**O ELO ENTRE A POSSE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS [[1]](#footnote-2)**

*Breno Richard Gomes²*

*Juliana Pereira Arruda*

Sumário: 1 Introdução; 2 Conceito de Posse e Propriedade e suas diferenças; 3 Função social da posse como instrumento de feivação dos direitos fundamentais; 4 O alcance da função social da posse no direito brasileiro; 5 Discussão do Tema; 6 Considerações finais; Referências.

**RESUMO**

A posse é um dos assuntos ais discutidos no mundo jurídico, tendo em vista toda a sua importância para o âmbito civil, com isso muitas discussões a respeito da posse são questionadas frente ao âmbito Constitucional, onde essa posse possui a reafirmação de seu valor. Com isso esse artigo visa tratar da posse em consonância com os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal Brasileira, principalmente se tratando da parte em que há requisitos para a existência da posse, como por exemplo a função social que essa posse precisa desempenhar para que exista. Assim, podemos através de renomados doutrinadores fundamentar ainda mais a ideia da importância do elo existente entre a posse e os direitos fundamentais, principalmente nas garantias para o cidadão que a partir do direito de possuir pode desempenhar o seu papel frente a sociedade e o Estado civil. Embora sempre exista divergência entre pensamentos, tocante ao referido tema, há uma “unanimidade” entre os conhecedores da área, pois é algo pertinente ao cotidiano, e embora seja unanimidade, é preciso tomar cuidado ao abordar tal tema, devido à alta complexidade e importância do mesmo.

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

**1 INTRODUÇÃO**

De acordo com Marizélia Peglow da Rosa (2008), pode-se dizer que a posse vem atender o princípio da dignidade da pessoa humana. E a sua função social não é uma limitação ao direito de posse, mas sim, uma manifestação imanente da posse, permitindo 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.

A função social da posse é uma conseqüência da vinculação dos Direitos Fundamentais e está prevista no ordenamento jurídico em razão dos princípios constitucionais. Ainda de acordo com Marizélia Rosa, “a função social da posse é um instrumento recente, e veio satisfazer uma necessidade social e econômica. Razão pela qual não deve ser confundido com a função social da propriedade, assim como sua utilização na doutrina e jurisprudência”.

Desse modo, a função social da posse atende ao principio da dignidade da pessoa humana, como busca de um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade.

**2CONCEITO DE POSSE E PROPRIEDADE E SUAS DIFENÇAS**

Quando falamos em Posse e propriedade vem à mente a mesma definição como se estas fossem sinônimas, no entanto, é preciso estabeleces algumas diferenças entre estes institutos. Para compreendermos o conceito de Posse é preciso analisar este instituto à luz das teorias objetiva, fundamentada por **Ihering** e; da teoria subjetiva, adotada por **Savigny**.

Carlos Roberto Gonçalves (2009) explica que, segundo a Teoria de Savigny para haver posse, devem existir dois elementos: um de natureza objetiva, o corpus; e outro de natureza subjetiva, que representa a vontade de ter a coisa como sua, o animus. Sendo o primeiro um poder físico sobre a coisa, e o segundo a intenção de ter a coisa como sua.

Continua afirmando que, para Ihering, de acordo com a Teoria Objetiva, é necessária apenas a presença do corpus, que é a relação exterior entre o proprietário e o bem e se torna possível o desdobramento da posse em: posse indireta, que representa a posse de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal ou real; e posse direta, que é a posse daquele que a exerce diretamente sobre a coisa, exercendo os poderes do [proprietário](http://www.infoescola.com/direito/posse-detencao-e-propriedade/), e também amplia o conceito de posse. Esta Teoria é a adotada pelo Código Civil Brasileiro.

Já a propriedade apresenta-se como um direito real, previsto no artigo 5º, XXII da Constituição Federal como fundamental, fazendo parte dos elementos que garantem a dignidade da pessoa humana e confere a seu titular o direito de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. A propriedade, conforme Carlos Roberto Gonçalves é um direito complexo, em razão de existirem vários ouros direitos inseridos.

De acordo com Venosa (2011), há uma relação entre posse e propriedade quando o corpus se apresenta como a relação material do homem com a coisa, ou a exterioridade da propriedade; e em uma compreensão jurídica, elas caminham juntas.A propriedade confere ao seu titular o direito de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. É um direito complexo em função de existirem vários outros direitos relacionados, ou seja, inseridos em si; e possui como finalidade garantir  ao seu titular o direito de utilizar da coisa da forma que quiser, não se extinguindo pelo seu não uso.

