

A Função Social da Posse no Código Civil

Maurício Mota¹

Marcos Alcino de Azevedo Torres²

1. Introdução – 2. A posse como apropriação econômica no Código Civil – 3. A função social da posse – 4. Exceção de não funcionalização social do domínio e temporalidade: o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil – 5. Separação absoluta dos juízos petitório e possessório – 6. Conclusão – 7. Referências.

Resumo: No presente texto, os autores analisam os fundamentos teóricos da posse e da recepção da função social da posse, expressa pela idéia de *posse-trabalho*, no Código Civil. Abordando questões práticas, o texto demonstra como, através de diversos institutos disciplinados no Código Civil, a determinação do cumprimento da função social se tornou um pressuposto para o deslinde dos conflitos de propriedade.

Palavras-chave: Posse – Fundamentos teóricos - Função social da posse – Código Civil – Autonomia da posse

Abstract: In the present text, the authors examines the theoretical foundations of possession and receipt of the social function of possession, expressed by the idea of possession-work, in the Civil Code. Addressing practical issues, the text demonstrates how, through various institutes disciplined in the Civil Code, the determination of compliance of the social function has become a prerequisite to unravel the conflicts of property.

Keywords: Possession - Theoretical foundations - Social function of possession – Civil Code – Autonomy of possession

¹ Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor da UERJ (graduação e pós-graduação). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

² Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor da UERJ (graduação e pós-graduação). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

A posse sempre esteve envolta em polêmicas, desde o alvorecer das considerações jurídicas. Sendo um instituto jurídico que, como nenhum outro, lança o Direito nas exigências da facticidade, para sua análise é preciso adentrar no mundo factual, da apropriação das coisas.

No presente texto procuraremos apresentar a posse como uma relação social que decorre da necessidade humana de apropriação econômica das coisas, e recebe tutela desde que esta apropriação corresponda a um ideal coletivo, consoante os costumes e a opinião pública. Nesse sentido, há que se singularizar sua autonomia e marcar que esta não se vincula necessariamente ao direito de propriedade.

Para a realização desse desiderato, examinar-se-ão os fundamentos da teoria da posse de Ihering, ressaltando a necessidade de complementação desta para a compreensão exhaustiva do fenômeno da posse, sobretudo no que diz respeito ao exame da *causa possessionis*.

A importância da *causa possessionis* na determinação da natureza da posse é demonstrada pela intersversão da posse, quando, por circunstâncias objetivas, valoradas e referenciadas socialmente, transmuda-se a maneira do possuidor agir em relação à coisa, apropriando-se da mesma. Na intersversão da posse se evidencia a posse como a apropriação econômica da coisa.

Do mesmo modo, o texto examinará os fundamentos da capacitação daqueles que titularizam a posse, bem como a compressão dos poderes dominiais, a evidenciar, um e outro aspecto, a posse como essa relação social de apropriação econômica de bens.

Também relevante na presente análise se mostra o acolhimento no Código Civil da função social da posse, sobretudo na idéia de posse qualificada ou posse-trabalho. Essa é efetivamente a grande inovação trazida pelo novel diploma civil, a justificar a determinação minuciosa de seus contornos e efeitos.

Procurou-se quanto a essa última matéria, enfrentar a natureza jurídica do direito consubstanciado no art. 1228, § 4º, do Código Civil, ressaltando que é no conflito do direito de propriedade (propriedade sem função social em face da posse qualificada) que o citado direito codificado se consubstancia e produz os seus efeitos necessários.

Outra abordagem realizada no texto é aquela concernente à separação absoluta entre os juízos petitório e possessório. Remontando à origem da *exceptio proprietatis* no juízo possessório, demonstra-se a impropriedade da forma de sua introdução no direito civil brasileiro e sua definitiva abolição pelo Código Civil.

Consectário dessa separação absoluta dos juízos petitório e possessório, a valoração jurídica pelo juiz do efetivo cumprimento da função social da propriedade (no confronto entre a posse qualificada, com função social, e a propriedade sem função social) passa a ser a tônica da apreciação judicial em sede de juízo possessório (e mesmo no petitório), instrumentalizando-se, deste modo, a consideração antes, algo genérica, da função social da posse.

Portanto, verificar-se-á no texto que, ao contrário considerou uma parte da doutrina, apressadamente, o Código Civil alterou significativamente a tradicional disciplina da posse no direito brasileiro.

2. A posse como apropriação econômica no Código Civil

A posse tradicionalmente era concebida em nosso direito como uma defesa avançada do direito de propriedade. O direito de propriedade não está sempre em perfeita evidência: freqüentemente ele é contestado por muitas pessoas cujas pretensões parecem igualmente plausíveis. Para saber qual é a pretensão que deve restar vitoriosa na questão da propriedade, é preciso consultar títulos por vezes contraditórios, inquirir-se sobre fatos obscuros, abordar situações difíceis, e, por vezes mesmo, após uma longa instrução, a questão continua ainda duvidosa. Nesse caso, a lei, conforme a razão, almeja que o possuidor seja o preferido, pois, em tais casos, melhor é a condição do possuidor. De resto, enquanto o direito de propriedade não é definitivamente estabelecido, a posse não pode permanecer vacante. O interesse público exige que as terras sejam cultivadas, que os campos não fiquem improdutivos. Para evitar, portanto, as desordens que poderiam resultar da incerteza da posse, é de todo necessário adjudicar provisoriamente a posse a um dos dois contendores, de decidir

aquele que será garantido no exercício dos poderes do domínio até nova ordem. Assim, a posse é o signo e o atributo da propriedade³.

No Brasil, o Código Civil de 1916 adotou uma regulamentação clara e ordenada dos direitos reais, adotando a teoria objetiva de Ihering no que tange à posse⁴, através do seu artigo 485, que considerava "possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade". Posse, para o legislador civil de 1916, era a exteriorização da propriedade.

Para Rudolf von Ihering, a posse é a exteriorização da propriedade e sua proteção se justifica na garantia da paz social. Para este autor, bastava o elemento objetivo *corpus* para a configuração da posse. São premissas distintas: para Savigny, a princípio, só será posse se configurado o *animus domini*; já para Ihering, tudo será a posse, a não ser que ocorra uma situação legal que retire a possibilidade de posse, configurando assim, uma detenção⁵.

De acordo com Ihering, a posse deve ser compreendida sob dois pontos de vista: como condição do nascimento de um direito e como fundamento de um direito. No primeiro ponto, entende-se que é através da posse, em uma situação transitória e momentânea, que se adquire a propriedade. Citamos o exemplo da aquisição da propriedade a título de legado. Com a morte do *de cujus*, através do *droit de saisine*, os bens são transferidos para os legatários⁶. Há a transferência da propriedade, contudo, se um terceiro está impedindo a sua entrada no bem, não será possível perquirir em juízo as ações possessórias, pois o proprietário-esbulhado nunca teve posse. Será necessário, então, o ingresso de uma ação de imissão na posse⁷.

³ CURASSON, M. *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage*. Dijon : Victor Lagier Éditeur, 1842, p. 5.

⁴ O que leva Tito Fulgêncio a comentar: "A doutrina de Ihering foi a inspiradora da teoria legal da posse; quer isso dizer que o instituto passou do direito velho para o direito novo (de 1916) profundamente transformado; tudo isso significa que a interpretação dos preceitos, segundo um dos cânones da hermenêutica, deve seguir a feição atual, isto é, orientar-se pelas luzes e ensino do inspirador". FULGENCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1978, n. 41, p. 47.

⁵ IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 09.

⁶ Artigo 1.207 do Código Civil brasileiro.

⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2000.001.06047. 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Fabrício Bandeira Filho. Julgamento em 31 de maio de 2000. "Ação de reintegração de posse. O legatário, que nunca teve a posse do imóvel que lhe foi legado, não está legitimado a obtê-la por via da ação de reintegração de posse, podendo reclamar a outorga da posse de imóvel objeto do legado no próprio inventário, ainda assim quando não litigue sobre a validade do testamento (art. 1691 do Código Civil). Ação de anulação do testamento em curso. Falta de legitimidade do legatário para a propositura da ação".

No segundo ponto, referente à posse como fundamento de um direito, esta é entendida como o direito à proteção interdital, o uso do *ius possessionis*. Para Ihering, “a proteção possessória aparece como um *complemento indispensável* da propriedade”⁸. De forma pontual, Ihering salienta que: (1) a posse constitui a condição de *fato* da utilização econômica da propriedade; (2) assim, o direito de possuir é um *elemento indispensável* da propriedade; (3) atuando a posse como a guarda avançada desta; (4) portanto, a proteção possessória apresenta-se como uma *posição defensiva* do proprietário, com a qual pode ele repelir com mais facilidade os ataques dirigidos contra a sua esfera jurídica⁹; (5) nega-se, por conseguinte, onde quer que seja, que a propriedade seja juridicamente excluída¹⁰.

Essa noção tradicional não mais pode ser aceita porque não se coaduna com a idéia contemporânea de posse.

Os bens da vida são bens segundo o uso e não segundo a substância mesma dos bens. Uma atribuição de uso (posse) é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação universal, sempre anterior a qualquer uso particular. Deste modo, a função social existe, primeiramente, nos bens objeto da posse, para depois se ver destacada e atingida plenamente com o exercício da posse social sobre eles:

A terra é, reconhecidamente, bem de produção; e o que a terra produz ou pode produzir está intimamente ligado à sobrevivência dos seres. A obrigação de fazê-lo e o modo de atingir este desiderato estão na base do campo de atuação do Direito Agrário e, conseqüentemente, no fenômeno agrário.

Começa-se com a denominada função social da terra, por alguns equivocadamente denominada função social da propriedade, em Direito Agrário, trocando o continente pelo conteúdo, pois a função social da terra é o gênero, do qual a função social da propriedade é espécie, como o são também a função social da posse, a função social dos contratos etc.¹¹

⁸ IHERING, Rudolf Von. *op. cit.*, p. 24.

⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2008.001.32743. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Nagib Slaibi. Julgamento em 23 de julho de 2008. “Direito Processual Civil. Ação de Reintegração de Posse. Alegação de esbulho. Sentença. Procedência do pedido. Prova testemunhal. Exercício do desforço possessório pela apelada. Artigo 1210 do Código Civil. Exercício da posse indireta pelo apelado pagando impostos. Convém salientar que um dos efeitos mais importantes da posse é a proteção interdital, que abrange o desforço possessório e os interditos propriamente ditos (2007.001.27849 APELAÇÃO CÍVEL - DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 11/06/2007 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL). Inaplicáveis os princípios da função social da propriedade em favor da apelante que reside no imóvel. Mera detenção. Artigo 1208 do Código Civil. Perfeita a posição do legislador ao reduzir a situação do esbulhador violento ou clandestino à mera detenção. Se inexistente tal proibição no sistema jurídico, paradoxalmente poderia aquele que obteve ilicitamente a posse manejar os interditos possessórios, assegurando a sua defesa jurídica em face do próprio possuidor esbulhado, subvertendo a paz social ao prevalecer-se do exercício arbitrário das próprias razões, sendo a ilegalidade ratificada pelo Poder Judiciário (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 71). Desprovemento do recurso”.

¹⁰ IHERING, Rudolf Von. *op. cit.*, p. 28.

¹¹ LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 42.

Cada coisa que existe na natureza tem uma função natural. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. A função de cada bem expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. A terra visa a garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para a sua vida individual e social. Também os bens supérfluos de uma pessoa são todos tidos em comum, no sentido em que o respectivo dono tem o dever de justiça de dispor deles para o benefício daqueles em necessidade, como os pobres¹².

A noção de função de um bem significa assim um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da posse destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Como explica Teori Zavascki ao tratar dos atos concretos de posse, que são o conteúdo da função social da propriedade:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, ‘função social das propriedades’), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse¹³.

Nesse diapasão, a posse não expressa uma relação jurídica abstrata, composta pelos *animus* e *corpus* abstratos, mas sim uma relação econômica de cunho concreto. Essa relação econômica é funcionalizada aos bens. Assim, todo homem tem direito ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse, a fim de atender a necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum. Essa importância vem ditada, não só pelo contato do homem com a terra, mas pelo aproveitamento do solo pelo

¹² FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 191.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: *A reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos.

Da disposição do art. 1196 do Código Civil, de que, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, não resulta que a posse vincule-se sempre ao direito de propriedade. Não há, em nosso direito, uma aceitação integral da teoria de Ihering.

Como Saleilles bem demonstrou, Ihering imaginava que o *corpus* possessório era o exercício visível do direito de propriedade, o fato de agir como proprietário. A posse não seria garantida pelo direito senão em vista de garantir a propriedade mesma. Assim, quando fala do *corpus*, Ihering não tem em vista senão o direito de propriedade.

Para ele, o *corpus* consiste no fato de se agir como proprietário, e o *animus* é a vontade aplicada ao próprio *corpus*; sendo a posse, portanto, a vontade de agir como proprietário. Ihering define o *animus* como a vontade de se tornar visível como proprietário. Não há a intenção de dono, mas tão somente vontade de proceder como procede habitualmente o dono, que seria a *affectio tenendi*. Não é, portanto, necessária a prova da intenção do possuidor, a idéia do *animus* já estaria contida na própria idéia de *corpus*, e seria observável quando o possuidor desse à coisa sua devida destinação econômica. Porém, a vontade de agir como proprietário é inconciliável com um título anterior exclusivo da pretensão ao direito de propriedade.

Pode-se objetar que a vontade de agir como proprietário não equivale inteiramente ao fato de querer ser proprietário. No entanto, se alguém preliminarmente declara que não quer ser proprietário, o direito não pode ter em conta uma vontade que consistirá em fazer aquilo que ele se engajou a não fazer. A teoria possessória romana bem pode admitir o benefício dos interditos aos ladrões, mas com a condição que eles não sejam preliminarmente reconhecidos por essa qualidade, porque, de resto, a se ater ao fato, ignora-se se há um roubo. Se agora a lei protegesse aqueles que, preliminarmente, manifestassem a sua intenção de roubar, haveria uma contradição insanável. Portanto, o *animus detinendi*, quer dizer, a vontade aplicada ao exercício do direito de propriedade, é inconciliável com uma vontade anterior exclusiva de propriedade.

No caso do ladrão que, roubando ou furtando, se apodera das coisas alheias, ou do usurpador que expulsa do imóvel o proprietário, há *corpus* denotando um vínculo de apropriação econômica (a posse é adquirida), mas este está em contradição com a exterioridade ou visibilidade do domínio em que a posse consiste. Quem já viu, observa

Saleilles, o proprietário empregar os processos do ladrão ou do usurpador para se apossar da coisa? Tais processos não se conformam com as atitudes normais do proprietário; pelo contrário, contradizem-nas¹⁴.

A contradição de Ihering, portanto, é a de ter colocado em primeiro plano a questão do direito naquilo que concerne ao *corpus* e de querer a rejeitar naquilo que pertine ao *animus*. Para o referido autor, o *animus* não visa ao direito de propriedade. Todavia, ele se refere ao elemento material da posse, o *corpus*. Como é possível que assim seja se o próprio *corpus* é modelado sobre o direito de propriedade? O possuidor deverá se conduzir voluntariamente, portanto conscientemente, como um proprietário; entretanto, ele poderá ter afirmada sua vontade de não pretender a propriedade. Querer se conduzir como proprietário e renunciar a se dizer proprietário, eis a contradição no pensamento de Ihering¹⁵.

