

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

MARIA GORETTI DAL BOSCO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Christian Sahb Batista Lopes, José Sebastião de Oliveira, Maria Goretti Dal
Bosco – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-088-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O Direito Civil contemporâneo, enquanto Estatuto da Pessoa, que regula suas relações privadas é, certamente, um espelho que deve refletir os princípios constitucionais orientadores da conduta humana no âmbito da oikos, para diferenciar do outro extremo, o da polis entre os gregos, o ambiente particular da família e o espaço da cidade-estado, no qual os cidadãos se envolviam em questões de natureza pública e interesse geral. Assim se orientaram os pesquisadores que expuseram suas contribuições ao aprimoramento desse ramo do Direito privado, iniciando-se a primeira parte do livro com o capítulo dedicado à tutela dos direitos da personalidade diante da dignidade humana, seguindo-se vários outros neste mesmo horizonte norteador, passando pelo conceito jurídico de pessoa, pelo direito à imagem, à identidade cultural dos portadores de surdez, ao nome social dos transexuais e travestis e pela responsabilidade por violações do direito de imagem, entre outros. Não faltou a preocupação dos estudiosos com temas inspiradores como a fraternidade na função social dos contratos, a boa fé, a mesma função no âmbito da posse, a responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a insuficiência da legislação reguladora das relações estabelecidas por meio da Internet, além de outros assuntos de raciocínio semelhante. Importa ter em conta a boa qualidade de muitos dos trabalhos, cujos autores se debruçaram ao estudo de assuntos bastante controvertidos e que geraram amplas e profícuas discussões. Para bem cumprir a finalidade de pensar o Direito Civil na contemporaneidade, muitos dos trabalhos foram enriquecidos com pesquisas doutrinária e jurisprudencial, alguns até na comparação com o direito estrangeiro, proporcionando a que boa parte dos assuntos trouxesse o confronto dos aspectos teóricos com a aplicação prática do Direito por parte dos juízes e Tribunais, numa constatação dos rumos que a dogmática moderna do direito vem seguindo no Brasil. Todos esses temas demonstram o direcionamento destes pesquisadores na busca por aperfeiçoamento das discussões sobre a proteção aos direitos que compõem o Estatuto das relações privadas. A experiência do grupo de trabalho acabou por expor, também, as fragilidades que permeiam a proteção desses direitos, restando clara ainda a existência de vácuos que a construção (ou reconstrução, para uma expressão mais adequada) do arcabouço teórico e dogmático juscivilista ainda não deu conta de superar, especialmente quando se conjugam direitos de personalidade e regulação estatal. Ainda que a codificação de 2002 tenha proporcionado um leque de possibilidades a partir de cláusulas gerais e abertas, restam questões de difícil composição, para as quais a efetividade muitas vezes, passa ao largo da Justiça. O desejo dos organizadores desta obra é o de que ela se preste a aprimorar

as discussões da Academia do Direito contemporâneo, abrindo mais portas para novos contornos da espinhosa construção de um direito moderno, capaz de responder mais adequadamente às necessidades de composição dos conflitos e de promoção da justiça.

Christian Sahb Batista Lopes

José Sebastião de Oliveira

Maria Goretti Dal Bosco

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE SOCIAL FUNCTION OF POSSESSION IN BRAZILIAN LAW

César Augusto de Castro Fiuza
Clarice Fernandes Santos

Resumo

O presente estudo pretende analisar o instituto jurídico da posse sob sua ótica social no Direito Brasileiro, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia, principalmente. Busca-se examinar a posse como instituto autônomo à propriedade, garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Constituição de 1988, como fundamento da República. Para tanto parte-se de uma análise do conceito de posse, desde sua visão mais clássica, até os contornos que ganhou na atualidade. O método é basicamente o de revisão bibliográfica, a partir da qual se propõem as principais ideias. O fato de não haver na Constituição ou no Código Civil referência expressa à função social da posse, não significa que não exista e não se possa invocá-la.

