

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL INDIRETA E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

L'ESPROPRIAZIONE INDIRETTA E IL PRINCIPIO DELLA FUNZIONE SOCIALE

Rafael Henrique Gonçalves Santos*

Resumo

O instituto da posse é um dos mais polêmicos do direito civil. A posse, sem sombra de dúvidas vem gerando incontáveis discussões no mundo acadêmico. Quando se está diante da posse as dificuldades vão além do plano teórico e, indiscutivelmente, adentram-se no plano prático. Estudar posse é rever 2000 anos de civilização romano-cristã, é reanalisar teorias que surgiram em meados do século XIX e que até hoje influenciam os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica. Com a afirmação do princípio da função social na Carta Magna de 1988, bem como do princípio da dignidade humana e o direito de moradia, a posse na contemporaneidade passou a ter novos contornos. Atualmente tornou-se inviável conceituar a posse tendo por base o direito de propriedade, uma vez que a posse, pura e simplesmente considerada, é ferramenta indissociável das políticas sociais, seja no âmbito rural, seja no âmbito urbano. Buscar a razão de ser do instituto da posse nas clássicas teorias subjetiva e objetiva não mais atende aos anseios da sociedade moderna. Dessa feita, o presente trabalho visa trazer à baila o grande avanço dado pelo Código Civil, no que diz respeito à função social da posse instrumentalizada por meio dos §§ 4º e 5º, do artigo 1228 de tal *codex*, demonstrando de maneira sucinta como o mesmo pode ser utilizado para auxiliar os problemas sociais enfrentados na contemporaneidade pelo Poder Público brasileiro, bem como para assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana e o acesso à moradia, ideologias caras para a Lei Maior de 1988.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Coisas. Posse. Propriedade. Desapropriação. Função Social.

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, membro do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, Advogado.

Riassunto

L'istituto del possesso è considerato come una delle entità più polemiche del diritto civile ed ha suscitato innumerevoli discussioni nel contesto accademico. Per quanto riguarda il concetto di possesso, le difficoltà vanno oltre il piano teorico e si addentrano indiscutibilmente sul piano pratico. Analizzare il principio di possesso è rivisitare 2000 anni di civiltà romana e cristiana e indagare su teorie nate nella metà del XIX secolo, ma che ancora oggi influenzano gli ordinamenti giuridici della tradizione romano-germanica. Tale istituto ha assunto oggi nuovi contorni mediante l'affermazione del principio della funzione sociale, presente nella *Carta Magna* del 1988, così come il principio della dignità umana e il diritto all'abitazione. Attualmente non è possibile dare una definizione di possesso prendendo come base il diritto al possesso, quando questo è semplicemente e puramente uno strumento indissociabile dalle politiche sociali, sia in ambito rurale, che in ambito urbano. Ricercare l'essenza dell'istituto del possesso nelle teorie classiche soggettive e oggettive non soddisfa più le aspettative della società moderna. Per questo motivo, il presente lavoro si propone di introdurre il grande avanzamento, proposto dal Codice Civile, sul piano della funzione sociale della proprietà, strumentalizzata per mezzo degli §§ 4° e 5° dell'articolo 1228 del presente *codex*. Si pretende dimostrare succintamente come questo può essere utilizzato dal Potere Pubblico brasiliano per affrontare i problemi sociali attuali, così come garantire i principi della dignità umana e l'accesso all'abitazione, ideologie fondamentali della *Lei Maior* del 1988.

Parole chiave: Diritto Civile. Diritto delle Cose. Possesso. Espropriazione. Funzione Sociale.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da posse, conquanto atraente, é dos mais árduos de todo o direito civil. Dificilmente se encontrará tema que mais tenha cativado a imaginação dos juristas. Em compensação, dificilmente se encontrará outro que mais haja resistido à penetração da análise e às elucidações da doutrina. (WASHINGTON DE BARROS, 2013).

Talvez pelo fato de, nestes 2000 anos de civilização romano-cristã, viver a posse sempre presente na cogitação dos civilistas, é o campo onde os temas andam mais

controvertidos. Tudo, em termos de posse, é debatido, negado, reafirmado. As palavras mesmas – *possessio, possidere* -, que nos deram *posse* e *possuir*, são de étimo duvidoso. (CAIO MÁRIO, 2010).

O estudo acerca do instituto da posse, não obstante venha recebendo novos contornos pelos juristas contemporâneos, se prolonga desde os tempos de Roma. Segundo o magistério do saudoso Professor Caio Mário da Silva Pereira:

Embora o Romano nunca fosse propenso às abstrações e por isso não tivesse elaborado uma teoria pura da posse, aquele Direito foi particularmente minucioso ao disciplinar este instituto. Tão cuidadoso, que quase todos os sistemas jurídicos vigentes adotam-no por modelo (...). Os doutores de maior talento e engenho, ao formularem a sua dogmática, não perdem de vista os textos e as proposições que os jurisconsultos enunciaram. E, mesmo quando alguém supõe estar fazendo obra original, nada mais consegue do que repetir ou adaptar em linguagem a experiência que o *Corpus Iuris Civilis* fixou há 15 séculos, e que o tempo decorrido e o reestudo sedimentaram. (CAIO MÁRIO, 2010, p. 11).

Não se pode negar que novos contornos vêm sendo conferidos à posse, na medida em que a sua disciplina deve ter os olhos voltados para a presente organização social, bem como para o contexto histórico em que está inserida, sob pena de se resumir num instituto vazio e que não atenda às demandas sociais. Todavia, também é certo que ao se olhar para frente quando o assunto é posse, não se pode deixar de dar atenção à riquíssima evolução pela qual esse instituto passou, ou seja, deve-se olhar para o futuro, mas sempre voltando ao passado.

As novas concepções que vêm sendo dadas a posse, deixam claro que a mesma não pode ser vista como um mero reflexo do direito real de propriedade. A interpretação literal conferida ao artigo 1.196 do Código Civil de 2002, com fincas na teoria objetiva da posse idealizada pelo Ilustre romanista Rudolf Von Ihering, no sentido de que considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, se mostra insuficiente quando se está diante da complexidade da sociedade atual.

Diante dos diversos problemas pelos quais a sociedade brasileira vem passando, seja no ambiente campesino com a redistribuição de propriedades rurais, seja no meio urbano com a falta de moradia para a parcela mais carente da população, a autonomia conferida à posse é de inquestionável importância para se atender aos anseios sociais.

As teorias subjetiva e objetiva da posse, a primeira idealizada pelo romanista Friedrich Karl Von Savigny e a segunda pelo romanista Rudolf Von Ihering, não obstante ainda sejam largamente estudadas nos manuais de direito civil e influenciem quase todos os ordenamentos jurídicos dos países de cultura jurídica romano-germânica, com destaque para a

teoria objetiva de Ihering adotada, inclusive, pelo Código Civil de 2002, são insuficientes quando se analisa a posse sobre os contextos histórico e social brasileiros.

