

Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário

Uma proposta de releitura do princípio constitucional

MARCUS EDUARDO DE CARVALHO DANTAS

Sumário

Introdução. 1. Função social como limite imposto pelo Estado. 2. Propriedade como noção abstrata. 3. Função social como limite interno: sistema de direitos e conformação do direito subjetivo. 4. Superando a abstração do conceito: propriedade e “propriedades”. 5. O exercício como uma dimensão integrante do conceito de propriedade. 6. Estrutura, função e autonomia da posse frente à propriedade. 7. A função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário. 8. Benefícios decorrentes da interpretação da função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário. Conclusão.

Introdução

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas é mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado (PUC-Rio); doutor em Direito Civil (UERJ). Bolsista de pós-doutorado Jr. (CNPQ/UERJ). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF-MG).

Na cerimônia de instalação do Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressaltou que, no que diz respeito ao acesso à terra, “o Brasil chegou ao século XXI sem ter resolvido problemas com raízes no século XVI” (CNJ, 2009). Sem desconsiderar o peso das questões políticas e econômicas incidentes sobre o tema, parte-se do pressuposto de que as investigações doutrinárias ainda têm um campo para avançar no desenvolvimento de soluções para o problema indicado. A hipótese que se pretenderá defender aqui é a de que a maior valorização da posse pode contribuir para amenizar o desequilíbrio do cenário.

O objetivo é, de um lado, explicitar o equívoco na avaliação da propriedade como conceito abstrato, com existência autônoma do modo através do qual se materializa. Ou seja: a discussão acerca do direito de propriedade tem relevância como investigação acerca de como esse direito se concretiza, sobre como ele é efetivamente posto em prática pelo seu titular em uma determinada realidade social e econômica (FACHIN, 1988, p. 23). Isso permitirá caracterizar a função social como o exercício do direito de propriedade, aproximando-a da forma concreta que ela adquire através da posse, pois o possuidor é aquele que tem, “de fato, o exercício dos poderes inerentes ao proprietário” (CC, art. 1196). Em tais condições, pretende-se caracterizar a função social da propriedade como a função social da posse exercida pelo proprietário.

Esta primeira etapa será importante para que seja possível ressaltar que a discussão acerca do “lugar” a ser ocupado pelo conceito de função social – se interno ao próprio conceito de direito de propriedade ou limitação externa – é fortemente influenciada por uma visão jusnaturalista de direito subjetivo, a *facultas agendi* que o proprietário naturalmente tem e que cabe ao Estado apenas “reconhecer”. É daí que surge a visão, fundamentalmente distorcida, de que a regulamentação constitucional e legal do exercício do direito de propriedade representa uma “limitação” a um direito que, sendo natural, não admitiria restrições.

Nesse sentido, pretende-se realizar uma contraposição entre essa “visão clássica” e a concepção presente em alguns estudos desenvolvidos por Pietro Perlingieri (1971; 2008) e Stefano Rodotà (1968; 1976; 2013), nos quais a noção de direito subjetivo é superada em favor do reconhecimento da existência de “situações jurídicas subjetivas”, de caráter complexo e variado. Essa frente de trabalho permitirá fundamentar a existência não de uma noção abstrata

e unitária de direito de propriedade, mas uma visão concreta e multifacetada, indicativa de mosaico de “propriedades” que, em cada caso, atrai normativa específica e diferenciada (TEPEDINO, 2004, p. 317).

Por último, se a função social da propriedade é, na verdade, a função social da posse exercida pelo proprietário, tal raciocínio tem consequências importantes na dinâmica de resolução de conflitos possessórios, já que permite a ampliação do objeto de incidência do princípio da função social, em consonância com o caráter principiológico da sua previsão constitucional no art. 5º, XXIII.

Em grande parte das disputas fundiárias relacionadas à disputa pela terra, a parte ré – em tese, aquela que realiza o esbulho – invoca como justificativa do seu comportamento o fato de que o proprietário não cumpre a função social. O objetivo é fazer com que a posse inicialmente qualificada como injusta possa ser considerada uma posse justa, tendo em vista que o titular não teria observado os desígnios constitucionais no modo como exerce o seu direito. Como consequência, a parte ré, na condição de possuidora justa, não poderia ser liminarmente retirada do imóvel, mantendo a capacidade de pressão necessária para chamar a atenção das autoridades estatais com a ocupação realizada.

Ocorre que esse tipo de argumentação não é acolhido pelos tribunais, justamente com base no argumento que se pretende contrastar aqui: o de que a função social, sendo “da propriedade”, não tem relação com o exercício da posse, não sendo possível levá-la em consideração nas ações possessórias, visto que o objeto de tais demandas é a tutela da posse. Se a função social da propriedade for reconhecida como função social da posse exercida pelo proprietário, tais barreiras perderão a sua sustentação.