Portanto, também no nosso direito, onde se garante a posse do ladrão ou do usurpador, desde que ele não se apresente *prima facie* por meio dessa qualidade¹⁶, também há que se proteger a posse como um instituto jurídico autônomo, desvinculado de qualquer direito subjacente, não sendo possível, portanto, proceder a uma interpretação literal do art. 1196 do Código Civil, protegendo-se a posse somente nos casos em que há possibilidade de propriedade.

A posse, na realidade, consiste em uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades

¹⁴ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em direito romano*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1936, p. 114.

¹⁵ SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon : Imprimerie Darantie, 1894, p. 175-176.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº. 6142 MT. 2001.36.00.006142-6. Terceira Turma. Relator: Desembargador Cândido Ribeiro. Julgamento em 09 de outubro de 2007. Publicação do Acórdão: 09/11/2007 DJ p.69. "CIVIL. PROCESSO CIVIL. POSSE. FATO. CARACTERIZAÇÃO. BOA E MÁ FÉ. PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO. I. *A posse, na configuração que lhe empresta o sistema jurídico brasileiro, é instituto independente da propriedade, merecendo regramento normativo próprio, inclusive com os mecanismos de sua tutela. A posse é fato antes de tudo, ou de outro modo, é "poder de fato sobre a coisa". O exercício desse poder, evidentemente, determina manifestações objetivas, os atos de posse propriamente ditos, e subjetivas, donde se falar em boa e má fé e em posse com *animus domini*. Posse de boa fé é a que não possui nenhum dos apontados vícios da posse, isto é, violência, clandestinidade e precariedade, ou a que se exercita sem a consciência de sua existência, não se confundindo com a posse dotada de *animus domini*, exigida, v.g., para o reconhecimento da ocorrência de algumas espécies de usucapião, esta sim, trás no elemento subjetivo a idéia de domínio, ânimo, postura de dono. II. Dito isso, o exame da caracterização da posse, como fato, dificilmente prescinde de dilação probatória, em especial pela ótica do reputado possuidor que deve demonstrar o exercício da posse, assim como a inexistência de vícios. III. A mera ciência ou não da titularidade do domínio não é elemento por si só suficiente para demonstrar a boa ou má fé da posse, razão pela qual, mostra-se inadequado o julgamento antecipado, havendo a necessidade de realização de provas. IV. Recurso provido".*

econômicas. O *animus* aplicado ao *corpus* será, por conseguinte, a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como senhor de fato da coisa¹⁷. A posse refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, consoante aos costumes e à opinião pública.

Sendo a posse uma relação de poder que se apresenta à consciência popular como relação de fato, é essa consciência social, perante determinadas situações, que considera caracterizada essa dominação necessária à aquisição e à continuação da posse.

Dessa maneira é a psicologia social que atribui ao comprador a posse dos objetos por ele adquiridos, desde o momento em que foram depositados em sua casa, durante sua ausência. Não é preciso a apreensão por parte do comprador ou de alguém da sua casa¹⁸.

No caso do animal bravo, apanhado na armadilha do caçador, a consciência social considera adquirida a posse, antes que o possuidor saiba de sua apreensão.

O mesmo ocorre com relação à marca aposta pelo comprador em certas mercadorias que ele deixa em poder do vendedor; e, no direito justiniano, quanto à entrega das chaves do armazém em que se encontram os gêneros vendidos.

A consciência social considera esses fatos suficientes para indicar a senhoria da coisa, necessária à aquisição da posse. Assim, o *corpus* é a disponibilidade da coisa, segundo a consciência social, entendida essa como o aspecto negativo da relação possessória (o aspecto positivo é a atuação do possuidor), ou seja, consistente na abstenção socialmente aceita por parte de terceiros relativamente à coisa possuída¹⁹. Como diz Perozzi, os homens depois que obtiveram um certo grau de civilidade, se abstêm socialmente de intervir em uma coisa que aparentemente não seja livre, isto é, com possibilidade de que alguém em situação facilmente perceptível pretenda a exclusiva disponibilidade. Em razão desse costume social,

¹⁷ SALEILLES, Raymond. Étude sur les éléments constitutifs de la possession. *op. cit.*, p. 183

¹⁸ No antigo Código Comercial, o art. 199 dispunha que a tradição da coisa vendida (transmitente do domínio e posse de coisa móvel), na falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma coisa se achava ao tempo da venda; e pode operar-se pelo fato da entrega real ou *simbólica*, ou pelo do título, *ou pelo modo que estiver em uso comercial no lugar onde deva verificar-se*.

Vê-se que a disciplina do Código Comercial já atendia aos reclamos da necessária agilidade que sói permear as operações comerciais, muito mais afetas aos usos pela dinâmica que requerem do que aos lindes que juridicamente se podem positivar. O Código Civil de 2002, ao admitir em seu art. 529, a substituição da tradição da coisa pela do título que a representa, institui a possibilidade *ope legis* da venda sobre documentos, estes aqui adrede mencionados no plural para realçar a possibilidade de serem exigidos pelo contrato ou pelos usos, além do só título representativo da coisa.

Reconhecia-se então no Código Comercial a posse ficta, a evidenciar ser esta um fato socialmente reconhecido, naquele caso, pelos usos e costumes comerciais.

¹⁹ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em direito romano. op. cit.*, p. 145-146.

aquele que manifesta a intenção de que todos se abstenham da coisa para que ele possa dispor com exclusividade, sem que encontre resistência a isso²⁰, resta investido a respeito desta de um poder chamado posse, que pode ser definido como a plena disposição de fato de uma coisa²¹.

Portanto, consoante os postulados da teoria social e o entendimento de Saleilles, sendo a posse uma relação de apropriação econômica, para estabelecer essa relação não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. É preciso remontar à tomada da posse e ver em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar: é preciso que em um momento dado aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa. Assim, é a *causa possessionis* que decide a questão de se saber se há posse ou detenção²².

A *causa possessionis* determina que se deva averiguar primeiramente os fatos que constituem uma relação durável e interessada com a coisa, qual seja, a circunstância do possuidor se servir e explorar a coisa em seu interesse, para si, de se colocar em senhorio dela.

Assim, na usucapião, o *animus* de apropriação econômica é frisado para, desde logo, afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse. Em seguida, devem ser excluídos os que exercem temporariamente a posse direta, por força de obrigação ou direito, como, dentre outros, o usufrutuário, o credor pignoratício e o locatário. Nenhum deles pode adquirir, por usucapião, a propriedade da coisa que possui em razão do usufruto, penhor ou locação. É que, devido à causa da posse, impossível se torna possuírem como proprietários. Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça posse com *animus* de apropriação econômica. Se há obstáculo objetivo a que possua com esse *animus*, não pode adquirir a propriedade por usucapião. A existência de obstáculo subjetivo impede apenas a aquisição que requer boa-fé. Por fim, é preciso que a intenção de possuir como dono exista desde o

²⁰ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação nº. 364/1999. Relator: Ferreira de Barros. Acórdão julgado em 04 de março de 2008. “Caminho público. Domínio público. Utilidade pública. Atravessadouro. Legislação: Artigos 84º da Constituição e artigos 1383º e 1384º do Código Civil. Os bens são do domínio público - para além dos casos de domínio directo e imediato do público - quando assim são classificados pela Constituição ou pela lei ordinária, por deferência daquela. Nos termos do Assento do STJ, de 19.04.1989, "são públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público". É imprescindível a afectação dos caminhos à utilidade pública, de tal forma que cessando essa utilidade cessa a dominialidade pública. A posse imemorial verifica-se quando um determinado estado de facto teve uma permanência uniforme por um espaço de tempo que excede a memória de todos os homens. Sendo construída uma nova via que passa a ser mais utilizada pelo público que o caminho que atravessa um prédio particular, convertido este caminho em mero atravessadouro deve considerar-se abolido”.

²¹ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. v. 1. Roma : Casa Editrice Dott. F. Vallardi, 1925, p. 823.

²² SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. op. cit., p. 191.

momento em que o prescribente se apossa do bem. Inexistindo obstáculo objetivo, presume-se o *animus* de apropriação.

A posse como apropriação econômica da coisa evidenciada objetivamente pela *causa possessionis* é particularmente visível na promessa de compra e venda. No contrato particular de promessa de compra e venda não há desdobramento da posse e, portanto, afasta-se a configuração de obstáculo objetivo para a posse qualificada, uma vez que, quando, por força de obrigação ou direito, em casos como do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta. Consoante o Código Civil, em seu artigo 1.197, o desdobramento da posse funda-se em um título jurídico, onde a posse direta tem, por natureza, duração limitada. Em outras palavras, havendo, de parte do possuidor pleno, demissão temporária da sua posse, há o desdobramento desta em direta (ou imediata) e indireta (ou mediata).

Ocorre que, no contrato de promessa de compra e venda, o promitente vendedor, quando se demite da posse da *res*, não o faz de forma temporária. E isso porque, ao final da aludida avença, em regra, a posse da coisa não lhe é restituída, mas sim consolidada nas mãos do promitente comprador (com a outorga da escritura pública). Se a posse do promitente comprador é plena, tem este, por consectário, *animus* de apropriação. Se, por algum fato *relevante e duradouro*, se opera o fenômeno da intersversão na posse (art. 1203 CC, “salvo prova em contrário”), com a apropriação econômica da coisa, ocorre e possibilita-se a posse qualificada, *ad usucapionem*, como bem decidiu a 18ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul :

O aspecto relacionado com a possibilidade de alguém que assume um compromisso de compra e venda de bem imóvel, venha, posteriormente, o usucapir, envolve a questão da inversão da natureza da posse.

A posse contratual, agregada à omissão dos interessados, pode se transformar, com o passar do tempo, em autêntica posse *ad usucapionem*. São as mudanças de concepções, decorrentes da socialização do direito e da autonomia da posse enquanto valor ou utilidade social, capaz de transformá-la em domínio independente da sua origem.

Portanto, a intersversão da posse é fenômeno jurídico permissivo (art. 1.203 do CC) de quem começa a exercer poder de fato sobre a coisa, a título de promitente comprador e, ao final, muda o título de sua posse.

Além disso, a possibilidade de o promitente comprador adquirir o domínio de um imóvel, quando preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, ou seja, o reconhecimento da usucapião especial, nestes casos, se dá, principalmente pelo valor atribuído pelo ordenamento jurídico à função social da propriedade.

Nossa legislação vem, paulatinamente, melhor definindo o campo de interferência e de participação do Estado nos rumos e no sentido do direito de propriedade individual, e também no direcionamento do equilíbrio entre o direito individual e o coletivo.

O sentido jurídico da expressão “função social” na Constituição Federal de 1988, no significativo, ou seja, quando apresentada no Capítulo da “Política Urbana” tem pertinência à

melhor ordenação das cidades, voltado para o coletivo interesse de propiciar e assegurar o bem-estar de seus habitantes.

In casu, a prescrição aquisitiva, por evidente, se implementou. Primeiro, porque o contrato de promessa de compra e venda de fls. 14/15 foi firmado em 30 de agosto de 1994. O apelado deixou de pagar as parcelas a partir de agosto de 1995 e a presente ação foi ajuizada em 30 de julho de 2002, decorridos, pois, cinco anos de posse pacífica e ininterrupta, sem oposição. Isso é incontroverso nos autos. O *animus* de dono restou caracterizado, como se disse, em razão do próprio contrato.

A questão relacionada à prescrição da ação de cobrança perde relevância em razão do argumento acima mencionado.

Portanto, preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 183 da CF/88, mantenho a sentença, julgando improcedente o apelo interposto²³.

A posse é um instituto que decorre da consciência social, como demonstrado. Via de regra, não é possível a usucapião porque um dos requisitos desta é a existência de posse própria (art. 1238 CC, "possuir como seu") que é incompatível com a posse direta do promitente-comprador. Sendo o promitente-comprador possuidor direto, sua posse se subordina à posse indireta do promitente-vendedor, não possuindo o imóvel como se fosse proprietário dele (posse própria), mas, tão somente, em decorrência de um contrato celebrado com o proprietário, que tem sobre a coisa a posse indireta, esta sim posse própria (continua a possuir a coisa como sua).

Todavia, sendo a posse, no caso *ad usucapionem*, eminentemente um exercício social de apropriação econômica da coisa, há sempre a possibilidade de inicialmente existir a posse não própria, como a do promitente comprador e, em ocasião posterior, modificar-se essa situação, passando a existir a posse com *animus* de apropriação, pela chamada *interversio possessionis*. Para que isto se verifique, deve o possuidor praticar atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como a realização de benfeitorias, a interrupção no pagamento das prestações, a desobediência às ordens do proprietário etc.

Na hipótese, suspensos os pagamentos e restando omissos os promitentes vendedores pelo prazo de prescrição aquisitiva da usucapião especial, previsto no art. 183 da CF, além dos demais requisitos desse mesmo dispositivo constitucional, evidente que ocorreu a intersessão na posse e o possuidor passou a atuar com *animus* de apropriação sobre a coisa. Há posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono, e, por isso mesmo, posse com força *ad usucapionem*²⁴.

²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011868072. 18ª Câmara Cível. Relator: Des. Mario Rocha Lopes Filho. Acórdão de 29 de setembro de 2005.

²⁴ Nesse sentido, as conclusões da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal em seu Enunciado 237 - Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*.

Portanto, é a mudança na *causa possessionis* (o justo título para a posse, aliado ao decurso do tempo e a ausência de oposição do promitente vendedor durante esse lapso temporal), na *intersersio possessionis*, que define a natureza da posse, no caso, a posse *ad usucapionem*. Será justo título, como requisito para a usucapião, aquele que legitima o fato da posse, pois o justo título não há o de ser o da propriedade, mas, tão-só, o da posse. Justo título, para a posse, é o motivo jurídico pelo qual o possuidor começou a deter a coisa e a havê-la como própria, ou seja, a ‘veemente aparência de legitimidade’, de acordo com as regras jurídicas vigentes. Nesse conceito, portanto, o justo título da posse é aquele que sirva para legitimar a consciência social de que o possuidor tem direito à posse do bem em razão de um ato juridicamente admitido pelo ordenamento. Tem justo título para posse aquele que passa a ocupar um imóvel, com ânimo de apropriação, em razão de um contrato de promessa de compra e venda celebrado com aquele que detinha a titularidade do domínio, pois este podia alienar o domínio e estava legitimado a transferir a posse do bem. Tendo havido a *intersersio possessionis* e o decurso do tempo, transmudou-se a *causa possessionis* e, conseqüentemente, a posse. Como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Insurge-se o recorrente contra o reconhecimento da posse com **animus domini** exercida pelo autor, uma vez que – segundo diz – tal natureza é incompatível com a posse precária por ele obtida mediante a celebração de um compromisso de venda e compra, do qual se tornou inadimplente. Em suma, a posse precária impede a aquisição por meio da usucapião.

É possível, porém, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a transformação do caráter original da posse, ou seja, de não própria, para própria. Quando do julgamento do REsp nº. 220.200-SP, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, a c. Terceira Turma decidiu, sob a ementa seguinte:

"Processo civil e civil. Recurso Especial. Promessa de compra e venda de imóvel. Usucapião extraordinário. Transformação do caráter originário da posse. Dissídio. Caracterização.

- O fato de ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria.

- A caracterização do dissídio jurisprudencial ensejador de Recurso Especial exige que o acórdão recorrido tenha divergido de afirmação assentada no paradigma e que os julgados comparados tenham analisado questão delineada faticamente de modo semelhante.

(..)

Recurso Especial não conhecido".

