**A Função Social da Posse e o Direito Fundamental à Moradia no Brasil.[[1]](#footnote-1)**

*Alesson Ricardo M. Araujo[[2]](#footnote-2)*

*Viviane Brito [[3]](#footnote-3)*

**Sumário:** Introdução;1. As teorias da posse e uma breve análise de suas influências no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Invasões e ocupações coletivas no Brasil e a tensão entre posse e propriedade; 3. O papel do Ministério Público como legítimo defensor de interesses coletivos e difusos da sociedade civil e sua intervenção em prol da função social da posse; Conclusão; Referencial bibliográfico.

**RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 em três passagens dispõe sobre a função social da propriedade. No entanto, a função social da posse está implicitamente disposta no texto da Carta Magna. Surge aí a função social da posse em detrimento da função social da propriedade. Se o proprietário não utilizar a sua propriedade com fins de beneficiar a coletividade e algum possuidor o fizer, este poderá adquiri-la após os trâmites definidos em lei. A função social da posse implícita na Carta Magna possui estreita ligação com o Direito Fundamental a Moradia no Brasil, pois consubstancia as prerrogativas necessárias para que possuidores de boa-fé possam ter seus direitos atendidos. Dessa forma, o Paper apresenta inicialmente a função social da propriedade, a interpretação constitucional feita a partir da função social da posse e sua ligação com o Direito Fundamental à Moradia; passa a descrever as possibilidades de intervenção dos três poderes em relação a função social da posse; expõe as principais teorias acerca da posse; levanta questões como a tensão entre posse e propriedade e as invasões e ocupações coletivas; por fim, destaca o papel do ministério público e sua intervenção como legítimo defensor de interesses coletivos e difusos da sociedade civil brasileira.

**Palavras-chave**: Função Social. Posse. Propriedade. Direitos Fundamentais. Moradia

**INTRODUÇÃO**

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o surgimento de um Estado Democrático de Direito, surgiram novas propostas de interpretação constitucional, devido diversas modificações sociais, econômicas, políticas e culturais do país. Diante de tais propostas, houve a necessidade de uma maior aproximação entre o texto constitucional e os anseios sociais, que consequentemente trouxeram sérias transformações também nas prerrogativas infraconstitucionais, apresentando assim um rol de mudanças significativas, entre elas, a função social da posse.

Nesse contexto, a posse compreendida como fenômeno social deve satisfazer necessidades básicas da sociedade brasileira como moradia e trabalho, efetivando assim Direitos Fundamentais Sociais, bem como um de seus objetivos primordiais, que é o atendimento ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana inserido na Carta Magna. Assim, a Constituição de 1988 deu um grande passo para que a sociedade brasileira pudesse de fato pleitear seus direitos. Com o advento do novo Código Civil em 2002, um grande avanço foi observado também no âmbito infraconstitucional, pois o aspecto individualista e patrimonialista do código anterior passou a ter um caráter mais sociológico em relação à posse. Em tese, esta tentativa de busca ao atendimento do anseio social por parte do novo código busca a efetivação de Direitos Fundamentais e o alcance da realização de um incessante desejo de justiça social neste país de tantos contrastes e discrepâncias sociais, com extensas propriedades que não atendem a sua função social em meio a milhares de famílias que mesmo com direitos estabelecidos na lei maior ainda não possuem um lugar para morar ou até mesmo trabalharem.

De certo, é possível afirmar que a função social da posse em si, não constitui de fato o atendimento ao direito fundamental à moradia quando o Estado e demais entes envolvidos não interpretam ou aplicam as normas de acordo com os anseios sociais e não obedecem aos fins para que foram criadas, isso acontece na prática, quando interesses políticos e econômicos estão envolvidos na questão. Um exemplo disso são as constantes alterações nos planos diretores das cidades que devem ser acompanhados tecnicamente podem inclusive ser objetos de audiências públicas para que não se destinem a fins diferentes dos quais são destinados.

Desta forma, a partir da interpretação da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto das Cidades. Formula-se o seguinte questionamento: Nesse contexto, a posse como fenômeno social, trazendo consigo o escudo da garantia de direitos fundamentais consegue de fato ser tutelada pelo ordenamento, ou seja, existe a implementação efetiva da função social da posse no Brasil?

É imprescindível, antes de qualquer justificativa acerca desta questão, comentar sobre as principais teorias da posse até hoje, merecendo assim a análise em tópicos específicos.

