

A função social da propriedade e a tutela processual da posse

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Professor-coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico.

Sumário: 1. Nota introdutória; 2. O princípio da função social da propriedade; 3. Fundamentos da tutela processual da posse; 4. O princípio da função social da propriedade e a sua repercussão na tutela processual da posse. A função social da posse como pressuposto implícito para a concessão da proteção possessória; 5. Bibliografia

Resumo. A consagração do princípio da função social da propriedade na Constituição Federal de 1988 alterou, significativamente, o regulamento infraconstitucional da tutela da posse, que deve, agora, basear-se neste novo modelo constitucional de proteção dos direitos reais.

Riassunto. Dopo l'avvenimento del principio della funzione sociale della proprietà nella Costituzione Federale di 1988, è cambiata significativamente la disciplina infracostituzionale del possesso, che adesso bisogna essere basata su questo nuovo modello costituzionale di protezione dei diritti reali.

Palavras-chave: Princípios. Função social da propriedade. Tutela processual da posse.

Parole-chiave: Principi. Funzione sociale della proprietà. Tutela processuale del possesso.

1. Nota introdutória.

O objetivo deste pequeno ensaio é demonstrar que a consagração constitucional da função social da propriedade, como princípio que estrutura a ordem econômica brasileira e como um direito fundamental, tornou imperiosa a reestruturação do regramento infraconstitucional da tutela processual da posse.

É preciso, a partir de então, exigir como pressuposto para a tutela da posse a demonstração de cumprimento da sua *função social*. Trata-se de pressuposto implícito, decorrente da eficácia direta e imediata do princípio constitucional da função social da propriedade.

Seguem os nossos argumentos.

2. O princípio da função social da propriedade.

A propriedade privada e a sua função social são dois dos princípios que regem a ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição da República, que estruturam a regulação da chamada iniciativa privada. Princípios que, em análise apressada, poderiam ser entendidos como antitéticos, na verdade se complementam, sendo a função social, atualmente, vista como parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, seu outro lado — *só há direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social*.

Não é possível, atualmente, estudar os procedimentos que servem à tutela da posse e dos direitos reais ignorando a existência desta norma constitucional, que, como será visto, estrutura todo o sistema infraconstitucional de proteção destas situações jurídicas.

Trata-se este princípio que atribui à propriedade conteúdo específico, dando-lhe novo conceito¹. A positivação constitucional destes princípios demonstra uma tentativa de unir dois extremos da história jurídica: o clássico direito de propriedade e a sua nova feição, caracterizada

¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 263.

pelo desenvolvimento teórico de sua função social. Demais disso, a grande utilidade da noção de função social está na sua aplicação à propriedade privada, como bem alertou Eros Roberto Grau². A sua análise conjunta, portanto, além de justificar-se, torna-se imperiosa.

A integração entre estes dois princípios não prescinde de um apanhado histórico.

Há um paradoxo histórico com o direito de propriedade privada. “Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia ‘inviolável e sagrada’ da liberdade individual, sem a qual ‘não há constituição’”, a propriedade passou a ser estudada pela teoria jurídica no século XIX, como um instituto de direito privado, estranho à matéria constitucional³. A explicação deste paradoxo revela-se também historicamente⁴.

No mundo greco-romano, a idéia de propriedade privada estava intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, à casa de família — basta que se busque o étimo da palavra domínio, que vem de *domus*, gerando *dominus* e *dominium*, que significam chefe da casa e poder próprio desse sobre todos os bens familiares. A propriedade privada fazia parte da constituição social desta civilização, de modo que não podia ser alterada⁵.

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6^a ed., cit., p. 263.

³ COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 131.

⁴ Valemo-nos do estudo histórico formulado pelo Prof. Titular da Universidade de São Paulo Fábio Comparato, em artigo retrocitado. Nossa exposição será um resumo do seu pensamento, com o acréscimo de algumas outras observações.

⁵ “Como observa Fustel de Coulanges, ‘a casa de um grego ou de um romano encerrava um altar’. A incolumidade outorgada à *domus* era proteção ao fogo sagrado, aos *Penates*, aos deuses *Lares*. (...) Tal o respeito devido à casa, que, *invito domino*, não lhe podia ser ultrapassada a soleira ainda quando para o fim

É neste seio que surge a concepção clássica do direito de propriedade como um poder absoluto, exclusivo e soberano de um sujeito sobre a coisa. À época, ainda se acrescentava, ao direito de propriedade, o qualificativo de sagrado, conforme visto. E conclui FÁBIO KONDER COMPARATO: “Por aí se percebe como seria absurdo falar, no direito antigo, de deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade. A propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico.”⁶

Com o advento da civilização burguesa, a propriedade desvincula-se do seu aspecto sagrado, passando a ter um sentido de mera utilidade econômica.

