

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO.

Brenda Cardoso Mendes
Thainara de Brito Araujo¹

RESUMO

A transposição da dignidade da pessoa humana do plano teórico e retórico para as práticas políticas, judiciais e sociais impõe o repensar do tratamento dado à posse. É preciso superar a dogmática patrimonialista herdada do direito liberal e encarar a posse com um conteúdo que a coloque a serviço da dignidade da pessoa humana e da construção da cidadania. Com isso, na realidade brasileira atual, a função social da posse, a partir da funcionalização de diversas categorias do direito privado a fins à dignificação do ser humano e à promoção da justiça social, emerge uma nova face, onde a função social da posse se coloca ao lado da propriedade, com mesmo grau de importância. Busca-se, então, trabalhar o conceito de função social da posse e seus elementos essenciais à luz do escopo de efetivação dos direitos fundamentais em solo brasileiro, além de demonstrar as diferenças principais entre esta e a função social da propriedade e apresentar o uso da temática nos tribunais superiores.

Palavras-chave: Função social da posse. Direitos fundamentais. Dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo fará uma abordagem sobre a função social da posse a luz da efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil, os aspectos controvertidos como a interpretação do resultado de eventual confronto entre propriedade e função social, e por último demonstrar a aplicação da função social da posse na jurisprudência dos tribunais superiores.

A funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano. A posse e propriedade representam realidades bem distintas. A posse é poder fático de ingerência exercido sobre a coisa, enquanto a propriedade é o título jurídico que vincula pessoa e coisa. (ALBUQUERQUE, 2002,).

A transposição da dignidade da pessoa humana do plano teórico e retórico para as práticas políticas, judiciais e sociais impõe o repensar do tratamento dado à posse. É preciso

¹ Autoras do Artigo

superar a dogmática patrimonialista herdada do direito liberal e encarar a posse com um conteúdo que a coloque a serviço da dignidade da pessoa humana e da construção da cidadania. A partir da funcionalização de diversas categorias do direito privado com fins à dignificação do ser humano e à promoção da justiça social, a posse emerge com uma nova face, a face da função social e se coloca ao lado da propriedade, com o mesmo grau de importância (FERREIRA, 2013).

Segundo muitos doutrinadores a posse é um dos institutos mais controverso de todo direito. Por que seu conceito, teorias, natureza jurídica e seus elementos são motivos de divergência doutrinária. A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais. Dessa forma, entende-se a função social da posse como consequência da efetivação dos Direitos Fundamentais, tais como conferindo efetividade aos direitos de moradia, dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos e garantias constitucionais (ALBUQUERQUE, 2002,).

O interesse inicial por essa temática se deu pelas divergências sobre a função social da posse e sobre sua correlação com a propriedade que se colocam lado a lado, com o mesmo grau de importância na eficácia conglobante dos direitos fundamentais sociais.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Aspectos relevantes acerca da posse e sua correlação com o conceito de propriedade

A posse, no direito brasileiro, não é apenas protegida sobre a ótica da posse correspondente ao direito de propriedade existente ou outros direitos reais. Ela também é protegida de forma autônoma, independentemente de um título. Trata-se da posse como situação de fato (GONÇALVES, 2012).

O direito fundado no fato da posse chama-se de jus possessionis, ou também denominado como posse formal, que é aquele derivado de uma posse autônoma. Já o jus possidendi é o direito à posse advindo de um título devidamente transcrito, ou seja, advindo da titularidade sobre um direito real. Nos dois casos acima mencionados, garante-se a proteção à posse, em conformidade com a proteção à paz social (GONÇALVES, 2012).

Dentre as teorias sobre o estudo da posse, destacam-se as subjetivas, defendidas por Friedrich Karl Von Savigny, e as objetivas, defendidas por Rudolf Von Ihering. Também houve algumas teorias intermediárias ou ecléticas, como as de Ferrini, de Riccobono e de

Barassi. No início do século XX ocorrera o surgimento de novas teorias, denominadas teorias sociológicas da posse, que têm como características principais a ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, como as defendidas por Perozz, Saleilles e Hernandez Gi (GONÇALVES, 2012).