Considerando as importantes inovações do Código Civil de 2002 no que diz respeito ao tratamento geral da Posse, pode-se afirmar que sua função social enfatiza em grande parte a análise da Carta Magna. A constitucionalização do Direito Civil é a principal tentativa de aproximação do Direito Civil em relação à Lei Maior depois da redemocratização. Hoje, a ciência jurídica busca aprimorar a finalidade dos modelos jurídicos, em detrimento ao modelo positivista, não existe mais um interesse claro em se estudar a estrutura básica dos modelos infraconstitucionais, mas sim entender o seu objetivo em relação às sociedades e em buscar soluções que visem o bem comum.

A função social se dirige não só a propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano. (FARIAS; ROSENVALD, 2011)

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe sobre a função social da propriedade:

No caput do art. 5º é assegurado o direito de propriedade. No inciso XXII garante-se o direito de propriedade, mas, logo em seguida, no inciso XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. No art. 170 tem-se que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade”. O § 2º do art. 182 dispõe que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL)

No entanto, diante da interpretação constitucional identifica-se que a função social da posse está implicitamente disposta no texto da Lei Maior como, por exemplo, quando a mesma estabelece que “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade” (art. 191, CF). Tem-se aí a função social da posse em detrimento da função social da propriedade. Se o proprietário não utilizar a sua propriedade com fins produtivos ou não beneficiar a coletividade e algum possuidor assim o fizer, este poderá adquiri-la após o processo legal.

Contudo, é possível afirmar que os dispositivos citados sugerem que a função social da posse possui duas características básicas. De um lado, protege o proprietário e pune o possuidor de má-fé e por outro, pune o proprietário inerte que não faz uso apropriado de seu domínio e acaba perdendo para o possuidor de boa-fé que em alguns casos a utiliza de forma produtiva trazendo benefícios para a toda a sociedade. A função social da posse, portanto, está implicitamente estabelecida na Constituição Federal de 1988.

**1. As teorias da posse e uma breve análise de suas influências no ordenamento jurídico brasileiro.**

No ramo do direito, a Posse foi conceituada de várias formas no decorrer da história. Em dias atuais, a Posse é entendida como situação fática, considerando a relação entre o sujeito e a coisa numa perspectiva socioeconômica. No Brasil, o que se percebe é uma concessão no que tange a definição da Posse, por isso, não se pode afirmar a adoção exclusiva da teoria objetivo Ihering, mais utilizada atualmente, ou subjetiva de Savigny.

A teoria subjetiva, através de Savigny, definiu posse como: “poder direto ou imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011)

Esta teoria considera dois elementos básicos que são o “corpus”, que é o controle material sobre a coisa, e o “animus”, que consiste na intenção de ter a coisa para si.

A teoria objetiva de Ihering, afirma que a posse é o mero exercício de propriedade. Para ele o importante seria: “o uso econômico ou destinação socioeconômica do bem, pois qualquer pessoa é capaz de reconhecer a posse pela forma econômica de sua relação exterior com a pessoa”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011)

Esta teoria dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o “o corpus”. Aqui não há o “animus” de ser proprietário, mas si o de explorar a coisa para fins econômicos.

Apesar de o Legislador ter adotado a teoria de Ihering no Código de 2002, outras surgiram no início do século passado para tratar da posse, dando assim um novo conteúdo a este instituto de direito civil.

Essas novas teorias do início do século, denominadas de sociológicas, deram grande atenção aos itens “caráter econômico” e “função social da posse”, tendo como teóricos, Silvio Perozzi, na Itália, Raymond Saleilles, na França, e Antônio Hernández Gil, na Espanha.

Na visão de Perozzi, a posse é vista sob o aspecto de um “fenômeno social” (termo transmitido na obra Instituição de Direito Romano, ano de 1906), consistindo assim: “[...] poder ou a plena disposição de fato de uma coisa, e um estado capaz de durar indefinidamente, desde que não advenham circunstâncias aptas a fazê-lo cessar”. (AMBITO JURÍDICO, 2013)

Perozzi avança, afirmando que ela tem dois lados, o negativo e o positivo, sendo este considerado a renúncia por parte de todos de usar e gozar da coisa, assim respeitando a posse do titular. Já o segundo nada mais era do que a total liberdade que o possuidor tinha com a coisa, e que se tinha pelo o fato de todos terem se abdicado.