Como enfatiza Menezes Cordeiro:

Por certo que os discursos concretos de Savigny e Ihering não podem, hoje, ser pura e simplesmente subscritos: nem um, nem outro. As realidades que ele traduzem são, porém, bem reais. Os estudiosos da posse têm o dever de as conhecer e o ônus de optar, em termos justificados. (MENEZES CORDEIRO apud NELSON ROSENVALD, 2014, p. 52).

A posse não pode ser vista como uma simples sentinela avançada do direito de propriedade. A posse deve ser vista como um instituto independente ao direito de propriedade. Ou melhor, os interditos possessórios não podem ser encarados como simples mecanismos mais céleres hábeis a tutelar, num último momento, a propriedade privada, na medida em que a ação reivindicatória exige um conteúdo probatório mais robusto dos litigantes.

Com a consagração do princípio da função social da propriedade pela Lei Maior de 1988, a propriedade privada perde o seu caráter absoluto e individualista oriundos do Código Civil Napoleônico, fruto da revolução francesa, de modo que o exercício dos poderes oriundos da propriedade privada não diz respeito mais apenas à relação do proprietário com a coisa, mas está subordinada a uma orientação finalística que considera o uso da coisa e a relação social e historicamente situada entre proprietários e não-proprietários.

A intervenção estatal no domínio econômico exigiu tutela constitucional de interesses comunitários ou públicos, mesmo no tocante a relações jurídicas da esfera do direito privado. A funcionalização da posse e do direito de propriedade insere-se no conjunto de novos paradigmas contemplados pelas constituições contemporâneas para a reorientação valorativa e finalística do exercício da posse e dos poderes proprietários, de forma a preservar os interesses comunitários, sem necessariamente negar o papel da iniciativa individual para o desenvolvimento social e econômico dos povos. (FRANCISCO CARDOZO, 2006).

Assim, na atualidade, não se contempla mais se falar em propriedade sem se falar em função social. Os direitos proprietários, outrora tidos por absolutos, não podem mais ser exercidos segundo bem entender o proprietário. A propriedade funcionalizada eleva a relação entre proprietários e não-proprietários acima da relação entre proprietário e o bem.

Ao lado da propriedade funcionalizada, a posse funcionalizada também é tema largamente estudado pelos civilistas na atualidade, eis que é o possuidor que, na grande maioria dos casos, efetivamente confere função social ao bem. Diz-se ao bem, porque a expressão “função social à propriedade” traz a idéia de que somente o direito real de

propriedade está apto a conferir função social quando, na grande maioria das vezes, é a posse que confere função social ao bem.

2 DA FUNÇÃO SOCIAL

O princípio da função social, instrumento indispensável quando se está diante dos atuais problemas de moradia e redistribuição de terras, pode ser dividido sobre dois enfoques: a função social da propriedade; e a função social da posse. Trabalharemos de maneira breve a função social sob a ótica da posse e da propriedade privada.

2.1 A função social da propriedade inserida na realidade social e histórica

A intervenção estatal no domínio econômico exigiu tutela constitucional de interesses comunitários ou públicos, mesmo no tocante a relações jurídicas da esfera do direito privado. A funcionalização da posse e do direito de propriedade insere-se no conjunto de novos paradigmas contemplados pelas constituições contemporâneas para reorientação valorativa e finalística do exercício da posse e dos poderes proprietários, de forma a preservar os interesses comunitários, sem necessariamente negar o papel da iniciativa individual para o desenvolvimento social e econômico dos povos. (FRANCISCO CARDOZO, 2006).

Falar em propriedade nos dias de hoje é falar em função social. A função social está inserida no próprio conceito de propriedade contemporâneo, eis que a propriedade não pode mais ser vista como uma relação entre o proprietário e a coisa, aquele com a prerrogativa ilimitada de exercer os poderes proprietários. É imprescindível que a propriedade seja analisada também sob a ótica da relação entre proprietários e não-proprietários, principalmente para que se possa elaborar tutelas mais efetivas e concretas aptas a resguardarem o direito de propriedade na sua concepção atual e, portanto, a própria propriedade. Conforme enfatiza Francisco Cardozo Oliveira:

A função social integra a essência da propriedade de modo que, na modernidade, passou a constituir-se em garantia da tutela jurídica do direito de propriedade. A propriedade não é o *prius* a que se conecta o *posterius* da função social. A

propriedade contém a função social sem que o fato de contê-la venha a reduzi-la à mera propriedade-função, em que são diluídos os poderes proprietários. A extensão dos poderes proprietários, na propriedade funcionalizada, é medida através da relação concreta entre proprietários e não-proprietários. A função social enriquece a propriedade, porque confere ao exercício dos poderes proprietários valor que ultrapassa a relação entre o proprietário e a coisa. A funcionalização valoriza a utilidade individual e coletiva proporcionada pelo uso do bem, direcionado para o objetivo finalístico traçado pelo ordenamento jurídico. O conceito de propriedade não se completa sem que considerada a função social. (FRANCISCO CARDOZO, 2006, p. 242-243).

Com o surgimento do princípio da função social, os métodos anteriormente adotados para a conceituação abstrata do direito de propriedade se mostram insuficientes, eis que somente existirá a prerrogativa de exercer o direito de propriedade àquele proprietário que dê efetivamente função social ao bem.

Dessa forma, não é suficiente que se conceitue de maneira abstrata e cristalizada o direito de propriedade. Com a funcionalização da propriedade torna-se necessário um olhar metajurídico, voltado para a realidade social e histórica de determinada sociedade, para que se analise se a função social está sendo cumprida. O princípio da função social, redireciona o conceito de propriedade para que sejam levadas em consideração a realidade histórica e social em que inseridos a situação proprietária concreta e o conflito entre proprietários e não-proprietários.

Como bem ressalta Francisco Cardozo Oliveira:

Uma vez considerado que os elementos da função social estão vinculados à realidade social e histórica, qualquer tentativa de conceituá-la sem levar em conta esta vinculação estará sujeita ao fracasso. A idéia de função social contempla uma atividade por parte do proprietário tendente a concretizar, na realidade social e histórica, determinado objetivo homogeneizador, integrado à ordem jurídica, que qualifica o modo de apropriação de bens, notadamente bens de produção. (FRANCISCO CARDOZO, 2006, p. 243-244).

Ainda segundo referido jurista (2006), quanto mais intensa a funcionalização, a limitação de um conceito abstrato de propriedade se torna mais evidente, eis que, conforme visto alhures, a análise dos valores sociais e históricos são indispensáveis para a efetivação da função social da propriedade. Ou seja, a realidade social é muito rica para ser conceituada de maneira cristalizada e imutável.

