

A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NAS ÁREAS URBANAS ATRAVÉS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA POSSE

THE ACHIEVEMENT OF SOCIAL FUNCTION PROPERTY IN URBAN AREAS THROUGH PROTECTION OF OWNERSHIP

Maria Amélia da Costa¹

Polyana Vidal Duarte²

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, mudou completamente o caráter do direito de propriedade, impingindo-lhe uma função social para que merecesse plena proteção. O movimento de funcionalização social da propriedade causou um impacto importante na discussão, em sede doutrinária, na conceituação da posse e em sua proteção pelo Direito, tendo em vista não apenas o princípio constitucional em si, mas também a grande demanda existente no país, principalmente nas áreas urbanas. Assim, questiona-se se a proteção da posse não seria muito mais eficiente do que a concessão dos títulos de propriedade em áreas irregulares, em razão das próprias características das ocupações. A questão, que será abordada no presente trabalho, utiliza os exemplos dos institutos da concessão especial de uso para fins de moradia e a legitimação da posse, e tem como ponto de partida as modificações conceituais que a posse tem sofrido no panorama jurídico atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Função social da propriedade; Posse; Concessão de uso especial para fins de moradia; Legitimação da posse.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution has changed the nature of property rights in 1988 printing social function on it which justifies wide its absolute protection. This shift on gathering property and social function has caused an important impact to the discussion – on doctrine basis – over the conception of ownership and its protection by law, not only concerning only with the constitutional principle by itself, but also the huge demand that exists in Brazil, mainly in urban areas. Thus, there's a question if ownership protection wouldn't be much more efficient than special concession for housing purposes when on irregular areas, due the features within occupation. This current paper will approach this issue by framing as example two institutes (special concession for housing purposes and ownership legitimation) and starts pointing out conceptual changes that ownership has been going through in the present judicial landscape.

KEYWORDS: Civil Law; Social function of property; Ownership; Special concession for housing purposes; Ownership legitimation.

¹ Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Professora da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Juiz de Fora, MG.

² Mestra e Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Professora da Faculdade Estácio de Sá, Juiz de Fora, MG.

1 Introdução

A Constituição de 1988 trouxe como elemento conceitual da propriedade a função social. Em outras palavras, é como se ela dissesse que o direito de propriedade enquanto direito e garantia individual só é merecedor da tutela protetiva estatal quando cumpridor de sua função social. Posto desta maneira parece simples a compreensão da função social no plano teórico. Entretanto, tendo em vista o caráter civil do direito de propriedade e dos poderes a ela inerentes, a discussão sobre a conceituação do princípio e de seu alcance se aprofunda na medida em que pode servir de fundamento a situações práticas bem diversas, até mesmo puramente civis, por exemplo, relacionadas à locação de imóveis, como outras relacionadas ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República, dispostos no artigo 3.º da Carta Magna.

Dentre as mais variadas formas de abordagem da questão da função social da propriedade, a escolhida neste momento é a da sua realização através do instituto da posse enquanto exercício fático de utilização de um bem, tecendo considerações a respeito de dois institutos que privilegiam a posse no tocante à relação homem e bem imóvel, que são a legitimação da posse e a concessão de uso especial para fins de moradia, ressaltando os aspectos civis dos institutos. Assim, será feito um recorte temático e o tema será tratado levando-se em consideração a propriedade e posses das áreas urbanas, uma vez que a abordagem das ocupações em áreas rurais tem especificações próprias e a elas não se aplicam os institutos escolhidos para a ilustração do tema. Além disso, a questão urbana atualmente se mostra, cada vez mais, uma questão complexa que demanda tanto estudos em nível de realização de políticas quanto no campo doutrinário para a identificação e tutela dos direitos a ela relacionados.

O trabalho apresentado ao XXII Congresso Nacional do CONPEDI tem relação com seu tema, Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade, uma vez que a discussão sobre função social da propriedade e sobre a natureza da posse é sempre atual, tendo em vista a relevante produção legislativa recente que tem como objeto institutos relacionados à propriedade fundiária urbana e sua utilização. Tais esforços são direcionados à tentativa de regularização das relações entre homem e bem imóvel que, uma vez precárias, trazem insegurança para seu titular ao mesmo tempo que lhe afasta de benefícios que o titular regularizado consegue aproveitar.

O trabalho está estruturado em três capítulos, sendo que o capítulo 2 faz uma abordagem geral da função social da propriedade, sua inserção no texto constitucional e seus

efeitos enquanto princípio. O capítulo 3 trata da posse, das teorias que tentam defini-la, da dificuldade de se estabelecer a sua natureza jurídica e dos rumos que este instituto tem tomado na atualidade, em virtude da inserção do princípio da função social no paradigma do direito de propriedade que, em consequência, o afeta. O capítulo 4 aborda os institutos escolhidos para a ilustração do tema do trabalho, a concessão de uso especial para fins de moradia e a legitimação da posse, abordando seus aspectos conceituais e tecendo críticas a respeito de suas atuações e alcances.

2. Alguns aspectos da função social da propriedade no Direito brasileiro.

A abordagem da função social da propriedade como princípio constitucional dotado de normatividade, com eficácia direta e imediata nas relações interprivadas, cujo conteúdo axiológico encontra-se vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é feita aqui com o propósito de possibilitar a afirmação da posse como instrumento realizador desta função social. Em outras palavras, é necessária uma compreensão profunda da função social da propriedade para que se perceba que a posse é exercício eficaz para a efetivação do princípio, merecendo atenção os instrumentos que proporcionam a modificação do caráter da posse – de posse precária para uma posse regular.

