

A Funcionalização Da Posse E O Código Civil De 2002
The Functionalisation of Possession and the Civil Code of 2002

Renato Marcuci Barbosa da Silveira.

Resumo: O presente artigo busca traçar uma compreensão constitucionalmente adequada do instituto da posse, afirmando sua autonomia em relação ao direito real de propriedade, estabelecendo a sua exata correlação com o direito à moradia, o acesso à terra, a efetivação dos direitos da personalidade e com o princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de se alcançar o cumprimento de sua função social e, como corolário, a concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: posse; terra; Direito Civil.

Abstract: The present article seeks to draw a constitutionally adequate understanding of the possession institute, affirming its autonomy in relation to the real right of property, establishing its exact correlation with the right to housing, access to land, the realization of the rights of the personality and with the principle of the dignity of the human person, as a way of achieving the fulfillment of its social function and, as a corollary, the realization of fundamental rights.

Keywords: possession; Earth; Civil right.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 atribui à dignidade humana o *status* de princípio fundante da República Federativa do Brasil, exigindo, a partir de então, a conformidade de todos os institutos pertencentes ao sistema jurídico pátrio a um paradigma de Estado que está pautado por objetivos que perpassam pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivando a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades

sociais e regionais, para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, torna-se necessário problematizar a eficácia dos institutos jurídicos trazidos pelo Código Civil de 2002, quanto às suas potencialidades para a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988.

A viabilização do direito à moradia e do acesso à terra, considerando a conjuntura político-econômica do Brasil, é de relevante impacto social em virtude de sua vinculação à temática dos Direitos Humanos, a qual se coloca frente à problematização da questão fundiária no país.

Diante disso, o instituto jurídico da posse merece ser analisado para lhe conferir a melhor interpretação em direção à efetivação dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional vigente, sem que se estabeleça uma relação de dependência existencial com o direito real de propriedade.

A situação jurídica possessória é necessariamente dinâmica, exigindo do possuidor uma conduta ativa voltada para o *uso* adequado à natureza do bem possuído, de forma a permitir a exteriorização da imagem do titular do domínio.

Sendo assim, através da posse – entendida como instituto autônomo em relação à propriedade – permite-se a fruição de direitos fundamentais, prescindindo em algumas hipóteses de qualquer formalização registral, constituição de direito real de propriedade ou de relação jurídica obrigacional que lhe dê origem.

Portanto, este trabalho apresentará o perfil constitucionalmente adequado do instituto jurídico da posse no contexto do *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil*, o qual fora responsável por profundas modificações em todo ordenamento jurídico brasileiro.

A autonomia da posse será demonstrada a partir da tese que apresenta o direito real de propriedade como um instituto jurídico arquitetado e estruturado de forma estratégica – necessariamente excludente –, com o objetivo claro de promover a manutenção de poder econômico e de impedir, com sua excessiva formalidade quando se trata de bens imóveis, que o acesso à terra ocorra espontaneamente.

A funcionalização dos institutos de Direito Civil decorre diretamente do seu processo histórico de constitucionalização, sendo que a posse também recebe uma função social com a qual se relaciona intrinsecamente, na medida em que se torna elemento indissociável de sua própria existência.

Considerando a relevância que a função social passou exercer sobre todos os institutos de Direito Civil, sobretudo na perspectiva do contexto democrático, plural e solidário inaugurado pela Constituição Federal de 1988, será apresentada ao final deste trabalho uma proposta para o cumprimento da função social da posse.

Em última análise, o que se propõe é uma compreensão constitucionalmente adequada do instituto da posse, afirmando sua autonomia em relação ao direito real de propriedade, estabelecendo a sua exata correlação com o direito à moradia, o acesso à terra, a efetivação dos direitos da personalidade e com o princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de se alcançar o cumprimento de sua função social e, como corolário, a concretização de direitos fundamentais.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O objetivo deste trabalho exige que se inicie a análise do tema proposto a partir do Código Civil de 1916 e de suas primeiras influências para, em seguida, apontar a necessidade de substituição daquele texto codificado, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O texto codificado de 1916 trouxe consigo influências da sociedade europeia do século XIX, bem como valores da sociedade brasileira que ainda mostrava fortes vínculos com o período colonial português.