A função social, enquanto elemento integrador do próprio conceito de propriedade, faz com que conceituar de maneira sedimentada a propriedade privada seja inviável. É que, insiste-se, para se averiguar se a função social está sendo cumprida ou não, se mostra imprescindível que o faça com os olhos voltados para a realidade social e histórica.

Hipoteticamente falando, suponha-se que em determinado país todo cidadão, sem exceção, seja proprietário de uma parcela igual de terra. Se, porventura, um deles resolva utilizar apenas de 50% da sua parcela de terra e, voluntariamente, deixar de utilizar os outros 50%, não há que se falar em perda da parcela não utilizada, em decorrência da função social, com o fundamento de que outro cidadão não tem acesso à propriedade privada. Mas, por outro lado, pode-se cogitar a possibilidade de perda da propriedade privada, caso a sua não utilização influencie negativamente a economia de tal país. Repare-se, que a caracterização do comprimento da função social depende, indubitavelmente, do contexto social e histórico em que será aplicada.

A função social é um conceito aberto. Sua caracterização e concretização irão depender dos valores históricos e sociais de determinado povo, juntamente com os elementos principiológicos do ordenamento jurídico vigente à época. Assim, o hermeneuta assume importante função na concretização do princípio da função social e, ato contínuo, na concretização do próprio direito de propriedade.

O proprietário deixa 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. (FRANCISCO CARDOZO, 2006).

Dessa forma, o *jus abutendi*, não significa a prerrogativa de dispor da coisa, destruindo-a gratuitamente, não significa um poder ilimitado do proprietário sobre os bens. Aliás, se nem no direito romano se admitia a idéia de um uso anti-social do domínio, haja tal noção é inconcebível, principalmente em um país como o nosso, cujas várias Constituições há muito proclamam que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. (SILVIO RODRIGUES, 2007).

É importante ressaltar que o princípio da função social da propriedade não é uma forma de eliminação da propriedade privada como alguns defendem. O princípio da função social é uma forma de se dar acesso a propriedade privada aos proprietários e não-proprietários.

Uma vez que se cumpra a função social da propriedade, com a valorização da utilidade individual e coletiva do bem, a propriedade privada suprirá as necessidades dos proprietários e não-proprietários, o que acarretará numa maior satisfação dos não-proprietários e, conseqüentemente, diminuirá os anseios e as necessidades destes de aquisição da propriedade.

Ou seja, a função social não exclui o direito de propriedade. A bem da verdade, a perda da propriedade em decorrência do seu não cumprimento é a última *ratio*. Afinal, conforme supramencionado, a função social está inserida no próprio conceito de propriedade.

A perda da propriedade pelo não cumprimento de sua função social é consequência máxima e última, uma vez que não é interessante para os não-proprietários que os proprietários percam o domínio sobre o bem. O que é de mais valia é que o Estado confira elementos mínimos hábeis a dar condições para que o proprietário cumpra a sua função social e, dessa forma, melhore a relação entre o mesmo e os não-proprietários, para que estes tenham acesso à propriedade alheia sem a necessidade de serem proprietários.

Segundo leciona Francisco Cardozo Oliveira:

A valoração dos interesses não-proprietários na situação proprietária concreta, embora possa preponderar, em determinados casos, sobre os interesses proprietários, não chega a acarretar a supressão pura e simples dos poderes inerentes ao direito de propriedade. Ao contrário, na situação proprietária concreta, a relação entre proprietários e não-proprietários intensifica o papel do proprietário no exercício dos poderes proprietários, porque o princípio da função social impõe obrigações positivas. Exige-se do proprietário o incremento de atividades que conduzam à concretização da finalidade almejada pelo ordenamento jurídico para o uso e para a utilização do bem objeto da propriedade. Do ponto de vista dos interesses não-proprietários, na situação proprietária concreta, não é relevante, a princípio, a supressão dos poderes proprietários (que pode ocorrer no caso de o proprietário deixar de observar as imposições do princípio da função social). O que é importante para a defesa dos interesses não-proprietários é que o proprietário faça uso do bem e desenvolva atividade, de acordo com a finalidade tutelada pelo ordenamento jurídico. Não há na propriedade funcionalizada um desvalor à propriedade. A função social confere à propriedade valores qualitativamente diferentes daqueles que sustentaram a concepção da propriedade absoluta, supostamente existente no direito romano e definida no século XIX e no início do século XX. Esta diferença qualitativa decorre da consideração dos interesses não-proprietários na situação proprietária concreta. (FRANCISCO CARDOZO, 2006, p. 272).

Silvio Rodrigues (2007, p.86) é contundente ao afirmar que, “parece inegável que a evolução desse direito (direito de propriedade) se processa sem o sacrifício da propriedade privada dos meios de produção”.

Dessa forma, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não é mais possível dissociar a propriedade da idéia de função social. A função social penetra a estrutura do direito de propriedade, de forma que os poderes inerentes à propriedade não diz respeito mais somente à relação entre o proprietário e a coisa. A função social faz com que tais poderes estejam subordinados a uma orientação finalística que considera o uso da coisa e a relação social e historicamente situada entre proprietário e não-proprietário.

A propriedade contém a função social sem que o fato de contê-la a reduza a mera propriedade-função, que só sirva para acarretar deveres ao proprietário, com a diluição dos

seus poderes inerentes ao exercício da propriedade. O princípio da função social da propriedade direciona o conceito de propriedade para a recepção de valores ligados à realidade social e histórica em que estão inseridos a situação proprietária concreta e o conflito entre proprietários e não-proprietários, com a superação da concepção individualista do direito de propriedade.

2. 2 A função social da posse

Por toda a Idade Média, como nos tempos modernos do direito, quer nos países em que a propriedade é sedimentada nas bases da velha tradição, quer naqueles outros em que a competição pelo aproveitamento de amplas extensões territoriais dá maior ênfase à *affectio tenendi* – sempre a posse ocupa a mais relevante função social, e sua proteção reclama maior atividade do aparelho judiciário. (CAIO MÁRIO, 2010).

Existe na contemporaneidade o que se pode chamar de desapego aos conceitos abstratos oriundos do pandectismo alemão, que se debruçou sobre a elaboração de um saber jurídico fundado na formulação de conceitos organizados de maneira sistemática.

A academia deixa de ter os olhares fixos em conceitos abstratos dissociados da realidade e passa a se preocupar com a busca por um bem estar comum, sob a ótica da realidade social e histórica em que está inserido determinado instituto, inclusive, a posse. Conforme bem destaca Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Atualmente, a ciência jurídica volta a olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há mais um interesse tão evidente em conceituar a estrutura dos institutos, mas em direcionar o seu papel e missão perante a coletividade, na incessante busca pela solidariedade e pelo bem comum. Enfim, a função social se dirige não só à propriedade, aos contornos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano. (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 62-63).