A Constituição de 1988 garante o direito de propriedade como um direito fundamental, mas o vincula ao cumprimento de sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII). O cumprimento da função social da propriedade também servirá à promoção do objetivo de justiça social, um dos objetivos fundamentais da República, elencados no art. 3º da Carta Magna. Desta forma, a propriedade imobiliária, em consonância com os princípios fundamentais da República, dispostos nos artigos 1º a 5º, deverá atender não só ao desenvolvimento econômico, mas, principalmente, o desenvolvimento social, assumindo a função de transformação da sociedade.

Para compreender o princípio da função social da propriedade em sua concepção atual, é necessário partir de uma postura metodológica sistemática, como um conceito aberto, temporal e axiológico, que ganhará efetividade, a partir da interpretação a ser consumada nos casos concretos, com o intuito de atender não só os interesses dos sujeitos das demandas e políticas, mas, principalmente, da coletividade da qual eles fazem parte. Sob esse enfoque, a ordem jurídica protegerá o direito de propriedade não como bem em si, mas como instrumento de efetivação dos valores e princípios constitucionais.

A função social da propriedade é conceito maleável, que tem contornos os mais variados, conforme a época e lugar. Aplicada à propriedade, a função social designa que a mesma deve servir para melhorar as condições sociais, e não só satisfazendo os interesses privados de seu titular. A ideia de função social da propriedade corresponde, desta maneira, à necessidade de solidariedade entre particulares, visando a promoção do bem-estar de todos. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 87) afirmou:

Admitida a sobrevivência da propriedade privada como essencial à caracterização do regime capitalista, garante a ordem pública a cada um a utilização de seus bens, nos misteres normais a que se destinam. Mas, em qualquer circunstância, sobrepõe-se o social ao individual. O bem-estar de todos sobreleva às conveniências particulares. E, para realizá-lo, arma-se o legislador de poderes amplos e afirmativos. (...) Confrontando o direito de propriedade na sua feição romana com as concepções dia a dia ocorrentes, verifica-se que se esboça com toda nitidez uma tendência que se concretiza em doutrina atual, distanciando as noções hodiernas dos conceitos clássicos e salientando notória linha de evolução para um regime domínial invencivelmente diverso do que foi no passado.

Cumprirá função social a propriedade que promover os valores constitucionais direcionados ao respeito e promoção da dignidade da pessoa humana, viabilizando a implementação da justiça social, inibindo a especulação imobiliária e a improdutividade da propriedade privada. Em outras palavras, a função social da propriedade faz com que esta rompa com a qualificação pura e simples de direito de caráter individualista, conforme estabelecido pelo direito liberal, que ampara juridicamente o favorecimento de apenas uma pessoa em detrimento da existência de outros e, até mesmo, de outras espécies, admitindo a não utilização e a subutilização de maneira prejudicial.

A propriedade é direito humano, fundamental, garantido pela Constituição de 1988 no art. 5º, inciso XXII; entretanto, este direito não pode se transformar em abrigo para uns e exclusão para outros. Nesse aspecto, destaca Gustavo Tepedino (2004, p. 321) que:

Entra em crise, com efeito, um conceito que, cristalizado pelas conhecidas fórmulas dos códigos do século XIX (dos quais o Código Civil Brasileiro de 1916 não era mais que um reflexo), identificava-se com o aproveitamento e a disposição da coisa “da maneira mais absoluta”, “desde que não se fizesse um uso vedado pela lei. Assim é que a existência de uma legislação intervencionista, mesmo na época do *laissez-faire*, não é suficiente para desfazer a imagem de uma legislação em matéria de propriedade voltada fundamentalmente para tutelar a substância individualista daquele direito”.

Cumprir reiterar que na ordem constitucional em que se traz a propriedade marcada pela função social, esta deverá ser utilizada de acordo com os fins legítimos da sociedade, para a promoção de direitos e não como um instrumento de exclusão ou de violência. Assim,

se o titular deste direito se mostra desidioso, não utilizando as faculdades inerentes ao seu direito de proprietário, tentando extrair da coisa os frutos que este potencialmente poderá produzir, poderá estar sujeito às cominações legalmente estabelecidas.

Para que assim seja, são estabelecidas sanções constitucionais³ que subordinam os direitos dominiais às exigências de justiça social, visando realizar os fundamentos e objetivos constitucionais. A função social da propriedade transforma o direito de propriedade em dever de agir e não apenas numa obrigação de não fazer. Assim, o proprietário tem o poder-dever de utilizar a sua propriedade. Ao proprietário não é mais imposto apenas o dever de não exercer a propriedade em prejuízo do outro, mas o dever positivo de exercê-la em benefício de outrem (GRAU, 1998, p. 250). A esse respeito, é muito esclarecedor o posicionamento de Luiz Edson Fachin (2003, p. 289), quando assinala que:

A ideia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres. Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser lido como direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso.

Ademais, a função social da propriedade constitui direito e garantia, individual e coletiva, nos termos do art. 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição da República. Como garantia constitucional, dirige-se a todos aqueles que, mesmo não sendo proprietários, sofrem os efeitos da utilização da propriedade quando esta não traz benefícios para a coletividade. Essa previsão constitucional transformou os não-proprietários em sujeitos de direito.

