deve retratar a absorção do sentido social de sua realidade temporal e espacial e não expressar um sentimento individual de justiça, quando então estará substituindo o legislador, criando lei individual e egoística. Não pode o julgador substituir o Direito; tem o dever de ser seu intérprete. Nessa interpretação e integração de normas reside o papel criador do magistrado”³⁹ que “deve sempre observar a capacidade produtiva que ela espelha e sua vocação para atender, em tempo e lugar certos, o objetivo social que ela deve atin-

36 Gustavo Tepedino, "Notas sobre a função social dos contratos", in *Temas de Direito Civil*, t. 3, cit., p. 150-151.

37 ARONE, Ricardo. In FARIAS, Jéferson Albuquerque. *Função Social da Posse no Direito Brasileiro*.

38 PILATI, José Isaac. *Estudo da Posse no Novo Código Civil Brasileiro*.

39 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. cit. p 155.

gir, resguardado sempre seu aspecto jurídico de direito fundamental do homem”⁴⁰.

Tem-se que a posse está mais estreitamente ligada à realidade fática e, por conseguinte, detém maior potencial de funcionalização, revelando, assim, a amplitude da sociabilidade humana, que escapa a sistematidade do direito.⁴¹

4. DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A Função Social é princípio constitucional previsto na carta magna em seu art. 5º⁴², mas o que ela é e a quem se destina? A essa questão, encontram-se várias respostas em doutrinas diversas. Em uma primeira análise, se pode dizer que o título no qual o art. 5º se insere, oferece a primeira hipótese de resposta; que ela é direito e garantia fundamental, e quanto a quem ela se destina, a descrição do capítulo I traduz se tratar de “direitos e garantias individuais e coletivos”, ou seja, se destinaria à proteção dos cidadãos, ou seja, a toda a coletividade, à sociedade.

Na busca de uma definição para Função Social da Posse, é preciso fragmentá-la, a fim de se achar um todo coeso.

Em consulta ao dicionário⁴³, tem-se o conceito de **função**: “s.f. Exercício de um encargo: entrar em função. / Emprego; deveres desse emprego: desempenhar suas funções. / Papel, utilidade: cumprir uma função. / Atividade exercida por um elemento vivo, órgão ou célula, e que é estudada pela fisiologia: funções de relação, de nutrição, de reprodução. / Gramática O papel de uma palavra na frase. // Estar em função de, depender. // Fazer a função de, desempenhar o papel de. // Função periódica, função que retoma os mesmos valores quando a variável de que depende se acresce de um múltiplo inteiro de uma quantidade chamada “período”. // Lógica Função proposicional, expressão que contém uma ou mais variáveis, e que pode tornar-se uma proposição verdadeira ou falsa se a essas variáveis se atribuem certos valores particulares ou se elas se unem por quantificadores. //”; **social**:” adj. Que diz respeito à sociedade: ordem social. / Sociável.

40 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, **Código**. cit. p. 732.

41 OLIVEIRA, Francisco Cardozo de. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005, cit. p. 246.

42 Art. 5º, XXII- “é garantido o direito de propriedade”; art. 5º, XXIII - “a propriedade atenderá sua função social” CRFB/88;

43 **Dicionário Aurélio virtual**: <http://www.dicionarioaurelio.com/>.

/ Relativo a uma sociedade; próprio dos sócios: carteira social.// Legislação social, conjunto das disposições legais que protegem os interesses dos indivíduos e dos grupos de uma coletividade organizada.//"; **posse**: "s.f. Retenção ou fruição de alguma coisa ou direito. / Estado de quem possui uma coisa, de quem a detém como sua ou tem gozo dela. //".

Em termos hermenêuticos, adaptando conceitos e finalidades, a fim de que as regras jurídicas sejam interpretadas teleologicamente, lê-se o artigo 5º da CRFB/88 em consonância com o artigo 5º da LINDB⁴⁴ e tem-se que ao indivíduo é garantido o direito de propriedade, o qual atenderá a função social, cabendo ao magistrado na aplicação da lei, por sua vez, verificar se a propriedade efetivamente atende aos fins sociais a que se destina, e se auxilia na concretização do bem comum.⁴⁵

Pode-se concluir do supracitado, que ela é o Encargo-utilidade, que diz respeito à sociedade, de retenção ou fruição de alguma coisa ou direito, com o objetivo de proteger a sociedade contra o arbítrio do particular.

E mais ainda, pode-se então extrair uma definição para a Função Social da Posse, face à funcionalização da posse que se entende realizada quando verificam-se atingidos os valores sociais que integram a sua base, ou seja, é a efetiva utilização de coisa ou direito, com fim de conservação da existência e melhoramento de sua condição⁴⁶.