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão de mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais. [...] Do ponto de vista ideológico, consagrava os princípios do liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa de efeitos desse liberalismo. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico. (AMARAL, 2006, p.131).

Elaborado com a pretensão de ser a constituição do cidadão comum, e sob a influência do paradigma liberal do século XIX, o Código Civil de 1916 pressupõe a paridade de forças

nas relações privadas, busca a tutela do patrimônio como fim em si mesmo ou para a manutenção da família, não se vinculando à noção de dignidade humana presente de maneira marcante no atual ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de 1916, quanto seus principais institutos, estabelecia *a propriedade* com direito absoluto, o qual tinha em seu titular um dominador preocupado com seus próprios interesses; *quanto aos contratos*, não eram considerados os interesses do devedor, quanto ao adimplemento da obrigação.

A *família* era constituída tão somente através do casamento, a condução dos interesses familiares era de responsabilidade do homem, independentemente dos interesses dos demais membros; lado outro, a extinção do casamento pelo divórcio era dificultada ao extremo, em virtude da ideia de que o desfazimento da família e a divisão do patrimônio ali constituído provocariam a ruína do Estado.

Acontece que o lugar dos Códigos nos ordenamentos jurídicos e a nova roupagem constitucional já vinham sendo discutidos no cenário europeu desde a segunda metade do século XIX, situação que provocou reflexos no Brasil a partir da segunda década do século XX.

Farias e Rosenvald (2013a) ressaltam que dentro deste quadro político, social e econômico, inicia-se o processo legislativo de elaboração de leis para tratar de assuntos específicos não abordados pelo Código Civil de 1916, fato que contribuiu para o enfraquecimento da influência deste instrumento codificado frente ao Direito Privado como um todo.

Esse quadro de elaboração de leis específicas (*microssistemas*) com o objetivo de solucionar demandas de cunho privado não tratadas pelo Código Civil de 1916, fez com que este perdesse a condição de eixo condutor do Direito Privado pátrio, pois se tornou fonte subsidiária em relação ao conteúdo tratado por aquelas leis.

Além disso, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a sua assunção definitiva à função de norte principiológico de todo o ordenamento jurídico, trouxe à tona a necessidade explícita de promulgação de um novo Código Civil mais integrado às diretrizes humanizantes daquele texto constitucional.

O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional, de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o código civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante. [...] Dito diversamente, a Constituição

de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. (TEPEDINO, 2004a, p. 8).

Dessa forma, o Código Civil de 2002 fora promulgado trazendo uma proposta diferente daquela contida na codificação anterior, instituindo como pilares principiológicos da codificação cível vigente no Brasil, os princípios da *eticidade*, da *socialidade* e da *operabilidade*. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2014a).

A *socialidade* tratou de estabelecer limites ao exercício dos direitos subjetivos, de forma a evitar a permanência do conteúdo egoísta e individualista presente na codificação de 1916; a *eticidade* permitiu que valores reconhecidos socialmente pudessem fazer parte do Direito Civil através da técnica das cláusulas gerais, objetivando conferir ao texto legal maior eficácia frente a situações não previstas taxativamente; por fim, a *operabilidade ou concretude* passou a exigir a consideração concreta das necessidades e peculiaridades da pessoa, diferentemente do Código Civil de 1916 quanto à aplicação de sua igualdade formal. (FARIAS; ROSENVALD, 2013b).

A estrutura do Código Civil de 2002 – apesar das inúmeras críticas – é mais adequada a uma convivência harmoniosa com o texto constitucional de 1988, na medida em que se afasta da perspectiva liberal que conduziu a obra de Clóvis Beviláqua, buscando a reformulação de seus institutos de forma a possibilitar a concretização de mandamentos constitucionais relativos à dignidade humana.

Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2014b, p. 93).

A necessária relação estabelecida entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, provocou a necessária e imediata aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, deixando de ser defensável a tese de incidência exclusiva desses direitos em questões de interesse público, merecendo relevância a tese da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

Por outro lado, também ganhou relevância no atual contexto constitucionalizado do Direito Civil a submissão de suas regras ao conteúdo dos Tratados e Convenções Internacionais, por força da norma do artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, pois, a partir daquela norma, os tratados e convenções internacionais que contenham normas relativas aos Direitos Humanos, desde que obedecidas às regras de tramitação das emendas constitucionais, têm aplicação imediata, inclusive no âmbito privado, por serem àquelas equiparadas.