Em seu douto voto, a eminente Relatora anota inexistir, **a priori**, “incompatibilidade entre ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador do imóvel, e adquirir a propriedade por usucapião, pois há sempre a possibilidade da mudança do caráter da posse, de não própria para própria”. Para que isto se verifique – anota a Ministra Relatora – “deve o possuidor praticar atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como a realização de benfeitorias, a interrupção do pagamento de aluguéis, a desobediência às ordens do proprietário”.

É precisamente o que se deu no caso presente. Em determinado momento, o compromissário comprador deixou de solver as prestações ajustadas, sem nenhuma oposição do promitente vendedor. A sentença coligiu, com efeito, os elementos que conferem ao ora recorrido o exercício da posse própria, com o ânimo de proprietário. São palavras textuais do MM. Juiz

de Direito: “o autor pôde, tranqüilamente, construir sua casa de morada, no lote, e lá permanecer por mais de 20 (vinte) anos, sempre no mesmo local, criando sua família, pagando os impostos relativos ao imóvel, etc., sem que fosse importunado no exercício da posse” (fl. 216). O Acórdão recorrido apresentou idênticos contornos fáticos: “não há como negar-se que, possuindo o imóvel há quase três décadas, nele residindo e construindo benfeitorias, esteja plenamente caracterizado o **animus domini** do autor e, conseqüentemente, em conjunto com os demais requisitos, a prescrição aquisitiva” (fl. 263). Vale dizer, transformou-se a posse primitiva, de direta (não própria) que era, em oposição à posse indireta do promitente vendedor, em posse própria, de tal modo a permitir agora a aquisição do bem imóvel via usucapião.

Cumprе ressaltar que tal entendimento não se mostra escoteiro nesta Casa. O voto condutor do precedente acima mencionado evoca um julgado oriundo desta Quarta Turma, o REsp nº 154.733-DF, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, no qual se tratou também de modificação no caráter original da posse que, a partir de certo momento, assumiu a feição de posse em nome próprio, “sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força **ad usucapionem**”²⁵.

A posse, como uma relação de apropriação econômica da coisa, se evidencia pelo fato de que a posse, para consumir-se, exige o discernimento intelectual. Ou seja, para haver posse, é necessário que a pessoa tenha a possibilidade de entender o caráter do ato praticado, o queira realmente, e o ato seja socialmente reputado com aquelas características.

Isso já se encontrava expresso no direito romano, onde se dispunha que o incapaz e o pupilo (menor) não podiam começar a possuir sem a autoridade do tutor, porque não têm a intenção de ter, ainda que especialmente toquem com seu corpo a coisa; mas o pupilo (menor) poderia começar a possuir, ainda que sem a autoridade do tutor, se for de tal idade que tenha discernimento:

El furioso y el pupilo no pueden comenzar á poseer sin la autoridad del tutor, porque no tiene na intención de tener, ainda que especialmente toquen con su cuerpo la cosa, á la manera que si alguno le pusiera en la mano alguna cosa al que duerme; pero el pupilo comenzará a poseer con la autoridad del tutor. Ciertamente que Ofilio y Nerva, el hijo, dice que el pupilo puede comenzar a poseer aun sin la autoridad del tutor, porque esta es cosa de hecho, no de derecho; cuya opinión pude ser admitida, si fueran de tal edad, que tengan entendimiento²⁶.

Savigny especificamente se refere a essa passagem ao afirmar que a idade baixa exclui a possibilidade de aquisição da posse, mas que, quanto à incapacidade dos impúberes que não são mais crianças se aplica a seguinte regra: a aquisição da posse é sempre possível quando o tutor intervém; ela não é necessária para o pupilo (menor) agindo por si só, quando este é suficientemente desenvolvido para poder compreender e querer seriamente essa

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 143.976 - GO. 4ª Turma. Relator: Ministro Barros Monteiro. Acórdão de 06 de abril de 2004. “Usucapião extraordinária. Promessa de venda e compra. Transmutação da posse, de não própria para própria. Admissibilidade. Recurso especial não conhecido”.

²⁶ D. 41, 2, 1, 3. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso (trad). *Cuerpo del derecho civil romano. Primeira Parte. Digesto. Tomo III*. Tradução para o espanhol do *Corpus Iuris Civilis*, publicado por Krieger, Hermann e Osenbrüggen. Edição fac-símile da publicada em Barcelona, 1897. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988, p. 319.

aquisição²⁷. Também Mackeldey concorda com tal assertiva, dizendo que o infante pode possuir se tiver saído da infância e seja de tal idade que tenha entendimento²⁸. Assim é a intelectividade da apreensão do fato, caracterizada pelo querer da sua utilização para um fim do agente, e corporificada nos atos materiais para tanto, que caracteriza a posse, ou seja, apreensão com finalidade útil ou apropriação econômica da coisa.

O art. 443 do Código Civil espanhol é expresso nessa questão, ao dispor que, “*los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor*”. A posse é assim uma apreensão material e intelectual da coisa em seu significado na consciência social da coletividade²⁹.

No direito brasileiro, o menor que não é mais criança, de idade entre doze e dezesseis anos, absolutamente incapaz para os atos da vida civil, pode praticar atos jurídicos *stricto sensu*, ilícitos, como tais reputados atos infracionais, e, em decorrência deles, como nos atos infracionais equivalentes ao furto e ao roubo, pode adquirir posse dos objetos

²⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de la possession en droit romain*. 3 éd. Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879, p. 231-232.

²⁸ MACKELDEY, F. *Manual de derecho romano*. Madri: Imprenta de Don Jose Maria Alonso, Editor, 1847, p. 225.

²⁹ Quanto à intelectividade a caracterizar a apreensão econômica da coisa, pensemos em uma pessoa insana, até mesmo interditada, que, em virtude do impedimento legal, não pode realizar negócios ou celebrar contratos na ausência de seu curador. Se esta pessoa, apesar da insanidade mental, possui discernimento suficiente para usufruir e cuidar de um bem que lhe pertença ou que esteja em seu poder, não se lhe pode negar a condição de possuidor. Verifica-se neste caso que o insano, embora não tenha capacidade de fato – o que é indiferente para a prática de um ato jurídico *stricto sensu* –, tem capacidade natural, pois possui discernimento suficiente para possuir, apreendendo economicamente a coisa.

Reflita-se, por exemplo, no caso de uma pessoa idosa, de idade aproximadamente de sessenta anos, habituado às lides do campo, de uma compleição física forte e um comportamento muito tímido, acanhado, manifestando-se, quando instado a fazê-lo, como se fosse uma criança.

Tal pessoa pode, porventura, cultivar e manter uma horta em seu terreno. Dotado de habilidade na arte do plantio, pode o interditado mesmo, ser contratado para serviços rurais por sítiantes da região, sendo os referidos contratos celebrados por intermédio de seu curador, pois ele não teria discernimento suficiente que lhe permitisse negociar preço de empreitada ou diária de prestação de serviços, podendo ser facilmente ludibriado em virtude de sua situação de vulnerabilidade. No entanto, tal interditado pode proteger a sua terra, garantindo que no seu sítio ninguém entrasse, além das pessoas da família ou dos vizinhos confiáveis. Ele pode cuidar de sua terra com apreço e determinação, evitando qualquer ato de esbulho ou de turbação que pudesse ser perpetrado contra seu imóvel.

Seria possível, neste caso, negar a esta pessoa a qualidade de possuidor? Negar-lhe a possibilidade de tutelar o seu patrimônio por meio da *autodefesa da posse* ou das ações possessórias? Parece que não. Na verdade, embora tal pessoa não tenha capacidade de fato, em razão de sua insanidade mental, que reduz a capacidade de coordenar suas faculdades psíquicas, razão pela qual ele não tem condições de celebrar sozinho os contratos de prestação de serviços e de empreitada, seu discernimento é suficiente para compreender que aquele imóvel onde morava lhe pertencia, e que com ele deveria ter todos os cuidados de um bom possuidor, o que o coloca nas condições de exercer posse.

furtados ou roubados³⁰. Como bem estabelecido pelo Ministro Moreira Alves no RE nº. 102.490-SP, o conceito de posse para fins de aplicação da lei penal é aquele haurido no direito civil, não existindo conceitos de posse e propriedade peculiares ao direito penal. Há posse da coisa quando ocorre de fato o exercício dos poderes inerentes à propriedade. Ela se adquire por apreensão, e se perde pela posse de outrem, ainda que contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido ou reintegrado em tempo competente, sendo certo que não induzem à posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade, e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo. Deste modo, há *aquisição da posse por apreensão* pelo menor adolescente, e a conseqüente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, quando este tem o poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a violência ou clandestinidade³¹.

Assim o é porque, em se tratando de aquisição da posse a título originário, haverá sua configuração por meio da apreensão ou da ocupação. Para este fim, não é peremptoriamente necessária a capacidade de fato para o ato. Na realidade, a capacidade de

³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal nº. 2004.016509-9. Relator: Des. Sérgio Paladino. Acórdão de 31 de agosto de 2004. “Apelação Criminal. Adolescente. Ato infracional. Furto qualificado. Confissão corroborada pelos demais elementos de convicção. Autoria e materialidade amplamente comprovadas. Recurso desprovido. Se o adolescente admite haver praticado o ato infracional e a confissão harmoniza-se com os demais elementos de prova constantes dos autos, torna-se impossível o acolhimento da pretensão absolutória deduzida no apelo. Almejado reconhecimento da tentativa. **Posse mansa e pacífica da res furtiva**. Inviabilidade. A circunstância do adolescente haver detido a posse mansa e pacífica da *res furtiva* após o esgotamento do *iter criminis* necessário para a consumação do ato infracional inviabiliza a desclassificação do furto consumado para tentado. Absolvição. Pretensão fundada na ausência de prejuízo para as vítimas. Inadmissibilidade. Ato infracional consumado. Apreensão e devolução dos objetos realizada pela autoridade policial. Antijuridicidade não elidida. Argumento repellido. ‘Nos crimes contra o patrimônio, a recuperação do bem subtraído não pode ser admitida como causa da atipicidade da conduta do agente. Isso porque os crimes patrimoniais ficam tipificados pelo assenhoreamento do bem de valor juridicamente relevante, animado pela intenção dolosa do agente, evidenciando sua culpabilidade no violar o ordenamento jurídico-social’ (RT 704/361). Medida sócio-educativa. Internação. Almejada substituição. Impossibilidade em face da reiteração de infrações graves. Inteligência do art. 122, II, do ECA. Recurso desprovido. Não obstante constitua medida excepcional, a internação em estabelecimento educacional - destinada apenas às hipóteses expressamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 121, caput, ECA) - mostra-se a mais adequada à reeducação e ressocialização de menor que comete, reiteradamente, atos infracionais graves”.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 102490-SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Acórdão de 16 de dezembro de 1987. DJ de 16 de agosto de 1991, p. 10787. RTJ v. 135, p. 161. “Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbacão (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

fato é exigida para a celebração do negócio jurídico, conforme prevê o art. 104, I, do Código Civil. Assim, se o agente for absolutamente incapaz, o negócio jurídico celebrado será nulo, e se for relativamente incapaz, o negócio será anulável.

O negócio jurídico é uma modalidade de ato jurídico *lato sensu*, consistente na manifestação de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos coordenados pelo agente. O negócio jurídico não pode ser confundido com o ato jurídico *stricto sensu*, o qual consiste, normalmente, em um ato material, praticado intencionalmente pelo agente, cujos efeitos estão preestabelecidos na lei, não podendo ser modificados pela vontade do sujeito. O ato jurídico *stricto sensu* é volitivo, porém, de regra, a vontade do agente encontra-se implícita no seu comportamento material. A apreensão ou a ocupação da coisa, assim como o próprio exercício da posse, constituem também atos jurídicos *stricto sensu*, pois consistem em atos materiais volitivos cujos efeitos estão preestabelecidos no ordenamento jurídico.

Para a prática do ato jurídico *stricto sensu*, não há necessidade sempre de o agente ter capacidade de fato. Assim, para adquirir a posse de determinado bem por meio da ocupação ou da apreensão, assim como para exercê-la, não é necessário que o agente tenha capacidade de fato, mas sim, capacidade natural. Capacidade natural é aquela que deriva do discernimento mínimo que a pessoa deve ter para compreender o ato que está praticando. Assim, se um menor, com quinze anos de idade, tem discernimento suficiente para apreender uma coisa alheia, agindo como se fosse proprietário, utilizando-a e dela usufruindo, cuidando e protegendo como se lhe pertencesse, é evidente que se encontra na condição de possuidor, e, como tal, se sujeita às conseqüências da prática desse ato infracional, como a aplicação da medida sócio-educativa privativa da liberdade, ou a internação, por exemplo. Não houvesse o discernimento possível do caráter ilícito de apreensão da coisa, como no caso da criança, a medida sócio-educativa não poderia ser aplicada, sendo cabíveis apenas as medidas específicas de proteção (art. 101 c/c 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Sendo a posse um ato de apropriação econômica, há que se reconhecer que ela tanto se poderia configurar pela apreensão de coisa uma coisa móvel quanto pela ocupação de uma coisa imóvel, ainda que o possuidor não tivesse senão uma capacidade natural³². Como

³² A capacidade de fato representa a aptidão para o exercício autônomo de direitos e para a assunção de obrigações. Trata-se, portanto, de uma espécie que comporta gradações conforme o maior ou menor grau de discernimento exigido em lei para a implementação válida de determinado ato jurídico. Em forma mais rudimentar, a capacidade de fato associa-se à consecução de atos jurídicos em sentido estrito; num plano mais elevado – o negocial – reveste-se de uma feição mais elaborada, reconhecida pela lei apenas àqueles que tenham atingido determinado patamar etário ou que tenham galgado certo nível de desenvolvimento intelectual.

bem explica Pontes de Miranda, ao doutrinar que não é necessária a capacidade de fato para adquirir a posse, mas, tão somente, a capacidade natural:

Se o absolutamente incapaz recebe de alguém uma coisa, de presente, ou não, não se torna proprietário dela, mas *adquire a posse*. Toda distinção, aí, entre detenção física e posse seria fora de propósito, tanto mais quanto, no mundo fático, aquela é apenas uma das espécies de posse. *Procurou-se exigir a capacidade pelo menos restrita, mas tal solução não somente é condenada pela ciência como também sem apoio em textos*. A aquisição da posse, fundada no art. 493, 1, por tomada simples, é ato-fato jurídico; se se trata de tradição *brevi manu*, ou de tradição *longa manu*, (*aliter*, de constituto possessório), há acordo mais circunstância fática, donde o ato jurídico *stricto sensu*, e não negócio jurídico. Tem-se de inquirir se aqui incidem os arts. 81-85, ou se somente o acordo inexistente, ou nulo, torna insuficiente o suporte fático. Se se dissesse que esses acordos são negócios jurídicos, estaria dada a resposta: os arts. 81-85 incidiriam, todos. Não assim tão prestamente se pode responder se se diz que são atos jurídicos *stricto sensu*³³.

Do mesmo modo, o sistema do direito civil não é infesto ao reconhecimento de alguma eficácia jurídica aos atos praticados por aqueles considerados de fato, absolutamente incapazes, como os menores de dezesseis anos, desde que estes atos sejam praticados exclusivamente em benefício destes. São os casos do pagamento ciente feito ao credor incapaz de quitar, que poderá ser válido se o devedor provar que em benefício dele efetivamente reverteu (art. 310 CC); do contrato de doação pura, onde, se o donatário for absolutamente incapaz, é válido o contrato e dispensa-se a aceitação (art. 543 CC); do menor

A capacidade de fato pode ser vista, como a autonomia da vontade revestida de um caráter dogmático, decorrente do amparo legal que suscita. Ela, então, retira-se do campo meramente ético, vinculando-se ao Direito”.