O direito de propriedade era concebido como um poder jurídico que recaía, inicialmente, sobre coisas materiais, envolvendo-as em todas as suas relações e permitindo ao proprietário excluir a interferência indesejada de terceiros. Trata-se das duas notas características do direito de propriedade: submissão da coisa ao proprietário e exclusão dos outros⁷. Poderia o proprietário, assim, segundo a concepção clássica, submeter a coisa à sua vontade: usar, fruir, dispor materialmente, dispor juridicamente, alterar destinação econômica e, até mesmo, destruir-lhe, bem como reaver a coisa de quem quer que injustamente a detenha.

de chamamento a juízo.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6, p. 204-205.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 133.

⁷ Estes poderes estão contidos nas definições de propriedade do Código Civil alemão (§ 903: ‘Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen’) e do Código Civil brasileiro, art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Partia-se do pressuposto ideológico de que cada qual agindo egoisticamente atenderia ao interesse social: o empregador, por exemplo, pagando o salário de miséria atenderia a seu interesse (lucro) e ao coletivo (emprego). Este poder jurídico, que é o mais amplo que pode existir no campo dos direitos reais, esteve sujeito a uns poucos limites de caráter excepcional, que estabeleciam o que o proprietário não poderia fazer no exercício de seus direitos — eram, na verdade, limites negativos: a) direitos de vizinhança; b) limitações administrativas.

Conquanto direito fundamental, em razão da dicotomia existente entre indivíduo e cidadão, entre sociedade civil e Estado, a propriedade era analisada como instituto de direito privado. A propriedade ganhava *status* de direito do homem, garantia da liberdade dos indivíduos contra o Estado, verdadeiro fundamento do pacto social. E conclui FABIO KONDER COMPARATO:

“...é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito a aquisição dos bens indispensáveis a sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. (...) Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria, pois, inofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana”.⁸

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito fundamental liga-se com a sua função de proteção pessoal. Mas nem toda

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 137.

propriedade há de ser considerada direito fundamental e, como tal, protegida⁹.

Se a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, servindo como instrumento de exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano; é preciso, enfim, reconhecer a propriedade-dever, o lado passivo de direitos humanos alheios¹⁰.

E aqui surge a concepção da função social da propriedade — outro princípio constitucional que rege a atividade econômica — e que aparece como complemento do estatuto constitucional da propriedade privada, impondo a ela um conjunto *de deveres*, ao lado dos clássicos poderes antes mencionados.

Este princípio (*cláusula geral* que rege a atividade econômica) serve como forma de balizamento constitucional do direito fundamental propriedade, delimitando o seu conteúdo. Estabelece que a propriedade *obriga ao proprietário*. Trata-se de construção que transformou estruturalmente o direito de propriedade. *Além de poder jurídico, a propriedade traz consigo o dever de exercer este direito de modo a atingir determinadas finalidades; deixava a propriedade, pois, de ser um direito absoluto, cuja utilização deveria atender unicamente aos interesses do proprietário, na forma da concepção liberal que então prevalecia.*

Esta nova concepção aparece com o surgimento do Estado intervencionista — com a constitucionalização da ordem econômica,

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 139.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 141.

conforme visto alhures. O exagero da concepção absolutista do direito de propriedade, bem como o extremado individualismo que imperava no direito até o final do século XIX, foram sendo questionados a partir da constatação de uma realidade social absolutamente diferente da que se poderia almejar: grande miséria operária do início da Revolução Industrial; má distribuição da renda, quando regida unicamente pelas leis de mercado; a grande crise de 1929, que ocasionou a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, Estados Unidos da América.

No campo constitucional, o prestígio do instituto da função social da propriedade está ligado à Constituição de Weimar¹¹⁻¹², largamente imitada pelos outros povos, inclusive pela nossa Constituição de 1934¹³. Trata-se de imposição de um dever positivo, dever de dar ao objeto da propriedade fim específico, que, no caso, corresponde ao interesse coletivo e

¹¹ O disposto no art. 153 desta ‘lenda constitucional’ foi reproduzido literalmente pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 14, 2ª alínea: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.” (*Eigentum verpflichtet, Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*)

¹² Registre-se que a Constituição do México – em 1917 – foi a primeira carta constitucional a tratar do tema, sendo a Constituição de Weimar citada com mais frequência e realce “diante da própria tradição do direito alemão e da ascensão marcante dos europeus nos povos ocidentais” (MAZZEI, Rodrigo. “Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. In Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006, p. 382-383; nota de rodapé 18).