Nesse contexto, os institutos trazidos pelo Código Civil de 2002 estão submetidos a uma conformação principiológica constitucional e também daquela advinda dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, os quais têm acesso ao ordenamento jurídico brasileiro através das normas presentes no artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República de 1988.

Pelo exposto, verifica-se qual é o contexto no qual se encontra inserido o instituto jurídico da posse, tornando-se necessário identificar a sua função social enquanto instituto apto à concretização de direitos fundamentais, principalmente, quando viabiliza o direito à moradia e o acesso à terra.

3. A FUNCIONALIZAÇÃO DA POSSE

A Constituição Federal de 1988, com fulcro em uma perspectiva democrática de Estado tornou-se, no Brasil, condicionante de legitimidade de todo o ordenamento jurídico, ou seja, as relações jurídicas que aqui se estabelecem devem corresponder às expectativas principiológicas e normativas daquela Carta Política.

Observa-se naquele texto constitucional um rol de direitos fundamentais dimensionados pela ordem jurídica vigente, os quais se apresentam como uma via de acesso à vida digna, vez que o mesmo texto traçou objetivos de promoção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem pobreza.

Os objetivos constitucionais também devem ser buscados a partir das relações jurídicas privadas e, assim, o instituto jurídico da posse se perfaz em instigante e complexa problemática, pois, no Brasil, encontra-se envolvido em um quadro de marcante desigualdade social, ocupação irregular do solo urbano e, sobretudo, de acentuados conflitos no meio rural cuja motivação imediata é o acesso à terra.

Por força disso, as determinações constitucionais devem ser o pano de fundo para uma compreensão adequada da posse, provocando a sua problematização na esteira de efetivação de direitos fundamentais.

A posse é analisada de acordo com cada período histórico observado e, por conseguinte, qualquer análise que atualmente se faça a respeito dos institutos de Direito Civil, há que se levar em consideração a sua necessária releitura constitucionalizada exigida após 1988, inclusive por ser a posse¹, para muitos, uma situação de fato que merece a tutela do direito em virtude de sua proximidade conceitual com o direito real de propriedade, ou mesmo por serem os atos de posse inerentes ao ser humano.

O Código Civil não conceitua a posse, mas, em seu artigo 1.196, define o possuidor, fornecendo, dessa forma, indiretamente, uma definição de posse,[...]. De acordo com o dispositivo mencionado, verifica-se que a posse é o fato que consiste no exercício, total ou parcial, com autonomia, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Assim, para ser possuidor, não se precisa de título, que se constitui em mero aspecto documental. (AQUINO, 2008, p. 22)

Assim, para que a posse seja constitucionalmente compreendida é necessário desenvolver um olhar aguçado que a analise em sua possibilidade efetiva de cooperação na construção de um processo emancipatório da pessoa e, por consequência, de negação de toda forma de violência social, já que:

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, apresenta-se incompatível com a miséria, a exclusão e marginalização de milhões de brasileiros, sobretudo daqueles que vivem nas periferias de nossas metrópoles. [...] A democratização do solo urbano e rural torna-se exigência elementar para a concretização dessa democracia participativa presente na normatividade constitucional. (ZANARDI, 2003a, p. 113-114).

A compreensão adequada da posse leva a entendê-la como exercício de faculdades (usar e fruir) direcionado à própria vida humana e às suas necessidades mais básicas, principalmente, quando se trata de viabilização do acesso à terra e do direito à moradia.

Nesse sentido, a tutela jurídica da posse se justifica, porquanto, o solo passa a ser utilizado em prol de uma função social vinculada ao acesso (informal, em alguns casos) à

¹ “A posse se configura não somente quando o proprietário exerce o domínio, ou quando alguém é autorizado pelo proprietário a ocupar situações jurídicas reais ou obrigacionais sobre o bem. [...]. A posse é um direito que pode ser exercido por quem não é dono da coisa e até mesmo contra este. Enfim, a posse é um direito autônomo à propriedade, que representa o efetivo aproveitamento econômico dos bens para o alcance de interesses sociais e existenciais mercedores de tutela.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014c, p. 62).

terra e à moradia, principalmente, daqueles que não são proprietários, os quais historicamente foram excluídos dessa fruição, diante da própria exclusão social que marca a história de distribuição de terra no Brasil.