As teorias subjetiva e objetiva, apontam duas razões distintas para justificar a tutela possessória. Savigny, idealizador da teoria subjetiva, afirmava que a posse deveria ser tutelada para assegurar a paz social. Entendia que uma situação de fato social e economicamente consolidada, não poderia ser interrompida pela prática de atos ilícitos, sob pena desestabilizar a paz social.

Ihering por sua vez, com base na teoria objetiva da posse, sustentava que a tutela possessória se dá com vistas a proteger a própria propriedade. Conforme dito alhures, o renomado romanista conceituava a posse como a exteriorização do direito de propriedade, ou seja, o possuidor é um aparente proprietário.

O Saudoso Professor Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre o assunto, explana de forma cristalina a justificação da teoria objetiva para a tutela possessória, veja-se:

Ihering adota como fundamento da proteção possessória o seu conceito mesmo de posse, como exteriorização normal da propriedade. E argumenta que a ordem jurídica dá-lhe segurança como um complemento necessário à garantia que dá a propriedade. Não importa que, à vezes, ela vá beneficiar o não proprietário, e que eventualmente possa dirigir-se contra o proprietário mesmo. É que, se não houvesse a proteção à posse, deveria o *dominus*, à menor turbação ou ameaça, provar a sua propriedade na defesa de sua aquisição. E, como esta é habitualmente derivada, o dono teria de demonstrar a existência do ato de transmissão, a capacidade do transmitente, e o direito escoreito deste. (CAIO MÁRIO, 2010, p. 31).

Ocorre que, não obstante a forte influência e a importante contribuição dada ao mundo jurídico pelas teorias subjetiva e objetiva da posse, tem-se por certo que tais teorias são insuficientes para tratar da posse inserida na realidade social e histórica do Brasil.

Os momentos históricos vivenciados por Savigny e Ihering são absolutamente distintos e incapazes para manifestar os direitos fundamentais nas relações privadas, bem como não coadunam com a realidade brasileira, que tem um sério problema com a distribuição injusta de terras, além de sérios problemas com moradia. Conforme asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Não é mais possível compartilharmos das concepções de SAVIGNY e IHERING, apesar do mérito de ambas em procurar um fundamento autônomo para a proteção possessória. A posse não é protegida em razão da proibição à violência; pelo contrário, por se proteger a posse é que se evita a violência. Aliás, toda ordem jurídica em sua essência deseja evitar a violência, não se trata de uma peculiaridade capaz de justificar isoladamente a tutela da posse. No mais, proteger a posse como forma de zelar pela propriedade não passa de uma forma de amesquinhar a posse e relegar o seu aspecto social. (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 63).

É imprescindível que se extraia da própria posse as razões para o seu conhecimento. A posse não pode ser vista como uma sentinela avançada do direito de propriedade, sua mera aparência, uma simples sombra. A posse deve ser reinterpretada de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa. A densidade social do fenômeno posse deve ser levada em consideração quando da análise do instituto,

independente do direito de propriedade e dos direitos reais. (CRISTIANO FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

Conforme explanado no capítulo dois do presente trabalho, a posse é fato e como tal revela a amplitude da sociabilidade humana, que escapa a sistematicidade do direito. Ou seja, os conceitos abstratos são insuficientes para tratar do instituto da posse, eis que a mesma é um fato jurídico de poder físico de determinada pessoa sobre determinada coisa, dando a tal coisa uma função socioeconômica apta a atender os interesses sociais não só do possuidor, mas também de toda a coletividade. Tomando a posse por fato jurídico, tem-se que a vida em sociedade é muito vasta para que tal fato seja tratado abstratamente.

A posse assegura a satisfação imediata das necessidades da pessoa humana. Daí se extrai a necessidade de enxergá-la de maneira autônoma face ao direito de propriedade. Quando se está diante de questões envolvendo o direito de moradia por exemplo, a função social da posse se mostra mais nítida. A concessão de direito real de uso, bem como a concessão de uso especial para fins de moradia elencados no art. 4º, inciso V, alíneas “g” e “h”, do Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), trazem um bom exemplo da função social que a posse desempenha.

Por meio de tais institutos, o acesso à moradia pode ser contraposto ao direito de propriedade, pelo fato dela não cumprir a sua função social. A posse não precisa estar atrelada à propriedade para sobreviver, e muitas vezes a titularidade já se divorciou do espaço físico para o qual aponta o título de domínio. Trata-se de uma questão elementar de respeito a direitos fundamentais e interpretação do direito civil com vértice axiológico constitucional.

Conforme ensina Francisco Cardozo Oliveira:

O ato da posse é essencialmente finalístico. A função social, portanto, não é exterior à posse mas elemento que se integra ao seu conteúdo, posto que a apropriação de bens é determinada pelas necessidades humanas e pelas relações sociais. Se no caso da propriedade a função social somente pode ser delimitada à luz da situação concreta tutelada pelo direito, como defende inclusive Ana Prata, no caso da posse, *a fortiori*, o aspecto contingente e processual da função social tem maior relevância. (FRANCISCO CARDOZO, 2006, p. 246).

A funcionalização da posse assume no ordenamento jurídico nacional papel de uma das formas de se garantir a efetividade da cidadania. No sistema jurídico brasileiro, a funcionalização está direcionada para a finalidade de resguardar e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aos princípios e direitos fundamentais, entre eles, o de assegurar a redução das desigualdades, de promover o desenvolvimento

nacional e o bem-estar de todos, com a garantia do acesso à moradia. (FRANCISCO CARDOZO, 2006).

Na realidade social e jurídica brasileira, a função social se concretiza quando se dá o ato de apropriação de bens que contribua para o desenvolvimento econômico e diminua a desigualdade social, em consonância com o que dispõe o inciso III do art. 170 da Constituição. (FRANCISCO CARDOZO, 2006).

Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2014) admitem a existência da posse sobre três dimensões. A primeira, chamada de posse real, seria aquela posse fruto do direito de propriedade ou de outro direito real. A segunda, chamada de posse obrigacional, seria a posse fruto de uma relação obrigacional. E por fim, porém não menos importante, tem-se a posse fática, também chamada de posse natural, exercitada por qualquer um que assuma o poder fático sobre a coisa, independente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe legitime, sendo suficiente que a legitimidade seja capaz de utilizar concretamente o bem.

Para tais autores, haveria, portanto, uma configuração tridimensional da posse. Porém, quando o art. 1.196 do Código Civil conceitua como possuidor aquele que possui de fato um dos poderes inerentes à propriedade, adotando a teoria objetiva de Ihering, a posse perde a sua efetividade, uma vez que passa a ser analisada como uma aparência da propriedade. A posse é sacrificada, na medida em que se insere apenas como um instrumento mais célere posto à disposição do proprietário para facilitar a defesa jurídica de sua situação patrimonial. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

Como bem destaca Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Em verdade, tutela-se a posse como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local resguardado da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 64).

