



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Função Social da Posse como Instrumento Democratizador do Direito à Moradia

Natália Tavares Fernandes

Rio de Janeiro
2011

NATÁLIA TAVARES FERNANDES

A Função Social da Posse como Instrumento Democratizador do Direito à Moradia

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª. Kátia Silva

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DO DIREITO À MORADIA

Natália Tavares Fernandes

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A posse é instituto que, apesar de presente no mundo jurídico desde os primórdios do Direito Romano, cada vez mais ganha relevância no Direito, ante a realidade nacional. O presente artigo tem como tema a função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação do Direito Fundamental à moradia. No contexto de uma sociedade complexa, em que as desigualdades são extremas, a função social da posse desempenha um papel de proeminência, motivo pelo qual a abordagem de sua caracterização e de sua evolução através dos tempos revela-se imprescindível para a percepção do instituto voltado para a realização ampla e irrestrita dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Palavras-chaves: Posse. Propriedade. Moradia. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. Evolução do Instituto da Posse. 2. Os Novos Contornos da Posse Vista Através da Função Social - Teoria Sociológica da Posse. 3. Posse com Função Social *Versus* Propriedade Desfuncionalizada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho visa à abordagem da posse pelo aspecto da Teoria Social que inspirada na Teoria Objetiva e fazendo críticas à Teoria Subjetiva traz novo enfoque ao instituto da posse, não mais a considerando como uma situação jurídica permanente e homogênea, mas impondo àquele que pretende estudá-la a busca das diversas variáveis segundo a natureza da coisa, forma de utilização e os usos do país e da época.

Enfoca-se a adequação de tal teoria à realidade social e econômica do Brasil cuja sociedade oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens imóveis a compra e venda da propriedade e o direito hereditário¹.

O instituto da posse deve ter a real magnitude que possui na teoria para permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia. Diante desse quadro, a Teoria Social da Posse, ou ainda Teoria Sociológica da Posse, aponta para uma política urbana de inclusão e de justiça social, a fim de favorecer, sobretudo, a população de baixa renda. Pode-se afirmar, assim, que a função social, prevista constitucionalmente, mostra-se muito mais evidente na posse do que na propriedade.

A posse é um direito autônomo e independente da propriedade e revela-se instrumento positivo de afirmação da cidadania, o que ameniza diferenças sociais. A Teoria da Função Social da Posse de certa forma rompe com as teorias tradicionais e determina a jurisdicização de um fato social, a fim de atender a exigência de sistematização das situações patrimoniais de acordo com a nova ordem constitucional.

O trabalho pretende romper com a distância existente entre a realidade da população e o estudo meramente acadêmico do instituto da posse. Pretende-se alcançar tal objetivo com o aprofundamento da Teoria Social da Posse, desenvolvida por Saleilles², que traz a preocupação com o aspecto econômico da posse, ou seja, considera a importância da atribuição da posse como condição para o desenvolvimento social e econômico, base para o desenvolvimento da atividade humana, teoria esta que por ser mais moderna do que aquelas tradicionalmente estudadas, aproxima-se da atual conjectura vivida em nosso país. Assim, a resolução de conflitos reais revela-se menos custosa, dispensando a utilização de analogias

¹ BEZZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 213.

² MOREIRA, Júlio da Silveira. *A Posse e sua Repercussão Social*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5089. Acesso em: 05 fev. 2011.

extremas e relativizações do Direito Positivo, passando a considerar o fato social, alcançando o verdadeiro fim do Poder Judiciário, a pacificação social.

1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA POSSE

Pode-se afirmar que a posse esteve presente desde as mais primitivas formas de organização humana, uma vez que inerente à própria natureza do homem e constitui um fato natural, diferente da propriedade, por exemplo, que apesar de também presente na vida coletiva desde os tempos mais remotos, revela-se uma criação da lei.

O ponto de partida para qualquer estudo jurídico deve iniciar-se indiscutivelmente por Roma. A história do Direito Romano desenvolve-se em 12 séculos, durante os quais ocorreu a mais completa transformação econômica e social do mundo moderno. Roma, de pequena comuna, tornou-se soberana da Europa, da África Setentrional e de parte da Ásia, sofrendo a mais radical transformação.

Em primeiro lugar é preciso destacar que a concepção da posse no direito contemporâneo diverge da concepção romana da posse. Pontes de Miranda³ aponta que essa diferença não está apenas na composição do suporte fático, está na própria relação (fática) de posse, em que os sistemas antigos viam o laço entre a pessoa e a coisa, em vez de laço entre pessoas. Ou seja, a concepção romana ainda é a da relação entre homem e coisa, ao contrário do fundamento do Direito Contemporâneo as relações existentes são entre homens, tendo por objeto coisas.