A propriedade, atualmente, é consequência da evolução histórica e sociológica do ser humano, pois a apropriação é fato antes de ser direito. Portanto, mesmo sendo consenso que o direito de propriedade sempre existiu, desde os tempos mais remotos da humanidade, o caráter possessório era indispensável, ou seja, o exercício desse poder era preponderante para a existência do direito de propriedade. (ZANARDI, 2003b, p. 12).

A posse representa o exercício de um poder de fato sobre um objeto, o qual deve se estabelecer através de uma relação dinâmica e que demonstre o interesse da pessoa em manter consigo o objeto utilizado, sendo que “dois elementos estão presentes em qualquer posse: uma coisa, e uma vontade, que sobre ela se exerce. [...] e, sem a sua presença conjunta, nenhuma posse há”. (PEREIRA, 2014, p. 13).

O artigo 1196 do Código Civil brasileiro sugere a vinculação conceitual da posse à propriedade, uma vez que o possuidor é definido como sendo “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. (BRASIL, 2002).

Contudo, é possível construir um conceito exclusivamente doutrinário a respeito da posse considerando sua autonomia existencial², para identifica-la como “[...] o poder de fato, fundado em título dominial ou não, sobre coisa móvel ou imóvel, que somente possa ser modificado por efeito de decisão do órgão jurisdicional, salvo o caso de legítima alteração voluntária.” (BESSONE, 1996a, p. 63).

A dinamicidade da posse exige do ordenamento jurídico especial atenção quanto às situações jurídicas possessórias que apresentam efetivo caráter social, sendo exemplo as disposições concernentes à usucapião e que estão presentes na Constituição da República de 1988, no Código Civil³ e no Código de Processo Civil pátrios.

Aquele aspecto dinâmico evidencia as condições apresentadas pelo instituto da posse para servir como eficaz instrumento de concretização de direitos fundamentais – relacionados

² Neste sentido, o Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil do CJF estabelece que “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.” (JORNADAS DE DIREITO CIVIL, 2012, p. 70).

³ O Código Civil brasileiro nos artigos 1238 a 1244 e 1260 a 1262, relativos à usucapião de bens imóveis e móveis, respectivamente, segue o mesmo caminho trilhado pelo constituinte de 1988, no que diz respeito à importância da qualidade da posse exercida quando se trata de aquisição da propriedade pelo instituto da usucapião.

ao acesso à terra e ao direito à moradia – cumprindo a função social que lhe é exigida constitucionalmente.

Independentemente do contorno jurídico observado em cada momento histórico, bem como da corrente doutrinária que se dedica ao seu estudo, a posse é relevante em si mesma, principalmente, a partir de um paradigma de direito que prioriza a dignidade humana, através da busca pela concretização de direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Os institutos da posse e da propriedade se relacionam de uma maneira muito próxima⁴, mas quando a análise dos institutos recai sobre bens imóveis destinados à garantia do acesso à terra e à concretização do direito fundamental à moradia, as diferenças se tornam evidentes.

O direito de propriedade ganha contornos a partir da conveniência de um sistema econômico desenvolvido a partir da Idade Moderna, esclarecendo Marés (2003a) que a estrutura do direito de propriedade que hoje se conhece foi cunhada a partir da formação do Estado Moderno⁵, para se colocar a serviço de um sistema de produção e consumo que, para alcançar seus objetivos, controla o acesso das pessoas aos bens da vida, através do Direito.