Do mesmo modo, será preciso demonstrar que, dada a variedade de formas que a proprie-

dade pode concretamente adquirir, variada também será a função social exigida em cada caso. Como consequência, será possível reconhecer que a desapropriação é o mais intenso resultado do descumprimento, mas não o único: o proprietário que não cumpre a função social pode também perder o direito de manejar os interditos possessórios, permitindo que os conflitos fundiários sejam resolvidos por meio de uma análise mais detida das razões de cada uma das partes envolvidas em tais disputas.

1. Função social como limite imposto pelo Estado

Concebendo o direito de propriedade privada como tema de direito público, a função social foi historicamente mais estudada pelos publicistas, que normalmente tratam do assunto por meio de um percurso pela história constitucional, buscando traçar uma linha que vai desde Weimar até a Constituição brasileira de 1988, passando pela de 1946, 1967 etc. (SILVA, 2012, p. 123; DANTAS; RENTERIA: 2006, p. 667). Essa investida histórica tem o objetivo de demonstrar como o tema foi sendo gradativamente objeto de preocupação estatal e, aos poucos, deixou de ser apenas uma obrigação que o Estado deveria ter – a de legislar sobre a propriedade tendo preocupação com a função social – para passar à condição de princípio gerador de deveres para toda a coletividade, adquirindo a condição de direito fundamental (BERCOVICI, 2003, p. 72-74).

Nesse contexto de investigação, os deveres que dão conteúdo ao princípio da função social são normalmente encarados como limites que o Estado impõe ao titular do direito de propriedade privada, diminuindo o âmbito no qual ele poderia concretizar os poderes inerentes à sua condição, ou seja, a função social seria uma barreira no exercício da autonomia privada do proprietário.

Essa concepção pode ser criticada, em primeiro lugar, porque pressupõe o direito de propriedade privada do mesmo modo que os civilistas do século XIX, que o concebiam da forma “*plus absolute*”, com a única diferença de que, ao ser direcionado ao cumprimento de uma função, ele teria passado a ser um poder que deveria ser exercido numa esfera de menor extensão, mas ainda de maneira egoística, tendo em conta apenas os interesses do proprietário.

Trata-se da mesma equação que historicamente conectou os conceitos de “propriedade” e de “liberdade”, tornando-os expressões um do outro: o direito de propriedade tinha o seu fundamento no fato de que era encarado como materialização da liberdade e da personalidade humana, razão pela qual deveria ser exercido de maneira ilimitada e protegido, do modo mais intenso possível, contra violações perpetradas por uma entidade abstrata, o “sujeito passivo universal”. Era o “modelo antropológico

napoleônico-pandectista” (GROSSI, 1988, p. 242), que guiou as análises sobre o tema durante todo o século XIX e boa parte do século XX.

Sob tal prisma, a relação entre “direito” e “função social” é necessariamente adversarial: um se contrapõe ao outro como mecanismo de contenção, pois, se a propriedade é expressão da liberdade, qualquer forma de regulação representa uma violação a um direito que naturalmente todos têm em uma medida absoluta.

O desafio aqui é fundamentar as razões pelas quais o proprietário, concebido historicamente pelo pensamento liberal como senhor absoluto de um direito, deveria agora se “conformar” com as limitações ao seu poder empreendidas pelo Estado.

Trata-se de uma equação que chega a desarrumar a visão doutrinária sobre o tema, a ponto de causar, mesmo antes da Constituição de 1988, reações incisivas em setores de excelência no cenário jurídico nacional, como a que se pode verificar na escrita de Antônio Junqueira de Azevedo (1975, p. 20):

“[...] o ‘proprietário’, que deve usar a sua propriedade de acordo com sua função social, quer dizer, que deve usar a sua propriedade no interesse social, já não tem um direito, tem um dever. Ele é alguém que cumpre uma função (é um ‘funcionário’), e, não já, o ‘proprietário’, o ‘dono’ (‘Eu sou o dono!’), com toda a conotação que essas palavras têm.”

Em última instância, a discussão passa a ser até que ponto a exigência decorrente da necessidade de cumprimento da função social não descaracteriza o direito de propriedade, posto que “seria inconstitucional uma lei que, a despeito de definir tal conceito, lhe desse um conteúdo que ficasse muito aquém desse mínimo aceito como sendo o núcleo essencial do domínio” (BASTOS, 1988, p. 102). Mas surge um questionamento pertinente: qual é o mínimo de liberdade que tal direito deve permitir ao proprietário para que se mantenha como tal?

O questionamento é, evidentemente, fruto da dificuldade em conceber que esse direito possa sofrer algum tipo de restrição, e o impasse demonstra a insuficiência desse tipo de abordagem.

2. Propriedade como noção abstrata

A relação adversarial entre “propriedade” e “função social” decorre da concepção de propriedade como uma noção abstrata que tem validade independente da forma por meio da qual se concretiza, e foi fundamental para o desenvolvimento do percurso da burguesia no seu caminho revolucionário de superação das estruturas hierarquizantes do Antigo Regime e, como indicado, estava umbilicalmente ligada à ideia de liberdade.