Mais ênfase há, entretanto, nas teorias subjetiva e objetiva. A primeira, defendida por Savigny (*apud* GONÇALVES, 2012, p. 38), assume que

A posse caracteriza-se pela conjugação de dois elementos: o *corpus*, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento subjetivo, que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Não é propriamente a convicção de ser dono (*opinio seu cogitatio domini*), mas a vontade de tê-la como sua (*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*), de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular.

Já a teoria objetiva, defendida por Ihering, diferencia-se da teoria subjetiva de Savigny pela não necessidade da figura do animus para configuração da posse. Ou seja, para haver o direito de posse sobre a coisa, bastaria o elemento constante do corpus, consistente no agir como dono da res (GONÇALVES, 2012).

Precariamente, pode-se definir a posse de uma coisa com o fato de se ter a coisa em seu poder, sob sua guarda e usufruto. Sobre o conceito da posse, entretanto, Savigny (*apud* VENOSA, 2012) admite dois principais elementos: o animus e o corpus. Relativamente a esse animus, sustenta Venosa (2012), é que se pode diferenciar o possuidor do simples detentor. A posse é instituto jurídico protegido pelo direito brasileiro e, apesar de similar, se diferencia da propriedade essencialmente devido a um dos seus elementos caracterizadores, qual seja, o corpus, pressupondo uma relação material do possuidor com a res. (VENOSA, 2012)

Apesar do direito à propriedade ser considerado um direito fundamental do homem, dito assim em vários tratados internacionais ao redor do mundo e, inclusive, no contexto brasileiro, constante na carta magna no rol do artigo 5º (BRASIL, 1998), o mesmo não acontece com a posse, que é tratada por lei infraconstitucional e, inclusive, não há expressa determinação legislativa acerca da função social da mesma.

Entretanto, apesar da falta de positivação expressa acerca da temática, a teoria da função social da posse se faz presente no meio jurídico brasileiro, como se pode visualizar, por exemplo, na utilização de tal instituto na justificação teórica para sentenças em tribunais superiores, do que trataremos em tópico próprio.

Poder-se-ia, então, extrair a função social da posse do contexto das normas constitucionais e de direito civil brasileiro. É o que defende Flávio Tartuce (2010), na interpretação do artigo 1238, parágrafo único e 1242, ao afirmar que:

[...] a posse recebe uma função social, uma vez que o atual Código prevê a diminuição dos prazos de usucapião quando estiver configurada a posse-trabalho, situação fática em que o possuidor despendeu tempo e labor na ocupação de um determinado imóvel. A nova codificação valoriza aquele que planta e colhe, o trabalho da pessoa natural, do cidadão comum. (2010, p.108)

2.2 A importância da função social da posse na efetivação dos direitos fundamentais sociais

A constituição federal brasileira dispõe acerca da função social da propriedade nos seus artigos 5º, inciso XXIII, no artigo 170, inciso III e no 182, parágrafo segundo. (BRASIL, 1988). O mesmo não ocorre com a função social da *posse* ao qual a carta magna não faz menção direta. Entretanto, encontra-se na legislação infraconstitucional algumas referências a esse respeito nos artigos 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240, e, 1.242, parágrafo único do Código Civil, outrossim, ainda aqui não há menção expressa (BRASIL, 2002).

Entretanto, ainda que não conste diretamente na constituição federal, grande parte da doutrina entende que a função social da posse trata-se de um princípio constitucional *implícito* que pode ser retirado do contexto dos valores constitucionais (ALBUQUERQUE, 2002).

É o que sustenta Ana Rita Albuquerque (2002), ao afirmar que Os valores fundamentais e os objetivos do Estado Brasileiro previstos na Constituição de 1988 visam sobretudo elevar o conceito de cidadania, através da valorização da pessoa humana. Evidentemente que tais valores projetam-se para todos os domínios jurídicos, inclusive para o direito privado, como vimos, e, conseqüentemente, informam o instituto da posse, evidenciando ainda mais o seu aspecto social imanente. Justamente em um sistema jurídico que tem por fim a pessoa humana, daí resultando a natureza teleológica dos argumentos sistemáticos, não se pode deixar de ter por incluída implicitamente, como princípio constitucional positivado, a *função social da posse* (ALBUQUERQUE, 2002, p. 40-41.).

A função social da posse e de onde se lança sua proteção no espaço urbano, onde mais recorrentemente a ausência de moradia digna se tem tornado uma violação aos Direitos Humanos que se explica em razão "tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção" (PIOVESAN, 2004, p. 200).

Segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA realizado por Maria da Piedade Morais, George Alex Da Guia e Rubem de Paula (2006), eles dizem que:

Apesar dos avanços obtidos, o grau de alcance do direito à moradia é bastante desigual. A população negra (pretos e pardos), os pobres (renda domiciliar per capita até ½ salário mínimo), as crianças (pessoas com até 12 anos de idade) os moradores de assentamentos informais apresentam piores condições de moradia do que a média da população brasileira. Para dar uma idéia da dimensão das desigualdades raciais enquanto o grau de adequação das condições de moradia entre a população branca é de 70,7%, entre os pretos e pardos é somente 48,2% (...) ainda existe no país uma vasta gama de necessidades habitacionais não satisfeitas, configurando violações do direito à moradia, que incidem, sobretudo, nas camadas mais pobres da população. Nas áreas urbanas brasileiras ainda há 59,7 milhões de brasileiros que convivem com pelo menos um tipo de inadequação habitacional (FERREIRA, 2013, p. 103).

A questão primordial do direito social à moradia reside, fundamentalmente, no problema possessório. O Brasil convive desde há muito com um crescente déficit habitacional que, em 2009, foi de 5,8 milhões de famílias, número que representa um índice de 9,3% de famílias que não têm onde morar ou vivem em condições inadequadas, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, feito pelo IBGE (2011).

Diante desse quadro, o fenômeno possessório se reafirma como um mecanismo capaz de concretizar a promessa constitucional de redução das desigualdades e fortalecer a base do Estado Social e Democrático de Direito, porque “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível” (STRECK, 2001, p. 39).

O direito à moradia é um direito complexo, rico em atribuições, que vai além do direito de ter uma casa própria, embora este seja um complemento indispensável para a efetivação desse direito. Não possui apenas a conotação de habitação, mas envolve diretamente a qualidade de vida. Uma pessoa não pode ser privada de uma moradia nem impedida de conseguir uma, cabendo ao Estado promover tanto a defesa desse direito quanto a sua garantia e efetivação em relação àqueles que não a têm. O direito de ter uma moradia digna tem o mesmo grau de importância dos direitos à vida e à saúde, pois se completam e se refletem diretamente na personalidade dos atores sociais, abrangendo a esfera moral e material (RANGEL; SILVA, 2009).

Deve-se ter em mente que a função social da posse é instrumento importantíssimo pra efetivação de uma série de direitos fundamentais, de forma mais abrangente, o direito a uma vida digna, e também aos direitos sociais tais como o trabalho e a moradia (BRASIL, 1988).

2.3 A aplicação da função social da posse na jurisprudência dos tribunais superiores

A função social da posse vem sendo reiteradamente admitida nos julgados dos tribunais brasileiros, desde a justiça comum aos tribunais superiores. É o que demonstra o julgado abaixo, do Tribunal Regional Federal da 4ª região.

ADMINISTRATIVO. SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. TAXA MENSAL DE OCUPAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A manutenção do demandado na posse do imóvel, a despeito da inadimplência do contrato de mútuo habitacional, se constitui em afronta à função social da posse e da propriedade, já que ensejaria incentivo ao inadimplemento, com elevado risco de falência do já combalido Sistema Financeiro da Habitação. 2. Presente a previsão do artigo 37-A da Lei nº 9.514/97, é perfeitamente cabível a cobrança de taxa mensal de ocupação pelo período em que o réu ocupante esteve na posse indevida do imóvel cuja propriedade foi consolidada em favor da credora fiduciária. O termo inicial do pagamento é a data de consolidação da propriedade fiduciária, e o termo final é a data da efetiva reintegração da autora na posse do bem. 3. Verificados os parâmetros postos no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, se mostra cabível a majoração da verba honorária reduzida fixada pelo juízo sentenciante. (TRF-4 - AC: 50120386420114047100 RS 5012038-64.2011.404.7100, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 24/04/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 25/04/2013)