³ MIRANDA *apud* , MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A Posse: Uma digressão histórico-evolutiva da posse e de sua tutela jurídica*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6985/a-posse>. Acesso em: 25 fev.2011.

A proteção possessória no Direito Romano, segundo a teoria mais aceita pelos estudiosos da atualidade e defendida por Ihering (idealizador da Teoria Objetiva da posse), preconiza que o embrião da proteção possessória encontra-se no poder outorgado ao magistrado consular com poderes restritos a cidade de Roma, chamado de pretor, nas ações reivindicatórias, de conceder provisoriamente (até sentença final) a posse da coisa litigiosa a um dos litigantes, o que confirma a ideia de que muitos institutos jurídicos em Roma surgem graças a incidentes processuais.

Diante desta realidade, Pontes de Miranda⁴ assevera que a origem dos interditos romanos prende-se à paz quanto à terra – à proteção da pessoa ou das coisas contra a violência e o arbítrio. Inegável que esta concepção da proteção da posse no Direito Romano terá grande influência no Direito ocidental até os dias de hoje.

Com a queda de Roma, por volta de 472 da Era Cristã inicia-se a Idade Média cuja organização político-social está estruturada no feudalismo, que tem suas bases na propriedade e na posse da terra, dentre outros fatores.

Nos feudos, a posse da terra é concedida pelo Senhor Feudal através do estabelecimento de uma relação de "vassalagem", na qual o vassalo prestava serviço militar, e ainda pagava pela utilização da terra. Neste período ainda, há a fusão de elementos culturais e institutos jurídicos de diversas origens, como das tribos bárbaras (povos de origem germânica em período de expansão), além da influência do Direito Canônico.

Nessas influências, Astolpho Rezende ao citar Serpa Lopes⁵ destaca que uma radical transformação da concepção de posse sobreveio por força de um novo sentido trazido com as leis canônicas. Tal transformação manifestou-se em duas direções: primeiro, pelo alargamento da posse, cujo conceito ampliou-se para compreender não só as coisas corpóreas como ainda os próprios direitos; em segundo lugar, quanto a certos princípios inerentes à espoliação, por

⁴ MIRANDA, Pontes de, *Apud*, MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Op.cit.

⁵ LOPES, Serpa. *Apud* REZENDE, Astolpho. *A Posse e sua Proteção*. São Paulo. Lejus. 2000. 2. ed, p. 288.

haver consagrado *o exceptio spoli*, um meio de defesa que implicava uma ação de restituição da posse esbulhada dos bispos cristãos.

Já em relação ao direito germânico, o principal legado no tocante à posse é o instituto da *Gewere*, definido como um instituto do direito germânico distinto da posse e desconhecido dos romanos, que representava a investidura justa que fazia de alguém na posse da coisa, independentemente da apreensão física ou intenção de possuir, criando-se uma presunção de que o investido fosse realmente o possuidor. Na realidade, *Gewere* tinha função legitimadora dos negócios jurídicos que o investido celebrava com terceiros de boa-fé, que com ele contratavam sob essa aparência, constituindo-se em situação jurídica que independia da existência do verdadeiro direito material.

Miguel Maria de Serpa Lopes⁶ traz a fundamental diferença entre o Direito Romano e o germânico, ao afirmar que o primeiro manteve a posse do proprietário sobre a coisa, e criou a *iuris possessio* do terceiro titular de um direito real, enquanto o segundo deixou a idéia de posse se desenvolver e proliferar. O ponto nodal da posse no Direito Germânico consistia nisto: diferentemente do sistema romano, que separou posse do domínio, o Direito germânico confundia os dois institutos, e, encarando a posse como manifestação exterior da propriedade, não admitia caracterizada a sua violação senão tanto quanto supusesse a violação desta.

Por conseguinte, embora no Direito Romano a posse pressupusesse a defesa da propriedade, todavia a proteção a ela dispensada tinha por esteio unicamente o simples fato da posse, ao passo que, no Direito germânico, a sanção penal pressupunha a propriedade e desaparecia a partir do momento em que o réu demonstrasse ser realmente proprietário.

Com o Renascimento põe-se fim a Idade Média, cujo marco é a queda de Constantinopla (século XV), e parte-se para a descoberta do "novo mundo", consolidando-se o Estado Absolutista.

⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 4 ed. v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 1996, p. 127.

As concepções modernas da posse revelam uma visão permeada pelo suporte filosófico do iluminismo.