Palavras-chave: Posse, Função social, Direitos fundamentais, Trabalho, Dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

This study analyzes the legal institute of possession in Brazilian law from its social prospective, as a means of realization especially of the fundamental rights at work and housing. The aim is to examine possession as an autonomous institute vis-à-vis to property, guarantor of the principle of human dignity, present in the 1988 Constitution as a foundation of the Republic. To achieve this goal, it departs from an analysis of the concept of possession based on a more classical view, to the outlines it won today. The method consists basically of literature review, from which derive the main ideas. The fact that there is in the Constitution or in the Civil Code no express reference to the social function of possession does not mean that it does not exist and that it can not be evoked.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Possession, Social function, Fundamental rights, Work, Human dignity

1. INTRODUÇÃO

A função social da posse possui relevante caráter na atualidade, pois é por meio dela que se efetiva a garantia constitucional contida no art. 6º da Constituição de 1988,¹ principalmente no que se refere aos direitos ao trabalho e à moradia, que, por via direta, asseguram o princípio da dignidade humana.

Apesar de a função social da propriedade ter recebido positivação expressa no Código Civil e na própria Constituição da República, o mesmo não ocorreu com a função social da posse. Contudo, pretende-se demonstrar que a ausência de norma expressa em nada perturba sua filtragem constitucional, uma vez que o acesso à posse é instrumento fundamental para a redução de desigualdades sociais e para a consecução da justiça distributiva.

Nesse sentido, a posse constitui instituto independente da propriedade, sendo atualmente vislumbrada como situação fática e jurídica merecedora de tutela, decorrente da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas.

Na sequência, o que se busca é exatamente demonstrar a importância da função social da posse, em que pese a ausência de norma expressa, bem como apresentar os argumentos que visam proteger sua funcionalidade e autonomia em relação à propriedade.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSE

Se, por um lado, a propriedade é uma situação jurídica consistente numa relação entre o dono e a coletividade, em virtude da qual surgem para ambos direitos e deveres, por outro lado, em que consiste a posse e qual é a sua natureza jurídica?

Em breves linhas, pode-se dizer que posse é uma situação jurídica caracterizada por dois elementos: *corpus* e *animus*. Inerente a essa situação, acha-se a relação possessória básica, entre possuidor e não possuidores, dela emergindo o direito real à proteção possessória.

¹ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para se chegar a essas ideias básicas sobre a posse, é importante entender sua evolução conceitual a partir de duas grandes escolas clássicas, a subjetivista e a objetivista.

Primeiramente, a teoria subjetivista, cujo principal defensor foi Friedrich Karl von Savigny, a posse pode ser conceituada como o poder direto ou imediato que uma pessoa tem de dispor fisicamente de um bem, com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa corrente, possui dois elementos.

O primeiro seria o *corpus*, elemento material da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa. O segundo elemento seria o subjetivo, o *animus domini*, a intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade.

Por via de consequência, caracteriza a posse o poder físico sobre a coisa, com a intenção de ser dono.

Para a segunda corrente, a objetivista, cujo principal defensor foi Rudolf von Jhering, para que se constitua a posse basta dispor fisicamente da coisa ou ter a mera possibilidade de exercer esse contato. Essa corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento central, o *corpus*, elemento material e único fato visível e suscetível de comprovação. Este é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente, em outras palavras, exercendo sobre ela os direitos de dono (usar, fruir, dispor e reivindicar). O *animus*, a seu turno, consiste na intenção do possuidor sobre a coisa, podendo ser a vontade de ser dono; a vontade de agir como dono, sem querer sê-lo; a convicção de dono, enfim, qualquer vontade ou intenção sobre a coisa. É elemento secundário, não sendo fundamental para a caracterização da posse, a não ser excepcionalmente, como no caso do usucapião, quando se exige um *animus* qualificado.

Entre as duas teorias, o Código Civil de 2002, seguindo a esteira do Código de 1916, adotou a objetivista de Jhering. De acordo com o art. 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Observa-se que o diploma civil define a posse como o exercício pleno ou não de algum dos poderes inerentes à propriedade. A ênfase, portanto, é sobre o *corpus*, bastando o exercício de um dos direitos de dono para que se configure a posse. Pode-se

dizer, então, que, todo proprietário será possuidor, mas nem todo possuidor será proprietário.

No entanto, embora se refira à função social da propriedade, Código Civil brasileiro pecou, a não se referir expressamente à função social da posse, tão importante ou mais do que aquela, na atualidade.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE X FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O Código Civil de 2002 prevê a função social da propriedade em seu art. 1.228, § 1º:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Quanto à função social da posse, embora não se encontre expressamente regulamentada, é possível, quando nada, deduzi-la da própria função social da propriedade, uma vez que a posse consiste exatamente no exercício dos direitos de dono. Evidentemente, que, diante do sistema impresso pelo ordenamento constitucional, a função social pode ser também derivada da importância da posse como instrumento de promoção da dignidade humana.