Antônio Hernandez Gil situa a posse como o direito que mais se aproxima da realidade social. Por servir o uso e o trabalho sobre a coisa a necessidades humanas básicas, justifica-se o dever geral de abstenção perante a situação do possuidor e a garantia do desfrute de bens essenciais. (HERNANDEZ GIL apud CRISTIANO FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

Dessa sorte, a posse deve ser tutelada e resguardada tendo por base ela mesma. A situação fática de domínio físico de determinada pessoa em face de determinado bem deve ser protegida pelo Poder Judiciário não somente pelo fato de resguardar o direito de propriedade. Sendo a posse o instituto que mais se aproxima da realidade social, deve a mesma ser enxergada como o direito apto a dar acesso aos bens vitais mínimos exigidos para uma vida mais digna do cidadão brasileiro, bem como o acesso à moradia para a parcela mais carente da população.

Nesse sentido foi o enunciado n. 492 do Conselho de Justiça Federal que dispôs que “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”.

Assim, a função social da propriedade se difere da função social da posse. Enquanto a primeira visa basicamente a sancionar a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário com a coletividade, a segunda estimula e ajuda a resguardar o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar da função social da posse não ter sido positivada no Código Civil de 2002, a ausência de regramento infraconstitucional não perturba a análise constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

3 A DESPROPRIAÇÃO INDIRETA COMO MECANISMO HÁBIL A RESGUARDAR A FUNÇÃO SOCIAL DO BEM

A posse é uma extensão dos bens da personalidade. A moradia é um dos bens que integram a situação existencial de qualquer pessoa. O papel da função social em relação à moradia é o de conceder a um espaço de vida e liberdade a todo ser humano, independente da questão da propriedade, pois esta se prende à patrimonialidade e à titularidade. A seu turno, a posse não é mensurável por critérios econômicos, pois tutela o direito à cidadania e vida digna, enquanto a propriedade acautela o bem na acepção do objeto como mercadoria com valor de troca, obtida pelo esforço individual, na base da autonomia da vontade. Enfim, o direito ao bem e ao exercício dos poderes dominiais é algo diverso do direito à propriedade do bem. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 68).

Não obstante o atual Código Civil tenha sido acanhado, eis que manteve a ideologia objetivista de Ihering, o mesmo deu grandes passos quando o assunto é a função social da posse e da propriedade privada.

Como se trata da proposta do presente trabalho, dar-se-á maior enfoque à inteligência dos §§ 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil. Segundo tais dispositivos legais:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode 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.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (BRASIL, 2002).

O § 4º trata da chamada desapropriação judicial indireta ou aquisição compulsória onerosa. Fala-se em desapropriação, pelo fato de o proprietário fazer jus a uma indenização, diferenciando a desapropriação judicial indireta da aquisição pela usucapião.

Registre-se, que a constitucionalidade de tal dispositivo legal já foi reconhecida pelo Enunciado nº. 82 do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual, “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

Diz-se desapropriação judicial, porque pela primeira vez no direito brasileiro, quem determinará a privação da propriedade não é o Poder Legislativo e nem o Poder Executivo, mas sim o Poder Judiciário

Conforme bem destacado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É mister acreditar que o legislador instituiu uma nova modalidade de desapropriação por interesse social, pois a norma concede ao juiz o poder de concretizar conceitos jurídicos indeterminados e verificar se o ‘interesse social e econômico relevante’ de uma coletividade de possuidores apresenta merecimento suficiente para justificar a privação de um direito de propriedade. O próprio art. 5º, XXIV, da Constituição reserva ao legislador um espaço para construir o que entenda como ‘interesse social’, mesmo que o beneficiado pelo ato não se prende apenas ao interesse da administração, mas em favor das necessidades da ordem social. No mesmo sentido, pelo fato de ter sido reservada à legislação ordinária a possibilidade de estabelecer o procedimento para a desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIV), é perfeitamente plausível que o magistrado possa, em cada caso, aferir uma justa ponderação entre a propriedade e a função social da posse, para que ele mesmo decida pela expropriação. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 69).

Conforme se extrai do dispositivo legal em comento, para que o proprietário seja privado de sua propriedade, é necessário que alguns requisitos sejam atendidos. Tais quais, consistir o imóvel em extensa área, posse ininterrupta e de boa-fé, ocupação superior a cinco anos, considerável número de pessoas, realização, em conjunto ou separadamente, de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Para que se dê essa modalidade de aquisição da propriedade, é imprescindível que o julgador esteja atento a conceitos jurídicos indeterminados e exigidos pelo dispositivo legal. Nesse diapasão, é de extrema importância que o magistrado esteja atento à realidade social e histórica envolvendo o caso concreto que reclama a aplicação dessa inovação legislativa.

Conceitos como “extensa área”, “considerável número de pessoas” e “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”, farão surgir uma máxima tensão entre a tutela da propriedade e a sua função social, que será exercida não pelo proprietário, mas por possuidores. Na colisão entre os princípios, deverá ser utilizado o método da ponderação para avaliar-se, no dimensionamento entre garantias individuais e metaindividuais, qual dentre eles será o de maior peso e densidade, afastando-se aquele de menor repercussão. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

Ou seja, o julgador deverá ponderar detalhadamente as circunstâncias do caso concreto, sob pena de privar injustificadamente o proprietário ou, o que nos parece pior, evitar com que o princípio da função social de concretize.

Como bem aduz Teori Albino Zavascki, citado por Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 70), “fundados em diversos conceitos abertos, haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto”.

Lado outro, deve-se dar interpretação extensiva à redação do § 4º, do artigo 1.228, do Código Civil, quando ele faz referência à imóvel reivindicado, ou seja, objeto de ação

reivindicatória. Conforme é cediço, em sede de ação reivindicatória se discute tão somente a propriedade do bem, o que fará, num primeiro momento, com que o hermeneuta conclua de maneira equivocada que somente nesse tipo de ação é que se pode aplicar tal dispositivo legal quando, na verdade, tal dispositivo também pode ser largamente utilizado nos casos em que o proprietário intenta alguma ação possessória.

Nesse sentido são os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Apesar de o Código Civil se referir à viabilidade de desapropriação como alegação em sede de defesa em ações reivindicatórias, nada impede que o novo modelo jurídico seja também aplicado em ações de reintegração de posse ajuizadas por proprietários contra os réus que realizam ocupação coletiva. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 70).

Aliás, nesse mesmo sentido é a redação do Enunciado nº 310 do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual, “interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado’ (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório”.

Se assim não fosse, bastaria que o proprietário intentasse qualquer ação possessória para reaver o imóvel ocupado. Ou seja, seria simples para o proprietário burlar a legislação.