Analisando a questão em perspectiva histórica, Dabus (2005, p. 68-69) destaca que “ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns”.

³ A Constituição Federal estabelece no art. 182, parágrafo 4º, as formas sancionatórias para a propriedade que não cumprir a devida função social, estabelecendo para tanto que: “é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.” No tocante à propriedade rural, estabelece a Constituição Federal, no art. 184, *caput*, que “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em título da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja indenização será devida em lei.”

Conforme análise de José Afonso da Silva (1998, p.284), a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, os quais dizem respeito ao direito do proprietário, ao passo que aquela se refere à estrutura do direito mesmo, ou seja, à propriedade. Na mesma linha, Pietro Perlingieri (2002, p. 226) afirma que a função social da propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites, pois atinge o conteúdo global da disciplina proprietária:

A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (...) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Nessa linha de pensamento, a propriedade só se legitima quando seu uso efetivo cumprir uma função de cunho social; em contrapartida, se tal requisito não for cumprido, não pode ser tutelada pelo ordenamento. Como dito por Pietro Perlingieri (2002, p.229), “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”; em outras palavras, seria dizer que não pode o titular do domínio exercer o *jus reivindicandi* sem provar o cumprimento da função social adstrita ao seu bem. Essa inferência encontra respaldo também nas seguintes considerações de Gustavo Tepedino (2004, p.319-320):

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu “*profilo interno*” e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um “*massimo sociale*”. Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização.

Enquanto prevalecia a dicotomia público/privado, não se concebia a aplicação da função social da propriedade em matéria de direito privado, tendo em vista que a ideia de *função* somente se empregava nos conceitos de direito público, como a permissão para a

desapropriação por justa indenização e limitações administrativas, sendo o direito privado regulado pela autonomia da vontade, em que tudo se encontrava disponível para ser transacionado.

Nessa linha de pensamento, somente ao Estado cominava-se o exercício de funções, razão pela qual a categoria em questão é conceituada, sobretudo, pela doutrina publicística, não fazendo parte das cogitações das doutrinas civilísticas tradicionais. Em contrapartida, atualmente a propriedade submete-se primordialmente à ordem constitucional e, subsidiariamente, aos ditames do Código Civil e da legislação infraconstitucional, não se ajustando mais à rígida divisão público/privado, nem se restringindo ao limite de qualquer desses ramos, eis que abarca características dos dois.

A função social destina-se ao juiz, ao legislador e ao titular do direito de propriedade, sendo que, para este último, o direito de propriedade não será exercido apenas com base no seu livre arbítrio, mas visando promover os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial o de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana, utilizando a propriedade de forma a contribuir para o bem social. Caberá aos legisladores compatibilizar a legislação infraconstitucional com o princípio diretivo da função social, tornando harmônico o sistema jurídico brasileiro.

Em relação à aplicação da função social pelos juízes, Pietro Perlingieri (2002, p. 227-228) afirma que:

A função social é também um critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. A função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência; ela representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão em via analógica daquelas normas, excepcionais no ordenamento pré-constitucional, que têm um conteúdo que, em via interpretativa, resulta atuativo do princípio.

O princípio da função social relativiza a propriedade individualista da codificação oitocentista, considerada um direito absoluto do proprietário. Na perspectiva absolutista, o titular do domínio tinha o poder de realizar na coisa, objeto do direito, tudo que lhe aprouvesse, da maneira mais completa possível. A funcionalização relativizou esse poder, condicionando-o ao interesse coletivo. Tratando do tema, Luiz Edson Fachin (2006, p. 39) observa que:

Considerando o patrimônio, por vezes dotado de um determinado fim, espera-se a compreensão de que o patrimônio individual não é apenas fruto das oportunidades

individuais, mas algo que é antes definido pelo coletivo, dotado de um sentido social. Daí a superação proposta dessas concepções clássicas sobre a pessoa e patrimônio.

É importante acrescentar que não existe contraposição entre o direito subjetivo de propriedade e a função social, pois ambos se harmonizam. O direito subjetivo, independentemente de qual for, será sempre vinculado ao cumprimento do interesse social, porque a Constituição Federal Brasileira adotou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, não podendo mais ser identificado, nos direitos subjetivos, uma visão individualista e patrimonialista, com a exclusão do outro. Os direitos subjetivos não encontram mais na autonomia da vontade o seu exclusivo fundamento.

A autonomia da vontade, na visão do Código Civil oitocentista, era concebida como o poder reconhecido às partes para governarem suas relações jurídicas, relações estas que se encontravam voltadas apenas à satisfação dos interesses das partes envolvidas. Este poder era amplo, encontrando limites apenas nas disposições expressas na lei.

A partir da leitura civil-constitucional, reserva-se à autonomia privada uma atuação subsidiária, residual, na formação dos negócios jurídicos, tendo em vista que primordialmente há de ser observada a incidência das normas constitucionais, ficando para segundo plano a atuação da vontade das partes. A vontade em si não é absolutamente desprezada, até porque a autonomia privada também constitui princípio constitucional. Neste contexto, Denis Franco Silva (2006, p. 150) assinalou que:

Certos valores consagrados constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana (art. 3º, I) e até mesmo a previsão de uma regra geral de liberdade (art. 2º, II) permitem apontar a autonomia privada como um valor fundante. Por outro lado, na concretização deste valor detecta-se, atualmente, uma tendência descrita como socializante, nitidamente identificável não apenas no plano constitucional (com a previsão de direitos sociais, no art. 6º, da proteção ao consumidor, no art. 5º, XXXII e principalmente, do valor social do trabalho como um dos fundamentos da República, em seu art. 1º, IV), mas também na própria estrutura de regulação da atividade privada consagrada no Código Civil de 2002. Esta concepção social do exercício da autonomia refere-se a um exercício intersubjetivo, que se impõe na medida em que o processo de individualização somente ocorre a partir da convivência com o outro.