Assim é que nos dias atuais, a dinâmica das relações reais permite ver no instituto da posse um importante meio para se alcançar os objetivos sociais e humanos da Constituição.

Todavia, a função social da posse situa-se num plano distinto da propriedade. Primeiramente, porque a função social é muito mais evidente na posse do que na propriedade, uma vez que esta, mesmo inerte, mantém-se como tal. A função social da propriedade corresponde muito mais a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da relação anti-individualista. “O fundamento da função social da propriedade é o de eliminar da propriedade privada o que há de

eliminável. Já o fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade.” (FACHIN, 1988, p. 19)

A função social (da propriedade) está integrada, pois ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública ou privada. [...] A função social da propriedade assume dois relevantes aspectos, [...] o primeiro, se referindo ao aspecto estático da propriedade, da sua apropriação, estabelecendo limites para a extensão e aquisição da propriedade por parte do proprietário. O segundo, legitimando a obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo diretamente sobre a atividade de desfrutamento e de utilização do bem e condicionando a estrutura do direito e o seu exercício. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 53-54)

A posse não é protegida apenas como salvaguarda da propriedade; refere-se antes a uma atitude proativa do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade coletiva de apropriação e exploração econômica das coisas, de acordo com os costumes e a opinião pública.

Logo, mesmo estando intimamente ligada ao domínio (direitos de dono), a posse deve ser vista como um fator autônomo, porque ao exercer os direitos de propriedade, o titular pratica atos de posse, mas também empreende atos estranhos a ela.

A posse, portanto, deve ser vista como um instituto capaz de cumprir uma função social e econômica, sem se levar em conta somente a propriedade.

Essa ideia, inclusive, consta do Enunciado n. 492, aprovado na V Jornada de Direito Civil de 2011, com a seguinte redação: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.”

Segundo a lavra de Marcos Alberto Rocha Gonçalves:

A valorização da função social da posse representa o rompimento do formalismo individualista diante das demandas sociais. Compreende-se, a partir desse modelo, a construção de possíveis pontes entre as necessidades de uma sociedade multifacetada (e desigual) e o caminhar rumo a um efetivo Estado democraticamente organizado, afastando-se da dogmática estruturada na ficção da igualdade formal. Titularidades formais e fruição real das possibilidades emergentes de bens que atendam às necessidades é, ainda, um

caminho a percorrer. Se historicamente o discurso jurídico aproximou propriedade e posse, é tempo, pois, de desvincular forçosa construção, pois, consoante há muito tempo anunciou José Saramago, ‘ter não é possuir’. (2014, p. 269-270)

Nesse mesmo sentido entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, segundo os quais,

a posse não é um apêndice da propriedade, ou sua aparência e sombra. Muito pelo contrário. A posse é impregnada de valores sociais e de poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida. A posse deve ser considerada como fenômeno de relevante densidade social, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais. Deve-se descobrir na própria posse as razões para o seu reconhecimento. (2011, p. 54)

Ao se estudar a função social da propriedade, procura-se buscar soluções para aquelas situações em que o proprietário exerce a sua liberdade de ação, mas é negligente em dar utilidade àquilo que lhe pertence. Será punido pelo ordenamento jurídico por se omitir em dar efetividade ao direito fundamental do art. 5º, XXIII, da Constituição.² O proprietário é titular de direitos subjetivos, mas é seu dever assumir responsabilidades perante a coletividade.

Todavia, quando a função social da posse é analisada, não há preocupação com a trajetória isolada do proprietário e o seu compromisso com o atendimento a direitos fundamentais. Aprecia-se a atuação fática de um possuidor sobre a coisa que o titular patrimonial desvinculou de qualquer função social.

Nesse contexto, nada mais próprio do que se invocar mais uma vez as palavras de Luiz Edson Fachin, segundo o qual, “o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade”. (1988, p. 19)

Na função social da posse o possuidor não é mais inserido numa sociedade amorfa, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade. Aqui, o possuidor adquire individualidade e busca

² Art. 5º, XXIII, CF: A propriedade atenderá a sua função social.

acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial. São casos em que a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário, mas um possuidor. (FACHIN, 1988, p. 23)