Concebida como um atributo natural, a concepção de liberdade cunhada pelo racionalismo moderno demandava um ambiente de livre circulação de ideias e de coisas para a sua materialização, razão pela qual o mercado passou a ser o *locus* privilegiado de desenvolvimento da nova sociedade surgida após a Revolução (VARELA, 2002, p. 744).

Entretanto, considerando que nem todos os integrantes dessa sociedade pós-revolução tinham bens por meio dos quais poderiam efetivamente “realizar” suas liberdades naturais, a construção do sistema de direitos inevitavelmente precisou se assentar em bases abstratas, por intermédio do conceito de um “sujeito de direitos”, destinatário de normas gerais e virtualmente capacitado para a celebração de contratos, instrumento essencial para circulação de mercadorias (CLAVERO, 1989, p. 82). Assim, o sistema de direitos decorrente da revolução burguesa transformou a sociedade numa comunidade de proprietários, proprietários de si e, portanto, da força de trabalho necessária para o desenvolvimento da economia. Nesse sentido,

“A partir das contribuições da teologia voluntarista tardo-medieval (em especial dos teólogos franciscanos) e, após, da filosofia jusnaturalista, firma-se um processo de ‘interiorização do *dominium*’, *dominium sui*: o indivíduo descobre-se proprietário, descobre-se centro da ordem jurídica, em substituição à centralidade da *res*. Propriedade, como um ato interior, uma vontade, uma intenção, uma *potentia*, na linguagem dos teólogos voluntaristas – noção simples e, por conseguinte, abstrata – eis algumas das bases da propriedade moderna” (VARELA, 2002, p. 740).

Entendida como um conceito abstrato, a propriedade – “*droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent*” –, desempenhou um papel central no Código Civil de 1804, que era “mais do que um código de pessoas, um código das coisas e da riqueza adquirida” (VARELA, 2002, p. 743). Na verdade, os sistemas jurídicos elaborados pelo pensamento jurracionalista europeu aspiravam à condição de sistemas

“análogos aos que constituíam os sistemas axiomáticos da geometria, cuja base fosse integrada por certos princípios evidentes por si mesmos para a razão humana. Daqueles princípios se deduziriam normas para todos os casos juridicamente relevantes, constituindo-se assim sistemas precisos, completos e coerentes” (NINO, 2010, p. 380).

Essas considerações não têm o objetivo de questionar a diferença entre “ser” e “dever-ser”, que inevitavelmente marca a forma jurídica, garantindo ao sistema de direitos uma estrutura contrafáctica. Mas o processo de abstração por meio do qual a concepção do direito de propriedade foi modernamente engendrada, garantindo a passagem do “*dominium*”

para o “*dominium sui*” ou “*dominium sine usu*”, retirou-lhe inegavelmente o fundamento material que marcava a conformação medieval por intermédio da qual a sua legitimidade estava submetida à forma através da qual ele era concretamente exercido. Como consequência, o “*dominium* compreendido como vontade, como *animus*, pode tranquilamente ser separado dos fatos da vida cotidiana e ser imune a eles” (GROSSI, 1975, p. 248), ou seja, a propriedade passa a ser um direito que não se confunde com as faculdades por meio das quais ele pode ser exercido, não tem relação com a forma através da qual ele ganha uma forma concreta. Essa é a concepção pandectística que, na obra de Windscheid, ganha uma espantosa clareza, como se pode verificar na tradução livre realizada pelo brilhante trabalho de Laura Beck Varela (2002, p. 747):

“A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa, e as faculdades singulares que nela vão distintas não são nada além de exteriorizações e manifestações dessa plenitude [...] assim, a propriedade é também um direito diverso destas faculdades singulares. Ao determinar o conceito de propriedade, não se deve nem mesmo considerar as mudanças destas singulares faculdades nele contidas. A propriedade não nasce mediante a reunião em uma unidade de uma pluralidade de faculdades, mas, ao contrário, as relações singulares da propriedade existem somente em virtude da propriedade.”

É essa abstração que permite pensar a propriedade como uma noção que não tem relação com a forma pela qual ela se materializa através do exercício das faculdades inerentes ao domínio, tornando-se um conceito meramente “operacional”, segundo o qual a referência aos fatos passa a ser uma ilusão (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 121) conservadoramente instrumentalizada pela dogmática. Ao ganhar essa “independência perante a realidade”, o conceito deixou de ter um

conteúdo exclusivo, pois mesmo o possuidor pode ter, “de fato, o exercício”, inclusive “pleno”, dos poderes inerentes ao proprietário, fazendo com que, muitas vezes, a diferença entre o possuidor e o proprietário seja visível apenas pela inscrição no registro.

Duas conclusões podem ser extraídas desse ambiente de ideias: a exigência do cumprimento de uma função social – que por definição se refere à forma de exercício da titularidade – será sempre algo externo ao próprio conceito e, por tal motivo, o direito de propriedade tem existência – e demanda proteção do Estado – independente da sua concretização. Como consequência, a superação dessa visão demanda o reconhecimento de que a função social é uma parte integrante do conceito de direito subjetivo de propriedade e, concomitantemente, o de que ser proprietário só é algo relevante por conta da possibilidade de exercício, “de fato”, e com exclusividade, de um conjunto de poderes atribuídos aos titulares de tal direito.