A ideia de apropriação individual, exclusiva e absoluta, de uma gleba de terra não é universal, nem histórica nem geograficamente. Ao contrário, é uma construção humana localizada e recente. [...] Assim, o desenvolvimento da concepção de propriedade atual foi construída com o mercantilismo, com trezentos anos de elaboração teórica controvertida e incerto desenho (século XVI, XVII e XVIII), baseados na prática e na necessidade das classes sociais nascentes; e duzentos anos de sua realização prática (séculos XIX e XX), com lutas e enfrentamentos e, principalmente, mudanças internas, concessões, falácias, promessas poéticas e violência desmesurada, guerras. (MARÉS, 2003b, p. 17-18)

A gênese moderna do direito de propriedade encontra importante respaldo nos textos das Constituições Nacionais dos séculos XVIII e XIX, situação que contribui para a consolidação da estrutura daquele direito nos séculos seguintes, em virtude da assimilação do perfil absoluto e excludente do direito de propriedade, presente nos instrumentos jurídicos produzidos no período das codificações.

⁴ Para que a propriedade surja deve ele manifestar-se em toda a sua realidade; e esta realidade é precisamente a posse, que é indispensável para a plena realização dos fins da propriedade. (IHERING, 2005, p. 19).

⁵ Todo o direito do Estado moderno está assentado na concepção dos direitos individuais. Estes direitos eram nada mais nada menos que a possibilidade de cada homem livre adquirir direitos. Quer dizer, a organização estatal estava criada para garantir, individualmente, o exercício de direitos individuais. Temos de um lado o “homem livre”, nem servo nem escravo, pronto para contratar (leia-se vender) sua própria força de trabalho e teoricamente capaz de adquirir (com o produto da venda do seu trabalho) propriedade. (MARÉS, 2003c, p.32).

Em todas estas constituições o que está realmente protegido é o direito de propriedade, porque a liberdade, a igualdade e a segurança são pressupostos da propriedade moderna e significam: contrato de homens livres e iguais, garantida sua execução pelo Estado. O direito foi se construindo sobre a ideia da propriedade privada capaz de ser patrimoniada, isto é de ser um bem, uma coisa que pudesse ser usada, fruída, gozada, com absoluta disponibilidade do proprietário e acumulável, indefinidamente. [...] O Direito Privado, também chamado de Civil, detalhou os direitos individuais centrando-os, evidentemente, na propriedade, de tal forma que os Códigos contém cláusulas para solucionar qualquer disputa possível. (MARES, 2003d, p. 34).

Este moderno direito de propriedade, principalmente quando observado sobre bens imóveis, permite a demonstração clara dos poderes atribuídos ao seu titular quanto ao uso exclusivo (e excludente!) do bem, quanto à sua fruição, bem como quanto à sua retomada, quando se fizer necessário.

Dessa forma, observa-se com certa facilidade que a propriedade – assim apresentada – não se caracteriza como algo inerente à natureza humana, e também não é um instituto cujos contornos permaneceram inalterados ao longo da história.

A posse traz em sua constituição um elemento fático inafastável! Assim, os atos de posse podem ser iniciados independentemente de sua vinculação a uma relação jurídica real ou obrigacional que lhe dê origem, sendo essa a característica que diferencia, definitivamente, posse e propriedade – principalmente, sobre bens imóveis – na medida em que esta somente se constitui a partir da obediência às formalidades legais!⁶.

Por esse motivo é que se considera adequada a tese que identifica a posse, em si mesma, como um fato a partir do qual o direito passa a reconhecer consequências jurídicas, sendo necessário observar a existência e permanência de atos de posse, para que o direito possa reconhecê-lo e tutelá-lo⁷.

⁶ O negócio jurídico que estabelece a aquisição, modificação ou extinção de direitos reais (inclusive a propriedade!) sobre bens imóveis, exige a forma pública e o registro do título aquisitivo junto ao Cartório de Registro de Imóveis, conforme se observa na leitura dos artigos 80 inc. II, 108, 1227 e 1245 do Código Civil brasileiro e artigo 167 da Lei 6015/73.

⁷ César Fiúza estabelece que “[...] posse é situação jurídica, caracterizada por dois elementos: *corpus* e *animus*. Inerente a ela, acha-se relação possessória básica, entre possuidor e não possuidores, dela emergindo o direito real à proteção possessória. Ademais, na dependência de elementos acidentais, que podem ou não se agregar à situação básica da posse, surgem outras relações jurídicas e direitos, de caráter real ou creditício. [...] Mas por que muitos se referem à posse como direito subjetivo? Ora, da relação de posse surgem direitos, como o direito à proteção possessória, como o usucapião etc. Em relação a esses direitos, posse é direito subjetivo.” (FIUZA, 2015, p. 1086).