Dessa forma, a visão que melhor se adéqua à definição da função social da posse é a defendida pelo professor Gustavo Tepedino, de que é dever imposto ao possuidor, a fim de proteger a sociedade de sua autonomia privada, que subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais, previstos na CRFB/88, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade da pessoa humana; como Objetivo fundamental, a construção de sociedade livre, justa e solidária, e o dever de diminuição das desigualdades sociais, isso vinculando os titulares de direitos patrimoniais e definindo o conceito jurídico de função social da posse.⁴⁷

44 Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga LICC; *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Art. 5ºXXII - *é garantido o direito de propriedade*; XXIII - *a propriedade atenderá a sua função social.* CRFB/88

45 ARONE, Ricardo. *in* FARIAS, Jéferson Albuquerque. **Função Social da Posse no Direito Brasileiro.** "Cumprir perquirir dos poderes do Magistrado, à luz do princípio da legalidade, para exigir prova de funcionalização do bem".

46 "A função social da posse não significa uma limitação ao direito de posse, mas a exteriorização do conteúdo imanente da posse. Isso nos permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia." MOTA, Maurício. TORRES. Marcos Alcino. **A função social da posse no código civil.** - Transformações do direito de propriedade privada - Rio de Janeiro. Elsevier, 2009 p. 35.

47 TEPEDINO, Gustavo. "A Função Social da Propriedade e o Meio-Ambiente", *in* **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., p. 182.

É a constatação de que o homem não vive sozinho, isolado; ele vive em sociedade, e para alcançar a sua própria realização, viabilizar a sua própria dignidade, ele precisa auxiliar na promoção da dignidade da sociedade, o que se evidencia quando falamos em termos patrimoniais, na promoção da função social e a função social da posse.

Ainda em virtude das evoluções sociais, percebe-se que o princípio abrange duas interpretações que, no fundo, não se contradizem, apenas dependem de situações fáticas diferentes para acontecerem; é o caso de ele ser interpretado como desdobramento da função social da propriedade, e por outro lado admitir que também se interprete autonomamente desvinculado dessa, porém não há que se confundir com justificativa de existência, pois como debatido acima, e ainda em acordo com a melhor doutrina, temos que a função social da posse é princípio autônomo, não depende de outros institutos para existir, ou para se validar no mundo jurídico.

Desta feita, podemos diferenciar as duas Funções Sociais, da posse e da propriedade, considerando que “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.”⁴⁸⁻⁴⁹

Dessa afirmação se entende que a Função Social da Propriedade é um todo, que engloba a função social da posse, tendo em vista que a Propriedade tem como um de seus atributos a própria posse.⁵⁰

“A propriedade é exercida através da posse. A função social da propriedade se exerce através da posse⁵¹.” Assim, Marcos Alcino conclui que na verdade é a posse que tem função social. O autor busca em seu trabalho comprovar que a função social na propriedade não é tão forte quanto na posse, posto que na primeira é possível a subsistência sem o uso da coisa, enquanto que na segunda não.⁵²

Data vênia, entende-se da mesma forma que o Autor supracitado quando este afirma que a Função Social da Propriedade se exerça através

48 TORRES, Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 303.

49 Também entende assim João Carlos Leal Júnior. “Inútil o título de propriedade quando o proprietário não tem a posse da coisa. Ora, quem não a tem, do bem não pode se utilizar. Daí um dos fundamentos precípuos de se proteger o estado de aparência em questão.” LEAL JUNIOR, João Carlos. “Da função Social da Posse”. **RDC** n°67, v. 11. set-out/2010 p.39.

50 Entendimento que se extrai da leitura dos artigos do Código Civil, Art. 1228 - “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. c/c art. 1.196 - Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade.”

51 TORRES, *op cit.* p. 304.

52 TORRES, *op cit.* p. 304.

do exercício da posse, que é um dos seus atributos, ou como o art. 1.196 do CC/2002 traz, um dos poderes inerentes à propriedade, porém em discordância, temos que este princípio, por ser princípio constitucional, não goza de nenhuma dependência quanto ao princípio da Função Social da Posse, tendo em vista que as normas e os princípios constitucionais não gozam de qualquer hierarquia⁵³, sendo na verdade o verso e reverso da mesma moeda.

Tem-se assim que o princípio da função social da posse se materializa através do uso da coisa. Teori Zavaski⁵⁴ ensina que são os bens, aqueles submetidos à destinação social e não a sua titularidade. Desta feita decorre 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.⁵⁵

Nesse ponto, vê-se evidente que a Função social da Posse é extremamente necessária, pois, do contrário, como dar funcionalidade a uma posse desvinculada da propriedade? Deixaríamos descobertos o possuidor de boa-fé que produz, mora, preserva a “sua propriedade⁵⁶”.