Partindo-se dessa ótica, percebe-se que capacidade de fato e autonomia distanciam-se na justa medida em que esta última é conceitualmente dinâmica e concreta. A capacidade de fato, a seu turno, representa a estratificação genérica de habilidades e competências. Curiosamente, essas características, que à primeira vista poderiam ser reputadas como indesejáveis e restritivas, traduzem o fundamento e a utilidade do instituto. Justamente por se firmar em padrões estáveis e predeterminados, a capacidade de fato viabiliza e assegura o fluxo negocial. Por sua abstração, ela permite que se firme a paridade entre os sujeitos intervenientes nas relações jurídicas. Vê-se, portanto, que a capacidade de fato, ao “cristalizar” a autonomia, não presta um desfavor ao ordenamento jurídico; antes, dota-o de condições de operacionalidade. Entretanto, se o papel desempenhado pela capacidade de fato é de destacada importância, tal circunstância não inibe as críticas que derivem daquelas características antes declinadas. Assim, a estratificação da capacidade de fato gera situações perplexas, tais como a de se dormir incapaz e se acordar capaz. Sua abstração, no afã de generalizar, despreza as particularidades do caso concreto e acaba, paradoxalmente, gerando a desigualdade.

Nesse jogo tormentoso de prós e de contras, uma só certeza parece firmar-se: a capacidade de fato é um “mal necessário”. Todavia a gravidade desse mal pode ser mitigada mesmo em sistemas como o nosso, em que se procede a uma cisão abrupta entre os capazes e os incapazes.

É incontestável que, idealmente, não deve haver fratura rígida entre incapacidade e capacidade, devendo a lei atender à evolução da capacidade natural, reduzindo sucessivamente o âmbito da incapacidade do menor. Tal redução pode efetivar-se através de duas estratégias: por remissão à capacidade natural e pelo levantamento de certas limitações logo que atingidas idades determinadas. Justifica-se, portanto, na posse, como situação jurídica umbilicalmente jungida ao fato, falar-se em capacidade natural para possuir.

³³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 1087-1.

que não atingiu a idade núbil (mulher e homem aos 16 anos), e que poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, mediante a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou através de suprimento judicial (art. 1553 CC). Essa é a solução também do direito romano, no qual as interdições daqueles com discernimento, mas que não atingiram a idade núbil, não são introduzidas senão no interesse deles³⁴.

Factível se apresenta, pois, reconhecer a posse por ocupação, ainda que do possuidor que tenha senão a capacidade natural, podendo ser-lhe outorgados os direitos que da posse nasçam em seu favor, desde que devidamente assistido por seu representante legítimo. Poderia ser cabível esse entendimento na concessão de uso especial para fins de moradia. O art. 1º da Medida Provisória nº. 2220, de 04 de setembro de 2001, prevê que estará habilitado *aquela* que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, e que, assim, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. Não preconizando a lei, sabiamente, especificamente nessa hipótese, alguma medida de capacidade de fato, pode se interpretar como o reconhecimento da posse daqueles que tem a capacidade natural para possuir (é comum em famílias muito humildes os muito jovens já serem arrimos de família) e, que, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse seria outorgado através da assistência do representante legítimo, em analogia à forma definida tão precisamente no art. 443 do Código Civil espanhol.

Cabe, a seguir, nos referirmos aos limites da apropriação da coisa para os fins da própria pessoa. Nos sistemas jurídicos, como o brasileiro, onde se opera o fenômeno do desdobramento da posse, o possuidor originário mantém para si a posse indireta sobre o bem, transferindo ao possuidor derivado a direta, assim permanecendo até o fim da relação jurídica em questão. A posse direta é a correspondente à apreensão física da coisa, sendo marcada pela temporariedade, pois o desdobramento da posse se baseia em relação transitória de direito. Com efeito, em algum momento, a relação jurídica de natureza real ou pessoal que deu

³⁴ RUDORFF, F. Appendice sur l'état actuel de la doctrine. In : SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de la possession en droit romain*. 3 éd. Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879, p. 647.

margem ao desdobramento atingirá seu termo final, e a posse íntegra volverá ao possuidor originário.

A posse direta é também caracterizada como subordinada ou derivada, já que a atuação do possuidor direto é limitada ao âmbito de poderes transferidos pelo possuidor indireto, de acordo com a espécie de relação jurídica em questão. A posse direta dessas pessoas não anula a posse indireta do proprietário. Não se olvide que o gozo ou fruição da propriedade se verifica diretamente (pela obtenção de frutos naturais e industriais) ou por intermédio de outras pessoas (frutos civis). A essa coexistência pacífica, decorrente do desdobramento da relação possessória, dá-se o nome de posses paralelas.

Interessa examinar, quanto à posse como apropriação econômica, uma interessante relação que se configura nos cemitérios públicos. Existem neles duas situações jurídicas completamente diferentes. Uma, a do cemitério em si mesmo, estando este fora do comércio jurídico, pois consubstancia uma área integrante do domínio público, por conseguinte, inalienável. Sob outro viés, todavia, o cemitério pode ser considerado como o conjunto individualizado dos jazigos que o integram, os quais são objetos de comércio jurídico.

Os cemitérios municipais são bens do domínio público, porquanto representam objetos de propriedade de um ente público, estando destinados à inumação dos cadáveres de todos os indivíduos que falecerem na circunscrição, não sendo lícita a recusa da sepultura fora dos casos especiais previstos na lei. Também é livre o acesso de todos ao campo santo. Possuem, pois, o índice evidente de utilidade pública: o uso direto e imediato do público. A natureza pública resulta da afetação do cemitério à utilidade pública exclusiva para que existe, a qual não são alheias preocupações de higiene e salubridade a que a inumação dos cadáveres deve obedecer.

Quanto aos jazigos, não se trata de uma venda de terreno efetuada pela entidade possuidora e administradora do cemitério ao particular, mas antes de uma concessão de uso privativo, tendo em vista a utilização privativa de determinada parcela de terreno (vulgarmente designada jazigo, sepultura, túmulo, tumba ou sepulcro), mediante um título constitutivo que pode ser um ato ou um negócio jurídico bilateral (contrato de concessão de uso privativo do domínio público).

A utilização assim permitida tem em vista exclusivamente os fins a que o cemitério se destina e está sujeita às diversas normas que regulam a sua utilização. O título constitutivo que concede tal utilização privativa perpétua implica a constituição de direitos de

índole administrativa sobre as parcelas abrangidas, ou seja, o de possuir privativamente e *in perpetuum* o terreno de uma sepultura ou para a construção de um jazigo. Sendo inviável a constituição de direitos privados sobre coisas sujeitas à propriedade pública, não há na cedência do terreno para sepultura perpétua ou jazigo outra coisa mais senão a concessão de uso privativo sobre uma parte da coisa pública. Essa concessão admite-se com caráter perpétuo por influência de sentimentos de piedade, que induzem o legislador à garantir a situação jurídica por ela criada, mesmo em caso de desafetação do cemitério ou de sua transferência para outro lugar, onde o antigo concessionário adquire direito a novo terreno. Mas nem por isso deixam tais concessões de existir, sob a potencial influência do interesse público geral, ingressando no patrimônio dos concessionários e podendo ser transmissíveis em vida ou por morte, nos termos da legislação administrativa.

A grande questão é a de se saber se tais direitos de uso privativo, ornamentação e disposição de parte da coisa pública são passíveis de proteção pelas ações possessórias.

Pareceria que assim não o é, porque os direitos do concessionário, que derivam do direito do concedente, não constituiriam direitos reais, mas simples direitos de uso administrativo, insuscetíveis de posse:

Cemitérios. Túmulos. O terreno destinado a sepulturas perpétuas e jazigos cujo uso e fruição é atribuído aos particulares mediante concessão, tem em vista exclusivamente os fins a que o cemitério se destina, está sujeita às diversas normas que regulam a sua utilização e não perdendo a natureza de coisa pública do domínio do Município ou Freguesia.
- Sobre tais terrenos do domínio público das respectivas autarquias, não podem constituir-se direitos dos particulares com base na posse, instituto de direito privado.
- O título constitutivo que concede tal utilização privativa, implica a constituição de direitos de índole administrativa. Os poderes de fruição por este direito conferidos ao respectivo titular, o concessionário, não são susceptíveis de gerar posse em termos do direito privado, sendo insusceptível a aquisição originária de direitos de natureza privada com base nela³⁵.

É a solução do direito português, referida por Menezes Cordeiro, que informa que a jurisprudência parece não admitir a posse nos termos de direitos atípicos ou de situações híbridas como a dos jazigos, objeto de um contrato de concessão que não podem basear nem a posse, nem a usucapião³⁶.

Todavia, sendo a posse uma relação de apropriação econômica da coisa, o direito não pode classificá-la, para restringi-la, em contrariedade à sua natureza.

³⁵ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Apelação nº. 991/08-1. Relator: Juiz Antero Veiga. Acórdão de 12 de junho de 2008.

³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas atuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

Em sistemas jurídicos semelhantes ao nosso, que admitem expressamente o fenômeno do desdobramento da posse, se existir alguma margem para que o agente se utilize da coisa material para os fins de sua própria pessoa, haverá posse. Veja-se que na concessão de uso privativo de determinada parcela de terreno público para construção de jazigo ou túmulo, a compressão dos poderes dominiais do concessionário é quase total: ele somente pode utilizar o bem em situações predeterminadas (em caso de morte dos parentes beneficiários na instituição do jazigo), consoante os regulamentos administrativos pertinentes. Os jazigos não são suscetíveis de aquisição por usucapião, por constituírem terrenos públicos, assim como o poder de disposição do sucessor a título hereditário está submetido à disposição de última vontade do seu instituidor (restrições à exumação das ossadas), estando o uso do jazigo é limitado pelos translados obrigatórios, por razões administrativas etc.. Deste modo, na concessão da utilização perpétua dos bens do domínio público e, portanto, do cemitério, ao particular não se lhe estendem todas as prerrogativas que genericamente são concedidas ao proprietário, pois delas lhe estão arredadas aquelas que se prendem ao *jus utendi, fruendi ac abutendi* - o direito de usar, fruir e abusar desse terreno não tem aqui correspondência, pois tudo se limita a um uso e fruição (no sentido mais *lato* do termo) mas só para o fim especialíssimo de inumação cadavérica e com uma infinidade de limitações de ordem policial que lhe restringem o aproveitamento mesmo na prossecução desse restrito objetivo a que está afeto.

Não obstante todas essas restrições ao domínio, há poderes dominiais que ainda podem ser exercidos e, portanto, não pode deixar de haver posse, já que este instituto indica uma relação fática de apropriação econômica da coisa. Como exemplos de poderes dominiais remanescentes na hipótese em tela, podemos nos referir aos de uso da coisa, pois, ainda que restrito e especialíssimo, assume um nítido caráter de uso privativo, a excluir a participação de qualquer outro uso não autorizado. A manutenção da coisa contra a turbação ou o esbulho também configura outra modalidade de poder inerente ao domínio que ainda pode ser exercitada. Os jazigos/sepulturas integram parcelas de terrenos do domínio público insuscetíveis de aquisição por via da usucapião e sujeitas ao uso privativo e, como tal, são transmissíveis por sucessão *mortis causa* ou por transmissão *inter vivos*.

A senhoria sobre os jazigos/sepulturas, porque em muitos casos têm origem em gerações passadas, não existindo documentos de aquisição das mesmas, só por via possessória se consegue comprovar, desde logo, pelos cadáveres que neles se encontram depositados e bem assim, pela conservação que neles foi sendo efetuada ao longo dos anos. É verdade que

os jazigos em causa possuem uma função restrita, dado que apenas podem ser utilizados pelos seus proprietários para a inumação de cadáveres, mas é certo porém, que, tratando-se, como efetivamente se tratam, de sepulturas perpétuas, não é lícito e nem legítima às administradoras dos cemitérios apropriarem-se delas, a não ser nos casos de abandono por tempo prolongado. Na falta de outro título, é necessário torna-se necessária a demonstração de que, num determinado jazigo/sepultura, se encontram depositados cadáveres de determinada linhagem, e, que, ao longo dos tempos, este sempre foi cuidado, conservado e mantido pelas gerações de sucessíveis. Portanto, mesmo com poderes dominiais extremamente restritos, há utilização material da coisa para os fins da própria pessoa e, como tal, há posse. Assim o entendimento de Moreira Alves:

Assim, pois, todas as conclusões expostas anteriormente com relação à proteção dos concessionários de uso são aplicáveis em matéria de sepulcros. O titular de um sepulcro, e enquanto não está extinta a concessão por causas legais, tem os remédios possessórios instituídos pela lei civil contra todas as vias de fato não só de terceiros, senão também da administração pública³⁷

Pontes de Miranda bem esclarece a relação fática, de apropriação econômica da coisa, característica da posse, e insuscetível de ser limitada pela norma de direito:

Quando se pergunta quais os direitos suscetíveis de posse já se inicia o tratamento da matéria com falsa questão. Não há direitos que sejam suscetíveis de posse. **Há direitos entre cujos poderes há o de possuir e até o direito a possuir**; porém, é usar de linguagem incorreta falar-se de posse de direitos, direitos suscetíveis de posse, *possessio iuris*, e quejandas impropriedades. O que se tem de perguntar é quais os poderes, contidos no direito de propriedade, que podem ser poderes possessórios, isto é, estado fático de posse. Menos grave, mas ainda incorreto, é perguntar-se: “a que título a coisa pode ser possuída?” A questão posta em devidos termos dá-nos: que poderes, contidos no direito de propriedade, podem ser posse? O poder de extração do valor por alienação, de modo nenhum; se o admitíssemos, teríamos de admitir posse correspondente ao direito de hipoteca. O poder de disposição é, de *lege lata* (art. 493, II), ato possessório, se alguém tem posse; porém não a posteridade disso, que é a extração do valor (= o preço). Sobre o preço há outra posse. **O usus e o fructus são típicos; e onde tais poderes ou um desses poderes se pode exercer de fato há posse**. Daí a posse como usuário, como usufrutuário, como locatário. Também a custódia é poder. Onde a posse do depositário, do credor pignoratício, do comodatário. Quando se põe a questão como “quais os direitos suscetíveis de posse?”, um dos inconvenientes é o de se ter de discutir, como ocorre na literatura italiana, a respeito do direito de hipoteca, não faltando quem absurdamente o afirme (A. Monteí, *Il Possesso dei diritti di garanzia*, Foro italiano, 1938, IV, 65, *Nuovo Digesto Italiano*, VI, verbo *Garanzia e La Disciplina del Possesso*, 39 s.), quem repute “teoricamente concebível” (C. A. Funaioli, *La Tradizione*, 309) e quem duvide (A. Fedele, *Possesso ed Esercizio del diritto*, 67). O credor hipotecário não tem a posse da coisa; como poderia possuí-la? (certo, R. de Ruggiero, *Istituzioni*, II, 602; V. Polacco, *Possesso*, 9).

Grande vantagem tem o Código Civil brasileiro em não se referir aos direitos reais, só se referindo a poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. Não se precisa do esforço

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. v. II. Tomo I. Estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 174.

interpretativo da doutrina italiana para se admitir a posse do locatário. As expressões do Código Civil brasileiro foram suficientemente largas.