O que se pretende é reformular a concepção de direito absoluto assumida pela autonomia privada no Direito Civil do século XVIII, quando foi considerada fonte legitimadora única dos negócios jurídicos e dos seus efeitos. As exigências de índole social e promocional dos valores básicos do ordenamento se justapõem aos interesses privados dos indivíduos, porém sem desnaturá-los. Assim, a autonomia privada deixou de ser considerada

um valor em si, vindo a sê-lo somente quando revela um interesse merecedor de tutela, de acordo com os princípios e valores constitucionais. A sua compatibilidade com a ordem constitucional é que lhe confere legitimidade jurídica.

O mesmo ocorre, assim, com a função social da propriedade. A compatibilidade do exercício da propriedade com os ditames da ordem constitucional, principalmente com os objetivos da República, e mais, com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, é que vai conferir ao exercício deste direito uma aura de legitimidade.

A Constituição de 1988 determina a obrigatoriedade do cumprimento da função social de um imóvel e esta função ocorrerá através do exercício das faculdades do domínio realizado, seja pelo proprietário, seja pelo possuidor. Assim, será possível observar-se que a ocorrência de uma posse funcionalizante deverá prevalecer sobre uma propriedade sem função social, haja vista que quem estará cumprindo o mandamento constitucional será o possuidor.

3. A tentativa de conceituação da posse no panorama jurídico atual

Nos tempos modernos, buscou-se a justificativa da posse por meio diversas doutrinas, com especial destaque para as clássicas Teoria Subjetiva da Posse, de Savigny, e a Teoria Objetiva de Ihering. Além destes, outros vários doutrinadores tentaram conceituar esse instituto tão complexo, que ainda hoje promove discussões acerca de sua natureza.

Em breve síntese, a Teoria Subjetiva de Savigny entende ser a posse composta de dois elementos: *corpus* e *animus*. O *corpus* seria a apreensão material da coisa, enquanto o *animus* se caracterizaria pela intenção de dono da coisa. Sua teoria sofreu críticas, o que terminou por considerar-se como sendo a mais importante a teoria desenvolvida por Ihering. Para Ihering a posse pode existir sem a presença do *corpus*, e também poderá ocorrer sem que exista o *animus*, como ocorre nas hipóteses de locação, usufruto, superfície, entre outros exemplos. Para Ihering a posse é entendida como um comportamento de dono da coisa, ou seja, o possuidor é aquele que se comporta como se dono fosse, mesmo não o sendo.

Pela leitura do artigo 1.196 do Código Civil percebe-se que o legislador brasileiro adotou a Teoria Objetiva de Ihering ao determinar que possuidor é aquele que exerce alguns dos poderes do domínio, ou seja, é todo aquele que pode e/ou usar, gozar, dispor e reaver a coisa. Destaca-se, no entanto, que a Teoria Subjetiva de Savigny não foi completamente desprezada pelo sistema jurídico brasileiro, sendo empregada, por exemplo, na configuração da posse *ad usucapionem*, em que o possuidor se comporta como se dono fosse.

Outras teorias são as chamadas Teorias Sociológicas da Posse, desenvolvidas ao longo do século XX, que tiveram como expoentes os doutrinadores Raymond Saleilles, Hernández Gil e Silvio Perozzi. A visão sociológica da posse, desenvolvida por estes doutrinadores, contribuiu para sua autonomia em relação à propriedade, pois levam em conta o caráter econômico e a importância social da posse, ao mesmo tempo em que defende que a propriedade também deverá cumprir uma função social.

É possível afirmar-se que o direito brasileiro adotou a Teoria Objetiva de Ihering, porém reconstruída na perspectiva do princípio da função social, em decorrência da influência das doutrinas sociológicas da posse. Desta maneira, a posse só será reconhecida enquanto um direito se cumprir função social, assim como acontece com a propriedade.

Salvo as hipóteses de detenção previstas na lei pelos artigos 1.198 e 1.208, todo aquele que se comporta como dono em relação ao objeto será considerado possuidor. Portanto, possuidor é aquele que exterioriza um comportamento de dono, é aquele que aos olhos de terceiros parece ser o proprietário da coisa. Por isso o instituto da posse está diretamente ligado à noção de função social. Tendo o possuidor um comportamento de dono, ele deverá necessariamente estar usando ou fruindo da coisa para que tenha sua posse caracterizada.

Por sua vez, o abandono do imóvel por parte do possuidor desconfigura a sua posse. Nesse sentido, esclarece Marcos Alcino de Azevedo Torres (2007, p. 303) que “a propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata com base no título aquisitivo. A posse não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata”.