A admissão da função social da posse como princípio constitucional implícito é também aceita em jurisprudência dos tribunais superiores, como no seguinte agravo regimental do Superior Tribunal Federal.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. PROPRIEDADE. USUCAPIÃO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL (...) RECURSO DE APELAÇÃO. POSSE E PROPRIEDADE. COISAS. BENS IMÓVEIS. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DO COMODATO AFIRMADO EXISTENTE PELA TITULAR DO DOMÍNIO REGISTRAL, MOSTRANDO-SE VIÁVEL A ACESSIO POSSESSIONES PARA CONTAGEM DO TEMPO DE POSSE. AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, MOSTRA-SE VIÁVEL A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAQUELE QUE, EXERCENDO POSSE QUALIFICADA HÁ MAIS DE 20 ANOS, EVIDENCIA A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE, EM DETRIMENTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA AO TITULAR DO DOMÍNIO QUE NÃO TEM CONTATO COM O IMÓVEL HÁ MAIS DE 30 ANOS E QUE APENAS DEMONSTROU ALGUM INTERESSE QUANDO PREMIDO EM SEDE DE AÇÃO DE USUCAPIÃO. APELO PROVIDO. AÇÃO PROCEDENTE. UNÂNIME. 5. Agravo regimental

DESPROVIDO. (STF - ARE: 798168 RS , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014, grifo nosso.

3 DISCUSSÃO DO TEMA

No âmbito dos direitos fundamentais e das garantias dadas pela Constituição, a propriedade tem papel de destaque e permanece entronizada, como se pode perceber pela história das Constituições. A função social com o que passa a se relacionar mais direta e frontalmente com a propriedade, colocando-se ao seu lado como o mesmo grau de importância (FERREIRA, 2013).

Objetiva-se demonstrar que a posse funcionalizada pode ser compreendida como direito fundamental do cidadão a partir da garantia do direito à moradia, com o que a posse se reveste dos caracteres de Direitos Humanos e possibilita, no âmbito das práticas político-jurídicas, a efetivação dos Direitos Humanos no Brasil (FERREIRA, 2013).

4 CONCLUSÃO

A proteção à posse se apresenta como um elemento caracterizar da busca pela paz social. Tratando-se de conceito jurídico de extrema importância, se diferencia da propriedade essencialmente devido a incidência do corpus, ou seja, da pressuposição de uma relação material entre o possuidor e a coisa.

A admissão de uma função social da posse vem sendo reiteradamente introduzida no direito brasileiro. Apesar de não constar, expressamente, em nenhum diploma legal, diferentemente da função social da propriedade, constante nos artigos 182 e 186 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a função social da posse vem sendo admitida pela doutrina e pelos tribunais superiores como um princípio implícito, extraído do contexto constitucional em que se inserem as normas de direito brasileiro.

Isto não poderia ser diferente, visto que a admissão da função social do instituto da posse se mostra intrinsecamente ligado à efetivação de uma série de direitos fundamentais trazidos pela constituição Federal vigente, tais quais, de uma maneira geral, o direito à dignidade da vida humana, e de forma mais específica, àqueles direitos elencados no rol dos direitos sociais, tais qual o direito ao trabalho e a moradia.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, **Código Civil**. IN: VADE MECUM Saraiva. 18º Ed. Saraiva, 2014

BRASIL. **Constituição Federal**. IN: VADE MECUM Saraiva. 18 Ed. Saraiva, 2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário ARE: 798168**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 10/06/2014, Primeira Turma. Data de publicação: Diário de Justiça Eletrônico 125. Divulgado em: 27-06-2014 publicado em: 01-07-2014. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25176662/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-798168-rs-stf>> Acesso em: 11 set. 2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4º Região. **Apelação Cível AC: 50120386420114047100** RS 5012038-64.2011.404.7100. Relator: Fernando Quadros da Silva, Data de Julgamento: 24/04/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário Eletrônico: 25/04/2013. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112941454/apelacao-civel-ac-50120386420114047100-rs-5012038-6420114047100>> Acesso em: 26 out. 2015

FERREIRA, Gilson. **A função social da posse como elemento de efetivação dos direitos humanos no contexto do direito de moradia digna**. Revista Thesis Juris. São Paulo, v. 2, n. 1. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas**. Vol. 5. 7º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

IBGE, **Instituto Brasileiro Geografia e Estatística**. 2006.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo:Max Limonad, 2004.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. **O Direito Fundamental À Moradia Como Mínimo Existencial, E A Sua Efetivação À Luz Do Estatuto Da Cidade**. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>>. Acesso em: 22 de out. 2015.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

TARTUCE, Flavio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral; prefacio Maria Helena Diniz**. - 6. Ed. - Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: METODO, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos reais**. 12º Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.