Balizador deste momento histórico está o pensamento de Kant, que representa um dos marcos na evolução do conceito de posse. Leciona Pontes de Miranda⁷, *in verbis*:

"A concepção da posse, segundo I Kant, e a concepção antiga da posse têm, entre si, todo o abismo que se cavou entre a filosofia platônica e a filosofia moderna. Para os juristas antigos, a relação de posse não só existe a priori, independentemente do ordenamento social e jurídico, como, também é entre pessoa e coisa, donde ser condicionada por aquela e por essa."

Para a filosofia kantiana, a relação possessória é entre pessoas, embora concernente à coisas. Se alguém possui, os outros estão como que diante dessa posse, ou sofrem essa posse. Quem possui tem, no espírito, a consideração de todos os que poderiam, se se achassem de posse da coisa, de opô-la ao que ora a possui. Se alguma coisa é minha, é porque posso presumir que seja possível ser prejudicado pelo ato de outrem.

Além, disso, para Kant⁸, a posse é o poder físico de usar, arbitrariamente, a coisa. Portanto: têm os outros de abster-se, para que se não turbe, ou se não esbulhe a posse que tenho. Essa posse é mais do que o *corpus* dos juristas romanos, porque é mais do que o contacto com a substância física da coisa; supõe que os outros se hajam de abster de tomar a coisa, ou de perturbar-me o poder que tenho sobre ela. Via ele, além da posse sensível, a posse intelegível, independentemente do elemento empírico, e baseada em determinação prática do arbítrio. Além da potestas, seria preciso, para a posse, que no mundo do pensamento, se tivesse a coisa como sob o arbítrio de quem a 'possui'.

Inquestionável é o avanço com o pensamento de Kant ao estabelecer uma relação entre pessoas em vista de uma coisa, e não entre pessoas e coisas, contudo, a substância e estruturação aos conceitos, somente será atingido com os estudos de Jhering e Savigny.

⁷ MIRANDA, Pontes de, *Apud*, MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Op.cit.

⁸ MIRANDA, Pontes de, *Apud*, MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Op.cit.

Os estudos de Savigny⁹ deram origem a chamada Teoria Subjetivista que reconhece a posse mediante a conjugação de dois elementos: o elemento material, *corpus*, traduzindo-se no poder físico sobre a coisa ou na mera possibilidade de exercer este contato; e o elemento subjetivo, *animus*, que refere-se a intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio. É possível resumir assim, que para a Teoria Subjetiva entende-se a posse como o poder de dispor fisicamente de uma coisa, combinado com a convicção do possuidor de que tem esse poder.

Quanto a esse ponto, relevante o apontamento de Sílvio Rodrigues¹⁰, segundo o qual, na Teoria Subjetiva, os dois elementos são indispensáveis para que se caracterize a posse, pois, se faltar o *corpus*, inexistente relação de fato entre a pessoa e a coisa; e, se faltar o *animus*, não existe posse, mas mera detenção.

Outra concepção quanto a posse foi desenvolvida por Jhering, em suas obras: "*Fundamento dos Interditos Possessórios*" e "*Papel da Vontade na Posse*"¹¹. Estruturou-se a Teoria Objetiva, que passa a priorizar o *corpus* na caracterização da posse, sendo imprescindível a nota de que tal vocábulo passa a ter novo sentido daquele que lhe era atribuído pela Teoria Subjetiva. Agora, o *corpus* não revela simples contato físico ou possibilidade de ter a coisa à disposição, mas efetiva conduta de dono.

Nessa perspectiva, possui quem age como dono, surgindo a posse como exteriorização da propriedade, visibilidade do domínio ou uso econômico da coisa, ou seja, para constituir a posse basta o *corpus*, dispensado o *animus*, elemento de escasso valor na Teoria objetiva e longe de ser essencial. O que não afasta a necessidade do elemento intencional, não significando que a vontade deva ser banida, na verdade, esse elemento implícito se acha no poder de fato exercido sobre a coisa.

⁹ MOREIRA, Júlio da Silveira. Op. cit.

¹⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 27 ed. v. São Paulo. Saraiva 2003, p. 18.

¹¹ MIRANDA, Pontes de, *Apud*, MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Op.cit.

Destarte, para Jhering¹² o que importa é o uso econômico ou destinação econômica do bem, pois qualquer pessoa é capaz de reconhecer a posse pela forma econômica de sua relação exterior com a pessoa, já que posse não significa apenas detenção da coisa; ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o *animus* nada mais é que o propósito de servir da coisa como proprietário¹³.

Pontes de Miranda¹⁴ ainda traz que a característica fundamental desta teoria é que ao mesmo tempo em que separa a posse da propriedade, coloca a relação possessória ao serviço integral da propriedade.

Diante desses dois entendimentos quanto à posse, os estudos da ciência jurídica se dividiram. No Brasil, inicialmente a teoria subjetiva foi aceita não só pelos escritores como pelos tribunais, mas posteriormente a teoria de Jhering ganhou espaço, e há, hoje divergência acerca de sua preponderância no direito pátrio.