¹³ Através da Carta Política de 1934 ficou assente que é “garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar” (art. 113, ‘17’). Apesar de tal diploma ser considerado como marco da função social da propriedade no Brasil, a redação final foi – em certa medida – conservadora. No sentido, Rodrigo Mazzei registra que o “texto de 1934 poderia ter sido, entretanto, bem diferente, caso tivesse a Assembléia Nacional Constituinte adotado o ‘Projeto Itamarati’, remetido à mesma em novembro de 1933 pelo Governo Provisório. No projeto que foi rejeitado, há flagrante influência das idéias defendidas por León Duguit, com radical postura de adoção à concepção de função social da propriedade, conforme se verifica do seu art. 144 (‘Art. 144. É garantido o direito de propriedade, com conteúdo e os limites que a lei determinar. § 1º A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo’)” (“Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. In Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006, p. 384).

não ao interesse do próprio dono — embora, nada impeça que possam conviver harmonicamente¹⁴. Não se confunde com as restrições ao uso e gozo de bens próprios, típicas de normas de vizinhança ou administrativas, as quais se coadunam, respectivamente, com os interesses do proprietário/indivíduo ou do Poder Público, sem uma preocupação mais efetiva com o interesse público. Ao revés, determina-se ao proprietário o que ele deve fazer.

A Constituição de 1988 faz-lhe referência no art. 5º, XXIII¹⁵ — que trata dos direitos e garantias fundamentais — e no art. 170, III — relativo aos princípios da Ordem Econômica. Também o Novo Código Civil já a contempla (art. 1.228, § 1º), tratando-a, inclusiva, como matéria de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único)¹⁶⁻¹⁷

Assim, há deveres constitucionais impostos ao titular do domínio, que compõem o conteúdo do mesmo direito de propriedade; esses

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade de Bens de Produção”. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32.

¹⁵ “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

¹⁶ “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a *função social da propriedade* e dos contratos”.

¹⁷ “(...) a opção de vincular a função social da propriedade à técnica legislativa de *cláusula geral restritiva* propiciou a inserção no Código Civil de situação que não se cogitava (ao menos expressamente). A parte inicial do § 1º do art. 1228 é uma *cláusula geral restritiva* e, como tal, dita limites nas relações privadas, que não podem ser quebrados nem derogados pelas partes. Isso porque através da leitura do parágrafo único do art. 2.035, tem-se que a *função social da propriedade* tem tratamento de *preceito de ordem pública*, não podendo ser objeto de convenção das partes para o seu atropelo. (...) Fica clara a intenção do legislador em seguir a diretriz da Carta Magna, criando uma fórmula para dar efetividade ao comando constitucional e adotando-a explicitamente em todas as relações privadas. A função social da propriedade, com sua previsão na codificação, deve ser aplicada em qualquer hipótese, pois está inclusa no regime jurídico do instituto. Dessa forma, elimina-se qualquer obstáculo na aplicação cotidiana da função social da propriedade e demonstra-se que o Código Civil tem função relevante, pois afasta do sistema privado qualquer eventual tentativa de burla. Seria uma contradição admitir no Direito Privado a subsistência de convenções que viessem a contrariar um dos faróis do nosso Texto Maior (...)” (“Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. Rosa Maria de Andrade Nery (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006, p. 394-395.)

deveres, situações jurídicas passivas, decorrem diretamente do texto constitucional, mas especificamente das normas-princípio que consagram a *função social da propriedade*.

Pois bem.

Qual o conteúdo deste dever (respeito à função social) inerente ao direito fundamental (propriedade)?

Em princípio, deve-se pontuar a eficácia imediata destas normas, notadamente em sistemas constitucionais como o alemão¹⁸ e o brasileiro¹⁹, que afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A função social da propriedade compõe o próprio conteúdo do direito de propriedade, estabelecendo os denominados “deveres fundamentais” da propriedade, também de vigência imediata; trata-se de norma que completa a definição do estatuto constitucional do direito de propriedade.

“Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois em direitos fundamentais está implicitamente reconhecendo a existência

¹⁸ Art. 1, terceira alínea, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: “Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário.” (trad. do Dr. Jur. José Camurça, em publicação do Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal da Alemanha) Em alemão: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung alls unmittelbar geltendes Recht.”