Há de se destacar que a Função Social da Propriedade é exercida pelo proprietário, que dá, encontra utilidade para sua propriedade⁵⁷. Repito, nela está inserida a posse e a funcionalização da posse, porque esta, neste caso, é atributo do direito real de propriedade⁵⁸.

53 Vide decisão supracitada - **MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.

54 ZAVASKI, *apud* TORRES, Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, *op. cit.* p. 305.

55 Nesse sentido, Marcos Alcino difere Função Social da Posse e da Propriedade, fazendo um paralelo entre posse e propriedade, “O direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida à posse ou não havia posse para transmitir ou, tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.” **“A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 373.

56 Entenda-se terreno, local onde vive, produz...

57 AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, II, v. 6, *op cit.* p. 158, nota d: “A legitimidade da posse, como conteúdo que é da propriedade, se funda a partir da distinção entre o “poder” de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las.” O autor faz da propriedade um verdadeiro “poder”, pode-se dizer também atributo, o uso exprime a finalidade a perseguir e a forma de concretizar o exercício desse atributo.

58 Nesse sentido, a Corte Suprema de Justiça do Chile, decidiu, com maioria, no dia 02 outubro de 2012, em favor do proprietário que dava função a sua terra, contra os posseiros- indígenas- que invadiram seu terreno, é o conteúdo da notícia do STF, versão 10/2012. “Corte Suprema do Chile garante propriedade de cidadão contra ocupação de terrenos em Tirúa por família indígena.

Em outras palavras, na situação em que o proprietário dá funcionalidade a sua propriedade, encontra-se dentro da Função Social da Propriedade, como seu atributo, como sua faculdade, como seu poder, a Função Social da Posse.

Segundo Luiz Edson Fachin,⁵⁹ a Função Social da Posse encontra-se em plano diferenciado da Função Social da Propriedade. Esta é mais evidente, pois a propriedade pode se manter como tal mesmo sem uso. Já aquela teria como fundamento eliminar na propriedade privada o que há de eliminável.

Complementando este pensamento, Marcos Alcino ensina que a função social somente é cumprida quando a ocupação gere 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.”⁶⁰

Ainda Ana Rita Vieira Albuquerque considera que “a função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender a unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como os programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa judiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade,

A Corte Suprema decidiu a favor de um proprietário de um terreno na zona de Puerto Choque, em Tirúa, contra dos integrantes de uma família mapuche que mantem a ocupação do prédio. A ação cautelar representada por Jose Salazar Romero foi acolhida pela Corte Suprema com finalidade de determinar a propriedade.

A sentença determina que os terrenos não sejam de caráter indígena, porque em efeito, tratando-se de um conceito jurídico com bagagem antropológica, o artigo n° 12 da lei n° 19.253 tem previsto requisitos jurídicos para que seja outorgada a qualidade de terra indígena a um determinado território. Assim, o mencionado preceito dispõe que são terras indígenas aquelas que as pessoas ou comunidades indígenas ocupam em propriedade ou pose proveniente de certos títulos mencionados na lei.

E a Corte ao analisar a lide profundamente vislumbrou que não se pode reconhecer a propriedade à família indígena, pois não existe norma que habilite a um conjunto de pessoas a vulnerar direitos pré-constituídos. 2 de outubro de 2012.”

59 FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 19.

60 TORRES, *op cit.* p. 313.

retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.”⁶¹

5. CONCLUSÃO

Retrata-se do todo que a funcionalidade da posse é a verificação dos valores sociais que integram a sua base, ou seja, sua função social deve ser entendida por encargo-utilidade, que diz respeito à sociedade, de retenção ou fruição de alguma coisa ou direito, com o objetivo de proteger a sociedade contra a arbitrariedade do particular. Ou seja, é a efetiva utilização de coisa ou direito, com fim de conservação da existência e melhoramento de sua condição.

Dessa forma, diante do quadro social atual, percebe-se que a visão que melhor se adéqua à funcionalização do princípio constitucional da função social da posse é a defendida pelo professor Gustavo Tepedino, de que é dever imposto ao possuidor, a fim de proteger a sociedade de sua autonomia privada, subordinar a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais, previstos na CRFB/88, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade da pessoa humana; como Objetivo fundamental, a construção de sociedade livre, justa e solidária, e o dever de diminuição das desigualdades sociais, isso vinculando os titulares de direitos patrimoniais e definindo o conceito jurídico de função social.⁶²

É a constatação de que o homem não vive sozinho, isolado; ele vive em sociedade, e, para alcançar a sua própria realização, viabilizar a sua própria dignidade, ele precisa auxiliar na promoção da dignidade da sociedade, o que se evidencia quando falamos em termos patrimoniais, na promoção da função social.