Boa parte dos doutrinadores¹⁵ assevera que a legislação pátria, especialmente o revogado Código Civil de 1916, adotara a teoria de Jhering, ainda que em alguns pontos dela se distancie, como no caso da usucapião, que exige a intenção de dono.

Na linha histórica do pensamento político e jurídico no cenário mundial, após séculos de Absolutismo, a Revolução Francesa representou a ruptura com ancestrais dogmas e a eclosão de um novo pensamento, no qual o Estado não pode ter como finalidade oprimir ao indivíduo e servir a uma casta ou classe. O Estado Liberal surge como fruto da opção dos homens, revelando-se um Estado mínimo, cuja maior virtude deve ser a de interferir o menos possível na esfera de direitos do cidadão. Desta forma, a posse que emerge das legislações do início do século XIX não difere muito da romana no que diz respeito ao enfoque em relação ao indivíduo.

¹² MOREIRA, Júlio da Silveira. Op. cit.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18 ed. v. IV. São Paulo. Saraiva. 2003, p. 36.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de, *Apud*, MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Op.cit.

¹⁵ Dentre eles pode-se citar Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, Sílvio Rodrigues e César Fiúza.

Contudo, sob o prisma social, apenas a burguesia se beneficiou com a possibilidade de ascensão social e acesso ao poder estatal, revelando-se a grande mentora do processo revolucionário. Da forma como foi estruturado, este modelo não demorou a apresentar problemas, os hipossuficientes foram aglomerando-se nos centros urbanos, em virtude do processo de industrialização, o que permitiu a difusão de ideias e foi neste quadro histórico que surgem o pensamento socialista e os movimentos sociais, quadro ainda mais agravado com a I Guerra Mundial.

Nesse quadro, surge o constitucionalismo social, que causou alterações no direito civil e na visão acerca da posse, a partir da segunda metade do século XX. A Constituição Federal de 1988 indubitavelmente agasalhou uma visão escudada nos primados de um Estado Social, porém não rejeitou os valores liberais, daí a ideia de Constituição compromissória.

O fundamento do Estado Social está na ampliação do papel do Estado, de mero garantidor de direitos negativos, como era no Estado Liberal, a verdadeiro mecanismo de interferência na realidade social. O Estado social representa um verdadeiro re-direcionamento do Estado se comparado ao modelo anterior, através do qual se busca estabelecer uma série de atuações positivas pelas quais o aparelho público efetivamente atue em benefício da redução das desigualdades sociais, trata-se de busca de igualdade material. Especificamente no que diz respeito a posse e a propriedade, há a inserção do conceito da função social que representa uma mitigação do poder absoluto do proprietário e uma condicionante do exercício da posse, caracterizando-se pela submissão da propriedade e da posse a uma utilidade que transcende o mero interesse individual.

Esse novo modelo de Estado teve acolhida bastante favorável na maioria dos ordenamentos ocidentais, bem como na legislação pátria, em que as Constituições de 1967 e 1969 já inseriram a ideia da função social da propriedade. Com o advento da Constituição de 1988 a função social apareceu de forma expressa em relação a propriedade no art. 5º, incisos

XXII e XXIII que traz os princípios basilares a este direito real, o primeiro garantindo-o, o segundo atrelando-o a função social. Isso mostra com clareza a natureza compromissória da Constituição de 1988.

Nesta diretriz, José Afonso da Silva¹⁶ assevera que os juristas brasileiros, privatistas e publicistas concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerado direito real fundamental, sendo essa uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não levou em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina do Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Ao versar sobre o capítulo da ordem econômica, lembra o jurista que a propriedade não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Essa nova visão deu azo a concepções novas no estudo da posse que pairam sobre as discussões das teorias clássicas, subjetiva e objetiva, na análise do *animus* e do *corpus*. A produção teórica de Saleilles¹⁷, quanto a chamada Teoria Sociológica da Posse, não é restrita à lógica jurídica (como são as concepções de Savigny e Ihering), pois ele vê além das relações entre o indivíduo e a coisa, para ver as relações entre indivíduos inseridos na sociedade.

3. OS NOVOS CONTORNOS DA POSSE VISTA ATRAVÉS DA FUNÇÃO SOCIAL - TEORIA SOCIOLOGICA DA POSSE

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 246.

¹⁷ MOREIRA, Júlio da Silveira. Op. cit.