Vale ressaltar que a natureza jurídica da posse é tema controvertido, complexo e sem um posicionamento legislativo definido. Apesar da discussão em torno da hipótese de ser a posse um fato ou um direito, os doutrinadores contemporâneos estão tendenciosos a considerá-la como sendo um direito; não apenas um direito pessoal, e sim um direito real. Cita-se o exemplo de Marco Aurélio Bezerra de Melo (2008, p. 30), que faz a seguinte observação:

Servindo-se de uma interpretação sistemática temos que se encontram na posse todas as características de um direito real, quais sejam: tem por objeto uma coisa determinada; é dotada de eficácia *erga omnes*; e seu exercício independe de intermediários. Como se não bastasse, ainda é o instituto que inaugura o estudo dos direitos reais. Estes argumentos parecem convencer que, a despeito da omissão legislativa, a posse é um direito real. Entendemos que a posse é direito real, pois o seu objeto é uma coisa determinada e não a prestação; o direito exerce-se em face de todos e não relativizado na pessoa do devedor, e o exercício é direto, sem

necessidade de outras pessoas como acontece nas relações negociais. Logo, pela essência do instituto que se mantém a mesma, nos parece que continuará majoritária a acertada posição que sustenta ser a posse um direito real, tendo em vista a presença das características referidas, todas típicas dos direitos reais.

Na mesma linha de pensamento, Serpa Lopes (2001, p.44) também destaca que:

A posse não foi contemplada expressamente como sendo um dos direitos reais. Isto, porém, não chega a ser um obstáculo, pois a questão do *numerus clausus* não influi no caso presente, se tivermos em vista que o princípio da hermeticidade dos direitos reais não exige uma norma legal expressa criando-os, isto é, que declare expressamente revestir-se do caráter de direito real uma determinada relação jurídica. É suficiente que os seus pressupostos coincidam com os de um direito real.

A consideração da posse apenas como um fato é um desprestígio ao instituto. É notório que apesar do crescente esforço legislativo no intuito de proteger a posse, essa proteção ainda é insuficiente, sendo necessária a intervenção dos tribunais superiores, por meio das súmulas, para que a justiça seja feita nos casos concretos. A título ilustrativo citam-se os enunciados 84⁴ da súmula do Superior Tribunal de Justiça, e o enunciado 237⁵ da súmula do Supremo Tribunal Federal. Tais enunciados consideram a posse um verdadeiro direito, suprimindo a falta de proteção legal.

Essa noção de posse como direito é muito importante para o fortalecimento do instituto, que historicamente foi fragilizado frente à propriedade. Tendo em vista que o possuidor é aquele que está se comportando como dono, ele confere função social ao imóvel. Nesse sentido, os Tribunais caminham para o entendimento de que a posse funcionalizada prevalece em detrimento de propriedade sem função social. Cita-se o caso da favela do Pullman, em São Paulo, em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu no julgamento do Recurso Especial 75.659/SP que a posse com função social prevalece sobre a propriedade sem função social, ou seja, no caso, abandonada.

É necessário ampliar, por meio legislativo, a proteção da posse no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que o Brasil é um país de possuidores, não de proprietários. A distribuição de terras no país ocorreu de forma que somente os amigos do Rei fossem privilegiados nessa distribuição, excluindo do seu acesso os pobres, os imigrantes, os índios e os negros. E as consequências dessa má distribuição surtem efeitos nos dias de hoje. Com frequência é noticiado no país disputas pela terra, no campo e, a cada dia mais, na cidade, uma vez que o crescimento das ocupações irregulares em áreas urbanas ocorre de forma

⁴“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

⁵ “O usucapião pode ser arguido em defesa”.

exponencial, não havendo uma resposta legislativa satisfatória que apresente resposta eficiente ao tipo de ocupação ocorrida.

Vale ressaltar também que o alto custo na regularização dos imóveis no país contribuiu para o agravamento da questão. Os compradores não conseguem registrar seus imóveis em decorrência dos altos custos dos emolumentos registraes. Os reflexos de tal situação podem ser vistos no Judiciário, que acumula, a cada dia, inúmeros pedidos de declaração da usucapião, até mesmo de imóveis que foram transferidos por escritura pública mas cujos titulares não tem recursos financeiros para arcar com o registro dos mesmos.

O conflito possessório no Brasil, iniciado desde a chegada dos portugueses, está longe de chegar um ponto de efetiva justiça, por falta de interesse político e legislativo na elaboração de leis que possam realizar a devida distribuição de terras. É necessário um esforço conjunto da sociedade e do governo no intuito de achar uma saída justa para a questão possessória no país, haja vista que a Constituição de 1988 determinou, como fundamento da República Federativa do Brasil, o respeito à dignidade do possuidor.

4. Institutos de proteção da posse no Direito brasileiro – exemplos e críticas.

Na legislação brasileira atual, voltada à problemática da função social da propriedade e da segurança da posse nas áreas urbanas, há dois institutos que tem se sustentado como instrumentos que objetivam a regularização fundiária, principalmente de áreas de grande adensamento, como as favelas. Trata-se da concessão de uso especial para fins de moradia e da legitimação da posse.

Embora outros contratos e outros direitos reais legitimem o exercício da posse, através do que se usou chamar de desdobramento da posse, em que ao possuidor é conferida a posse direta e o proprietário se mantém na posse indireta da coisa, confirmando a adoção da teoria de Ihering pelo Direito Civil brasileiro, os dois exemplos escolhidos (um deles não sendo direito real) foram criados com a finalidade de promoção da regularização fundiária, o que os difere um pouco das outras espécies de direito real de conteúdo puramente civil, objetivando a inserção de ocupações irregulares no ambiente jurídico formal.