A definição de posse que se tem no art. 485 é a melhor que até hoje se deu em texto legislativo. O Código Civil italiano, art. 1.140, pr., que é posterior, não evitou a referência a direito real, permitindo a discussão em torno da hipoteca e do direito do locatário, do comodatário etc. O art. 485 permite que se abstraia de qualquer referência à figura jurídica (domínio, direito real, direito pessoal), porque só alude ao poder que se sói incluir no poder de quem se assenhoreia da coisa. Senhoria fática. Não se deixou que exsurgisse a dicotomia “domínio, direito real limitado”, nem a outra, “direitos reais, direitos pessoais.” Uma vez que se está no mundo fático não se pode pensar com esses conceitos, que são do mundo jurídico, onde a posse, *ex hypothesi*, ainda não entrou.

O legislador brasileiro definiu a posse, vendo-a do mundo jurídico, mas sabendo que ela está no mundo fático, que é apenas elemento fático que pode vir a entrar no mundo jurídico em virtude de algum ato jurídico ou negócio jurídico que a tome como um dos elementos, ou em virtude de ato-fato ou, ainda, de fato jurídico puro. Quando se exerce, com a posse, direito, tal exercício é fato do mundo fático, que toca ao titular³⁸.

Também Menezes Cordeiro corrobora esse entendimento, esclarecendo, com proficiência, que a defesa possessória não pode ser negada por razões conceituais:

No tocante à valoração global das situações, as conclusões não são diversas. Negar, por razões conceptuais, a defesa possessória a quem detenha o controlo material duma coisa é abdicar da ordenação dominial dos bens, abrindo as portas às vias de facto. O Direito não pode enjeitar o seu papel na positivação dos litígios e na defesa da paz social. A tutela possessória deve, assim, ser estendida até as suas fronteiras naturais³⁹.

Em suma, conclui-se que, o instituto da posse, tal como disciplinado no vigente Código Civil, consiste em uma relação de apropriação econômica da coisa, tal como ela se apresenta à consciência da coletividade. Essa relação remonta à tomada da posse, devendo ser analisadas as circunstâncias e em que condições jurídicas essa tomada teve lugar. Ou seja, a posse se define pela *causa possessionis*, como se pode depreender do fenômeno da interversão da posse. É relação fática de apropriação econômica porque exige o discernimento intelectual de apreensão de seu significado, conforme se pode depreender da questão do cometimento de atos infracionais equivalentes ao furto e ao roubo, por parte de menores entre doze e dezesseis anos, situação em que estes podem adquirir a posse dos objetos furtados ou roubados. E ainda porque as limitações porventura estabelecidas pelas normas de direito não tem o condão de alterar a sua estrutura substancial, quando presentes os seus pressupostos, como se vê na relação possessória instituída em virtude da titularidade de jazigos perpétuos.

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Tomo X. op. cit.*, § 1059-3.

³⁹ CORDEIRO, António Menezes. *op. cit.*, p. 79.

3. A função social da posse

Antonio Hernandez Gil considerava a posse como a instituição jurídica dotada de essencialidade e entidade suficientes para constituir a estrutura expressiva da insuprimível necessidade dos bens integrados no “espaço vital alimentício” e no “espaço vital de radicação”. A posse é o instituto que melhor pode traduzir juridicamente a inserção das pessoas no mundo das coisas. Os dois indicados espaços são, por sua vez, exigências e dimensões da pessoa que, tendo projeção exterior, traz consigo situações possessórias absolutamente indispensáveis para a caracterização do indivíduo como ser vivente e convivente. A organização propriamente jurídica da sociedade requer a tutela normativa dessas situações. Nos processos de desenvolvimento das atividades humanas, que ocorrem por excelência através do mecanismo do trabalho, acontecem necessariamente situações possessórias. A radicação do ser humano não compreende só o estar ou habitar, mas também a atuação da pessoa que há de servir-se dos bens, compreendendo – precisamente como essencial – o serviço incorporado pelo trabalho⁴⁰.

Essa projeção natural da realização das necessidades do homem através das coisas é bem clara em Tomás de Aquino, que começa por indagar, na questão 66 da *Secunda secundae* da *Suma Teológica*, “se é natural ao homem possuir coisas externas”⁴¹. Frisa ele a natureza dupla das coisas externas. Em primeiro lugar, diz que o domínio principal sobre todas as coisas pertence a Deus, que, em sua providência, destinou ao homem o natural domínio dos bens externos dado; que este, por sua razão, é capaz de utilizá-los para sua utilidade, uma vez que os seres menos perfeitos existem para os mais perfeitos. Isso significa que o homem, colocado em uma posição superior na ordem ontológica, tem uma natural soberania das coisas externas, no que diz respeito a fazer a utilização das mesmas, que se destinam ao sustento do corpo do homem⁴².

No que se refere à relação do homem com os bens exteriores, a este compete uma dupla atribuição. A primeira, o poder de gerir e dispor dos bens. Tem o homem o poder de adquirir bens e distribuí-los e, assim, é lícito este possuir alguma coisa como própria. Constitui-se em princípio fundamental à vida humana por três razões. Primeiro é que cada um é mais solícito em administrar o que lhe pertence, do que o comum a todos. Segundo, as coisas humanas são mais bem cuidadas quando cada um emprega o seu cuidado em

⁴⁰ HERNANDEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madrid : Alianza Editorial, 1969, p. 155-156.

⁴¹ AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II. v. 6*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 66, 1.

⁴² AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 156*.

administrar uma coisa determinada. Terceiro, porque, com cada um cuidando do que é seu de maneira mais satisfatória, reina a paz entre os homens, uma vez que as querelas surgem com mais frequência onde não há divisão das coisas possuídas⁴³.

Portanto, Aquino, seguindo Aristóteles, assegura, consoante a prudência, a legalidade e a necessidade da apropriação privada no âmbito da atual condição humana em termos de maior benefício para o bem comum e, ainda, na orientação dos bens para a ordem, eficiência, segurança e paz, não desconectada dos valores instrumentais da moderna liberdade. Assim, o estado de direito obriga à conclusão que o regime da apropriação privada provê, via de regra, o melhor meio para o florescimento da sociedade humana.

A segunda atribuição que compete ao homem em relação aos bens exteriores é quanto ao uso deles. Aqui, Tomás de Aquino reduz significativamente a extensão e o alcance do regime da apropriação privada: “sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados”⁴⁴. A idéia do Aquinate não é minar aquilo que foi dito anteriormente sobre a natureza da apropriação privada, mas sim redimensioná-lo em um quadro equilibrado, no qual os poderes de utilização estejam em consonância com o bem-estar da comunidade, do qual o homem é parte. O tratamento da apropriação não é completo sem a direção externa e inclinação pela qual o direito de uso das coisas está necessariamente obrigado - sua teleologia. Deste modo, a principal exigência da justiça, a de dar a cada um o que é seu, significa algo bem além de um libertário atomismo que ignora o bem comum: “os bens temporais outorgados por Deus ao homem são, certamente, de sua propriedade; o uso, ao revés, deve ser não somente seu, senão também de quantos possam sustentar-se com o supérfluo dos mesmos”⁴⁵.

Assim, Aquino acrescenta ao *dictum* aristotélico que é melhor ter a propriedade privada, mas fazer o uso dela comum. Os princípios da filantropia e assistência de bem-estar humanitária surgem para Aquino não como uma achega a uma teoria de governo, mas sim como uma característica da apropriação privada⁴⁶.

⁴³ AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II.* v. 6. op. cit. p. 158.

⁴⁴ AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II.* v. 6. op. cit. p. 158.

⁴⁵ AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II.* v. 5. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 32, 5.

⁴⁶ Como bem se expressa, com fundamento no Aquinate, Leão XIII, em 1891, em sua Encíclica *Rerum Novarum*: “E não se apele para a providência do Estado, porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Não se oponha também à legitimidade da propriedade particular o facto de que Deus concedeu a terra a todo o género humano para a gozar, porque Deus não a concedeu aos homens para que a dominassem confusamente todos juntos. Tal não é o sentido dessa verdade. Ela significa, unicamente, que Deus não assinou uma parte a nenhum

Portanto, o outro lado da moeda da posse privada dos bens externos consistia na obrigação, também já reconhecida por Aristóteles, como a justificação primária da apropriação privada, de criar o espaço para o exercício das virtudes da caridade e da assistência aos desvalidos.

A legitimidade da posse, como conteúdo que é da propriedade, se funda a partir da distinção entre o “poder” (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las (*usus*) em proveito de todos. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro “poder”, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O “uso” (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como “sendo comuns”, numa disposição virtuosa de “compartilhá-los com os necessitados”. “Poder” e “uso” formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico⁴⁷.

Nessa explicação compatibilística do apossamento, o interesse privado individual da apropriação e o maior interesse público da sociedade ocupam uma harmônica coexistência teórica. A *summa divisio* entre o privado e o público aparece como uma falsa dicotomia, situada exteriormente à orientação da virtude, que assegura a prevenção do colapso em um atomístico egoísmo.

Os bens que alguns têm em superabundância são devidos assim, por direito natural, para o sustento dos pobres, como esclarece Aldo Francisco Migot:

Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural,

homem em particular, mas quis deixar a limitação das propriedades à indústria humana e às instituições dos povos. Aliás, posto que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo a que não há ninguém entre os mortais que não se alimente do produto dos campos. Quem os não tem, supre-os pelo trabalho, de maneira que se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida, quer ele se exerça num terreno próprio, quer em alguma parte lucrativa, cuja remuneração, sai apenas dos produtos múltiplos da terra, com os quais ela se comuta. De tudo isto resulta, mais uma vez, que a propriedade particular é plenamente conforme à natureza. A terra, sem dúvida, fornece ao homem com abundância as coisas necessárias para a conservação da sua vida e ainda para o seu aperfeiçoamento, mas não poderia fornecê-las sem a cultura e sem os cuidados do homem. Ora, que faz o homem, consumindo os recursos do seu espírito e as forças do seu corpo em procurar esses bens da natureza? Aplica, para assim dizer, a si mesmo a porção da natureza corpórea que cultiva e deixa nela como que um certo cunho da sua pessoa, a ponto que, com toda a justiça, esse bem será possuído de futuro como seu, e não será lícito a ninguém violar o seu direito de qualquer forma que seja”.

⁴⁷ AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158, nota d.*

pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática.

Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum. Salientando que o comum e o que é direito de todos, segundo Tomás, é sempre prioritário⁴⁸.

Assim sendo, evidentemente, grande parte do argumento tomista de compatibilidade depende da manutenção de um curso aristotélico de moderação, definido dentro de uma ordem de valor, no qual o ganho de propriedade nunca é permitido, se suficiente para tornar-se um fim em si mesmo, mantendo-se a finalidade da vida virtuosa sempre claramente em vista. Provavelmente, consoante Tomás de Aquino, a capacidade de qualquer Estado para implementar em suas leis as regras morais que conduzam à excelência irá mudar amplamente segundo “a grande variedade de assuntos humanos”. Mas desde que os direitos humanos sejam enquadrados tendo em vista toda a multidão de seres humanos, “a maioria dos quais não está em virtude perfeita”, as leis atingirão os seus objetivos e a apropriação será regulada conforme a natureza das coisas.

Para Tomás de Aquino, o sistema de apropriação privada subordinado a um regime de uso comum constitui a base da ordem política, assim como em Aristóteles. Nesse contexto, o princípio da apropriação privada enquanto princípio moral reclama a sua articulação com outro princípio de ordem moral, qual seja, o que institui o dever dos membros da comunidade política concorrerem individualmente para o uso comum das coisas⁴⁹.

Tomás de Aquino, ao tratar, na questão 32 da *Secunda secundae*, do dever de privação em benefício de outrem esclarece que: 1) é dever de justiça pôr os bens supérfluos em comum com aqueles que se encontrem em extrema necessidade; 2) é dever de justiça suportar que quaisquer bens próprios sejam usados por alguém em situação de extrema necessidade e que 3) é apenas ato supererogatório pôr em comum, ativa ou passivamente, o supérfluo em relação àqueles que estão em situação de necessidade, embora não extrema⁵⁰.

Há que se atentar também, em Tomás de Aquino, para a singularidade do objeto, a terra. A terra é um recurso que se pode explorar com exclusividade, mas não é propriamente uma mercadoria. Ela tem conotações sociais, culturais e ideológicas que a

⁴⁸ MIGOT, Aldo Francisco. *A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino*. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p. 89.

⁴⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *op. cit.*, p. 173.

⁵⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *op. cit.*, p. 176-177.

tornam singular⁵¹. Deste modo, não há possibilidade de se falar em uma posse da terra que leve a uma completa despersonalização e autonomização como mercadoria.

Mesmo no Ocidente, na antiga Atenas, a posse da terra e a cidadania estavam indissolúvelmente ligadas, pois apenas os cidadãos podiam possuir terras e apenas os donos de terras podiam ser cidadãos: não-cidadãos podiam se dedicar às finanças e ao comércio, arrendar terras e minas, mas não podiam possuir imóveis⁵².

Seguindo a linha de raciocínio, a noção de função social da posse pode ser inferida dos textos do Aquinate. Segundo Tomás de Aquino, os bens são originariamente destinados a todos em comum. Assim, concorrem a estes o proprietário reivindicante e os possuidores utilizadores. Sobre a propriedade é reconhecida, como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens. O homem realiza-se através da sua inteligência e da sua liberdade e, ao fazê-lo, assume como objeto e instrumento as coisas do mundo, delas se apropriando. Neste seu agir, está o fundamento do direito à iniciativa e à propriedade individual. Mediante o seu trabalho, o homem empenha-se não só para proveito próprio, mas também para dos outros. O homem trabalha para acorrer às necessidades da sua família, da comunidade de que faz parte, e, em última instância, da humanidade inteira. Além disso, colabora para o trabalho dos outros, numa cadeia de solidariedade que se alarga progressivamente.

A posse dos meios de produção, tanto no campo industrial como agrícola, é justa e legítima, se serve para um trabalho útil. Pelo contrário, torna-se ilegítima, quando não é valorizada ou serve para impedir o trabalho dos outros, para obter um ganho que não provém da expansão global do trabalho humano e da riqueza social, mas antes da sua repressão, da ilícita exploração, da especulação, e da ruptura da solidariedade no mundo do

⁵¹ Como se vê em Fustel de Coulanges: “Como o caráter de propriedade privada está manifesto em tudo isso! Os mortos são deuses que pertencem apenas a uma família, e que apenas ela tem o direito de invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, que não pertença à família, pode pensar em unir-se a eles. Ninguém, aliás, tem o direito de privá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, jamais pode ser mudado ou destruído; as leis mais severas o proíbem. Eis, portanto, uma parte da terra que, em nome da religião, torna-se objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se da terra enterrando nela os mortos, e ali se fixa para sempre. O membro mais novo dessa família pode dizer legitimamente: Esta terra é minha. — E ela lhe pertence de tal modo, que lhe é inseparável, não tendo nem mesmo o direito de desfazer-se dela. O solo onde repousam seus mortos é inalienável e imprescritível. A lei romana exige que, se uma família vende o campo onde está o túmulo, continua no entanto proprietária desse túmulo, e conserva eternamente o direito de atravessar o campo para nele cumprir as cerimônias do culto” COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo : Martins Fontes, 1987, cap. VI – *O direito de propriedade*.

⁵² PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. São Paulo: Record, 2001, p. 129.

trabalho. Semelhante propriedade não tem qualquer justificação, e não pode receber tutela jurídica.

Portanto, o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra.