O instituto da posse sofreu várias transformações em sua perspectiva ao longo da história, principalmente com os abalos da dogmática jurídica ao longo do século XX com a crise do positivismo jurídico, onde o direito era tratado como uma técnica engessada, imune às transformações sociais. A visualização e confrontamento da posse acompanham essa constante modificação do pensamento jurídico e como destaca Nelson Rosenvald¹⁸, hoje, apesar do inegável mérito das concepções de Savigny e Ihering que procuravam um fundamento autônomo para a proteção possessória, revela-se impossível compartilharmos de tais posições.

O primeiro mestre citado por Rosenvald consolidava a tutela possessória a fim de não permitir a abrupta alteração de uma situação de fato social e economicamente consolidada pela prática de ato ilícito em afronta as garantias fundamentais, assim, buscava-se a paz social, negando-se a violência. Já para Ihering a posse é delineada de forma individualista e patrimonialista, sendo que o fundamento da tutela possessória era justificado pelo fato do possuidor ser um aparente proprietário.

No contexto fático atual, não há que se proteger a posse em razão da proibição da violência, na verdade, é por se proteger a posse que se estará evitando a brutalidade, sendo essa a função de toda a ordem jurídica e não uma peculiaridade na proteção possessória. Também insustentável a proteção da posse como simples forma de zelar pela propriedade, aquele se mostra como instituto autônomo e muitas vezes dissociado desta, considerá-la desta forma seria relegar o seu real aspecto social.

A verdade é que os momentos e realidades históricas vividas pelos dois maiores estudiosos do instituto da posse no mundo jurídico em plano internacional eram insuficientes para exprimir a densidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como abruptamente distantes da situação vivida em um país como o Brasil, onde apesar das

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.36.

dimensões continentais, afloram os conflitos fundiários tanto no meio urbano como no meio rural.

As teorias que unem em seus estudos a função social com a posse, conhecidas como teorias sociológicas da posse, pretendem demonstrar que este instituto não pode mais ser visto como mero apêndice da propriedade, como ocorria antigamente, ao contrário, a posse passa a ser reinterpretada com os valores sociais que nela estão embutidos, considerando-a como fenômeno de acentuada densidade social, autônoma da propriedade, bem como de qualquer outro direito real.

Apesar de tais avanços no que tange a observação da posse, o Código Civil de 2002, no texto do art. 1.916, acolhe a teoria objetiva de Ihering, conforme entendimento da maioria dos estudiosos do assunto¹⁹, em que o elemento subjetivo *animus* não necessita estar presente para que a posse seja configurada: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”²⁰.

Mesmo frente a tal previsão legal, cada vez mais a posse passa a ser enxergada como direito especial, diante da relevância do direito de possuir que é abarcado no direito social primário à moradia trazido na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 6º, através da Emenda Constitucional n. 26/2001, bem como pelo acesso ao mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana, também assegurado pela Carta Magna, art. 1º, III, desde seu texto original.

A oponibilidade *erga omnes* deste instituto não precisa remanescer da condição de direito real da posse, condição esta que até hoje é divergente dentre os estudiosos e aplicadores do direito, mas sim do predicado extrapatrimonial da proteção da moradia, do trabalho e do indivíduo e sua família. O uso desse instituto na verdade, serve as necessidades

¹⁹ Dentre eles pode-se citar Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz.

²⁰ Lei n. 10.406, DE 10 de Jan. de 2002. Código Civil.

básicas do ser humano, o que justifica o dever geral de abstenção diante do possuidor e não a sua simples classificação como direito real ou não.

Essa revisão conceitual que ocorre com a posse, trazendo a leitura constitucional ao Direito Civil, provoca indiscutivelmente uma despatrimonialização do instituto, enxergando-o também através de um viés plural e não individual. O Código Civil em seu art. 1.916 traz a visão individual do possuidor, porém, os fatos trazem uma nova percepção plural dos sujeitos possuidores, representando estes uma coletividade que realiza obras de alto valor social, não só individualmente, mas em um plano social coletivo. Esta nova realidade obriga também o operador do Direito a tratar de conflitos possessórios de acordo com a diversidade dos padrões valorativos caso a caso, ponderando-se a proteção da dignidade dos diversos sujeitos envolvidos, com a proteção ao direito de propriedade.

Passa-se a identificar a posse como extensão dos bens da personalidade, através de um dos bens que integram o mínimo existencial da pessoa, a moradia. A colocação da função social em relação à moradia é viabilizar um espaço de vida e liberdade ao ser humano, independentemente da questão patrimonial e de titularidade, como ocorre na propriedade. Ao passo que tutela o direito à cidadania e a uma vida digna, a posse revela-se imensurável por critérios econômicos, ao contrário do que faz a propriedade que entende o bem em sua simples acepção de mercadoria.