“Posse e domínio são fatos jurídicos dotados de conceitos próprios, que os tornam autônomos e inconfundíveis. O dualismo não impede, todavia, que a posse possa imbricar-se, nuclearmente, na propriedade.” (BESSONE, 1996b, p. 49).

A realidade brasileira exige o reconhecimento autônomo da posse, bem como o exercício dos atos de posse de maneira funcionalizada, sendo que funcionalizar institutos de Direito Civil significa *utilizá-los como instrumentos viabilizadores dos direitos fundamentais!*

Cada um dos institutos de Direito Civil é potencialmente capaz de auxiliar na busca pelos objetivos constitucionalmente traçados, independentemente de sua abrangência social, pois, desde os contratos até a propriedade, passando pela família, sucessão e posse, todos devem utilizados como eficazes instrumentos de concretização de direitos fundamentais.

Diante disso, a caracterização da posse não pode se limitar à mera exteriorização das faculdades atribuídas ao proprietário, conforme estabelecido pelo Código Civil de 2002, porquanto ela assume perfil independente ao da propriedade, já que se apresenta como realidade fática e empiricamente vivenciável!

O agir é intrínseco à posse, não se admitindo uma posse estática! A posse exige um agir ininterrupto, constante, sob pena de impossibilidade de sua observação e de atribuição de tutela judicial, sendo identificada pelo exercício fático dos atos de posse analisados na realidade concreta e muitas vezes afastada de qualquer formalidade documental.

Essa é uma característica que torna mais evidente a potencialidade inerente à posse para viabilizar a concretização de direitos fundamentais, na medida em que consegue atingir parcela da sociedade desprovida de recursos econômicos para arcar com as despesas exigidas para a formalização do direito de propriedade.

No perfil constitucionalizado assumido pelo Direito Civil pátrio após 1988, a propriedade sem a posse é apenas um direito reconhecido em um pedaço de papel, sem qualquer vinculação com a realidade fática, o que faz da posse um instituto autônomo e necessariamente funcionalizado, nos termos propostos.

A posse de fato que surge espontaneamente dos atos do possuidor – ou seja, sem qualquer vínculo jurídico real ou obrigacional que justifique a prática de seus atos – e ainda, quando exercida sobre bens imóveis, torna mais evidente a sua eficácia para a concretização de direitos fundamentais, uma vez que possibilita o acesso à terra e à moradia, independentemente de questões vinculadas à forma do ato.

Sabe-se que a satisfação das necessidades básicas das populações de baixa renda, quanto à concretização do direito à moradia depende, em grande parte, da implementação de políticas públicas voltadas para a resolução, ou redução, dos problemas relativos à ocupação do solo e de programas que emancipem o cidadão de forma a estender sua cidadania para além do plano político, incluindo os planos econômico, social e cultural, para lhe garantir uma vida digna (SARLET, 2003).

Porém, aquela posse de fato sobre bem imóvel, é capaz de garantir à pessoa humana o acesso imediato a um local destinado à moradia, situação que não pode ser garantida pela propriedade – e por outros direitos reais – com o mesmo dinamismo, em virtude da formalidade legal que lhe é exigida.

O local da moradia individualiza, identifica e distingue a pessoa, permitindo situar o ser no espaço. O endereço dá forma à dimensão espacial ao indivíduo. Ao ser humano atribui-se grande relevância não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma pessoa certa, individualizada, evitando confusão com os outros. Entre os mecanismos pelos quais pode realizar-se essa identidade pessoal insere-se a moradia, guardiã da identidade, refúgio físico e psicológico do ser humano. A moradia é o lugar indispensável que assegura nossa sobrevivência, o endereço que contribui à nossa identidade social e o lugar da intimidade familiar e individual. Todo ser humano deve ser social e geograficamente fixado; caso contrário, sua imagem identitária é turva. (MILAGRES, 2011, p. 122).