4.1. A concessão de uso especial para fins de moradia

A concessão de uso especial para fins de moradia é um instituto que tem fundamentos constitucionais e uma existência um pouco confusa na legislação pátria, sendo

sua regulamentação, ainda hoje, praticamente toda feita pela Medida Provisória n.º 2.220 de 2001.

A fundamentação constitucional para a concessão de uso especial encontra-se no §1.º do artigo 183 da Magna Carta. O artigo 183 faz a previsão da usucapião especial urbana, que é o direito de adquirir a propriedade urbana através da prescrição, com o atendimento dos requisitos de cinco anos ininterruptos de exercício de posse, não titularidade de outro imóvel urbano ou rural e área até 250m² utilizada para moradia própria ou da família. O §1.º já determina que o título de domínio e a concessão de uso, serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos. O mesmo artigo traz uma terceira sessão repetindo a regra clássica de que os imóveis públicos não seriam adquiridos por usucapião.

A análise constitucional primária da concessão de uso especial para fins de moradia traz as seguintes informações: uma vez não sendo possível adquirir por usucapião os imóveis públicos, a solução para a ocupação desses imóveis por particulares seria através de um regime de concessão, que obedecesse aos mesmos requisitos da usucapião prevista no *caput* do artigo 183.

Em 2001, o Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257, viria regulamentar a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão do direito real de uso como instrumentos de política urbana. Entretanto, essa regulamentação, que se encontrava nos artigos 15 a 20 da referida lei, foi objeto de veto. As razões de veto de tais artigos foram baseadas nos seguintes argumentos: que não se fazia ressalva em relação a imóveis públicos afetados a uso comum do povo, bem como às áreas de defesa nacional, da preservação ambiental, destinadas a obras públicas, situações que mereceriam o mesmo tratamento dispensado à ocupação das áreas de risco.

Argumentou-se também que o Estatuto não previa de uma data limite para a aquisição do direito à concessão de uso, o que tornaria permanente um instrumento justificável apenas pela necessidade de solucionar um imenso passivo de ocupações irregulares, incentivando novas ocupações em áreas de domínio público. Mas nas próprias razões de veto foi reconhecida a importância do instituto e não tardou o Poder Executivo a edição da Medida Provisória n.º 2.220, em setembro de 2001, preenchendo as lacunas existentes no texto do Estatuto da Cidade e sanando suas imprecisões.

A Medida Provisória 2.220 regulamenta, pois, o instituto, considerando alguns dos argumentos mencionados nas razões de veto do texto do Estatuto da Cidade. Assim, a concessão vem como um direito subjetivo daqueles que, até a data de 30 de junho de 2001 tenham completos cinco anos, ou mais, de posse ininterrupta e sem oposição sobre um imóvel

urbano, utilizado para sua moradia ou de sua família, e que não seja proprietário nem concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano e rural, de se manter em sua posse com o título de concessionário. Guardadas as devidas diferenças entre a concessão de uso especial e a usucapião especial de imóvel urbano, as semelhanças de seus requisitos são evidentes.

De maneira correspondente à usucapião especial “coletiva”, a concessão de uso especial também poderia ser requerida pelas pessoas de baixa renda que, até a data de 30 de junho de 2001, possuísem conjuntamente área de imóvel público superior a 250m² onde não fosse possível identificar a fração ocupada por cada um, ininterruptamente e sem oposição, para uso de moradia própria ou de sua família, desde que não fossem proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. O instituto apresentou, desta maneira, uma forma de trabalhar a segurança da posse em áreas de grande adensamento.

O título da concessão de uso especial para fins de moradia é obtido pela via administrativa e em caso de omissão ou recusa da Administração, poderá ser feito por via judicial, ou seja, não sendo decidido administrativamente num prazo de doze meses a contar do protocolo, a apreciação poderá ser feita pelo Poder Judiciário e a concessão será declarada por sentença que será registrada no cartório de Registro de Imóveis, da mesma forma que o título que for conferido pela via administrativa (artigo 6.º e parágrafos). É considerado, assim, como um direito subjetivo do possuidor (ALFONSIN, 2002, p.161-162).

O instrumento da concessão de uso especial mostra-se, como visto, importantíssimo na busca pela regularização das áreas ocupadas irregularmente, mas é importante mencionar que, ao contrário da usucapião, ela não confere propriedade a quem reivindica o direito. Não há, na Medida Provisória 2.220 estipulação de termo para que cesse o contrato de uso, e mais, existe a previsão de que a posse garantida pela concessão pode ser transmitida sucessoriamente. As hipóteses de extinção do direito à concessão de uso especial estão enumeradas no artigo 8º da Medida Provisória e são elas: ser dada ao imóvel destinação diversa da moradia de si ou de sua família; a aquisição de propriedade ou concessão de uso outro imóvel urbano ou rural.

Por fim, a título apenas de esclarecimento sobre o objeto da MP 2.220, cabe mencionar que no artigo 9.º é prevista a autorização de uso especial de imóveis públicos situados em área urbana, que pode ser requerida basicamente com as mesmas especificações da concessão de uso especial, mas se destina a fins comerciais.

A maior crítica que se faz à concessão de uso especial para fins de moradia é relacionada ao fator temporal de que a Medida Provisória 2.220 fez previsão. As concessões,

a priori, só poderiam ser obtidas quando o pretendente estivesse no exercício da posse há cinco anos ou mais na data de 30 de junho de 2001. Tal restrição seria justificada pelo fato de que o instituto teria sido criado para regulamentar situações já existentes e não como uma maneira de formalizar futuras ocupações de bens públicos. Em outras palavras, a concessão de uso especial não deveria servir de incentivo à ocupação de terrenos públicos.