Fica evidente o conflito entre garantias constitucionais, de um lado o direito fundamental à propriedade, consignada no inciso XXII do prestigiado art. 5º da CRFB/88, de outro a função social desta mesma propriedade, no inciso XXIII deste mesmo artigo, que apesar de omitida pelo titular é, por muitas vezes realizada por um possuidor quando detém o poder fático sobre o bem. É incontestável que o proprietário é titular de direitos subjetivos, mas os seus poderes implicam na assunção de responsabilidade perante toda a coletividade.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²¹ resumem bem essa abordagem da posse diante do direito à propriedade, dentro de um prisma civil e constitucionalista:

Resumindo, a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positividade expressa no Código Civil (art. 1.228, § 1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva.

Dessa forma, inquestionável que a questão da função social da posse como consequência dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e entre esses e o Estado adquire cada vez mais importância e afasta-se do modo como era abordado o tema historicamente, uma vez que vem efetivar Direitos Fundamentais do indivíduo como o trabalho e a moradia no Estado Democrático de Direito, principalmente com o Código Civil que, conforme destacado pelos mestres acima citados, não possui de forma expressa uma previsão em seu texto, fazendo com que os operadores do Direito sejam obrigados a se socorrer aos princípios constitucionais para fundamentá-la.

Acima de qualquer discussão em relação a dispositivos legais ou constitucionais que fundem a questão, uma coisa é certa: o instituto da função social da posse deve ser considerado como corolário da efetivação dos Direitos Fundamentais, sendo aceito no ordenamento jurídico, diante dos princípios constitucionais.

Mas é preciso deixar claro que apesar da função social da posse ser trabalhada apenas com princípios constitucionais positivados e não com dispositivo legal expresso, isso não a torna menos importante que a função social da propriedade, que constitui instituto diverso. A função social da posse está em um plano distinto, já que é na posse que a função social é mais evidente do que na propriedade, que mesmo desfuncionalizada pode se manter como tal. O fundamento da função social da propriedade é a busca de limites fixados pelo interesse

²¹ Ibidem, p.39.

público, além da finalidade de instituir um conceito dinâmico a propriedade. O fundamento da função social da posse, por sua vez, revela uma expressão natural da necessidade.

Apoiada nessa ideia de que a posse é um instituto jurídico que vem satisfazer uma necessidade, seja ela individual ou coletiva, tem-se que sua função social se concretiza na utilização de um bem segundo sua destinação econômico-social.

É possível distinguirem-se duas grandes importâncias da função social da posse. A primeira é que todo homem tem direito natural ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse, a fim de atender a necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum. A segunda é que essa importância vem ditada, não só pelo contato do homem com a terra, mas pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos. Sendo assim, mais uma vez chega-se à conclusão de que a função social da posse, à margem da necessidade de qualquer disposição legal expresso neste sentido, vem atender ao princípio da dignidade da pessoa humana e isso se perfectibiliza através da posse moradia, sendo esse também o principal motivo pelos qual a posse é exercida.

Em última análise, a função social da posse vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito e ameniza as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como a vida, a saúde, a igualdade, a cidadania e a justiça. Vale dizer, que a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano.

Por isso, pode-se afirmar que a função social da posse não é limitação ao direito de posse, mas sim a exteriorização do conteúdo agregado da posse, o que permite uma visão

mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade.

4. POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL *VERSUS* PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA

A questão nodal de interligação e geração de conflito entre a posse e a propriedade se estabelece exatamente no confronto entre a função social da primeira e a desfuncionalização social da segunda. Não há como se dissociar esses dois institutos. Na verdade, a posse é fundamental para a propriedade, uma vez que é aquela que agrega sentido a essa e não existirá choque entre os institutos jurídicos se a propriedade cumprir sua função social, haja vista que a função social dessa é, em última análise, exercida pela posse desempenhada pelo próprio proprietário ou por aquele que o represente. Ou seja, o direito de propriedade regularmente exercido, engloba a posse com função social, o problema está quando estes dois institutos se dissociam.

O absolutismo de propriedade cedeu lugar à função social, em que não é possível conceber a utilização ilimitada da coisa, nessa nova perspectiva, é preciso direcionar o uso a atender e não prejudicar a sua função social, não é suficiente para a sociedade contemporânea a proteção ao proprietário pela existência pura e simples do título. Em que pese a constante proteção à propriedade, não se pode ignorar o clamor por uma solução justa e adequada para os fatos sociais conflituosos. Entre aqueles defensores mais exacerbados da função social como meio de justiça social, chega-se a afirmar que a propriedade sem função social perde a garantia do sistema.

Por outro lado, e de certa forma como resposta a esse clamor, a posse com função social permite o atendimento aos princípios que fundam o sistema, confere dignidade ao trabalhador do campo, com a consciência do sustento próprio e de sua família, e ao morador da cidade, elimina as habitações indignas e humilhantes. Assim, através da posse com função social é possível erradicar a pobreza e eliminar as desigualdades sociais. Não de prevalecer os princípios e valores consagrados nos artigos 1º e 3º da Constituição da República, ante a força normativa da Carta Constitucional.