Para Karl Marx, igualmente, a apropriação é uma dimensão puramente humana. O sentir humano, a apreensão do mundo (ver, ouvir, cheirar, sentir, saborear, pensar, observar, perceber, querer, atuar, amar) se dá de maneira coletiva, compartilhada. O homem se apropria de seu ser global de forma global, como homem total. A apropriação, assim, revela a manifestação de nossa ‘efetividade humana’, ou seja, de nosso comportamento humano frente aos objetos e ao mundo⁵³.

O direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta⁵⁴. A tessitura da função social, tanto na propriedade quanto na posse, está na atividade exercida pelo titular da relação sobre a coisa à sua disposição. A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem⁵⁵.

A função social da posse, porém, está em um plano distinto, pois a função social é mais evidente na posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável, ou seja, tem limitações fixadas no interesse público, com a

⁵³ MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os pensadores), p. 11.

⁵⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 373.

⁵⁵ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 308.

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

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 todos⁵⁶.

Portanto, a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano.

Neste sentido, a função social da posse não significa uma limitação ao direito de posse, mas a exteriorização do conteúdo imanente da posse. Isso nos permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia, em alguns aspectos, diante de outros institutos jurídicos, como por exemplo, o direito de propriedade.

A função social da posse recebeu consagração legislativa em diversos diplomas no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850 (*Lei de Terras*) consagrou a posse como meio de aquisição da propriedade, através de um instituto genuinamente nacional – o da legitimação de posse. Determinou, assim, o artigo 5º daquela Lei:

Art. 5º. Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária, ou havidas de primeiro ocupante, que se acharem cultivadas ou com princípio de culturas, e moradia habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes...

Art. 6º - Não se haverá por princípio de cultura para a revalidação de sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimadas de matos ou campos, levantamentos de ranchos e outros atos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura efetiva e moradia habitual exigidas no artigo antecedente.

O Decreto nº 1318, de 30 de Janeiro de 1854, que manda executar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, dispunha que estão sujeitas à revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no domínio dos primeiros sesmeiros, ou concessionários, se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e

⁵⁶ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

constituam morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionário, ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas, e demarcadas:

Art. 27 Estão sujeitas à revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no domínio dos primeiros sesmeiros, ou concessionários, se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionário, ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas, e demarcadas.

Art. 41 Se dentro dos limites da sesmaria, ou concessão, encontrarem posses com cultura efetiva, e morada habitual, em circunstâncias de serem legitimadas, examinarão se essas posses têm em seu favor alguma das exceções constantes da segunda parte do § 2º do art. 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850; e verificada alguma das ditas exceções, em favor das posses, deverão elas ser medidas, a fim de que os respectivos posseiros obtenham a sua legitimação, medindo-se neste caso para o sesmeiro, ou concessionário o terreno, que restar da sesmaria, ou concessão, se o sesmeiro não preferir o rateio, de que trata o § 3º do art.5º da Lei.

Art. 44 Se a medição requerida for de posses não situadas dentro de sesmarias, ou outras concessões, porém em terrenos, que se achassem devolutos, e tiverem sido adquiridos por ocupação primária, ou havidas sem título legítimo do primeiro ocupante, devem ser legitimadas, estando cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, o Juiz Comissário fará estimar por árbitros os limites da posse, ou seja, em terras de cultura, ou em campos de criação; e verificados esses limites, e calculada pelo Agrimensor a área neles contida, fará medir para o posseiro o terreno devoluto, que houver contíguo; contanto que não prejudique a terceiro, e que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a uma sesmaria para cultura, ou criação igual às últimas concedidas na mesma Comarca, ou na mais vizinha.

Em 1891, o Estado do Pará, considerando que, convém facilitar aos posseiros de boa fé título de propriedade das terras que ocupam, embora não tivessem sido cumpridas as disposições da lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850, e que mais vale para a garantia do futuro entregar o solo aos que a ele se têm fixado, aplicando à indústria agrícola, criadora ou extrativa a força de seus braços, cem vezes superior à do dinheiro, do que conservá-lo como tesouro estéril, criou através do Decreto Estadual nº 410, de 08 de outubro de 1891, o título de posse com cultura efetiva e morada habitual, legitimando essas posses:

Art. 5º - Serão legitimadas:

§ 1º - As posses mansas e pacíficas com cultura efetiva e morada habitual, havidas por ocupação primária e registradas segundo o Regulamento que baixou com o Decreto nº 1318, de 30 de janeiro de 1854, que se acharem em poder do primeiro ocupante ou de seus herdeiros.

§ 2º - As posses igualmente registradas, cultivadas e habitadas, que tenham sido traspassadas pelo primeiro ocupante ou por seus sucessores a título de compra, doação, permuta ou dissolução de sociedade, sobre os quais tenham sido cobrados os respectivos impostos.

(..)

§ 5º - As posses de terras com cultura efetiva e morada habitual, que tenham sido estabelecidas, sem protesto ou oposição, antes de 15 de novembro de 1889, mantidas sem interrupção depois dessa data.

§ 6º - As posses que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, revalidáveis por este Decreto, se tiverem sido declaradas - boas - por sentença passada em julgado entre os

sesmeiros ou concessionários e os posseiros, ou se tiverem sido estabelecidas e mantidas sem oposição dos sesmeiros ou concessionários durante cinco anos.

Art. 6º - Considera-se cultura efetiva, para os efeitos deste Decreto não só a plantação de árvores frutíferas, roças e os mais trabalhos de lavoura como também a conservação e cultivo de vegetais aproveitados pela indústria extrativa.

§ Único - A pastagem de gado em campos próprios para criação é equiparada, para a revalidação ou legitimação, à cultura efetiva, uma vez que nos ditos campos existam currais e arranchamentos.

Art. 7º - Para que possa efetuar-se a revalidação ou a legitimação das terras, deverão os seus possuidores, dentro do prazo marcado no Regulamento que baixar para a execução deste Decreto, promover a respectiva medição e demarcação.

(..)

Art. 16 - O Governo fará organizar em prazo improrrogável o registro das terras possuídas, estejam ou não medidas e demarcadas, sobre declarações feitas pelos respectivos ocupantes e heréus confinantes, ou à vista dos competentes títulos de propriedade, de conformidade com o Regulamento que baixar para a execução deste Decreto.

A função social da posse também se apresenta como requisito para fins de utilização das terras devolutas da União por particulares, consoante o art. 5º do Decreto-lei nº. 9760/46:

Art. 5º São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprios nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

(..)

e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa fé, por termo superior a 20 (vinte) anos;

f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa fé;

Parágrafo único. A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitas por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei.

Através do Estatuto da Terra, Lei nº. 4504 de 30 de novembro de 1964, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária ficou legitimado a promover a discriminação das terras devolutas federais, com autoridade para reconhecer as *posses legítimas manifestadas através de cultura efetiva e morada habitual*, de modo a reconhecer os posseiros como legítimos possuidores de terras devolutas federais para fins de emissão futura dos títulos de demínio, bem como para reunir no patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas:

Art. 11. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária fica investido de poderes de representação da União, para promover a discriminação das terras devolutas federais, restabelecida a instância administrativa disciplinada pelo Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, e com autoridade para reconhecer as *posses legítimas manifestadas através de cultura efetiva e*

morada habitual, bem como para incorporar ao patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas.

O art. 29, da Lei nº. 6383, de 07 de dezembro de 2008, reconhecendo a posse com função social, legitimou a posse de terras devolutas federais de área contínua até 100 (cem) hectares do ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, desde que este não seja proprietário de imóvel rural e comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano:

Art. 29 - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I - não seja proprietário de imóvel rural;

II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

§ 1º - A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

§ 2º - Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.

§ 3º - A Licença de Ocupação será intransferível *inter vivos* e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.

Assim, pela Lei nº. 6.383/76, a legitimação da posse não é promovida de vez; havendo a concessão de uma licença de ocupação, que só será obtida se atendidos pelo possuidor os seguintes requisitos prévios: a) serem as terras devolutas; b) constituírem área de até 100 (cem) hectares; c) comprovação, por parte do possuidor, de morada permanente e cultura efetiva, pelo lapso temporal não inferior a 1 (um) ano; d) não ser este proprietário de imóvel rural; e) e estar exercendo a exploração de atividade agrária com seu trabalho e o de sua família direta e pessoalmente. A licença de ocupação será concedida se observados estes requisitos prévios. Esta licença de ocupação consiste num documento que demonstra a titulação da posse, permitindo o acesso ao crédito rural e a preferência para aquisição definitiva do imóvel pelo preço histórico da terra nua. É dada pelo prazo mínimo de 4 anos. Dessa maneira, a legitimação de posse não constitui uma liberalidade do Poder Público, mas sim uma obrigação que advém de um ato de reconhecimento de legitimidade àquele que trabalha a terra. Tratar-se-ia de formalização de um domínio, se concorrerem os requisitos prescritos pela lei.

Na mesma lei, em redação dada pela Lei nº. 11481/07, foi o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União, vinculada ao Ministério do

Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a *regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda*, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios, em cujos territórios se localizem. Para tanto, nas áreas urbanas, em imóveis *possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia*, onde não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva.

A função social da posse urbana, consubstanciada na moradia, foi reconhecida pela Medida Provisória nº. 2220/01, que outorgou para aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse:

Art. 1º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

A função social da posse encontra no direito à moradia, constante do rol dos direitos sociais previstos pelo art. 6º da Constituição, a sua teleologia.

No que concerne às pessoas sem-teto a moradia é direito dotado de jusfundamentalidade, integrando-se ao conceito de mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação positiva do Estado⁵⁷. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, e, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender à sua função social. Além disso, está previsto no arts. 1º e 6º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 268.

pessoa humana, assegurados, dentre outros, pelo direito social à moradia e a pela assistência aos desamparados. Assim, incumbe ao Poder Público a garantia do direito à moradia, que se dá, dentre outros meios, pela função social da posse⁵⁸.

No Código Civil, a função social da posse, está estabelecida na denominada posse qualificada ou, como refere Miguel Reale, *posse-trabalho*⁵⁹, que fundamenta a usucapião de imóvel rural, art.1.239 (qualificada pelo trabalho e habitação), e de imóvel urbano, art. 1.240 (qualificada pela habitação), e pela exceção material do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante). Essa *posse-trabalho* é assim descrita por Miguel Reale:

A propriedade não é apenas uma disposição individual e singular de um indivíduo, mas é, ao contrário, algo que implica sempre a correlação de duas pessoas entre si, em função da necessidade social em geral, e é a razão pela qual, no projeto do Código Civil, aparece um novo conceito de posse.

Se os senhores estudarem todos os Códigos, todos eles sem exceção, o alemão, o italiano, o francês, os senhores encontrarão apenas uma noção de posse: posse é a projeção do domínio, posse é o direito de detenção da coisa em razão do domínio que se possui, da legitimidade do domínio, e disso não há dúvida nenhuma, o núcleo da posse, a idéia de posse, é direito, é uma detenção da coisa.

Porém, é mister olhar as coisas com um pouco mais de atenção. Quando se toma posse de um terreno abandonado há muito tempo, e na maior da boa-fé nele se constrói uma casa para a

⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70016038887. 19ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José Francisco Pellegrini. Acórdão de 10 de outubro de 2006. “Reintegração de posse. Liminar. Bem público. Garantias constitucionais. Inviável a concessão da liminar de reintegração de posse, diante de questões de maior relevância, de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Ausência de comprovação na urgência do pedido liminar. As circunstâncias emolduradas no presente caso não autorizam a concessão da reintegração, em caráter liminar.

Muito embora não se desconheça o fato de que o bem público é insuscetível de aquisição de domínio pela posse, não se pode deixar de se examinar a questão em razão da função social da propriedade.

Depreende-se que o demandado, ora recorrente, ocupa área municipal, juntamente com sua esposa e dois filhos menores. Ora, não há dúvida de que se trata de pessoa pobre, sem lugar para morar e que, em razão de a área ora em litígio estar desocupada, ali estabeleceu a sua moradia.

Por outro lado, a alegação do município de que se trata de área recreativa, é despida de qualquer prova. Pelo contrário, denota-se, pelas fotografias juntadas, de que no local estão localizadas várias casas, o que indica que não há urgência no pedido.

Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social. Mais. Está previsto no art. 1º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E, em seu art. 6º, garante como direito social a moradia e a assistência aos desamparados.

Aqui, portanto, deve se ter em conta de que o Estado, em qualquer nível, não pode se omitir diante da fragilidade e da necessidade da parte demandada, devendo, de alguma forma, contribuir para a solução da questão.

Assim sendo, mesmo diante de eventual precariedade da posse, não se pode deixar de observar, questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Deste modo, não há como se admitir, ao menos em sede de cognição sumária, a concessão liminar da demanda reintegratória”.

⁵⁹ Ver a exposição de motivos ao novo Código: *Exposição de motivos do supervisor da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil*. BRASIL. Código Civil. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002, p. 30-78.

morada da família, ou para a alimentação de seus filhos, para criar a sua horta, para ter o seu alimento, nós dizemos que há uma nova forma de posse, a posse *pro labore*, a *posse trabalho*. E, entendendo assim, nós introduzimos no projeto do código o conceito de posse trabalho, com repercussão fundamental em vários aspectos e momentos. Assim, por exemplo, com a usucapião, os que já começaram a estudar Direito desde o primeiro ano sabem, a usucapião é a aquisição da coisa pela sua utilização mansa e pacífica durante um certo tempo. Pois bem, em razão dessa diferença da *posse trabalho*, o projeto reduz pela metade o tempo necessário para que se dê usucapião.

Uma coisa é ocupar a terra com o meu dinheiro, com a minha capacidade dominadora, e então obedeço ao tempo de 20 anos. Mas se eu fiz, ao contrário, no exercício de uma *posse de trabalho*, a usucapião se opera pela metade do tempo. Estão vendo, portanto, que este código está cheio de inspiração ética⁶⁰.

4. Exceção de não funcionalização social do domínio e temporalidade: o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

Controverso quanto à função social da posse se apresenta o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

Dissentem os doutrinadores quanto ao novo instituto limitador da propriedade, que, aparentemente teria natureza jurídica híbrida, visto que, assemelhado com a usucapião social e, simultaneamente, com a “desapropriação indireta” (expropriação judicial), diante da exigência estabelecida de pagamento de uma “justa indenização devida ao proprietário” sucumbente em ação reivindicatória, condição indispensável à validade da sentença (eficácia jurídica) para o registro do bem em nome dos possuidores (aquisição da propriedade).

Carlos Alberto Dabus Maluf chega a proclamar que, as regras apontadas nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, devem ser declaradas inconstitucionais, posto que, para ele, “*abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba*”⁶¹. Não cabe, entretanto, ao jurista, quando possível a harmonização das normas, a crítica da lei, por motivações ideológicas. Assim, há que se enfrentar o problema.

⁶⁰ REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil. In: *V Semana Jurídica. Faculdades Adamantinenses Integradas*. Adamantina: Omnia, 2001. p. 58-59.

⁶¹ Ver, MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado*. FIÚZA, Ricardo (Coord.) 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 1133.

A primeira solução proposta para a questão foi a de considerá-lo uma nova espécie de usucapião coletiva onerosa⁶². Não pode prosperar essa idéia uma vez que a usucapião é uma forma gratuita de aquisição do domínio, não ensejando ônus ao seu adquirente ou a qualquer outra pessoa. Do mesmo modo, na usucapião, de modo geral, não há requisitos como a realização de obras e serviços, mas, sim, o decurso do tempo como um fato jurídico a ensejar a aquisição da propriedade.