Surge então uma tensão entre o direito fundamental individual de propriedade, art. 5º, XXII, da Constituição,³ e o direito subjetivo do inciso XXIII, sendo necessária a convivência com prováveis hipóteses de colisão entre os princípios da função social da propriedade e da função social da posse. Esta tensão será solucionada pela lei ou pelo magistrado, com base no princípio da proporcionalidade. (FACHIN, 1988, p. 25)

Em resumo, a função social da posse diferencia-se da função social da propriedade no sentido de que se pune a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. (FACHIN, 1988, p. 26)

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A crise do positivismo jurídico abalou a dogmática jurídica no decurso do século XX, quando o Direito era tratado como uma técnica engessada, imune às transformações sociais. Ora, um ordenamento baseado numa pretensa completude de suas normas não seria capaz de captar os influxos emanados de outros sistemas, nem ao menos seria sensível aos apelos da sociedade que visava alcançar.

Atualmente, a ciência jurídica volta o olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há mais interesse tão evidente em conceituar a estrutura dos institutos, mas em direcionar seu papel e missão para a coletividade, na incessante busca pela solidariedade e pelo bem comum.

A função social se dirige não só à propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer instituto, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano.

Assim como a propriedade, também a posse cumpre uma importante função social. Normalmente, quando se fala em função social da propriedade, já se está falando em função social da posse, afinal esta é a aparência daquela. Todavia, em muitos casos, a posse vem desacompanhada da propriedade, como é o caso do locatário, do

³ Art. 5º, XXII, CF: é garantido o direito de propriedade.

usufrutuário, do devedor fiduciante e outros. Especialmente nesses casos, deve-se falar em função social da posse, como instrumento de promoção da dignidade humana.

A posse ganha autonomia em relação à propriedade, como instrumento de promoção da vida digna, especialmente caso se leve em conta a moradia e o trabalho. A redução dos prazos do usucapião especial, familiar e mesmo o ordinário e extraordinário são consequência do princípio da função social da posse.

Mais uma vez aqui, deve-se pensar na situação de milhares de pessoas que não têm casa própria; são locatários, possuidores de imóvel residencial alheio. Sua posse deve ser protegida, ainda que contra o próprio dono.

Posse, nesse caso, pode significar vida digna. Deve-se lembrar, todavia, que função social não é instrumento de distribuição nem de extermínio de riqueza. O ódio à riqueza não legitima seu extermínio, justificando-o pela função social. Assim, o juiz não poderá deixar de decretar o despejo de um locatário inadimplente com base na função social da posse.

Não se trata de função social, mas de caridade cristã, que o juiz poderá fazer, com seus próprios recursos, se quiser. Mesmo o despejo imotivado não deixará de ser decretado com base na função social da posse. Função social não é isso. Para entendê-la melhor, a própria Lei 8.245/1991 nos dá bons exemplos: o locatário inadimplente poderá evitar o despejo se purgar a mora; mesmo o locatário despejado terá algum tempo para se retirar do imóvel; o despejo de hospitais e escolas tem tratamento diferenciado; o próprio despejo na locação residencial é diferente do despejo nas locações não residenciais. Todas essas regras encontram fundamento na função social da posse.

Pergunta-se, poderá o juiz, com base na função social da posse, eventualmente, dilatar o prazo de restituição do imóvel, numa locação residencial? Neste caso, desde que não se exceda muito (dobre ou triplique o prazo, por exemplo), e desde que as circunstâncias o permitam, é possível entender que sim. O princípio da função social da posse pode servir para flexibilizar as regras da Lei 8.245/1991. Mas é só isso. Uma coisa é dilatar um pouco o prazo do despejo, outra coisa totalmente diferente e inadmissível é deixar de decretar o despejo.

A doutrina clássica entende que a função social da posse foi introduzida no ordenamento pátrio em razão de seu caráter fático, e não funcional, tendo em vista que o vínculo entre o possuidor e o bem não se consubstancia numa relação jurídica.

Todavia, esta concepção absoluta entre o ser e a coisa tem-se tornado ultrapassada, e já é enxergada de forma relativa, ou seja, há uma relação entre o ser proprietário e o ser não proprietário, em que ambos irão pautar-se de acordo com os limites legais. Sob esta nova perspectiva, a posse também assume uma relação passível de funcionalidade, tal como a propriedade (possuidor e não possuidor), sendo instrumento de produção e circulação de riqueza.