¹⁹ Art. 5º, §1º, Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Sobre o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, confirmam-se as lições de Paulo Pimenta: “Esse princípio significa que toda norma definidora de direitos e garantias fundamentais deve ter aplicação imediata, devendo os Poderes Públicos dar efetividade a tais preceitos. (...) Isso implica limitar a zona de discricionariedade de tais Poderes, quando se trata de aplicação e de cumprimento de qualquer direito e garantia de caráter fundamental. Observe-se, de outro lado, que o princípio deve ter alcance amplo, abrangendo qualquer dispositivo definidor de direito ou garantia fundamental, mesmo que não esteja incluído no art. 5º da CF.” (*Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 188).

correspetiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos depende de mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais”²⁰.

A Constituição brasileira explicita, assim, o conteúdo da função social da propriedade rural²¹ e da propriedade urbana²² como sendo a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade. Segue a mesma linha o Código Civil (§ 1º do art. 1.228): “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Os enunciados normativos citados são abertos. O conteúdo de todo princípio é ilimitado, como, aliás, devem ser, exatamente para permitir a “abertura” do sistema jurídico, com soluções mais consentâneas com as peculiaridades do caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 142.

²¹ Art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

²² Art. 182, §2º: “A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

O princípio da função social da propriedade, como *cláusula geral*²³ que é, repercute na tutela processual da posse. Essa repercussão é o cerne do presente texto. A ela dedica-se um item próprio.

3. Fundamentos da tutela processual da posse.

A tutela jurídica da posse (enérgica e bastante minuciosa) justifica-se como um mecanismo de tutelar, ainda que mediatemente, o titular do domínio. Protege-se o possuidor, pois ele, porquanto exerça poderes inerentes ao domínio, muito provavelmente é o titular do direito sobre a coisa. Trata-se de lição velha e bem conhecida, que dispensa maiores referências.

Ao tutelar a posse, o legislador busca valorizar, *ainda*, o sujeito que *de fato* exerce os poderes inerentes ao domínio, protegendo aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo no bem possuído. Essa é a razão pela qual se criam as figuras especiais de usucapião, constitucionalmente previstas nos arts. 183 e 191 da CF/88, e a aquisição

²³ Segundo Rodrigo Mazzei as *cláusulas gerais* são dispositivos em que o legislador com fluidez proposital para preenchimento pelo interprete, não apenas no seu conteúdo, mas também na sua consequência jurídica (o que cria uma diferença, inclusive, com os *conceitos jurídicos indeterminados* – em que não há vagueza na consequência jurídica). Para o autor capixaba as cláusulas gerais podem ser sistematizadas em: (a) *restritivas*, quando surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou princípio jurídico; (b) *regulativas*, que são utilizadas como princípio para regular situações sem desenho acabado na legislação; (c) *extensivas*, cuja característica é o alargamento da regulação jurídica através de regras e princípios que são extraídos de outros textos legais (“Código civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo código Civil no Direito Processual*. 2ª. ed., Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007, p. 54-58). Na dicção do autor capixaba, a cláusula geral da função social da propriedade é uma cláusula geral mista, conjugando traços das espécies *restritiva* e *extensiva*. Com efeito, é uma *cláusula geral restritiva*, pois “afeta as faculdades inerentes ao proprietário”, sendo também *extensiva* já que a conceituação no caso concreto de função social da propriedade remete à análise, em boa parte dos casos, ao disposto ao “estabelecido em lei especial” (ob. últ. cit., p. 58-59).

forçada da propriedade em razão da posse-trabalho, prevista no §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil²⁴.

Eis os dois principais fundamentos de tutela jurídica da posse.

4. O princípio da função social da propriedade e a sua repercussão na tutela processual da posse. A função social da posse como pressuposto implícito para a concessão da proteção possessória.

A consagração da função social da propriedade como princípio constitucional e, não bastasse isso, direito fundamental, naturalmente repercute no regramento infraconstitucional de tutela processual da posse.

Afinal, o proprietário, para cumprir a *função social da propriedade*, precisa, obviamente, *possuir* a coisa; ou seja, a posse é o principal *instrumento* de exercício do direito de propriedade, que, como visto, deve observar os *deveres fundamentais* decorrentes daquela *cláusula geral constitucional*. A *posse* é, pois, o *instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade*. “Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade”²⁵.

A tutela jurídica da posse justifica-se tendo vista a “sua vocação natural de instrumento concretizador daquele importante princípio constitucional”²⁶.

²⁴ “...protege-se a posse por decorrência dos seus efeitos gerados no mundo jurídico, a fim de que o bem sobre o qual recaiu o poder de fato atinja com segurança sua finalidade social e econômica à satisfação de nossas necessidades”. (FIGUEIRA Jr., Joel. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 67.)

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”. *A reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: RT, 2002, p. 844.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”, cit., p. 845.