Já na visão de Saleilles, que criou a teoria da apropriação econômica, a posse vem a ser: “[...] um vínculo jurídico ligado à propriedade, mas revela um vínculo econômico decorrente de uma situação jurídica instintiva e não legislativa [...]” (AMBITO JURÍDICO, 2013).

Saleilles vai além, a sua teoria afirmava que se a posse é anterior a propriedade, aquela não poderia exteriorizar um direito, pois sequer existia, assim teria que ser algo independente do direito real de propriedade.

Por fim, Hernández Gil, que em sua obra La Posesión, de 1987, considera a posse mais ligada à realidade social do que entre todos os direitos. Para este a posse é “[...] um direito, ainda que contenha um forte elemento de fato” (AMBITO JURÍDICO, 2013).

Enfatizando a posse como fenômeno social, Hernández Gil diz que “a função social atua não só como pressuposto, mas como fim das instituições jurídicas”.

Salienta-se que Hernández Gil foi o pioneiro da ideia sociológica da posse, melhor dizendo, da função social da posse, função essa trabalhada no decorrer desse trabalho.

Enfim, essas teorias a pouco citadas, contribuíram dentro de certos casos e diante de determinadas circunstâncias para que a posse fortalecesse ainda mais ao longo dos anos.

**2. Invasões e ocupações coletivas no Brasil e a tensão entre posse e propriedade.**

Antes de adentrar no âmbito das invasões e ocupações coletivas no Brasil, é necessário esclarecer que as palavras têm semelhança no bojo de sua ação, mas o significado delas é diferente. Por invasão, entende-se que é a ação ilícita, com emprego de força como forma de ter acesso ao bem jurídico, é o acesso ilegal à propriedade, ou seja, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico. É o que no direito das coisas conhecemos como Esbulho possessório. Já na ocupação, a ilegalidade é mitigada, pois ingressa em bens abandonados pelo proprietário.

No Brasil, a invasão de terra está presente deste a chegada dos portugueses, onde estes encontraram os verdadeiros donos das terras e deles se apossaram como também das riquezas existente, o que influenciou na desigualdade social que ainda observamos em dias atuais onde as riquezas e grandes latifúndios estão concentrados nas mãos de minorias que exercem influencia econômica e política no país.

Os anos se passaram e muitas tentativas forma feitas para minimizar a desigualdade social no Brasil, entretanto a concentração de renda e latifúndios continuava nas mãos das minorias. Foi então que entre os anos de 70 e 80 devido a mecanização das lavouras surge o Movimento dos Trabalhadores sem Terra, o MST que já esteve a frente de muitos conflitos pela socialização de terras improdutivas. Entretanto sua atuação é bastante contestada devido ao modo violento observado em suas invasões.

Com a justificativa do direito a moradia, o MST passou a invadir grandes latifúndios com a prerrogativa de que as terras eram improdutivas, entretanto tal ato configura ilícito como podemos confirmar como segue.

[...] o esbulho possessório, mesmo tratando-se de propriedade alegadamente improdutiva, constitui ato ilícito. Qualquer ato de apossamento de bem alheio, marcado pela violência, clandestinidade ou precariedade, será classificado com injusto (art, 1200, CC), mesmo que promovido por movimentos ou organizações sociais de cunho pretensamente humanitário. Afinal, definição da extensão da restrição às faculdades dominiais em nome da função social da propriedade é uma obra exclusiva do ordenamento jurídico e não de grupos que difusamente se servem da arbitrariedade sob o rótulo da defesa da “justiça social” (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p.72).

Atitudes como as do MST, que tentam pressionar o Governo por meio de invasões, acabam por prejudicar o processo de reforma agrária no Brasil, pois a prática de atos ilícitos de violação, utilização arbitrária da força, mesmo em terras ditas improdutivas, vão de encontro a Constituição da República, que ampara o direito de propriedade e garante o princípio do devido processo legal.

Conforme dito anteriormente, o esbulho possessório é um ato ilícito que além de ser qualificado com um ilícito civil pode conter atos de tipificação penal, passando ao ato a ser considerado criminoso, como o ocorrido na fábrica da Suzano, onde de forma criminosa, cerca de 1000 mulheres invadiram a FuturaGene, fábrica do Grupo Suzano de Papel e Celulose e destruíram mudas de eucalipto transgênico que eram parte de uma pesquisa de 15 anos em biotecnologia.