Desse modo, é possível perceber que o conceito de propriedade é mais amplo do que o de posse. O proprietário é aquele que tem o pleno domínio sobre a coisa. Ele pode dispor livremente dela quando quiser. Ao passo que o possuidor não dispõe desse poder. Ele é apenas o detentor da posse dela, que pode ser temporária ou permanente.Mas alguém que detenha apenas a posse de um imóvel poderá tornar-se proprietário dele por outros meios que não o da compra e venda, por exemplo. E isso desde que ele satisfaça alguns requisitos da lei, afirma Rafael Menezes (2012). Um exemplo é o artigo 1.204 do Código Civil que diz: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

Rafael Menezes (2012) continua afirmando que: “Proprietário é aquele que é, comprovadamente, o dono de uma coisa, e sobre essa coisa, tem a prerrogativa de utilizar todas as suas funções, aproveitar todos os benefícios, trocar ou vender, dando a destinação que julgar conveniente e reavê-la de quem quer que seja”. Estes direitos encontram-se previstos no artigo 1.228 do Código Civil.

O possuidor por sua vez, como versa o artigo 1.196 do Código Civil, é aquele “que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”, desse modo, ele não detém nenhum documento hábil a comprovar a qualidade de proprietário, mas age como se o fosse.

**3CONTEÚDO E FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO**

O direito brasileiro atribuiu a função social a propriedade tendo em vista os diversos fatores que circundam o assunto, mas essa atribuição se deu devido as teorias existentes acerca dessa função social que a posse deve ter, os doutrinadores brasileiros, bem como os legisladores, perceberam a necessidade de se tratar desse assunto tão discutido acerca do que tange a posse e a propriedade.

Dessa forma, houve um surgimento de teorias sociológicas para que se entenda até onde se estende a noção acerca da função social da posse. Essas teorias foram trabalhadas por Carlos Roberto Gonçalves (2012) onde este afirma que:

Essas novas teorias, que dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, aliadas à nova concepção do direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como prescreve a Constituição da República, constituem instrumento jurídico de fortalecimento da posse, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar sobre o direito de propriedade.

Seguindo essa linha de raciocínio, Gonçalves ao trazer a capacidade de preponderância da posse sobre a propriedade em casos onde a função social não é desempenhada, soluciona diversos conflitos no mundo jurídico, porém também pode para algumas pessoas (especificamente os possuidores de determinada propriedade por exemplo) que correm o risco de terem suas posses destituídas trazer um grande problema.

Então cabe ao juristas a explicação da importância dessa função social. Ao falar sobre a teoria da função social Perozzi apud Gonçalves (2012, p.29) diz que “a posse prescinde do corpus e do animus e resulta do ‘fator social’, dependente da abstenção de terceiros.” Afirmação que remonta o entendimento acerca da teoria subjetivista de Savigny acerca da posse. Assim o assunto acerca dessa temática se estende pela existência de outras teorias propostas por sociólogos na tentativa de dar uma diretriz ao conhecimento da função social da posse e até a sua aplicabilidade no direito brasileiro.

É importante fazer uma ressalva de que o CC/2002 não trouxe uma abordagem da teoria da função social da posse, ficando a mercê de doutrinadores tais como Raymond Saleilles, Silvio Perozzi e Antônio Hernandez Gil. Essa função social da posse consta no projeto de lei 699/2011, (TARTUCE, 2015) com a mudança o artigo ficaria da seguinte forma:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse. (TARTUCE, 2015)

Essa mudança que para muitos era pra ter ocorrido no momento da elaboração do Código Civil de 2002, no contexto atual necessita de sua concretização e a respeito disso temos o alvitre de um grande jurista:

Por tudo isso, perdeu-se o momento histórico de corrigir um importantíssimo dispositivo que vem causando confusão entre os jurisdicionados e, como decorrência de sua aplicação incorreta, inúmeras demandas. Ademais, o dispositivo merecia um ajuste em face das teorias sociológicas, tendo-se em conta que foram elas, em sede possessória, que deram origem à função social da propriedade. Nesse sentido, vale registrar que foram as teorias sociológicas da posse, a partir do século XX, na Itália, com Silvio Perozzi; na França com Raymond Saleilles e, na Espanha, com Antonio Hernandez Gil, que não só coloram por terra as célebres teoria objetiva e subjetiva de Ihering e Savigny, como também se tornaram responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade (sua verdadeira “função social”). (FIGUEIRA JR., 2003)

Assim podemos notar a importância dessa teoria afim de resolver os inúmeros conflitos que sofrem com a confusão pela falta de instrumentos necessários dentro do próprio artigo. Tanto que é a doutrina contemporânea que se encarrega de tratar acerca desse assunto, Segundo o Desembargador do TJRJ Marco Aurélio Bezerra de Melo (apud TARTUCE, 2015, p. 859):

A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6.º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto.