Hernandez Gil²² aponta que o problema crucial da posse não é a tutela dos possuidores, mas sim a possibilidade de acesso a ela por todos, não tendo sido suficiente, para facilitar tal acesso, a assinalação de uma função social na propriedade privada. Há, destaca ainda o referido autor, uma certa contradição entre a função social e a propriedade. A coerência entre posse e função social é superior e fortalece tudo que a posse tem de imprescindível.

Contudo, apesar de efetivamente se apresentar como solução para o problema de distribuição da terra, tanto no espaço rural, quanto no urbano, a posse não pode ser considerada como uma fórmula mágica a ser aplicada indistintamente diante de todo e qualquer caso concreto, existem aspectos sensíveis a serem analisados nesta indiscriminada atuação.

Num primeiro exame, na ponderação dos valores em comparação, o instituto jurídico que serve à vida, proporcionando alimentos e moradia, garantindo vida digna, prepondera sobre qualquer outro com valor superiormente reconhecido. A posse, tanto do proprietário, quanto do não proprietário, é o principal instrumento para atender aos valores superiores consagrados pelo ordenamento, senão o único. Contudo, é preciso destacar que na ponderação

²² GIL *apud* AZEVEDO TORRES, Marcos Alcino de. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.348.

de valores, a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação do outro.

Na análise desse confronto entre a posse funcionalizada e a propriedade desfuncionalizada socialmente não se pode ignorar que o objeto da ciência jurídica é a realidade concreta, os fatos concretos e a norma jurídica, devendo-se fugir do pragmatismo jurídico, do estudo meramente acadêmico dos institutos jurídicos, rompendo de uma vez por todas a distância que ainda se pode observar com a realidade vivida pela sociedade.

Assim, mais do que uma análise da posse e da função social, é preciso aprofundar uma revisão crítica do direito de propriedade, uma vez que não se mostra suficiente apenas revelar a franca decadência das bases que edificaram os estatutos da propriedade. Observa Carbonnier²³, que há, sobretudo, uma decadência do direito individual de propriedade frente ao interesse geral em proveito dos utilizadores; também decadência do proprietário que não mais é aquele senhor absoluto e inviolável da Declaração de 1789 e do Código Civil.

É inegável o conflito de interesses gerador de desequilíbrio social. Cumpre ao Direito estabelecer padrões de pacificação e reconhecer, dentre estes interesses em conflito, qual deles merecerá proteção.

No caso do conflito entre posse e propriedade qualificado pelo cumprimento da função social, os pontos envolvidos são os mais nobres, como já destacado, que recebem especial proteção pelo sistema jurídico nacional e principalmente pela Carta Magna promulgada em 1988.

Nesse exercício jurídico, não se pode esquecer que o Direito deve encarnar valores superiores, como a justiça, com os demais valores que esta supõe e implica, devendo o Direito ser veículo de realização de tais valores na vida social, deixando de estar justificado se não servir a ditos valores. Entretanto, é verdade também que o Direito não surge primeiramente

²³ CARBONNIER *apud* AZEVEDO TORRES, *op. cit.*, p.352.

como tributo a esses valores de superior importância, mas em razão do impulso de urgência de segurança; daí não ser tão fácil a escolha do que irá preponderar e do que irá sucumbir diante do caso concreto, já que ambos desempenham papel importante dentro da sistemática que se funda a ciência jurídica.

Diante de todos esses valores e ponderações, o que se pretende alcançar é a demonstração de que, em última análise, o possuidor que exerça sua posse com função social tem proteção em face do proprietário que não dá à coisa a função social que deveria.

Dessa forma, retorna-se à indagação inicial, na tensão entre posse e propriedade, deparando-se com dois pólos distintos: a propriedade desfuncionalizada socialmente que ofende frontalmente a proteção instituída pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXIII; e a posse que atente a esse requisito constitucional e concretiza todos os valores humanos lá também dispostos.

Pensar de forma diferente é não enxergar a realidade e defender a permissão a uma vida digna e todos os direitos a ela inerentes apenas àqueles que possuam meios financeiros para adquirir o direito de propriedade.

Por sorte, não é esse o quadro que tem se apresentado no cenário nacional. É cada vez mais frequente a criação de meios legais que permitem àqueles desprovidos de recursos a realização do direito consagrado na Constituição da República. Pode-se citar como exemplos relativamente recentes a Medida Provisória n. 2.220/2001 que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o parágrafo 1º do artigo 183 da Constituição (apesar da discussão quanto à constitucionalidade do requisito temporal de seu artigo 1º) e a Lei n. 11.977/2009 que dispõe sobre o programa Minha Casa, Minha Vida.