A legislação brasileira, embora não expresse literalmente a função social da posse, traz implícita sua existência, conforme se extrai dos seguintes artigos do Código Civil:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Referidos artigos tratam do usucapião, que confere a propriedade ao possuidor que utilize o bem para sua moradia ou trabalho, em detrimento do proprietário, que tenha deixado de utilizá-lo. Nesse sentido, a função social da posse afasta o individualismo, coibindo o uso abusivo da propriedade, que deve ser funcionalizada para o bem comum.

Nessa seara, a jurisprudência vem atribuindo função social à posse, considerando esta para fins de moradia e atividade produtiva, conforme se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSE PRÉVIA DA AUTORA, NÃO COMPROVADA. Ausência de “jus possessionis”. Pretensão que deve escoar pela via reivindicatória. 1. **No caso concreto, parece ser inafastável a conclusão de que os autores nunca atribuíram qualquer função social aos imóveis, em contraposição à conduta adotada pelos réus, que utilizam o imóvel para sua moradia e atividade produtiva. Saliente-se que, para a sociedade e para a ordem jurídica, merece proteção e prestígio a atuação daquele que dá**

destinação social a uma riqueza, cumprindo a função social inerente ao bem, em contraponto à inércia do titular, que ignora que além de direitos tem também obrigações de caráter positivo. (...) (TJ/RJ - 19ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0000691-76.2010.8.19.0028, Relator Desembargador Marcos Alcino A. Torres, Julgamento: 21/05/2013).

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

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. **apelção do réu, pugando pela improcedência do pedido. É fato incontroverso que os réus exercem posse de área objeto do litígio há mais de 40 (quarenta) anos, exercitando a função social da posse.** Ausência de comprovação de esbulho decorrente de ato violento, clandestino ou eivado de vício de precariedade. Autor que, em depoimento pessoal, aos 53 (cinqüenta e três) anos, afirma que o réu iniciou o aterro de parte do terreno disputado quando detinha apenas 13 (treze) ou 14 (quatorze) anos. Juízo possessório no qual discute-se tão somente o direito à posse, como tutela de fato, não sendo admitida discussão sobre o domínio da coisa. Recurso ao qual se dá provimento, na forma do art. 557, §1º-a, do código de processo civil. (TJ/RJ - 13ª Câmara Cível. Apelação Cível. nº 0003045-53.2002.8.19.0061, rel. des. Gilda Carrapatoso, julgamento 18/02/2013).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO - REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS. **Uma vez comprovada a posse mansa, pacífica e ininterrupta com animus domini, pelo prazo de vinte anos, previsto no art. 550, parágrafo único, do CC/1916, sobre o imóvel, quando presente a função social, é de rigor a procedência do pedido de usucapião, reconhecendo o domínio da parte requerente.** (TJ/MG - 14ª Câmara Cível.

Apelação Cível. nº 1.0145.07.423218-5/001, rel. des. MARCO AURELIO FERENZINI, julgamento 30/04/2015).

Nesse contexto, pode-se afirmar que o instituto da posse desempenha relevante caráter social, pois por meio dela se efetivam as garantias contidas no art. 6º da Constituição de 1988:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Desta forma, aquele possuidor que exerça de forma produtiva a posse de um determinado bem, ou o utilize para sua moradia, mesmo não sendo o proprietário, concretiza a função social da posse, alcançando o objetivo do legislador constituinte e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, leciona Sergio Iglesias Nunes de Souza:

Não olvidamos, ainda, que o direito a moradia é um direito de solidariedade, pois está relacionado ao trabalho, à educação e à saúde do indivíduo. É um direito relacionado ao aspecto comunitário, ou seja, a um Estado que busca a construção de uma ordem social e jurídica com fundamento na solidariedade, um Estado de ação positiva, na busca de uma melhor qualidade de vida. A moradia é elemento de cidadania e um direito público subjetivo. É possível coexistir tais características em que pese a sua classificação como direito de segunda dimensão em razão do princípio basilar estabelecido na CR/1988: a dignidade da pessoa humana. E a proteção deste princípio condiz não só com o interesse individual, mas interesse social e público, conforme grau do direito em suas evolutivas facetas dimensionais. (2013, p. 114)

E ainda, conforme Letícia Marques Osório:

A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurado a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias

independentemente de idade, status econômico, grupo ou outra afiliação e status. (2004, p. 35)

Deste modo, para a sociedade, bem como para o ordenamento jurídico, merece proteção o indivíduo que dá destinação social ao bem possuído, seja por meio de seu trabalho ou moradia, ainda que em desfavor do titular da propriedade.