Ainda em virtude das evoluções sociais, percebe-se que o princípio abrange duas interpretações que, no fundo, não se contradizem, apenas dependem de situações fáticas diferentes para acontecerem; é o caso de ele ser interpretado como desdobramento da função social da propriedade, e por outro lado admitir que também se interprete autonomamente desvinculado dessa, porém não há que se confundir com justificativa de existência, pois, como debatido acima, e ainda em acordo com a melhor

61 ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

62 Gustavo Tepedino, "A Função Social da Propriedade e o Meio-Ambiente", in **Temas de Direito Civil**, t. 3, cit., p. 182.

doutrina, temos que a função social é princípio autônomo, não depende de outros institutos para existir, ou para se validar no mundo jurídico.

Portanto considera-se o posicionamento do TJRJ quanto às decisões proferidas nas apelações 0013475-09.2007.8.19.0055 - APELAÇÃO; DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 09/02/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL e 0010349-91.2005.8.19.0031- APELAÇÃO; DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 29/04/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, um tanto quanto falto no sentido de dar interpretação funcional direta ao instituto, embora tenham chegado a uma conclusão magnífica em relação ao fim a que ele se propõe, qual seja, a melhor utilidade do bem buscando sempre a comunhão do interesse particular com o da sociedade.

Por outro lado, ainda em sede recursal, vislumbramos avanços quanto à instrumentalização do instituto nas decisões proferidas 0091824-33.2003.8.19.0001- APELAÇÃO; DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO - Julgamento: 26/10/2010 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL e 0000176-12.2004.8.19.0041- APELAÇÃO; DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 05/10/2010 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, nas quais não só lê-se a função social da posse como princípio autônomo que é, bem como, visto que é direito fundamental, e que todo direito traz consigo um dever, e este é aquele do proprietário de promover, dar utilidade ao seu bem, e caso não o faça, que o faça o possuidor, quem efetivamente está em contato com o bem, podendo inclusive gerar para ele direitos sobre o bem, tais quais, indenização das benfeitorias, o direito de retenção sobre elas, enquanto não ressarcidas, e até, direito possessório - usucapião.

Deve o aparecimento da função social da posse ser usada como um freio ao exercício arbitrário, sem escrúpulos e claramente antissocial, de abusos e limitando assim esfera do poder individual, no sentido do interesse de uma vida social ordenada e pacífica, até porque apesar de ser princípio constitucional, ela não é absoluta e principalmente não pode ser usada como excusa ao cumprimento de dever legal e ou justificando arbitrariedades. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, II, v. 6, *op cit.* p. 158.

ARONE, Ricardo. in FARIAS, Jéferson Albuquerque. "Função Social da Posse no Direito Brasileiro". **RDC** n° 67. V. 11. Set-Out/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em:< <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>.

DECLARAÇÃO de Istambul sobre Assentamentos Humanos; (*United Nations Conference on Human Settlements — Habitat II*) realizada em Istambul. Turquia, entre 3 e 14 de junho de 1996.

DICIONÁRIO Aurélio virtual. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>

DIDIER JR, Fredie. "Função social da propriedade"; **Revista de Processo**. Ano 33. N°. 161. Jul/2008.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad. De Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: He-liasta, 1975, p. 236 *apud* Carlos Roberto Gonçalves, **Direito**. cit. p. 221 e 222.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.

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

FACHIN, Luis Edson. "O estatuto da proteção possessória"; in: **Leituras complementares de Direito Civil**. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2007

FARIAS, Jéferson Albuquerque. "Função Social da Posse no Direito Brasileiro". **RDC** n°67. V. 11. Set-Out/2010.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19° Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LARENZ, Karl. in MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. "Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião"; **Revista Forense**. V. 397. Ano 104. Maio- Junho/2008.

LEAL JUNIOR, João Carlos. "Da função Social da Posse". **RDC** n°67, v. 11, set- out/2010, p. 39.

MOTA, Mauricio. **TORRES**. Marcos Alcino. **A função social da posse no código civil - Transformações do direito de propriedade privada - Rio de Janeiro**. Elsevier, 2009 p. 35.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo de. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**.

PILATI, José Isaac. "Estudo da Posse no Novo Código Civil Brasileiro". **Revista Jurídica**. Ano 54. N° 350. Dez/2006.

RADBUCH, Gustavo *in* MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. "Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião"; **Revista Autônoma de Direito Privado**. N. 2. Jan-Mar. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. "Notas sobre a função social dos contratos", *in* **Temas de Direito Civil**, t. 3.

TEPEDINO, Gustavo. "A Função Social da Propriedade e o Meio-Ambiente", *in* **Temas de Direito Civil**, t. 3.

THEODORO JR, Humberto. **O contrato e sua Função Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 162 p.

TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. "A posse-trabalho"; Tese de Mestrado Em Direito; Pontifícia Universidade Católica; São Paulo – 2006.

TORRES, Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 312.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. cit. p. 155.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>.