Apesar de tais avanços legislativos, não se pode negar que a dinâmica e a velocidade com que ocorrem os fatos da vida supera, e muito, o processo legislativo, motivo pelo qual o operador do direito não pode estar engessado apenas aos institutos legais disponibilizados. É

preciso ter em mente que devem prevalecer os princípios e valores consagrados na Constituição, face a deficiência do sistema codificado e pela própria força normativa constitucional, como já destacado.

Mesmo com os diplomas legais que versam sobre o assunto, além do razoável volume de estudos doutrinários a discorrerem quanto a esse tópico, ainda é muito pequeno o número de casos efetivamente julgados sobre o tema pelo Poder Judiciário, o que revela uma contradição, pois a problemática vivida quando se trata de posse e propriedade é a mais próxima possível da realidade das pessoas. Na verdade, o que revela essa falta de atuação do Poder Judiciante nesse campo não é a ausência de conflito de interesses, mas a falta de legalização da situação daqueles que ainda vivem as margens do Direito, as margens de uma vida digna e legalizada.

CONCLUSÃO

Diante das transformações históricas e sociais, além da evolução do pensamento da humanidade, pode-se afirmar que hoje a propriedade deixa de ser um direito absoluto, devendo ser considerado através de outros aspectos, principalmente, a função que desempenha diante da sociedade.

Na verdade, a propriedade como uma instituição jurídica, atende a uma necessidade econômica, mas tem seu conceito transformado com a função social, deixando de ser um direito individual para se transformar em uma Função, o que não representa uma negação da propriedade, mas sim, a negação dos direitos de propriedade vistos como absolutos.

A concepção atual da posse surge desse alargamento da visão da propriedade, inicialmente como um simples aspecto dessa, passa a ter contornos próprios, ganhando papel cada vez mais autônomo.

É possível definir ainda que a função social é um dos principais fios condutores na evolução de tal perspectiva, pois é através de tal conceito que se visa resguardar as garantias e direitos mais básicos do indivíduo.

O reconhecimento da função social pelas Constituições ao redor do mundo, bem como no Brasil de forma explícita quanto à propriedade na Constituição Federal de 1988, atribuiu, ao lado dos direitos de usar, gozar, dispor e reaver, a obrigação de, ao utilizar as prerrogativas de proprietário, fazê-la a serviço de toda a comunidade.

Diante de toda a análise realizada ao longo do trabalho foi possível verificar que a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo se dá de forma sutil pela propriedade, ante seu aspecto eminentemente patrimonial, mas com muito mais força através da posse, já que resguardando situações de fato concretiza a função social no seu mais profundo sentido.

Sendo assim, a posse hoje, tem que ser entendida como um direito autônomo e independente da propriedade, já que se revela instrumento positivo de afirmação da cidadania, o que ameniza diferenças sociais. A Teoria da Função Social da Posse vem concretizar esta nova perspectiva, uma vez que de certa forma rompe com as teorias tradicionais e determina a jurisdicização de um fato social, a fim de atender a exigência de sistematização das situações patrimoniais de acordo com a nova ordem constitucional.

Em que pese já estar bastante difundida entre os estudiosos do Direito, bem como presente em julgados dos Tribunais nacionais, o conceito de função social da posse ainda não é consagrado de forma explícita pelo ordenamento jurídico, como ocorre com a propriedade, apesar de já existirem avanços legislativos nesse sentido, como a Medida Provisória n. 2.220/2001 e a Lei n. 11.977/2009. Por outro lado, não se pode afirmar que inexistente proteção

jurídica neste sentido, já que a busca da posse enxergada através de sua função social é exatamente a concretização de todos aqueles direitos fundamentais do indivíduo, resguardados pela Constituição, como no direito social primário à moradia, bem como pelo acesso ao mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, a função social da posse não pode ser encarada como uma limitação ao direito de posse, mas sim a exteriorização do conteúdo agregado desta, que vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito e ameniza as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como o valor à vida, a saúde, a igualdade, a cidadania e a justiça.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e Sua Conseqüência Freqüente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BEZZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.4. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*, v.6. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A Posse: Uma digressão histórico-evolutiva da posse e de sua tutela jurídica*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6985/a-posse>. Acesso em: 25 de fev. 2011.

MOREIRA, Júlio da Silveira. A Posse e sua Repercussão Social. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5089. Acesso em: 05 fev. 2011.

REZENDE, Astolpho. *A Posse e Sua Proteção*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27 ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Marizélia Peglow da. *A Função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Método, 2010.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.