3. Função social como limite interno: sistema de direitos e conformação do direito subjetivo

O pensamento que coloca a função social como elemento externo ao direito subjetivo de propriedade apresenta uma distorção grave, pois desconsidera a relação de mútua implicação entre a necessidade de compatibilização da autonomia privada e as exigências decorrentes da construção de um sistema de direitos democraticamente constituído.

Se todos são iguais e participam como cidadãos em condições idealmente semelhantes da construção da sociedade e reconhecem a necessidade de tutela de valores coletivamente relevantes, então é inegável que a ideia de um direito “absoluto” ou “incondicionado” é incompatível com a noção de sistema democrático de

direitos: se todos têm os mesmos direitos e na mesma medida, é ilógico considerar que qualquer deles possa ser absoluto. Nenhum bem de existência finita que precise ser distribuído de forma democrática a um determinado número de pessoas pode ser concedido, de forma absoluta ou irrestrita, a qualquer uma delas, e quem quer que vislumbre tal possibilidade estará, na verdade, desconsiderando a essência de um sistema de direitos construído democraticamente (HABERMAS, 2001, p. 151).

Nessa linha de entendimento, a ideia de uma função social nada mais é que o reconhecimento de que os interesses do titular daquele direito precisam se compatibilizar com os de outros cidadãos não proprietários – “contraproprietários” (CATERINI, 2005, p. 284) –, mas que, em um regime democrático, precisam do mesmo respeito e consideração por parte do sistema de direitos construído para a regulação da sociedade como um todo, e em igual medida.

Na verdade, esses interesses não proprietários não são apenas representativos da autonomia privada cidadã, mas dos valores que uma dada sociedade entende que são socialmente relevantes e, por esse motivo, considera que devam ser protegidos pelo seu sistema de direitos cunhado através do exercício da autonomia pública de cada um dos participantes da comunidade democraticamente estruturada.

Assim, a concepção da função social – mecanismo de conformação e compatibilização entre interesses proprietários e não proprietários –, como elemento externo dos direitos subjetivos, está fundamentalmente impregnada por uma visão jusnaturalística que os qualifica como prerrogativas anteriores ao Estado e à própria ideia de sociedade estruturada democraticamente por meio de um sistema de direitos que dá a todos os seus integrantes as mesmas possibilidades de ação, numa relação de co-originalidade entre autonomia pública

e autonomia privada (HABERMAS, 2001, p. 172).

Dessa forma, a ideia de um direito subjetivo absoluto é descartada simplesmente por ser incompatível com a ideia de um sistema de direitos que, democraticamente instituído, tutela interesses de cidadãos proprietários ou não em igual medida de relevância. Nesse sentido, supera-se o entendimento de que a atribuição e a tutela da propriedade estariam ancoradas na expressão da liberdade (RODOTÀ, 2013, p. 65).

Sem obviamente negar a autonomia privada inerente à possibilidade de escolha sobre a apropriação de bens, a atribuição do direito e a sua tutela têm na função social o seu elemento de legitimação, a própria causa de sua atribuição (PERLINGIERI, 1971, p. 53), ou seja, “a propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função” (GRAU, 2010, p. 315). Como consequência, se a função social integra o perfil interno do domínio, o seu descumprimento, em última instância, faria desaparecer o próprio direito. A conclusão é em grande medida polêmica – e, diga-se, sem respaldo constitucional –, mas tecnicamente correta e, de certa forma, lógica:

“[...] se a partir deste ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social. Em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de propriedade [...]. A hipótese, se um mínimo de coerência nos for exigido, há de conduzir a perda e não essa estranha ‘desapropriação’” (GRAU, 2010, p. 316).

Se a exigência do cumprimento de uma função social integra o próprio conceito de direito

de propriedade, então é incorreto pensar na necessidade de cumprimento de tal princípio constitucional somente nas hipóteses que podem levar à desapropriação. Essa concepção enseja a superação da dinâmica adversarial historicamente consolidada na sua compreensão como limite a um direito absoluto.

“Disso deriva, conseqüentemente, a necessidade de abandonar a ideia de uma propriedade que, falsamente reconstruída, sofreria um tipo de “corrosão”, provocada pelos princípios constitucionais, de sorte que poderia conferir uma espécie de salvo-conduto (*ius plenum domini*) ao proprietário no interior do território (*meum esse*) que lhe restou, ainda não corroído. [...] A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma ‘mini-propriedade’ [...], mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não proprietários (igualmente ou predominantemente) mercedores de tutela, não pode ser examinada ‘*se non costruendo in una endiadi le situazioni del proprietario e dei terzi*’. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional” (TEPEDINO, 2004, p. 323).