Conforme assevera Frias e Rosenvald, para o exercício da liberdade e a prática responsável da cidadania, é necessário que a lei e a autoridade da Constituição da República sejam respeitadas.

Nas ocupações coletivas o que se percebe é uma maior efetividade dos direitos fundamentais, sendo observada a função social da posse. Vários são os julgados que consideram improcedentes ações reivindicatórias proposta por particulares que não exerciam seus poderem dominiais. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, independente de dolo ou culpa, será ilícita a eventual tentativa de retomada de um bem que antes não mereceu qualquer consideração pelo seu titular. Com o exposto, podemos perceber que o direito subjetivo do titular é substituído a uma relativização ao direito fundamental, tal afirmação pode ser confirmada quando se busca os casos julgados como o da Favela Pulmann, onde o STJ deu parecer favorável às 30 famílias carentes, transferindo a propriedade às famílias.

Outro caso similar foi em Bom Retiro, São Paulo, o caso é considerado o primeiro de um imóvel vertical no Brasil, a luta dos ocupantes do prédio durou mais de 30 anos, o desfecho favorável às 42 famílias distribuídas nos oito andares do prédio representou marco importante na luta pelo direito à moradia digna (CENTRO GASPAR GARCIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Um caso bem próximo a nós e que também demonstra as tensões entre posse e propriedade, foi o ocorrido com as famílias que moravam no Bairro Prainha, que deu lugar à extensão da Avenida Litorânea em São Luis. Várias famílias foram retiradas de suas casas construídas ali há quase 30 anos. Por imposição do Estado, essas famílias foram violentadas quanto a sua dignidade, pois tiveram que deixar suas casas fincando a mercê da própria sorte. Considerando o tempo de permanência das famílias no local, há o questionamento sobre a usucapião da localidade, mas com a justificativa de ser propriedade da União, a propriedade e a posse não poderia ser questionada. Assim como o mecanismo da usucapião não pode ser aplicada, a função social da propriedade também não foi considerada pelo Poder Público em favor das famílias. Ante ao que ocorreu no Bairro da Prainha, é importante observar que:

Do mesmo modo que a posse é um importante instrumento para concretizar direitos e princípios constitucionais como moradia, cidadania, etc, a propriedade também é um direito fundamental que serve de instrumento para a realização dos mesmos direitos e princípios. Consequentemente, não é possível condicionar o direito fundamental de propriedade ao cumprimento da função social sem levar em consideração que esta função social também encontra limites na garantia de propriedade, sendo certo que tanto a constituição, quanto o Código Civil, indicam as hipóteses em que poderá ocorrer o prestígio da posse contra a propriedade. (FREITAS, pág 204)

Contudo, o que se extrai das situações seja de invasão, seja de ocupação é que quando ocorrem geram tensões tanto no aspecto da garantia e conservação dos bens, quanto no acesso aos mesmos bens. Nota-se com isso o despertar por parte do proprietário em defender seu direito e a adoção de medidas que demonstre qualquer função social para resguardar tal direito. Entretanto é preciso nesses casos, não fechar os olhos e aplicar exclusivamente a lei na busca pela solução do conflito, é preciso interpretar o caso concreto, onde devem ser ponderados direitos como o da dignidade humana, fazendo-se necessário o alcance da posse como um fato social inseparável de uma função social.

**3. O papel do Ministério Público como legítimo defensor de interesses coletivos e difusos da sociedade civil e sua intervenção em prol da função social da posse.**

Na cosntituição de 1988, o Ministério Público está incluido nas funções essenciais à justiça e não possui vinculo com nenhum dos poderes do Estado. Com independência e autonomia o MP tem o papel de defender o patrimonio nacional, o patrimônio público e social. E dentro do patrimonio social que encontramos os direitos e interesses da coletividade, fruto de nossa pesquisa. Com a missão de concretizar o Estado Democrático de Direito, o MP age na inclusão social, principalmente no que diz respeito aos conflitos de cunho difuso e coletivo (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

Considerando a evolução institucional do Ministério Público que pela Constituição Federal de 1988 é tido como defensor verdadeiro do povo, verifica-se uma maior aplicabilidade quanto aos direitos relativos às minorias na sociedade. Com atuação na elaboração de póliticas públicas o Ministério Público busca inicialmente conhecer as necessidades seja dos Municípios, Estados ou da União para que os direitos sociais sejam alcançados. Sendo as políticas públicas dependentes de orçamento para que sejam cumpridas e tendo em vista que tal orçamento é definido conforme a discricionaridade do Chefe do Poder Executivo, existem questionamentos quanto ao grau de independência do Ministério Público para que esse faça cumprir as políticas Públicas, marcando sua atuação na busca pela efetivação dos direitos sociais.