Tal entendimento, entretanto, não merece prosperar uma vez que as normas constitucionais são supremas e, em não havendo restrição na previsão da concessão no texto constitucional, não haveria possibilidade da lei fazê-la uma vez que há outros princípios constitucionais integrando a equação da regularização fundiária, como o próprio princípio da função social da propriedade e também o princípio da dignidade da pessoa humana.

A controvérsia acerca da limitação temporal imposta pela medida provisória traz justamente o ponto chave pelo qual o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia é citado no presente trabalho, em que se afirma a posse como realizadora da função social da propriedade. Este ponto identifica o exercício da posse com fim de moradia como criador de um direito a se formalizar com uma concessão especial de uso. E uma vez a concessão estando prevista no §1.º do artigo 183 da Constituição da República, não poderia haver regras limitando temporalmente o prazo máximo de requerimento desta concessão.

Ora, em que pese ser sabido que a usucapião não é exatamente um instrumento ideal para a regularização fundiária e, conseqüentemente, para a realização da função social da propriedade, em razão de seus trâmites difíceis e burocráticos, de qualquer forma ela não se aplica aos imóveis de propriedade do Estado por isto ser proibido pela Constituição. Assim, após longa jornada que culmina com a edição da Lei n.º 11.481/2007, que insere a concessão de uso especial para fins de moradia no rol dos direitos reais, artigo 1225 do Código Civil, além da regulamentação da Medida Provisória n.º 2.220/2001, é possível se dizer que é através do instituto da posse que se realiza a função social da propriedade de imóveis públicos não utilizados. Em sendo possível pois, a realização da função social da propriedade de um ente público, que proibida está de ser transferida a outro titular, admitido está que não há necessidade de transferência da propriedade para que sua função social seja realizada.

É um argumento que merece atenção, ainda que seu respaldo seja a proibição da transferência de titularidade do bem de propriedade do Estado, corroborando a tese de que a posse realiza a função social do bem imóvel por ser o exercício fático e exterior da relação homem-coisa que, por demonstrar prorrogação no tempo sem contestação, o legitima a ali permanecer enquanto direito.

4.2. A legitimação da posse

O outro instituto jurídico que traz a posse como o centro da relação homem-coisa é a legitimação da posse. A legitimação da posse, introduzida pela Lei n.º 11.977/2009 é claramente um instituto destinado à regularização fundiária e não foi alçado à categoria de direito real. E, apesar de em seu próprio nome carregar o objeto a que se destina – a posse, a criação deste instituto foi por demasiadamente tímida, ao coloca-lo tão somente como um degrau para se alcançar a propriedade através da usucapião.

As raízes históricas da legitimação da posse encontram base na antiga Lei de Terras, Lei n.º 601/1850, em que se legitimava as posses exercidas sem oposição por posseiros que estivessem cumprindo uma função social em terras pertencentes à coroa (MELO, 2008, p. 23). Era, portanto, um efetivo instrumento voltado para a proteção de uma posse que, *a priori*, não viria a se transformar em propriedade daquele que a exercesse. O que foi a legitimação da posse na Lei de Terras poderia corresponder ao que é atualmente a concessão de uso especial para fins de moradia.

Já a legitimação da posse nos termos da atual Lei n.º 11.977/2009 é o ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, identificando-se a pessoa que o ocupa, bem como o tempo e a natureza da posse exercida no local. O procedimento para a obtenção deste título de legitimação da posse é derivado de um projeto de regularização fundiária de interesse social, promovido pelo poder público. Diferente da concessão de uso especial para fins de moradia, não é um direito subjetivo daquele que exerce a posse pedir a sua legitimação. Como já dito, é um instrumento absolutamente ligado a projetos de regularização fundiária e depende de uma ação do Estado para que a posse possa ser concedida.

O procedimento da legitimação da posse tem início com um auto de demarcação urbanística que determina as áreas a serem regularizadas e as características da ocupação ali existentes. Da área demarcada, será feita uma planta, que será sobreposta à planta original do imóvel, uma vez que a planta de levantamento geralmente não corresponde à planta arquivada no registro de imóveis. Este auto de demarcação urbanística é levado ao Oficial do Registro de Imóveis para que localize o registro, a matrícula e o nome do proprietário.

Uma vez concluído o auto de demarcação urbanística, é elaborado o parcelamento, conforme as ocupações existentes e o mesmo será levado a registro. Só então o Poder Público concederá o título de legitimação da posse aos ocupantes cadastrados de acordo com o §1.º do artigo 58 da Lei n.º 11.977/2009.

O título de legitimação da posse, embora não seja um direito real, mas tão somente uma titulação prévia a um procedimento administrativo para declarar a aquisição por usucapião, é dado com restrições aos possuidores. Só tem direito ao título de legitimação aquele possuidor que não seja foreiro, concessionário ou proprietário de outro imóvel, ou mesmo beneficiário da legitimação da posse em outro local. Justifica-se tais restrições ao fato de que o instituto foi criado tendo um cunho social e não de direito privado.