Se os direitos decorrem de um sistema democraticamente estruturado, então nenhum deles é absoluto, e a coordenação entre eles se faz por meio do conceito de função social que, justamente por isso, não esgota seus efeitos na ideia de desapropriação.

4. Superando a abstração do conceito: propriedade e “propriedades”

O artificialismo da concepção abstrata e unitária de propriedade pode ser comprovado, em primeiro lugar, pela simples leitura do modo como a Constituição de 1988 disciplinou o tema, posto que o cientista do direito precisa “lastrear sua investigação em dados oferecidos pelo ordenamento legislativo, refutando uma metodologia falsamente generalizante” (RODOTÀ, 1968, p. 129; 2013, p. 73).

O exame do material legislativo permite reconhecer que a “forma proprietária” (rural, urbana, produtiva, improdutiva, titularizada por estrangeiro etc.) pode se apresentar de maneiras muito diferentes e, como consequência, atrair uma disciplina normativa muito variada (TEPEDINO, 2004, p. 317). Nessa variedade, é inevitável reconhecer que “o mínimo denominador comum entre as diversas figuras de propriedade privada é tão tênue que ao intérprete interessa enfatizar mais as diferenças que as afinidades” (PERLINGIERI, 2008, p. 927), porque a semelhança entre os diversos estatutos proprietários em grande medida se limita ao reconhe-

cimento jurídico de que um ente portador de personalidade jurídica tem a possibilidade de fruir, de maneira exclusiva, de um determinado bem.

Extrai-se da leitura do dado normativo a visão de um conjunto de “propriedades”: não um direito subjetivo a ser exercido sempre da mesma maneira, mas uma “situação jurídica complexa” a demandar, em cada caso, uma regulação específica de acordo com os interesses relevantes em cada estatuto proprietário (RODOTÀ, 1976, p. 893). Como consequência, “chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário” (TEPEDINO, 2004, p. 316).

A pluralidade de formas por meio das quais a propriedade pode se materializar evoca a idêntica diversidade de modos de exercício dos poderes titularizados pelo proprietário, o que demanda o aperfeiçoamento da tese que preconiza a indissociabilidade entre o direito subjetivo de propriedade e a necessária avaliação da sua concretização por meio da operacionalização dos poderes inerentes a tal condição. É o que se pretende realizar no tópico a seguir.

5. O exercício como dimensão integrante do conceito de propriedade

A noção pandectística de propriedade cunhada principalmente por Windscheid decorre da desconsideração de que o conceito é resultante de uma união indissociável entre estrutura e função (BOBBIO, 2007, p. 53), pois o direito de propriedade não é relevante “em si mesmo”, desvinculado do conteúdo que dá corpo ao domínio. Um determinado bem só é qualificado como relevante em função do modo pelo qual concretamente se estruturam as relações sociais. Um bem jurídico de caráter patrimonial, portanto, só é relevante porque é intensamente desejado no mercado de trocas econômicas em torno do qual a sociedade está arrumada – de nada adiantaria ser proprietário de uma barra de ouro em uma ilha deserta. Como consequência, a noção de uma propriedade relevante em “abstrato” é um *non sense*: qual a relevância em ser proprietário em uma sociedade que não valoriza de forma positiva a prerrogativa de concretização exclusiva da vontade sobre os bens que compõem o objeto da relação?

O equívoco da proposta foi muito bem descrito por Alf Ross em uma passagem do livro “Direito e Justiça” (2007, p. 213), quando indica o protesto de seus filhos ao serem postos na condição de titulares da propriedade “nua” do jardim no qual disputavam as flores: ser nu-proprietário, para eles, não significava nada, porque a palavra “propriedade”, como indica Ross, não tem “referência semântica alguma” (ROSS, 2007, p. 205). Mais uma vez, “ser proprietário” só é importante em um ambiente onde

a concretização exclusiva da vontade sobre um determinado bem é valorado positivamente e em função disso.

O desconforto produzido por um conceito de propriedade que não tem nenhuma potencial conexão com a sua concretização é resultado da desconsideração do fato de que tal noção abstrata serve apenas para indicar o sujeito de direito autorizado a exercer os poderes inerentes ao domínio. Assim, a expressão “direito subjetivo de propriedade” tem o papel de sintetizar todo o conjunto de normas que regulam a condição daquele que se encontra na posição de titular de tal direito:

“Assim, quando dizemos que um indivíduo tem legitimamente o direito sobre uma propriedade, significamos que há um fato condicionante de uma série de consequências, tudo regulado na forma de normas: assim, possuir como algo seu uma casa significa que a situação está regulada por normas que protegem o uso e o gozo do objeto, que obrigam ao pagamento de tributos, que autorizam o recurso aos tribunais em caso de turbação, que exigem registro em órgãos públicos, etc.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 120).

Mas é objetivamente verificável que todas as normas efetiva e potencialmente incidentes sobre o caso estão a regular o modo como os poderes inerentes a tal condição serão postos em prática, bem como os deveres daí decorrentes, ou seja, “[...] normas que protegem o uso e o gozo do objeto, que obrigam ao pagamento de tributos, que autorizam o recurso aos tribunais em caso de turbação, que exigem registro em órgãos públicos”. A dimensão funcional, relativa ao exercício do direito, passa à condição de parte integrante do conceito, tendo em vista a inadequação da valoração de um direito subjetivo de propriedade relevante em si mesmo.