Ao possuidor, cuja posse não esteja em conformidade com os deveres que lhe são constitucionalmente impostos, não é deferida a tutela processual da posse. A justificativa é elementar: se a tutela processual da posse serve à tutela do titular do domínio, se esse domínio não é digno de proteção jurídica, porquanto em desacordo com o “modelo constitucional do direito de propriedade”, não poderá receber proteção o *instrumento* de realização desse mesmo direito: a posse²⁷. Fala-se, então, em uma *função social da posse*²⁸.

Como afirma HUMBERTO ÁVILA: “a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”²⁹. Arremata HUMBERTO ÁVILA, na mesma obra clássica: “No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias -, elas deverão ser garantidas com base direto no princípio do devido processo legal”³⁰.

²⁷ “Interpretando-se teleológica, axiológica e sistematicamente a Lei Maior, podemos estender o dispositivo à exteriorização potestativa da propriedade no mundo fático – a posse”. (FIGUEIRA Jr., Joel. *Liminares nas ações possessórias*, cit., p. 67.)

²⁸ Sobre o tema, além dos textos citados, FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38-43; ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 35.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5ª ed., cit., p. 97.

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da *função social*. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à *reconstrução* do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser *iluminado* pela exigência de observância da *função social da propriedade*. Parafraseando HUMBERTO ÁVILA: se não há regra expressa neste sentido, ela deve ser extraída da aplicação direta do princípio da *função social da propriedade*.

A doutrina se vem manifestando sobre o assunto.

LUIZ EDSON FACHIN afirma que “o largo alcance da função social não é congruente com o deferimento de proteção possessória ao titular do domínio cuja propriedade não cumpra integralmente sua função social. *É que ficou sem proteção possessória constitucional a propriedade que não cumprir a sua função social*”³¹.

A lição de SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA é também bastante útil:

“... não há mais litígio implicando propriedade em que se possa exigir, do proprietário, apenas o seu título aquisitivo. Nesse caso, para a prova da qualidade de proprietário... não basta a exibição do título (propriedade oca), sem a prova da exação no cumprimento do dever (propriedade plena). (...) *O que se diz das ações dominicais pode ser dito – mutatis mutandis – das ações possessórias,*

³¹ FACHIN, Luiz Edson. “O estatuto constitucional da proteção possessória”. *Leituras complementares de Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 271, grifos aditados.

entendidas paralelamente às primeiras como acciones utiles de propiedad”³².

LAÉRCIO BECKER é ainda mais incisivo: “assim, na ação possessória, o descumprimento da função social desqualificaria a posse; e tanto nas possessórias quanto nas petitorias, para a prova da propriedade não bastaria o título, sendo também necessário provar o cumprimento da função social”³³. E arremata: “Assim, ao lado dos outros quatro incisos, o art. 927, nessa nova leitura – obrigatória a partir da vigência da nova Constituição -, estabelece um novo pressuposto processual para a reintegração de posse. Portanto, além da posse e de sua perda, além do esbulho e de sua data, cabe ao autor – e não ao réu, como bem frisa o *caput* – o ônus de provar o cumprimento da função social”³⁴.

É preciso, portanto, reestruturar e reler a tutela processual da posse à luz do novo regramento constitucional dos direitos reais, mormente no que se refere à exigência de observância da função social da propriedade.

5. Bibliografia

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

³² CUNHA, Sérgio Sérvulo da. “A nova proteção possessória”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 263, grifos aditados. Na mesma coletânea, convém consultar, ainda, ALFONSIN, Jaques Távora. “A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 202 e segs.

³³ BECKER, Laércio. “A repercussão da função social da propriedade no Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1997, n. 4, p. 60.

³⁴ BECKER, Laércio. “Função social da propriedade e Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 15, p. 45. Assim, também, TACMG, 2ª Cam. Cív., Agravo de Instrumento nº 425.429-9, rel. Alberto Vilas Boas, j. 25.11.2003, publicado no DJ de 07.02.2004; TACMG, 5ª Cam. Cív., Agravo de Instrumento nº 468.384-9, rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 25.11.2004, publicado no DJ de 24.12.2004.

- ALFONSIN, Jaques Távora. “A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006.
- BECKER, Laércio. “A repercussão da função social da propriedade no Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1997, n. 4.
- _____. “Função social da propriedade e Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 15.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.
- _____. “Função Social da Propriedade de Bens de Produção”. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. “A nova proteção possessória”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. “O estatuto constitucional da proteção possessória”. *Leituras complementares de FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007.
- FIGUEIRA Jr., Joel. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6.
- MAZZEI, Rodrigo. “Código civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo código Civil no Direito Processual*. 2ª. ed., Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007.
- _____. “Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. In Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”. *A reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: RT, 2002.