Veja-se o que leciona Albuquerque:

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

Notável exemplo de cláusula geral relacionada diretamente com a função social da posse é encontrada no §4º do art. 1.228 do Código Civil, senão vejamos:

O proprietário também poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Trata-se de modalidade de perda da propriedade pelo trabalho alheio, cujo interesse social e econômico por parte de certa coletividade apresenta mérito e relevância suficientes, que justificam a privação da propriedade.

Em consequência, a jurisprudência, bem como a doutrina entendem, atualmente, que, quando houver divergência entre os anseios do proprietário que deseja a posse, mas nunca lhe tenha dado função social e, de outro lado, o possuidor, que mantém ingerência econômica sobre o bem, conferindo-lhe função social, será

necessário priorizar a interpretação que mais sentido possa conferir à dignidade da pessoa humana, no caso, do possuidor.

Optar cegamente pela defesa da situação do proprietário, em detrimento da situação do possuidor, implica a validação do abuso do direito de propriedade como negação de sua própria função social. Eventualmente, o direito à propriedade deverá ceder ao direito à posse.

Daí a necessidade de se entender a posse como um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma em relação à propriedade. Negar a função social da posse é continuar acreditando que apenas os proprietários têm direito subjetivo sobre o bem, e, de certa forma, respaldar as doutrinas clássicas que veem na função social apenas um caráter negativo.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que a posse é um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma, não necessariamente vinculada à propriedade. A posse caracteriza-se pela apropriação econômica e social de um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar os direitos fundamentais sociais de moradia e trabalho. É importante ressaltar que, numa sociedade solidária, interessa a todos o bem-estar de cada um.

Não se pode mais ter como paradigma um conceito dependente de posse, mas uma noção pluralista e autônoma, valendo-se a posse como meio de realização das muitas e legítimas necessidades da pessoa humana.

O direito à moradia traduz uma necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna, que envolve a necessidade do Estado de promover políticas voltadas à proporcionar tal garantia a todo e qualquer cidadão.

A posse deve ser, portanto, defendida por ser um fim em si mesma, não a projeção de um outro direito pretensamente superior, o de propriedade. Deve-se avaliar a posse por sua função social determinante, não por seus eventuais efeitos, quais sejam, dentre outros, o acesso aos interditos proibitórios e ao usucapião.

Mais do que uma situação de poder fático sobre a coisa, como defende Jhering, a posse, por intermédio de sua função social, garante o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o da igualdade; fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito e

ameniza as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como o valor à vida, à saúde e à cidadania.

A missão dos magistrados será avaliar, em cada caso concreto, se os seus protagonistas cumprem a função social da propriedade e da posse, com a consciência de que ambas são merecedoras de tutela constitucional.

6. REFERÊNCIAS

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

AMORIM, Raphael de Jesus Serra Ribeiro. **Função Social Da Posse No Direito Brasileiro**. Disponível em:

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3635>.

Acesso em: 22.06.2015.

COSTA, Samara Danitielle. A função social da posse. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1222

2. Acesso em: 22.06.2015.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

MORAES FILHO, Odilon Carpes. **A função social da posse e da propriedade nos direitos reais**. Disponível em:

http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/odilonm2.pdf.

Acesso em: 22.06.2015.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17. ed., São Paulo: RT, 2014.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **A posse como direito autônomo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014;

IERMEN, Inácio Fabiano: **Estudo da Posse e sua Função Social**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6727-estudo-da-possa-e-sua-funcao-social>. Acesso em: 22.06.2015.

LOPES. Simone Dalila Nacif. **O Direito Fundamental à Moradia como Critério Inafastável de Interpretação das Normas Jurídicas e do Incremento da Função Social da Posse**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/10/procesocivil_275.pdf. Acesso em: 22.06.2015.

MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Função Social da Posse no Código Civil**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9731>. Acesso em: 22.06.2015.

NICOLETTO, Rodrigo Lucietto. **Função social da posse: efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/25145-fun-o-social-da-posse-efetivando-o-princ-pio-da-dignidade-da-pessoa-humana>.

Acesso em: 22.06.2015.

OSÓRIO, Letícia Marques. **Direito à moradia adequada na América Latina**. In: ALFONSIN, B.; FERNANDES, E. (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processor de gestão**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

ROSA, Marizélia Peglow. **A função social da posse no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf. Acesso em: 22.06.2015.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade.** São Paulo: RT, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas.** São Paulo: Método, 2015.