O título de legitimação da posse serve, assim, para um futuro pedido de usucapião de modalidade administrativa, feito em cartório e dispensados de todos os requisitos burocráticos da usucapião requerida em juízo. Neste ponto, verifica-se que o legislador foi comedido, senão insuficiente, podendo ter conferido ao instituto uma maior complexidade no sentido de melhorar-lhe o alcance e torna-lo, talvez, um instituto de proteção possessória. Não o colocando como direito real deixou dúvidas a respeito de sua transferência e das garantias que teria o legítimo possuidor titulado. A legitimação da posse, da forma como foi inserida no ordenamento jurídico, pouco protege a posse enquanto direito.

É, assim, um instituto apenas voltado à aquisição da propriedade. Guarda seu valor, sem dúvida, em razão da desjudicialização do procedimento de usucapião, bem como pela facilitação da demarcação da terra, uma vez que fica tudo a cargo do poder público e não do particular que, muitas vezes, não tem recursos para arcar com toda a documentação exigida num processo judicial. Além disso, esta espécie de usucapião que tem a legitimação da posse como fase procedimental, tem sido considerada demanda sem litígio, o que não justificaria a atuação do Poder Judiciário. Sobre isso, bem observa Melhem Namen Chalhub (2011, p. 212):

A legitimação da posse, nos termos regulados pela Lei n.º 11.977/2009, e a usucapião são meios de reconhecimento de domínio, que, por não implicar em litigiosidade, são suscetíveis de efetivação independentemente de intervenção judicial, pouco importando o fato de ambas implicarem a perda da propriedade pelo seu titular e sua aquisição pelo possuidor.

Da forma como prevista na lei, a regularização fundiária afirma a realização da função social da propriedade apenas por fazer parte do processo de aquisição de um domínio e não com o objetivo próprio de garantir a posse da área enquanto um direito.

As observações acerca tanto do instituto tratado no item anterior, a concessão de uso especial para fins de moradia, como do instituto da legitimação da posse, demonstram que o Brasil, ao menos em termos legislativos, anda bem no que diz respeito à função social da propriedade, mas no que diz respeito à posse, a garantia da sua segurança ainda é muito frágil

e inconsistente, quando considerada como posse meramente fática e não decorrente de um desdobramento da posse em razão da propriedade.

Conclusão

A função social da propriedade foi interpretada pela doutrina jurídica como um princípio que passou a fazer parte da própria conceituação da propriedade, que até então era considerada como direito fundamental quase que absoluto. Nesta nova conceituação do direito de propriedade, a função social entra como elemento garantidor de sua proteção, ou seja, não será digna de proteção a propriedade que não cumprir esta função.

A lei civil dialogou muito bem com o novo princípio e, em razão das grandes demandas, a legislação urbanística, em suas necessidades de utilização de institutos civis, também o fez. Entretanto, verifica-se que a inteligência da aplicação do princípio da função social da propriedade, na maioria das vezes, é direcionada apenas à tutela da propriedade mesma. Em outras palavras, cura-se a propriedade não funcionalizada com a transferência do bem a outra pessoa. Isto, no plano das soluções urbanísticas para regularização fundiária, muitas vezes se mostra inviável, em razão de custos, de especificações técnicas e do próprio comportamento humano em relação à terra ocupada.

A transferência da propriedade nem sempre é, portanto, a melhor solução para os casos de regularização fundiária. E ainda que outras soluções não neguem o princípio da função social da propriedade, observa-se que a proteção da posse pode ser um caminho muito mais interessante, e até menos custoso, para a regularização fundiária em áreas urbanas. Estende-se assim, o princípio da função social da propriedade também à proteção da posse, pelo que se ousa falar, inclusive, na função social da posse.

Fazendo referência aos institutos apresentados, a concessão especial de uso para fins de moradia se mostra como uma solução muito interessante ao não conferir ao possuidor um direito de propriedade, mas tão somente uma proteção possessória, ainda, como dito, tenha como principal respaldo a proibição da usucapião de bens imóveis pertencentes ao Estado. Mas o instituto não deixa de demonstrar a viabilidade deste tipo de proteção sem haver, necessariamente, a transferência da propriedade, que, no sistema brasileiro, é revestida de uma série de procedimentos burocráticos.

Por outro lado, a legitimação da posse não oferece nada muito além de uma garantia de que aquela posse identificada no auto de demarcação urbanística já será considerada para a posterior declaração da usucapião administrativa. Não é, assim, um instituto de proteção da

posse, mas de facilitação da usucapião. Mais uma vez, o Direito brasileiro continua na tendência de privilegiar a promoção da transferência da propriedade e não a garantia da posse como se fosse a única saída para se proteger a permanência da pessoa no bem imóvel. Como dito anteriormente, o Brasil é um país de posses. Uma quebra de paradigma, mais do que necessária, é urgente para o surgimento de soluções viáveis para a proteção civil do direito de posse para além daquelas já garantidas pelos contratos e pelos direitos reais.

Referências

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia: Garantindo a Função Social da Propriedade Pública. *In* OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CHALHUB, Melhem Namen. O grande teste da usucapião administrativa. *In* CASTRO, Paulo Rabello de (Org.). **Galo Cantou!:** a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo. Rio de Janeiro: Record, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Ensaio sobre a incidência dos Direitos Fundamentais na Constitucionalização do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo a partir do Direito Civil-Constitucional no Brasil. *In*: BRAGA, Renata (Coord). **Direitos Fundamentais e Novos Direitos**. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 2001.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Legitimação de Posse dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da invenção à reconstrução. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____ (Org.). **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.