Em um país onde um grande número de pessoas sofre com os desmandos e a incompetência do Poder Público, quanto à gerência do acesso à terra e do uso do solo urbano, a posse é a única saída encontrada por um grande número de pessoas, para a conquista de um pedaço de terra em busca de um início de concretização do direito à moradia e, por consequência, de sua dignidade.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, em sintonia com os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, inicia uma nova fase quanto ao respeito e à promoção da pessoa quando garante à dignidade humana a posição de fundamento da República, quando estabelece um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, e quando propõe a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e sem miséria.

A partir de então, passa a ser observado no Brasil a denominada *constitucionalização do Direito*, tratando-se de um processo de releitura de todo o ordenamento jurídico submetido

aos desígnios constitucionais de respeito e tutela da pessoa humana através dos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao processo de *constitucionalização do Direito Civil*, os institutos de Direito Privado receberam uma necessária releitura sob o enfoque do texto constitucional, de forma a garantir a concretização da dignidade humana e dos direitos fundamentais, abandonando-se o viés patrimonialista herdado do paradigma liberal oitocentista, o qual influenciou grande parte da história codificada do Direito Civil pátrio.

Agora, cada instituto trazido pelo Código Civil de 2002 é potencialmente capaz de auxiliar na busca dos objetivos constitucionalmente traçados, independentemente da abrangência social do instituto em análise, pois, desde os contratos até a propriedade, passando pela família, sucessão e posse, todos devem ser compreendidos como eficazes instrumentos de concretização dos direitos fundamentais.

Sendo assim, no Brasil, o *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil* encontra-se diretamente vinculado com o objetivo de possibilitar a concretização de direitos fundamentais, tendo como objetivo final a promoção da dignidade humana.

Nesse sentido, analisar a posse como um instrumento capaz de concretizar direitos fundamentais, em virtude de sua imediata condição de viabilizar o direito fundamental à moradia, é reconhecer o importante papel que este instituto de Direito Civil desempenha na vida de inúmeros brasileiros que não possuem condições de suportar os custos com a titularização do direito real de propriedade.

Apesar da proximidade existente entre os institutos da posse e da propriedade, torna-se inadequada a atribuição de uma relação hierarquizada ou de dependência existencial entre ambos, já que a posse pressupõe exercício concreto de faculdades de uso e/ou fruição, havendo situações em que inexistente formalidade documental para a sua verificação.

Os atos de posse devem ser exercidos de forma a contribuir com a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A posse que surge espontaneamente dos atos do possuidor, sem apresentar vínculo jurídico real ou obrigacional, é a forma de exercício das faculdades do domínio que melhor representa a eficácia da posse para o cumprimento daqueles objetivos em virtude de sua informalidade.

O ponto de partida para a busca da efetivação da dignidade humana é a garantia de acesso – e proteção – a um local utilizado pela pessoa como moradia, entendida esta como um lugar destinado à manifestação de sua individualidade e liberdade, não havendo dúvida de que, neste aspecto, a posse cumpre um papel fundamental!

A tutela jurídica da posse se justifica na medida em que o solo passa a ser utilizado em prol do cumprimento de uma função social, possibilitando o acesso à terra e à moradia a quem esteja afastado da possibilidade de titularizar o direito real de propriedade, considerando o injusto quadro de distribuição da terra e de renda no Brasil.

Essa é uma das formas através das quais a posse cumpre a função social que lhe é imposta no cenário constitucionalizado do Direito Civil brasileiro, o qual fora observado a partir da promulgação da Constituição da República de 1988.

Na verdade, a *funcionalização* dos institutos do Direito Civil, como corolário de um *processo histórico de constitucionalização do Direito*, exige de cada um deles o cumprimento de uma função social, e isso significa utilizá-los como instrumentos viabilizadores de direitos fundamentais, para a promoção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A posse e seus efeitos**. 2 ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Parte geral e LINDB**. v.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. Vol. 5. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm: 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. Vol. 5. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm: 2014.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 18 rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v. 5. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Heloísa da Graça Buratti. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL. **I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; STOLZE, Pablo. **Novo curso de Direito Civil**. V.1. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. IV. 22 ed. rev. atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil introdução ao Direito Civil constitucional**. 3 ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 65-119, jul. /set. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a. p. 1 a 22.

TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. p. 59 a 78.

ZANARDI, Teodoro Adriano Costa. **Propriedade e posse sob a perspectiva da função social**. 2003. 146f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.