Visível em tais considerações é o fato de que “ser proprietário” é algo importante em

decorrência da possibilidade de exercício dos poderes inerentes a tal condição, o que inegavelmente aproxima os conceitos de propriedade e de posse, pois se “o fato jurídico [...] deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)” (PERLINGIERI, 2008, p. 642), parece adequado reconhecer que a exigência do cumprimento da função social da propriedade remete, como exercício, ao modo pelo qual o titular de tal direito materializa a sua posse. Surge então a necessidade de explicitação da forma como tal raciocínio se harmoniza com os históricos esforços de autonomização da posse frente à condição proprietária. É o que se pretende esclarecer adiante.

6. Estrutura, função e autonomia da posse frente à propriedade

Quando Ihering considerou que a posse era a porta de entrada para o direito de propriedade, ele foi interpretado como alguém que colocava a posse em posição subalterna. Essa visão foi combatida por toda uma série de estudos doutrinários que tiveram o mérito de consolidar o reconhecimento de que nem sempre os dois institutos andam juntos, ou seja, que nem todo possuidor é proprietário, mas nem por isso ele deve deixar de ter proteção do ordenamento. Mas o proprietário é sempre possuidor?

O mesmo Ihering, que defendeu que a propriedade era o fundamento da defesa da posse, considerou que “a propriedade sem a posse é um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem escada para colher seus frutos” (IHERING, 2005, p. 9), ou seja, a posse dá relevância social à titularidade. Mas a adequada compreensão de tal raciocínio depende de uma determinação do tipo de posse a que se faz referência na hipótese. Nesse iter, a posse pode ser “direta” – como aquela de

que dispõe o possuidor que “tem a coisa em suas mãos” – ou “indireta”, a de que dispõe o titular que, não tendo relação material com o bem, controla o modo pelo qual se dará o seu aproveitamento econômico e social por meio de negócio jurídico.

A qualificação da prerrogativa de coordenação do exercício direto da posse como sendo, também ela, uma das formas de materialização do *corpus* foi desenvolvida por Ihering, entre outros motivos, como forma de resolver um problema prático: o conceito de *corpus* utilizado por Savigny era excessivamente restrito, porque o concebia como representativo de um domínio direto sobre a coisa. Tal interpretação não servia como explicação para a forma como o trânsito negocial se estruturava mesmo entre os romanos, fonte em que ambos os autores buscaram o argumento de autoridade para o desenvolvimento de suas teorias.

A indagação que se apresenta aqui é: qual a diferença entre a propriedade, compreendida como “puro direito subjetivo”, e a posse indireta, compreendida como autorização para coordenação do exercício direto dos poderes inerentes ao proprietário?

Ao que parece, a construção do conceito de posse indireta tem como objetivo realçar o fato de que a coordenação do exercício direto dos poderes inerentes ao proprietário é, também ela, uma forma de exercício, razão pela qual aquele que tem esse tipo de posse também é possuidor, mesmo não tendo relação material e efetiva com o bem. A prerrogativa de “delegar” a outrem o direito ao “contato direto” com a coisa é uma forma de materialização do exercício dos poderes decorrentes de tal condição, mas nem assim a condição de “possuidor indireto” se confunde com a de proprietário “puro”, destituído da posse “concreta” sobre o bem, porque o desdobramento ínsito na condição de “posse indireta” já representa, como se indicou, uma

forma de exercício inerente ao proprietário, ainda que não exclusiva dele.

Ainda uma vez, fica realçada a dimensão do exercício e, da mesma forma, a artificialidade existente em um conceito de propriedade totalmente alheio a tal dimensão fática. Daí se infere, novamente, que a função social é parte constitutiva da própria ideia do direito, razão pela qual mesmo a “nua propriedade” só tem relevância social por ser representativa de um dos modos pelos quais o exercício dos poderes proprietários se dá.

Quer isso significar que, dentro do esquema proposto, a valoração da condição de proprietário passa necessariamente pela compatibilização entre a sua posse e os desígnios constitucionais, ou seja, a chamada função social da propriedade pode e deve ser encarada como a função social da posse exercida pelo proprietário. É o que se procurará explicitar na seção seguinte.

7. A função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário

De uma maneira geral, a afirmação de que a função social é equivalente à de exercício do direito não é polêmica, dada a inviabilidade de uma “função abstrata” a ser desempenhada pelo titular do direito subjetivo de propriedade. O que deve ser agora explicitado é que as múltiplas formas de exercício da titularidade podem ser divididas entre dois grandes grupos: o das formas de exercício material ou direto e o das formas de exercício indireto.