O § 5º do artigo em análise determina que o juiz deverá fixar justa indenização ao proprietário em decorrência da desapropriação judicial indireta. Todavia, tal dispositivo não deixa claro a quem compete o pagamento e como tal pagamento deve ser feito.

No que tange à primeira questão (a quem compete o pagamento), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014) defendem a ideia de que duas são as soluções possíveis, a depender da situação econômica dos possuidores a quem a propriedade será revertida. Se tais possuidores possuem baixa renda econômica, a indenização correrá por conta do Poder Público.

Se os possuidores de baixa renda que, estiverem dando função social à posse com o ato de ocupação, fossem responsabilizados pelo pagamento de tal indenização, a lei estaria criando uma espécie de usucapião coletiva onerosa, na qual haveria sérias dúvidas sobre a capacidade financeira e o desejo dos possuidores em arcar com os pesados custos do pagamento ao proprietário. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

Conforme bem enfatiza Camilo de Lelis Colani Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho:

Pouco provável que fosse a intenção do legislador que os possuidores, já tendo ‘realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz

de interesse social e econômico relevante', por mais de cinco anos, como se proprietários fossem, ainda tenham que desembolsar valores para a aquisição efetiva de tal propriedade. (CAMILO BARBOSA; RODOLFO PAMPLONA, 2005, p. 618).

Ainda conforme bem colocado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Outrossim, encontrando-se a coletividade carente em condições de atender aos diversos requisitos exigidos pelo art. 1.228 do Código Civil, se lhes fosse exigido o pagamento do preço ao proprietário, nada os impedirá de alegar a usucapião constitucional urbana ou rural fracionárias, se o imóvel estiver perfeitamente identificado, com a vantagem da dispensa da prova sobre o requisito de boa-fé e, no caso de imóveis urbanos, da prova de realização de obras e serviços relevantes, sendo suficiente a moradia ininterrupta de entidade familiar pelo prazo de cinco anos. Ademais, a exigência do pagamento por parte dos réus na ação reivindicatória impediria a dotação de função social da posse em imóveis urbanos, a teor do art. 10 da Lei nº. 10.257/01. Por fim, nada mais natural que o Estado figure simultaneamente na condição de órgão expropriante e pagador, pois o modelo da desapropriação – em qualquer de suas formas – é a ele privativamente reservado. A desapropriação não é realizada pelos possuidores, mas pelo Poder Judiciário, órgão integrante do Estado. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 71).

Dessa forma, como na grande maioria das vezes, os possuidores são hipossuficientes e, será o Estado quem acará com o valor da justa indenização arbitrada pelo julgador, é crucial que o Poder Público seja chamado a integrar a lide quando se tratar de ação que envolve a desapropriação judicial indireta. Não somente por isso, mas também pelo fato de o Estado ser o responsável por políticas públicas, como regularização de invasões para assegurar o acesso à luz, água, esgoto, energia elétrica, dentre outros.

Conforme esclarece Glauco Gumerato Ramos (2007), na falta de participação do Poder Público, os possuidores poderão ajuizar ação regressiva para cobra o valor pago a título de indenização. Todavia, também será facultado aos possuidores se anteciparem e promoverem a denúncia da lide contra o Estado, vez que este é devedor solidário da indenização junto com os possuidores.

Entretanto, se os possuidores tiverem boas condições econômicas, são estes que deverão suportar as custas da justa indenização fixada pelo juiz. Aliás, nesse sentido é o Enunciado nº. 308 do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual, “a justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas urbanas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção aquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da 1ª jornada de direito civil”.

O Enunciado de nº. 84, por sua proclama que, “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.

O além da justa indenização, para que ocorra a desapropriação judicial indireta não é necessária a existência de *animus domini*. Conforme destacado por Marcos Aurélio Bezerra de Melo (2003), a norma não exige o *animus domini* para a aplicação do art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil. Sendo assim, tal modalidade aquisição da propriedade se difere da usucapião coletiva, externada nos artigos 10 e 11 do Estatuto da Cidade, dentre outras razões, pelo fato de que, se houvesse a posse com a intenção de dono, naturalmente os possuidores optariam pela gratuidade, através da usucapião em defesa.

Portanto, o artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, indubitavelmente, traz a possibilidade de uma adequada ponderação entre o direito de propriedade e a função social da posse, pela qual será privilegiada a segunda, mas sem grave restrição à propriedade, pois o proprietário será indenizado. Aqui, tem-se o favorecimento do princípio da função social, na medida em que a perda da propriedade se dará em favor de possuidores que, concretamente, realizam a função social da posse e, portanto, do bem.

Sendo assim, é imperioso que não se analise a posse com os olhos voltados para a propriedade. A posse se justifica pela apropriação de um determinado bem por uma determinada pessoa, para que a mesma tenha condições mínimas de vida, resguardando assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para atingir tal finalidade, *mister* que a tutela da posse, em especial no direito brasileiro, seja analisada e concedida com os olhos voltados para a realidade social e histórica em que o País se encontra.

A posse tem um fim em si mesma, portanto, ao conceder tutelas efetivas e concretas da posse, o julgador deve estar atendo somente a ela, juntamente com o contexto social em que a mesma está inserida. Não se concebe mais buscar-se a tutela da posse com o intuito de preservar o direito de propriedade, devendo-se avaliar em cada caso concreto quem confere função social ao bem, a situação de possuidor ou a situação de proprietário.

Pensamos que na quase totalidade das situações, os interesses dos possuidores é que deverão prevalecer, uma vez que são estes que detém num primeiro momento o controle físico sobre a coisa e que, efetivamente, concedem função social ao bem.

Vê-se corriqueiramente os conflitos travados no campo entre proprietários e não-proprietários, conflitos estes que acabam gerando inúmeras ações possessórias, principalmente por proprietários em face de não-proprietários. Basicamente, a disputa se

resume entre o proprietário, detentor do título de domínio, demandando contra o não-proprietário que se apropria de áreas de terra, sem nenhum título que o legitime para tanto.

Se de um lado se encontra o proprietário vacilante que não confere função social ao bem objeto da propriedade e, do outro lado, o não-proprietário que se apossa do bem, ou seja, que estabelece um domínio físico sobre tal bem e dele extraia aproveitamento econômico apto a lhe conferir condições mínimas de dignidade, deve prevalecer os interesses do possuidor não-proprietário.