A outra solução avençada foi a da “desapropriação privada” ou “desapropriação judicial”. É a solução preconizada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶³. Não é possível assim considerar, todavia, porque a desapropriação não será efetuada pelo Poder Público, mas pelos particulares, além do que, não se trata de procedimento administrativo, mas judicial, e, também, não está fundada no interesse público, utilidade ou necessidade, mas sim no interesse coletivo. Há ainda a restrição do dispositivo da lei civil que previu que o direito assegurado pela norma seria invocado no bojo de ação reivindicatória do titular do domínio. Fosse o caso de desapropriação judicial, o julgador não poderia restringir o direito dos posseiros de requerer a declaração do seu direito, previsto em lei, através da ação própria, já que, a todo direito corresponde uma ação que o assegure. Estando o direito condicionado à ação do proprietário, caso o imóvel seja reivindicado, ou, seja, o pedido de apropriação do bem somente poderia ser efetuado em ação dominial como pedido contraposto, não há se falar em desapropriação. Não há que se pensar também em desapropriação indireta porque o dispositivo não prevê a participação do Estado na ocupação do terreno pelos possuidores⁶⁴.

⁶² “Trata-se de instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m (duzentos e cinqüenta metros quadrados), previsto no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei n.10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade”. CAMBI, Eduardo. *Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 11. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 38. Comungam do mesmo entendimento: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. v. V, São Paulo: Atlas, 2003, p. 205; ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo : RT, 2002, pp. 843-861; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado*. FIÚZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1099.

⁶³ “A norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação ‘do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho’ (Miguel Reale, *Exposição de motivos ao Ministro da Justiça*, Diário do Congresso Nacional, Seção I, suplemento B ao n. 061, 13.6.1975 n. 27 c, p. 121), quer dizer, o ponto alto do Código no que tange à tutela da posse (Teori Albino Zavascki, A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil, in: Martins-Costa, *Reconstrução*, p. 851)”. NERY JÚNIOR, Néilson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo, RT, 2002, p. 675.

⁶⁴ A desapropriação indireta decorre da atitude do Poder Público ter se apropriado de bem particular, sem a observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. O fundamento legal para a desapropriação indireta, decorre da leitura do art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41: “Art. 35. Os bens expropriados, uma vez

Interessante proposta é apresentada por Pablo Rentería, que classifica tal instituto como aquisição de propriedade imobiliária pela acessão invertida social⁶⁵. Preconiza o autor que, a aquisição de propriedade prevista no artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil guarda estreita relação com a acessão invertida disposta no parágrafo único do art. 1255 do Código Civil, cujo texto legal estabelece que “aquele que, de boa-fé semeou, plantou ou edificou em terreno alheio, se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”. Tratar-se-ia de uma acessão invertida de feição marcadamente social, que se prolongaria no tempo, no transcurso do prazo legal (protraindo-se no tempo, de maneira análoga à hipótese do art. 1251 CC), efetivando-se mediante o pagamento de indenização, fixada judicialmente, ao proprietário prejudicado.

Resultaria de tudo isso, uma acessão industrial imobiliária que constituiria, a rigor, *direito potestativo a adquirir*, cuja eficácia, conforme as determinações legais, estaria condicionada ao pagamento de indenização e ao transcurso do prazo legal⁶⁶.

A idéia, entretanto, não é consonante à natureza do novo instituto. Porque, se fosse o novo instituto do artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil, uma acessão industrial imobiliária que constituiria, a rigor, *direito potestativo a adquirir*, tal direito poderia ser exercitado a qualquer tempo. Ora, é premissa básica do art. 1228, § 4º, que o proprietário reivindique o imóvel, para, então, os possuidores deduzirem seu direito, como exceção.

Deve existir, na hipótese, o desdobramento do domínio, onde o proprietário – possuidor indireto – que não tem mais a posse direta do bem, procura reavê-lo das mãos de quem injustamente o possuía, através da reivindicação e fundamentado no direito de seqüela.

É justamente nessa reivindicação – daí a menção no § 4º à expressão “imóvel reivindicado” – que se poderá concretizar a perda do bem (temporária ou definitiva, como se verá, a seguir), embora nada impeça que, atendidos outros requisitos específicos, intentem os possuidores outras pretensões possessórias, como a própria ação de usucapião.

Outra razão a excluir a noção de acessão na apropriação coletiva do terreno é a desconformidade dessa hipótese com a interpretação sistemática do Código Civil. Em sua

incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

⁶⁵ RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil* v. 9, n. 34, abr.-jun. 2008, p. 71-91. Rio de Janeiro: Padma, 2008.

⁶⁶ RENTERÍA, Pablo. *op. cit.*, p. 89.

Exposição de Motivos do Projeto de lei do novo Código Civil, o Prof. Miguel Reale acentua o valor da *posse-trabalho*:

“inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo *posse-trabalho* (...). Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, que este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, ‘como se’ fora atividade do proprietário, com a ‘posse qualificada’, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundamental de *posse-trabalho* justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição. Vale notar que, nessa hipótese, abre-se nos domínios do Direito, uma via de desapropriação, que não se deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que contém na espécie analisada.”

Ora, o Código Civil reduziu o prazo da usucapião extraordinária de vinte para dez anos (art. 1238, parágrafo único CC), sem qualquer indenização, quando o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. No que diz respeito à usucapião ordinária (com justo título e boa-fé), cujo prazo exigido era de quinze anos entre ausentes e dez entre presentes (art. 551, CC/1916), o Código Civil fixa o prazo em 05 anos se de posse simples se tratar e se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (art. 1242, parágrafo único, CC). Do mesmo modo, previu que aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, aquele que possua como sua, 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. 1239, CC), também sem indenização. E ainda que, quem possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 1240, CC), também não sendo necessário o pagamento de indenização nessa hipótese.

Como imaginar então, que, valorizando sobremaneira o Código a posse social, pudesse ele, justo na posse coletiva, com maior produção de obras e serviços de relevante interesse social e econômico, obrigar a que a apropriação do bem se fizesse exclusivamente

por meio da patrimonialidade, através do pagamento de indenização e, para uma vez pago o preço, a sentença valeria como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores?

Como entender, da mesma maneira, que somente através da acessão, por meio de um exceder considerável do valor do terreno (por meio de plantações e construções), impossível de ser atingido pelos posseiros pobres (com suas choupanas miseráveis e seus roçados de subsistência), pudessem estes sonhar em obter a propriedade, tendo ainda que indenizar o proprietário por todo o valor do terreno? Não, a explicação do instituto é diversa.

Há que se fazer uma nova leitura da posse que tome como paradigma normativo a Constituição, superando a interpretação que conduza à proteção meramente patrimonial para atingir e considerar como padrão de proteção aquele contido nos princípios fundantes de todo sistema jurídico brasileiro, aplicando-se diretamente a Constituição.

No sentido da tese formulada, o Judiciário, tomando nova postura hermenêutica, deverá rechaçar os pedidos de reintegração ou manutenção de posse, seja em caráter liminar ou na própria análise do mérito, toda vez que o autor da ação não provar que cumpre com a função social do seu direito, seja ele decorrente da titularidade dominial, como ocorre na maioria das situações, ou não⁶⁷.

Deste modo, o direito consubstanciado no § 4º do art. 1228 do Código Civil é uma exceção material, a exceção de não funcionalização social do domínio⁶⁸. A posse funcionalizada diante do confronto com a propriedade sem função social gera uma exceção de caráter material⁶⁹ que não elimina o direito de propriedade, mas o encobre⁷⁰. Como explica Pontes de Miranda, a exceção não é o direito de exceção, como a pretensão e a ação não são o

⁶⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 422.

⁶⁸ A exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona. A exceção encobre outro direito, ou encobre a pretensão, ou a ação, ou a exceção, a que se opõe. A exceção substancial tem por função, corrigindo os rigores do direito civil, paralisar uma demanda, quando se contraponha outro direito do réu aparelhado desse poder, deixando injulgado o mérito. As exceções substanciais, malgrado também sejam, em regra, manifestadas pela via do processo e tenham como objetivo neutralizar a ação, têm o mérito de atingir o direito do autor propriamente dito, com base em outro direito do demandado, que seja com aquele incompatível.

Sem dúvida, as exceções substanciais têm também um elemento formal: embora se reconheça na doutrina a possibilidade de se manifestar fora do processo, é na senda processual que a matéria encontra o seu campo fértil de atuação e desenvolvimento. Nada obstante, essas exceções fundam-se no direito substantivo, portanto, não podem ser confundidas com as exceções de rito. São relações pertinentes ao direito material que, embora ligadas ao direito formal ou adjetivo, o são apenas no que tange à sua tutela, isto é, à forma e ao momento de sua invocação. Sobre as exceções substanciais no direito brasileiro, ver, por todos: LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção do contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

⁶⁹ A *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal reconhece, seu Enunciado 84, primeira parte, que o art. 1228, § 4º, do Código Civil, tem natureza jurídica de defesa, de exceção material, invocável no momento da ação reivindicatória.

⁷⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 424.

direito a que se ligam. Excepcionar é exercer direito de exceção. Há direitos cuja eficácia se estende para além dos limites estabelecidos pelo alcance da eficácia de outro direito. A exceção é a possibilidade jurídica de prevalectimento da eficácia de algum direito sobre a de outro, “encobrendo-a”. A exceção somente nasce depois de ter nascido o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, a que se opõe. Porque ela supõe uma eficácia que recubra toda ou parte de outra eficácia. Não se pode pensar em recobrimento de eficácia de uma norma que ainda não projetou seus efeitos sobre a realidade. Portanto, pode já ter nascido o direito, ou a pretensão, ou a ação, a que se oporia, e a eficácia dele estar elidida, ou ainda em suspenso. Do lado do eventual excipiente, há eficácia, porém falta, do outro lado, eficácia, que ela recubra⁷¹.

Na hipótese do § 4º do artigo 1228 do Código Civil, há um encobrimento do direito de propriedade. O proprietário reivindicante, confrontado pelos possuidores, por meio da posse qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, tidos pelo juiz como de interesse social e econômico relevante, fica com seu direito em um estado de apatia ou quiescência.⁷² Com a quiescência⁷², a relação torna-se inoperante. Como esclarece Roberto de Ruggiero:

A eficácia de um direito pode ser diminuída por surgir, contra a ação que o tutela, uma exceção que constitua um obstáculo ao seu desenvolvimento (a reivindicação encontra um obstáculo na exceção do possuidor que reclama o reembolso dos gastos feitos com a coisa) ou porque a lei não o proteja com ação, mas somente, por modo indireto, com exceção⁷³

O encobrimento do direito de propriedade perdura enquanto os possuidores estiverem cumprindo com a função social do bem objeto da posse, e isso impede ao titular do domínio, desfuncionalizado sua retomada. Se, porém, o tempo da posse qualificada perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento será definitivo, pela conversão da posse em propriedade, considerando a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião.

⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 628-7.

⁷² A quiescência do direito de propriedade, ao contrário da perda desse direito, representa uma hipótese da propriedade estar em estado de potência, recuperando sua eficácia com o desaparecimento do obstáculo que impedia ao proprietário a reivindicação ou gozo da coisa sua. “A inundação ou invasão da terra pelas águas, que Lafayette considerava perda da propriedade, pelo fato de a coisa passar à nova condição que a retira do poder físico do *dominus*, na verdade não importa na sua perda. Nesse caso o direito de propriedade permanece em quiescência ou em estado potencial, na expectativa de refluxo da massa líquida, quando o *dominus*, independentemente de ato seu, retoma a coisa e vê reestabelecido o seu direito”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 234. Sobre a quiescência do direito, ver, por todos: TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 422-430.

⁷³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 211.

Contudo, se antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária, negocial ou não, da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular de tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito obedecendo aos ditames de sua função social, para que nova situação não ocorra que lhe impeça o exercício do direito⁷⁴.

Deste modo, evidencia-se que o instituto do § 4º do art. 1228 do Código Civil não configura um caso de usucapião onerosa; mas isso não impede que, no prazo de quiescência do direito podem se cumprir, de maneira independente, os requisitos para a usucapião aquisitiva.

Essa apreciação do instituto se torna bem clara na análise do conflito ocorrido na *Favela do Pullman*, em São Paulo, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que, naquele caso, haveria uma prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social, decisão posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça e transitada em julgado⁷⁵.

Na hipótese em tela, se propôs uma ação de reivindicação para obter a desocupação de vários lotes de terreno urbano ocupados, nos quais foram erguidas habitações e realizadas benfeitorias para fins de moradia. Eram objetos do direito de propriedade reivindicado nove lotes situados em uma favela consolidada, a chamada *Favela do Pullman*, cuja ocupação fora iniciada vinte anos antes. Esses terrenos estavam destinados originalmente para loteamento - *Loteamento Vila Andrade* - inscrito em 1955, com previsão de serviços de luz e água. Não se aplicava a esta situação jurídica a usucapião especial urbana porque, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação reivindicatória já estava proposta havia três anos. No caso em questão, o juiz deveria analisar a demanda com fundamento no Código Civil de 1916, vigente à época. Não podendo excepcionar, esgrimindo a futura usucapião especial, a lógica jurídica estritamente civil e exegética obrigou o juiz a emitir uma

⁷⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 425.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.659-SP. “Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. Recorrente: Aldo Bartholomeu e outros. Recorrido: Odair Pires de Paula e outros. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 21 de junho de 2005”. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18.05.2008.

sentença para ordenar a desocupação do imóvel, somada ao pagamento relativo à indenização e sem que os destinatários tivessem o direito a transacionar as obras e melhoria que haviam realizado nos terrenos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não obstante, afastando-se do esquema jurídico civilístico tradicional, reformou a sentença e deu ganho de causa aos apelantes, argumentando:

“Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclisma, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

É o que se vê do art. 589 do Código Civil, com remissão aos arts. 77 e 78.

Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá.

É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente.

Para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente.

Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilícitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmutou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra de fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o *ius reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a doutrina e a jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.”

Prossegue o acórdão, afirmando que:

No caso dos autos, a retomada física é também inviável.

O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito.

É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

(..) Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário.

(..) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10 - No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos. Não foram implantados equipamentos urbanos. Em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *ius reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

O Superior Tribunal de Justiça, referendando a decisão de segunda instância paulista, considerou que o artigo 524 do Código Civil de 1916 tinha de ser interpretado em consonância com os artigos 589, 77 e 78 do mesmo Código, os quais prevêm que se perde a propriedade imóvel pelo abandono, arrecadando-se esse como bem vago, passando ao domínio do Estado em que se achar. E que também se perece o direito, quando ocorre o perecimento do seu objeto, entendendo-se que pereceu o objeto quando este perde suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico.

Entendeu aquele Tribunal que, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, era impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, em face do abandono, desde a criação do loteamento. Deste modo, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, e ocorrendo a sua confusão com outro fracionamento devido ao processo de favelização, resultava então a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, sendo o caso, indubitavelmente, de perecimento do direito de propriedade. Considerou ainda, o Superior Tribunal de Justiça que, embora o art. 589, parágrafo 2º do Código Civil de 1916, falasse em “arrecadação do bem vago” em proveito do Estado, esse procedimento formal cederia à realidade fática em proteção aos posseiros. Na prática, considerou o Tribunal, o desaparecimento da propriedade

dos autores da reivindicatória, subsistindo tão-somente a possibilidade de, porventura, uma pretensão indenizatória contra eventuais terceiros obrigados não participantes da demanda.