As primeiras se caracterizam pela exploração imediata do bem pelo titular do direito subjetivo que lhe permite fazê-lo de modo exclusivo, seja ele proprietário ou possuidor direto. As segundas formas de exercício dizem respeito ao controle sobre o modo através do qual o exercício direto irá ser operacionalizado

por outrem, no que fica ressaltada a existência de um desdobramento dos poderes inerentes ao titular do direito.

Tal categorização tem o único objetivo de deixar assentado que o exercício do direito subjetivo de propriedade pode ganhar formas de exploração econômica do bem que vão muito além daquelas diretamente ligadas à dimensão material existente no modo como, por exemplo, o proprietário cultiva a terra. Mas é necessário reconhecer que as formas de exploração que vão além da posse direta não dizem respeito à função social da propriedade propriamente dita mas, antes, à função social do contrato. Isso porque a existência de uma posse direta, concomitante à posse indireta, se dá em função do desdobramento realizado por intermédio do negócio jurídico mormente na forma de um contrato entre as partes envolvidas. Em tais casos, a função social do contrato seria uma especificação da função social da propriedade, devidamente compreendida como função social da posse exercida pelo proprietário.

É lícito então concluir que a função social da propriedade se concretiza pelo exercício, e este se apresenta na forma da posse materializada pelo proprietário. Tal posse pode se apresentar na versão de uma posse direta ou indireta mas, como a posse indireta, mesmo sendo inegavelmente uma forma de exercício, ganha corpo por intermédio de um negócio jurídico, é razoável considerar que a Constituição de 1988 tratou da função social da propriedade como exercício da posse “real e direta” por parte do proprietário, como se pode atestar pela redação dos arts. 182, § 2º, 184 e 186.

Não se deve extrair daí o esfacelamento das linhas que demarcam os conceitos de posse e de propriedade, mas o reconhecimento de que o proprietário materializa a sua condição através da posse e, conseqüentemente, dará corpo à função social que tem que cumprir por meio de um exercício da posse que corresponda às exigências constitucionais em cada caso existentes.

8. Benefícios decorrentes da interpretação da função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário

Como indicado na seção anterior, a interpretação aqui defendida mantém intactas as linhas demarcatórias entre posse e propriedade, posto que significa apenas que, quando o titular do direito for o proprietário, o cumprimento da função social dependerá de como exerce o seu direito, ou seja, pela posse. Quando o titular for o possuidor não proprietário, o exercício de sua condição ganhará o nome de função social da posse. Uma vez que seja possível concordar que, quando tratou da função social da propriedade, a Constituição o fez indicando formas de exercício direto

dos poderes inerentes a tal condição, inevitavelmente se chega à conclusão de que a função social da propriedade – como função social da posse exercida pelo proprietário – tem o mesmo conteúdo da função social da posse diretamente exercida pelo possuidor.

A leitura é pertinente, pois contribui para o enfrentamento de um problema que desafia a doutrina especializada: a questão relativa ao modo adequado de compreensão das relações entre os conceitos “função social da propriedade” e “função social da posse”. Como se sabe, parte da doutrina considera que existe uma relação de precedência entre os dois conceitos, privilegiando a função social da posse frente ao seu equivalente na propriedade sob o argumento de que a função social mostrar-se-ia mais evidente naquela do que nesta (MARÉS, 2003, p. 91; FACHIN, 1988, p. 19-20).

Na leitura até aqui desenvolvida, defende-se a existência de uma relação de equivalência entre a situação do possuidor e do proprietário no que diz respeito à exigência constitucional. Isso porque, se a função social é exercício, e este representa, em verdade, a posse, então não há diferença no que tange à materialização do direito de cada um: se o titular é o proprietário, ter-se-á função social da posse exercida pelo proprietário; se o titular é possuidor, o exercício de seus poderes se dará como materialização da função social da posse.

Acrescente-se que tal interpretação permite uma ampliação do âmbito de análise quanto ao merecimento de tutela do exercício dos poderes titularizados pelo proprietário, o que parece imprescindível para um novo olhar sobre dramáticos episódios concernentes à resolução de conflitos possessórios.

A interpretação consolidada nos tribunais brasileiros é aquela que não considera possível a avaliação do cumprimento da função social desempenhada pelo proprietário no âmbito do

juízo das ações possessórias, por razões que vão desde o simples fato de tal exigência não constar no rol dos requisitos estabelecidos no Código de Processo Civil (CPC) para o manejo dos interditos, até o fato de que, como a verificação do cumprimento da função social é pressuposto da desapropriação, tal investigação só poderia ser feita em processos nos quais a titularidade é discutida (DANTAS, 2013).

O fato de que a titularidade não esteja sendo questionada nas ações possessórias não deve ser impedimento para que o magistrado faça uma análise do cumprimento da função social por parte do proprietário. Considerando a função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário, tal investigação passa a ser imprescindível como mecanismo de qualificação da posse exercida pelos contentores, mesmo que a consequência da constatação do descumprimento da função social por parte do autor da ação de reintegração não seja a perda da titularidade, tampouco seja decorrente da delimitação dos índices de produtividade da área, conforme requisito imprescindível para a eventual desapropriação por descumprimento da função social.