Nesse contexto, a posse é tutelada em si mesma, sem a necessidade de se proteger a propriedade privada. Levou-se em consideração de maneira isolada a posse, a função social desempenhada por este instituto, o conteúdo material da posse, além da realidade social e histórica. Para Francisco Cardozo Oliveira:

Admitido o caráter fático da posse e a tutela constitucional do princípio da função social que, como visto, engloba a posse, está possibilitada a tutela da posse do possuidor que não é proprietário, mesmo contra o proprietário. Posto em relevo o conteúdo material da posse e, conseqüentemente, o uso e a utilidade social do ato de apropriação, a validade do título de propriedade já não depende apenas do caráter formal do registro imobiliário. Depende também da atividade do proprietário de dar a terra objeto da propriedade uso e utilidade social compatíveis com as exigências sócio-econômicas e com os princípios consagrados pela ordem jurídica, entre eles o da função social. Se deixa de fazê-lo, embora continue a figurar no título de propriedade como proprietário, não pode ser reconhecido possuidor da coisa objeto da propriedade. No confronto entre direito de propriedade e a posse devem preponderar os valores da posse, porque é através da posse que se materializa na realidade fática a funcionalização da propriedade e a apropriação de bens, que possibilita a satisfação de necessidades e que garante a efetividade do princípio de igualdade material tutelado pela ordem jurídica. O desvalor da propriedade em relação à posse deve ser relevante para o processo de concretização e para a construção de tutelas diferenciadas, comprometidas com a efetividade material da posse. (FRANCISCO CARDOZO, 2006, p. 260).

Sendo assim, conferindo-se autonomia à posse em relação ao direito de propriedade, prestigiar-se-á aquele que dê efetivamente função social ao bem objeto de litígio, seja o possuidor, seja o proprietário.

Tal artigo, de maneira clara, acaba por prestigiar a atuação dos possuidores que efetivamente conferem função social ao bem, além de penalizar o proprietário por sua negligência por não ter dado função social à coisa.

A busca pela função social do bem objeto da desapropriação judicial é tão forte, que a doutrina entende que, mesmo quando não houver o pagamento da justa indenização fixada pelo juiz, tal situação não poderá gerar a procedência da ação reivindicatória. O que ocorrerá nesse caso, é que a propriedade permanecerá nas mãos do autor da ação e, somente será

efetivamente transferida à coletividade de possuidores quando a mesma for paga. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Em outras palavras, em atenção à função social da posse, o proprietário não poderá reaver o bem, mesmo que persista na condição seu titular, em razão de não ter recebido o pagamento fixado judicialmente. Impende ressaltar que a eficácia da norma do parágrafo 4º depende do atendimento ao disposto no parágrafo 5º. Trata-se de proposição derivada da tendência de autonomização da posse frente à propriedade, que reflete a constitucionalização do direito civil e a interpretação do Código Civil conforme a tábua axiológica da Lei Maior. Eis aqui uma viva demonstração da teoria do *supressio*, como sanção decorrente do abuso do direito de propriedade. Inequivocadamente, há uma tendência no Direito contemporâneo em não admitir o êxito de pretensões decorrentes de faculdades continuamente negligenciadas por seus titulares. Isso lesaria o princípio da segurança jurídica e da estabilização das relações sociais. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 76).

Nesse sentido o Enunciado nº 241 do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual, “o registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, como fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionado ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz”.

Com o intuito de alargar as possibilidades do instituto da desapropriação judicial e, prestigiar os possuidores que dão efetivamente função social ao bem, a doutrina sedimentou o entendimento de que a desapropriação judicial não precisa ser necessariamente alegada em sede de defesa numa ação reivindicatória ou possessória, mas também pode ser objeto de ação autônoma que contenha tão somente o objetivo de desapropriar judicialmente o proprietário.

Nesse diapasão é o Enunciado de nº. 496 do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual, “o conteúdo do artigo 1228, parágrafos 4 e 5, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensão reivindicatória”.

É de se registrar, também, que além da legitimidade para intervir como *custus legis*, o Ministério Público terá legitimidade para ajuizar ação de desapropriação judicial em favor dos titulares do direito à moradia, com base na atribuição constitucional estampada no artigo 127, da Lei Maior de 1988, que assegura a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

A busca pela função social do bem é tamanha que, ao nosso ver, de maneira acertada, o Conselho de Justiça Federal editou o Enunciado de nº. 304, pelo qual, “são aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil à ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido parcialmente o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil no que concerne às demais classificações de bens públicos”

Conforme se extrai do referido Enunciado, mesmo quando a ação reivindicatória ou possessória for intentada tendo por objeto bens públicos dominicais, é possível que os possuidores invoquem a inteligência do art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil. Entretanto, compete esclarecer que só será possível a aplicação de tal dispositivo legal, quando se tratar de bens que o ente público não estiver dando qualquer função útil, ou seja, não estiver beneficiando à coletividade. Nesse sentido são os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Em princípio, os bens públicos a que alude o art. 99, do Código Civil, são submetidos a regras jurídicas próprias, posto destinados à satisfação de finalidades coletivas. Nada obstante, na senda da MP 2.220/01, que instituiu a concessão de direito real de uso para fins de moradia, cremos que o terreno público dominical – abandonado ou devoluto – que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O bem é formalmente público, mas não materialmente público, eis que carecedor de função social. O titular do direito subjetivo à moradia pode invocá-lo contra o Estado, como contra qualquer particular. Não é crível supor que nos dias atuais prevaleça o axioma da “superioridade do interesse público sobre o privado”, quando bens públicos são privados de legitimidade e merecimento por não serem direcionados a sua missão constitucional de prover o bem comum. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 78).

É bom ressaltar que tal entendimento não fere o que dispõe o art. 183, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que veda a aquisição de bens públicos por usucapião, eis que a desapropriação judicial indireta não pode ser confundida com qualquer modalidade de usucapião, graças às diversas particularidades que envolvem o instituto.

Várias são as diferenças existentes entre a desapropriação indireta e a usucapião coletiva do art. 10 da Lei nº. 10.257/01, modalidade esta que mais se assemelha ao instituto em análise. A um, porque a usucapião do Estatuto da cidade é restrita à população de baixa renda que não é proprietária de qualquer outro imóvel no Brasil. A dois porque tal modalidade de usucapião só se aplica a imóveis urbanos e residenciais. A três porque exige *animus domini* e dispensa a boa-fé como requisito, requer que cada um dos possuidores não possua área individual superior a 250 metros quadrados, bem como não exige o pagamento de indenização. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014).

Dessa forma, sendo a função social um elemento integrante do próprio conceito de propriedade, o seu descumprimento só pode acarretar a sua perda (da propriedade). E, indo mais além, a sua perda deve se dar em favor do não-proprietário que se apossou do bem, dando finalidade econômica e dele retirando utilidade, ou seja, ao não-proprietário que

conceda função social ao bem. Por essa ótica, a função social e, conseqüentemente, os ditames constitucionais, virá sempre em primeiro plano, independentemente de se estar diante do possuidor ou do proprietário, sendo o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil importante instrumento para se resguardar a função social do bem. Mas para tanto se faz necessário que se conceda autonomia à posse.

Assim, a lógica da teoria objetiva, suscitada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 55), no sentido de que “é o interesse da realização da destinação econômica da propriedade que justifica a proteção da posse, pois em si mesma, ela não teria qualquer valia”, não merece mais guarida nos dias de hoje.