Voltando tando-nos para a posse, objeto deste trabalho, o que se observa é que em ações exclusivamente patrimonial, o Ministério Público não intervem. Entretanto, de maneira excepcional, a intervenção do Ministério Público ocorrerá no caso concreto quando for verificado, por exemplo, a presença de incapazes. Já nos litígios coletivos pela posse de terras rurais, deve-se inicialmente reconhecer a complexidade social, política e juridica que vivemos, pois figuram nos conflitos possessórios das terras contradições entre projeto constitucional de democracia economica e social e a desenimadora realidade fundiária no Brasil.

Este fato, faz com que a presença do Ministério Público em conflitos agrário seja necessária desde o inicio do processo, tendo em vista que sua atuação não se restringe ao ambito de fiscal da lei, mas como defensor de direitos humanos e garantias individuais violadas. Ressalta-se ainda que em processos de conflitos coletivos de posse de terras rurais, existem peculiaridades que não devem ser esquecidas, pois o interesse público não deve figurar como um “detalhe irrelevante” diante dos interesses privados das partes em conflito, pois o interesse social deve ser o ponto principal na avaliação das decisões judiciais (GOULART, 2012).

Portanto, cabe ao MP a tutela do interesse social no processo possessório, pois este apresentará antes de cada decisão as argumentações juridico-constitucionais de natureza pública a fim de formar a convicção do juiz.

**CONCLUSÃO**

Ante ao exposto, verificamos que a posse é um instrumento juridico que satisfaz necessidades individuais e coletivas numa perspectiva socioeconomica buscando atender princícios da digidade da pessoa humana, como o direito a moradia. Sendo este reconhecido como um direito fundamental, é conciderado uma necessidade básica para o desenvolvimento da capacidade social do indivíduo, entretanto, para que esta seja protegida juridicamente deve ser cumprida a função social.

Ressalta-se que a função social da posse, mesmo sendo trabalhada como essência dos princípios fundamentais positivados, não faz com que a função social da propriedade seja diminuida, pois esta precisa cumprir os requisitos atinentes a ela. A partir de funcionalização do direito subjetivo a propriedade tem sua função social inserida, pois verifica-se a realização de um fim útil, produtivo e benéfico por parte do proprietário (REALE, 1992).

Cabe ainda ressaltar que no Brasil, o problema de moradia não se resolve somente com os subsídios ou financiamentos facilitados pelo Governo. É preciso que haja um tratamento adequado no que tange ao acesso à terra e fiscalização por parte dos Municípios quanto ao cumprimento do Estatudo das Cidades, para que seja possível um combate efetivo ao aumento abusivo de preços e com isso possa haver um alcance maior da pessoas abaixo da linha da pobreza.

Por isso, podemos concluir que a função social da posse não é um limitador do direito real, mas sim um mecanismo de efetivação de direitos fundamentais, indo ao encontro do princípio da igualdade para que em conjunto possam diminuir uma abissal diferença social brasileira.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição Federal (1988). Vade Medum Universitário Rideel/ Anne Joyce Angher, organização. 15. Ed. São Paulo: Rideel, 2014.

CENTRO GASPAR GARCIA DE DIREITOS HUMANOS. **Ocupação no Bom Retiro ganha primeiro caso de usucapião coletivo de um prédio vertical no Brasil.** Publicado em: 09 mar. 2015. Disponível em: <http://gaspargarcia.org.br/noticia/ocupa%C3%A7%C3%A3o-no-bom-retiro-ganha-primeiro-caso-de-usucapi%C3%A3o-coletivo-de-um-pr%C3%A9dio-vertical-no-br>. Acesso em: 08 set. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 7.ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. **Propriedade e posse: algumas questões relevantes em torno da função social.** Dissertação de Mestrado da FADISP. São Paulo, 2008. Disponível em:<http://fadisp.edu.br/download/turma\_m3/RODRIGO\_CARDOSO\_FREITAS.pdf>. Acesso em 17 out. 2015

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos constitucionais. 12. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

1. *Paper* Institucional apresentado à Disciplina Direitos Reais do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno do 5º Período do Curso de Direito da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professora da disciplina Direitos Reais. [↑](#footnote-ref-3)