Dessa forma podemos observar que a função social da posse seria uma forma também de garantir os direitos fundamentais pertinentes a todos e previstos na Constituição Federal de 1988, onde muitas vezes um possuidor exerce a função social da propriedade de forma mais efetiva, que o próprio proprietário.

**4A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A função social da posse se relaciona de forma direta com a aquisição e também com o exercício dos direitos reais e obrigacionais dentro do âmbito jurídico, tendo em vista que através de suas características (da posse em si) que há uma efetivação de direitos no que tange essa posse. Nas palavras de Marcos Alcino de Azevedo Torres apud Samara Danitielle Costa:

A noção mais próxima da posse no conteúdo desses direitos é o uso da coisa, mas nem toda utilização corresponde à posse, podendo ser detenção e nem sempre a posse exige a utilização da coisa diretamente, como ocorre no desdobramento da posse em direta e indireta, no caso de esbulho quando o esbulhador ainda não adquiriu a posse (art.1.208 e art. 1.224, ambos do Código Civil) e no caso do direito de sucessão, em que o herdeiro adquire a posse só pelo efeito da morte, mas tem de fato a utilização da coisa.

Para entender melhor o que quis dizer Azevedo precisamos entender a diferença entre posse e detenção. Detenção de acordo com o art. 1.198 do CC/2002 (Código Civil): “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Parágrafo único: Aquele que começou a comporta-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.” Sendo assim:

O detentor exerce sobre o bem não uma posse própria, mas uma posse em nome de outrem. Como não tem posse, não lhe assite o direito de invocar, em nome próprio as ações possessórias. Porém é possível que o detentor defenda a posse alheia por meio da auto-tutela. (TARTUCE, 2015)

Ao analisar todos esses entendimentos, é possível observar que até chegarmos na importância da função social da posse há diversos requisitos que devem ser levados em consideração, pois o entendimento do que é posse quando se leva em consideração à sua função social, vai além daquilo descrito no texto do Código, algo que a doutrina busca entender e explicar, afim que através dessa função social é que pode-se assimilar a relação com os direitos fundamentais, indispensáveis a vida.

Quando se fala de função social da posse, faz-se menção a necessidade que possuidor deve ter para que exerça essa função, (COSTA, 2012) e que em consonância com essa afirmação:

Vale dizer, este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para amoradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida. (ALBUQUERQUE apud COSTA, 2012).

Dessa forma entendemos que o próprio exercício da função social da posse é uma forma para que sejam efetivados os direitos constitucionais previstos, inclusive os direitos fundamentais, como os descritos no art. 6º que diz que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Ou seja o direito à moradia é um dos direitos fundamentais pertinentes a todos, porém nem todos tem acesso a esse direito.

Partindo desse princípio Ana Rita Albuquerque (2002, p. 40) diz que:

“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, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho para se impor perante todos”.

Dessa forma, a necessidade faz parte da posse e ela é uma das formas de garantir os direitos fundamentais, pois a própria propriedade possui desmembramentos que visam justamente o desempenho de sua função social, e assim na posse também precisa exercer sua função social para que sejam atendidos os direitos de todos.

**5 DISCUSSÃO DO TEMA**

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente em varias partes do seu texto a necessidade de que as propriedades observassem a função social, assim, a função social da posse é prevista no ordenamento jurídico em razão dos princípios constitucionais e apresenta-se como uma “consequência da vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações inter-privadas” (MarizéliaPeglow da Rosa 2008), possuindo relação com a efetivação destes direitos em vários âmbitos, como trabalho e moradia.

Assim, a função social da posse apresenta-se como uma forma de atender ao principio da dignidade da pessoa humana.Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da funcionalização do direito deverão atuar como normas norteadoras na aplicação e interpretação do direito. A observância da função social passou a ser compreendida como a própria essência do direito de propriedade, seu pressuposto, a função social tornou-se então fundamento do direito de propriedade.

Desse modo, é possível perceber que a função social da posse revela-se de grande importância para o Direito Civil e para os Direitos Fundamentais. Razão pela qual foi escolhida para ser o tema abordado neste trabalho.

**REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000. COSTA, Samara. A função social da posse. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=12222>. Acesso em 9 set. 2015.

COSTA, Samara. **A função social da posse**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=12222>. Acesso em 20 out. 2015.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. atual. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.095.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Contratos e Atos unilaterais**.6. Ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

MENEZES, Rafael. **Direitos Reais - Da posse.** Disponível em:<<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direitos-Reais/7/aula/2>> Acesso em: 14 out. 2015

ROSA, Marizélia. **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: 18 out. 2015.

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, p.300.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

1. Paper apresentado à disciplina de Direitos Reais, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco;

   ²Alunos do 4º período noturno, UNDB; [↑](#footnote-ref-2)