Quando se analisa a questão sobre a função social da posse, o possuidor não é mais um mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que de maneira difusa detém o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade e conceda função social à propriedade. Sob a ótica da função social da posse, o possuidor adquire individualmente e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte mínimo essencial, casos em que a propriedade recebe função social, porém das mãos de um possuidor. (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, 2014).

Sob esse prisma, o importante é analisar quem está dando função social ao bem, o possuidor ou o proprietário. Se, ao analisar o caso concreto, o julgador chegar à conclusão de que é o possuidor que está dando função social ao bem, é em favor deste que deve ser concedida a tutela por parte do Poder Judiciário, mesmo que o litígio se dê contra o próprio proprietário. Nessa concepção, não se defende mais a formalidade consubstanciada no título de domínio, não se analisa mais a propriedade como um direito absoluto, mas se busca tutelar a destinação econômica dada ao bem, além das questões sociais oriundas do apossamento do mesmo.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

Quando houver divergência entre os anseios do proprietário que deseja a posse, mas nunca lhe deu função social, e, de outro lado, o possuidor, que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse, será necessário priorizar a interpretação que mais sentido possa conferir à dignidade da pessoa humana. Optar cegamente pela defesa da situação proprietária, em detrimento da situação de possuidor, implica a validação do abuso do direito de propriedade como negação de sua própria função social, importando mesmo ratificação de ato ilícito, na dicção do art. 187 do Código Civil. Eventualmente, o direito de propriedade será paralisado pelo direito à posse. Duas ordens se colocam em tensão: a da garantia e conservação de bens (estatuto patrimonial) e a de acesso aos mesmos bens (estatuto existencial). Daí a necessidade de alcançarmos a posse como um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma ao direito de propriedade. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre o bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade

coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF). (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 83)

Aduzem mais:

O não-aproveitamento de um bem representa evidente dano social, uma perda de riquezas. Qualquer política de igualdade material a ser implementada pelo Poder Público requer a garantia de desfrute pelo possuidor dos bens mínimos e indispensáveis. Muito mais do que uma situação de poder fático sobre a coisa – como introduz IHERING –, a posse traduz o valor da utilização efetiva do bem, isto é, evidencia o adimplemento de obrigação de fazer, consistente em serviços efetuados pelo possuidor sobre a coisa. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, 2014, p. 83)

Havendo conflito entre proprietários e possuidores, deve prevalecer o interesse daquele que confere função social ao bem. Tal regra não se aplica somente no que cerne aos interditos possessórios mas, também, em sede de ação reivindicatória.

Entender-se que o proprietário será sempre o vencedor em sede de ação reivindicatória, é manter a perversa submissão da posse em relação à propriedade, ignorando tudo o que fora exposto. O êxito do possuidor em sede de ação possessória só poderá ser ofuscado pelo proprietário em ação reivindicatória se o mesmo demonstrar o cumprimento da função social do bem. Em caso contrário, prevalecerá a função social da posse, ou seja, a destinação econômica dada ao bem pelo possuidor. E é nesse contexto que o papel do hermeneuta surte importante relevância, eis que para se aplicar o melhor direito à espécie deve-se analisar cada caso concreto, levando-se em consideração a realidade histórica e social.

Segundo Ana Rita Vieira Albuquerque (2002, p. 17), “ao proclamarmos a independência da posse com relação ao direito de propriedade, objetivamos retirar a posse do estado inercial em que se encontra. Ou seja, em vez de a posse ser vista como mero meio de defesa da propriedade, poderá a posse se opor ao direito de propriedade, pois dotada de uma função social que lhe é inerente”.

4 CONCLUSÃO

A sociedade evoluiu. Como consequência de tal evolução, as teias de relações sociais tornaram-se mais complexas. Sendo o Direito uma ciência que visa a regulação das relações

sociais, com a finalidade de se atingir um bem comum, é fundamental que ele acompanhe as evoluções por qual vem passando a humanidade.

Os institutos do Direito Civil devem, assim como todo o ordenamento jurídico, acompanhar as progressões da comunidade em que estão inseridos. E com o instituto da posse não poderia ser diferente.

A posse assume relevância basilar no mundo contemporâneo, na medida em que por meio dela pode-se concretizar princípios e direitos caros à Carta Magna de 1988, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a moradia.

O acesso ao mínimo de bens para a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, nem sempre pode ser concretizado pelo direito de propriedade, eis que grande parcela da população está longe de conseguir ter acesso à mesma. Assim, a posse torna-se forte ferramenta do Estado moderno na luta contra as desigualdades sociais. A insuficiência de propriedade pode ser suprida se conceder-se à posse autonomia jurídica.

Dessa feita, a autonomia da posse em face do direito de propriedade é a melhor interpretação que se pode dar ao instituto da posse nos dias atuais. Com a elevação da posse ao patamar de instituto independente em relação ao direito de propriedade, o acesso a bens, bem como o acesso a moradia poderão ser mais facilmente resguardados.

Nesse diapasão, o artigo 1228, §§ 4º e 5º do CC é um importante instrumento a disposição do Poder Judiciário. Por meio de tal dispositivo legal, a função social, sob a ótica do caso concreto, irá sempre sobressair aos interesses particulares, seja através do proprietário, seja através do possuidor.

Enxergar a posse como uma simples sentinela avançada do direito de propriedade ou, o que é pior, ver na figura do possuidor a pessoa do proprietário, efetivo ou em potencial, não coaduna mais com a realidade brasileira.

O contexto histórico mudou, a realidade social evoluiu e, sendo a posse uma relação fática de determinada pessoa sobre determinado bem, não é mais possível se apegar em teorias elaboradas em um contexto social e histórico totalmente diferente do atual.

Assim, cabe ao hermenauta reinterpretar o art. 1.196 do Código Civil, na sentido de que a posse tem um fim em si mesmo.

Inegavelmente, o instituto da posse é a chave para que o Estado dê condições mínimas a população. Todavia, uma coisa é certa, independentemente de se estar diante da posse ou do direito de propriedade, o que deve prevalecer quando ambos os institutos entrarem em choque, é aquele que melhor represente os interesses sociais em consonância

com os interesses particulares, ou seja, deverá prevalecer sempre a função social do bem, seja ela conferida pelo possuidor, seja ela conferida pelo proprietário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do código civil de 2002. In FILOMENO, José Geraldo Brito (coordenador). **Código civil e a sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 492. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 82. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 310. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 308. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 84. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 241. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 496. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 304. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL**. 16. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Código civil (2002). Código civil. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL**. 16. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Lei n. 10257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: reais. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 1v.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**: direito das coisas: posse. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t.x.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 3v.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direitos reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 1v.

RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial. In DIDIER JÚNIOR, Ferdie; MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 5v.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 5v.