Essa mudança interpretativa tem um inequívoco apelo social. Como se sabe, a doutrina majoritariamente considera que os vícios da posse devem ser interpretados de forma não exaustiva. Nesse sentido, ainda que não tenha sido empregada violência, clandestinidade nem precariedade, o apossamento, simplesmente por não ter sido autorizado, demandaria a qualificação da posse como posse injusta, e o apossamento seria qualificado como esbulho (GONÇALVES, 1998, p. 53).

Tal interpretação, porém, beneficia enormemente o proprietário desidioso, que muitas vezes abandona o bem do qual é titular, deixando de exercer a “posse concreta”, tampouco transferindo a outrem essa possibilidade por

meio do negócio jurídico. Mas seria correto considerar como esbulho a ocupação de um imóvel sobre o qual não está sendo exercida, de nenhuma forma, a posse “direta”?

De todo modo, a questão será inegavelmente decidida no âmbito possessório, pelo julgamento da ação de reintegração. Ocorre que a interpretação majoritária – criticada anteriormente – acaba por interditar o debate mais aprofundado sobre o âmbito de incidência do princípio da função social da propriedade, enfraquecendo o potencial expansivo característico dos princípios e diminuindo o seu poder de transformação social.

Conclusão

A ninguém escapa que grande parte dos conflitos fundiários está diretamente relacionada à concretização de direitos fundamentais de caráter social, seja o direito ao trabalho – característico do labor realizado sobre a terra através da atividade agrícola –, seja o direito à moradia.

Nesse diapasão, a devida delimitação dos contornos da relação entre posse e propriedade – reconhecimento da autonomia entre os institutos sem descurar do fato de que o requisito da função social só pode ser cumprido pelo exercício característico da posse – pode abrir novos caminhos de investigação das potencialidades do princípio. Em tais condições, não haveria qualquer impedimento para a avaliação da legitimidade das posses dos envolvidos em um conflito fundiário através das lentes da função social da propriedade, uma vez que ela seja reconhecida como a função social da posse exercida pelo proprietário.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 427, 1975.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 666-669.

BASTOS, Celso Ribeiro. Função social como limite constitucional ao direito de propriedade. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, p. 101-113, 1988.

* O termo “ocupação” é utilizado como reflexo de uma valoração positiva do ato, reconhecendo-o como reflexo de uma legítima manifestação democrática, tal qual usado no STJ, REsp, 168461/ES (BRASIL, 1 998). Já na decisão STF, MS nº 23.759/GO (BRASIL, 2013), o mesmo ato foi considerado como “esbulho”. Alguns setores da doutrina civilista vem trabalhando na defesa da função social como elemento de qualificação da posse, como se pode verificar em: FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 83; TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 57.

BERCOVICI, Gilberto. O direito de propriedade na Constituição de 1988: algumas considerações críticas. *Cadernos de Direito* (UNIMEP), Piracicaba, SP, v. 3, n. 5, p. 67-77, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.759/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 17 abr. 2002b. *Diário da Justiça*, 22 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 168461/ES. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ, 25 ago. 1998. *Diário da Justiça*, 26 out. 1998.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 35559 MG 2005.38.00.035559-5. Relator: Desembargador Hilton Queiroz. DJ, 18 abr. 2006 *Diário da Justiça*, 16 maio 2006.

CATERINI, Enrico. Proprietà. In: PERLINGIERI, Pietro. *Temi e problemi della civilistica contemporanea: vintecinque anni della Rassegna di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 283-291.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución: paradigmas de un binómio. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v. 18, 1989. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/18/0080.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Presidente do CNJ defende especialização do Judiciário para solucionar conflitos fundiários. *Agência CNJ de Notícias*, 11 maio 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=1:notas&id=6579:mososida%20de-e-falta-de-estrutura-sao-problemas-denunciados-no-amazonas>. Acesso em: 14 out. 2014.

DANTAS, Marcus; RENTERÍA, Pablo. Propriedade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 666-669.

DANTAS, Marcus. Função social na tutela possessória em conflitos fundiários. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, 2013. No prelo.

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

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de propiedad*. La irrupción del colectivismo en la consciéncia europea. Barcelona: Ariel, 1986.

_____. La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v. 17, p. 359-422, 1988. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/17/0359.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Proprietà: diritto intermédio. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano: Giuffrè, 1975. v. 37.

HABERMAS, Jürgen. *Factitividad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2001.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica de Denise Matos Marino. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Jovene, 1971.

RODOTÀ, Stefano. Proprietà (diritto vigente). In: NUOVÍSSIMO DIGESTO ITALIANO. Torino: 1968. v. 14.

_____. La logica proprietaria tra schemi ricostrutivi e interessi reali. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v. 5/6, 1976/1977. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/05/0885.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. *Il terribile diritto*: studi sulla proprietà privata e i beni comuni. Bologna: Il Mulino, 2013.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*: direito das coisas. São Paulo: Método, 2009. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.