Na hipótese, se o julgamento fosse hoje, sob a égide do Código Civil de 2002, o direito reivindicado do proprietário, referente à propriedade sem função social, se obstaculizaria diante da posse coletiva qualificada pela moradia. O direito, assim em quiescência, não deixa de existir, mas não pode operar os efeitos porque o direito de propriedade fica esmaecido pela ausência de função social, perdendo sua condição de legitimidade e justificativa constitucionais, ou seja, deixa de ser a propriedade que a Constituição garante.

Se a duração da posse qualificada perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento será definitivo, pela conversão da posse em propriedade. Contudo, se ao revés, antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular de tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito com função social.

Teori Zavascki, em situações de confronto entre o direito de propriedade e a função social da posse (que é o conteúdo da função social da propriedade), também preconiza, em tese, por soluções como a da quiescência do direito, que, não eliminando do mundo jurídico nenhum dos direitos colidentes, fazem prevalecer aquele que se evidencia preponderante em face dos valores jurídicos e sociais envolvidos:

Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. Não obstante sua inegável relação de complementaridade e, quando vistos no plano normativo, da natural aptidão para sua convivência harmônica, pode ocorrer que, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro, ou vice-versa. É o que ocorre, por exemplo, quando, em relação a determinado bem, o detentor da titulação jurídica é omissivo no desempenho da função social, a qual, todavia, vem sendo exercida por longo tempo e em sua plenitude por outrem, possuidor não-proprietário. Em casos tais, atender pura e simplesmente à eventual reivindicação do bem pelo proprietário representará, certamente, garantir seu direito de propriedade, mas significará também, sem sombra de dúvida, comprometer a força normativa do princípio da função social. Já a solução contrária aos interesses do reivindicante operará em sentido inverso: atenderá a função social, mas limitará a força normativa do princípio norteador do direito de propriedade.

Para situações concretas dessa natureza, o legislador, como se verá, tem buscado soluções harmonizadoras, formulando regras de superação do impasse que, sem eliminar do mundo jurídico nenhum dos princípios colidentes, fazem prevalecer aquele que, segundo o critério de política legislativa, se evidencia preponderante em face do momento histórico e dos valores jurídicos e sociais envolvidos⁷⁶.

⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.*, p. 846.

Outra é, contudo, a solução quando se tratar de considerável número de possuidores, mas composto por pessoas com bom cabedal econômico, que tivessem realizado inúmeras construções e plantações no terreno alheio. Nesse caso, a indenização, prevista no § 5º do art. 1228 do Código Civil, seria devida por esses possuidores.

Deve ser realçada aqui a temporalidade do exercício do direito à indenização, previsto no § 5º do art. 1228 do Código Civil. Proposta pelo proprietário a ação reivindicatória assecuratória, em princípio, do seu direito de propriedade sem função social, e, obstaculizada a eficácia desta pela exceção material da posse coletiva qualificada pela moradia ou pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, nasce, nesse momento, do reconhecimento judicial da quiescência em face da prevalência da posse com função social sobre o direito de propriedade sem função social, o direito à justa indenização devida ao proprietário. Se os possuidores, pessoas com bom cabedal econômico, tiverem condições de fazê-lo, a solução se imporá, para que não haja um enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Pago o preço, sob essas circunstâncias e nesse momento determinado, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (art. 1228, § 5º, *in fine*).

Não há que se cogitar que, em razão da fixação da justa indenização ao proprietário, pelo Judiciário, estaríamos diante de uma hipótese de desapropriação judicial. Como esclarece Teori Zavascki, trata-se de simples conversão pelo juiz de prestação alternativa em facultativa:

Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada), passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar coisa. É de se mencionar, pela similitude com a situação em exame, o caso em que há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem o devido processo legal de desapropriação (desapropriação nula). Também nesse caso nega-se ao proprietário a faculdade de reivindicá-lo - seja por ação reivindicatória, seja por interditos possessórios - convertendo-se a prestação em perdas e danos. É o que estabelece a Lei das Desapropriações (Decreto Lei nº 3.365, de 21.6.1941), art. 35: "Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos". No mesmo sentido: Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30.11.1964), art. 23 e a Lei Complementar nº 76, de 6.7.1993, art. 21, tratando da desapropriação para fins de reforma agrária.

No caso da denominada "desapropriação judicial", ora em comento, a situação fática valorizada no Código é também a "incorporação" do imóvel a uma função social, representada pelas obras e serviços relevantes nele implantados. Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa - e cuja constitucionalidade não é posta em questão - é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1.254, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o

dispositivo, "se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo". Como se vê, é situação assemelhada à do § 4º em comento: lá, como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro⁷⁷.

A mesma temporalidade existe quando se trata do pagamento da indenização de posses de pessoas pobres, que tenham erguido choças ou choupanas em terreno alheio e arado a terra para a prática dos seus roçados de subsistência. A indenização só é devida após a sentença que reconhece a ineficácia da ação reivindicatória do direito de propriedade sem função social, obstaculizada que foi a eficácia desta pela exceção material da posse coletiva qualificada pela moradia ou pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante. Como se verifica no conflito relatado acima, ocorrido na *Favela do Pullman*, em São Paulo⁷⁸, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que, naquele caso, haveria uma prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social, como verificamos anteriormente:

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *ius reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

Nessa hipótese, nesse momento, da quiescência do direito de propriedade, nasce a pretensão indenizatória do proprietário em face dos possuidores, para que não ocorra o enriquecimento sem causa dos possuidores em detrimento do proprietário. Assim, aos possuidores, nesse momento determinado, cabe a realização do pagamento da indenização, sendo a dívida certa, mas, por impossibilidade material, não podem honrá-la. Se, posteriormente, em face do prolongamento da posse qualificada, esta perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento do direito será definitivo, pela conversão da posse em propriedade, tendo-se como fundamento a prescrição aquisitiva, que dá origem à ação autônoma a ser ajuizada para o reconhecimento judicial do direito.

⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.*, p. 853-854.

⁷⁸ Para uma análise minudente desse conflito e exposição analítica dos fundamentos teóricos da função social da propriedade, ver: MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 553-596.

Todavia, mesmo na posse qualificada, com função social coletiva, qualificada, de pessoas de pessoas reconhecidamente pobres, poderá ser possível o pagamento efetivo da indenização prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil.

Isso poderá ocorrer naquelas situações nas quais o Poder Público, reconhecendo a facticidade da posse coletiva, implanta no terreno desapossado ao proprietário, por si próprio ou através de suas concessionárias, equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. Ademais, estimula a implantação e crescimento da favela fornecendo material para o arruamento de vielas e realizando obras de asfaltamento e urbanização. Quando o Município, por força da sua atuação positiva, como acima exposto, ou por força da sua atuação negativa, não coibindo o desenvolvimento de área de apropriação urbana ou rural irregular e deixando de reprimir o soerguimento de novas habitações irregulares, se torna também partícipe da posse coletiva do terreno particular, dando as condições para que o apossamento indevido prossiga (e até desenvolva, em algumas situações), ele se torna passível de responsabilização e, portanto, de se constituir em sujeito passivo da indenização prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil (nesse caso, por desapropriação indireta por fato próprio).

Foi o que decidiu, em tese, a 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 7080408-7, em 10 de dezembro de 2008, que definiu que, se a posse qualificada dos requeridos conta com a guarida da Municipalidade, que provê todas as condições necessárias para a habitação e até edita lei considerando a área como de especial interesse social, deve responder pela indenização ao proprietário, de modo espontâneo, ou a requerimento deste:

POSSESSÓRIA - ÁREA INVADIDA HÁ ANOS E DECLARADA PELA MUNICIPALIDADE COMO DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL - REINTEGRAÇÃO – INADMISSIBILIDADE. A arguição do princípio da função social da propriedade não pode servir de fundamento para dar licitude a toda e qualquer invasão, pois ao Estado de Direito é que compete a sua implementação. Todavia, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora, área esta declarada como de especial interesse social pela municipalidade.

Se é verdade que a função social da propriedade não pode ser utilizada para dar amparo a toda e qualquer invasão, mormente porque ao Estado de Direito é que compete a sua implementação, na hipótese, escorreito se revela o *decisum* recorrido.

Deveras, o caso retrata verdadeira colisão de direitos fundamentais, refletindo, de um lado, o direito à propriedade da autora e, de outro, o direito à moradia dos requeridos. Nesse vértice, impõe-se a otimização dos direitos em conflito, com o escopo de se assegurar a situação que evidencie o menor prejuízo aos direitos em contraste.

Por isso, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora (algumas delas de cinco anos - vide fls. 178/208).

Ressalte-se que a posse objurgada dos requeridos, transformada em verdadeiro bairro (fotos de fls. 212/213), conta com guarida do Município de Santo André, o qual editara a Lei nº 8.300, de 19 de dezembro de 2001, tornando a área como de especial interesse social.

Destarte, como bem decidido pelo juízo a quo, "cabe ao município proceder sua desapropriação ou, se assim não o fizer, a autora requerê-la", não se olvidando que as relações que tratam de propriedade e moradia devem prover prestígio que merece o princípio da função social da propriedade e, sobretudo, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana⁷⁹.

Assim, deve atuar o Município para a promoção da regularização de assentamentos habitacionais de baixa renda através do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificações, conforme inciso XIV do artigo 2º., do Estatuto da Cidade. Em áreas consideradas de risco, deve atuar o Município pelo monitoramento das medidas técnicas necessárias para a habilitação urbana do lote ou área. A possibilidade e a eventual destinação da ocupação e do uso do solo fazem parte da competência da Municipalidade para sua ordenação, nos termos do artigo 30 da Constituição Federal. Nestes termos, é o não agir que pode gerar ao Município a obrigação de reparar eventuais prejuízos a particulares. Trata-se, pois, de responsabilidade por omissão.

A responsabilidade por omissão configura-se em situações em que a conduta da Administração Pública deve ser implementada como ação ordinária da função de Estado⁸⁰. A valoração objetiva do comportamento adotado pela Municipalidade na omissão da fiscalização, segundo a expectativa dentro de um contexto social, é que determinará quando o Município poderá ser passível de responsabilização nessa hipótese. A questão é controversa e,

⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 7080408-7. 21ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Siqueira de Pretto. Acórdão de 10 de dezembro de 2008.

⁸⁰ A omissão, em sentido jurídico, consistiria então na abstenção (dominável pela vontade) de uma dada ação, desde que essa abstenção seja relevante para o Direito. Essa relevância é verificada pelo sentimento social de esperança de que o agente omitente praticasse a ação omitida. É um conceito pré-jurídico: a ação omitida deve ser esperada dentro do contexto social. A relevância jurídica de qualquer comportamento é indicada pela relevância social. Portanto, o conceito jurídico de omissão independe da violação de uma norma jurídica, como o que ocorre com a ação. A ação esperada é um conceito não exclusivamente jurídico, mas que não deixa de ser normativo, pois traz consigo nítida carga de valoração objetiva.

somente quando presentes pressupostos inequívocos⁸¹, poderá o Município ser responsabilizado como partícipe na posse qualificada coletiva de terreno particular⁸².

De toda forma, sendo a matéria regularmente suscitada nos tribunais, pertinente é o pagamento da indenização, prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil, por eventual desapossante com responsabilidade indireta, da maneira aqui preconizada, e constitucional se apresentam os referidos parágrafos (§§ 4º e 5º) do artigo 1228, do Código Civil.

Por fim, deve ser abordada a boa-fé, prevista no § 4º do referido artigo, que menciona a “posse ininterrupta e de boa-fé”.

Nessa matéria, o legislador não foi feliz ao utilizar no dispositivo em comento a expressão boa-fé, inadequada e incompatível com o seu conceito universal e secular. A lei disse menos (e equivocadamente) do que desejava o legislador, tendo sido equivocada sua redação, em manifesta contradição com dispositivos do próprio Código, mais especificamente o art. 1.201, *caput*: “*É de boa-fé a posse, se o possuído ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa*”.

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença (aquela necessária para a posse de boa-fé), na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança

⁸¹ Foi o que decidiu IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal que em seu Enunciado 308 estabeleceu que a justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

⁸² Ver, por todos, o grande debate travado nos autos do REsp. 150167 RJ, principalmente os votos vencidos dos Ministros Ari Pargendler e Hélio Mosimann. Em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 150167 RJ. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Acórdão de 16 de junho de 1999. DJ 18.12.2000, p. 174. RDR vol. 19, p. 250. RSTJ vol. 141 p. 164. “Ação de Indenização. Bem imóvel. Dano causado por terceiros. Responsabilidade subjetiva do Município. Nexos de causalidade. Inexistência. Preliminares rejeitadas. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Violação de lei federal configurada. Afastadas as arguições de conexão de ações, de julgamento ‘ultra-petita’ e de violação aos arts. 460 e 267, IV, do CPC. No mérito, a questão não se caracteriza como de responsabilidade objetiva, mas, sim, subjetiva, do ente público, inexistindo nexos causal entre a alegada omissão culposa do Município e o dano sofrido pela autora por ato de terceiros. Não há falar também no princípio da ‘falta de serviço’, acatado pelo acórdão recorrido, e em omissão do exercício do poder de polícia pela Municipalidade. Recurso especial conhecido pelo fundamento da letra ‘a’ e provido”.

subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que ele crê legítimas⁸³.

Discute-se na doutrina, em relação aos elementos caracterizadores da boa-fé subjetiva, se bastaria a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa-fé psicológica, ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável consoante ao denominado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao art. 550 do CC francês,⁸⁴ não exigindo mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa-fé. Nessa concepção psicológica, o conceito de boa-fé contrapõe-se ao de má-fé. Ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não os ignora, e está de má-fé. Não pode ser esta a boa-fé consubstanciada no § 4º do art. 1228, porque estimulatória do apossamento irregular e indiscriminado da propriedade alheia.

Segundo a concepção ética da boa-fé exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância, em face da situação de lesão do direito alheio, que seja desculpável. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado; estando a pessoa de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposos.⁸⁵

A concepção ética da boa-fé pode estar presente mesmo nos casos em que o título de legitimação não seja existente ou viciado, mas meramente putativo. Sérgio Stoglia exemplifica com o caso do herdeiro aparente em que o herdeiro se torna tal por um fato *ope legis* (ao contrário do matrimônio putativo, no qual há um título solene e regular). O título jurídico de chamada a suceder é proveniente de circunstâncias estranhas ao aparente herdeiro, e pode mesmo ser originário de circunstâncias e fatos inexistentes, mas que se apresentam fornidos de uma exterior aparência de perfeição, o que cria no herdeiro a convicção de tratar-se da verdadeira realidade. Ele, assim, baseará a sua boa-fé sobre uma convicção de aparência, ou seja, sobre um título putativo, mas não obstante isso estará de boa-fé, na sua dimensão ética, porque escusável o erro⁸⁶. Esses sim, na concepção ética de boa-fé, os elementos que, presentes, justificam a incidência do disposto no § 4º do art. 1228 do Código

⁸³ Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

⁸⁴ “Art. 550. *Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d’un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d’être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.*”

⁸⁵ Fernando Noronha. *op. cit.*, p. 134.

⁸⁶ Sérgio Stoglia, *Apparenza jurídica e dichiarazioni alla generalità*, Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930, p. 28-29.

Civil. A mesma conclusão resultou da IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal que previu em seu Enunciado 309 que o conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228 do mesmo diploma legal⁸⁷.

5. Separação absoluta entre os juízos petitório e possessório.

O Código Civil introduziu uma importante modificação no direito brasileiro, em seu art. 1210, § 2º, ao prever que “*não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*”, revogando, pela ausência de reprodução nessa nova lei de regência do direito privado, a segunda parte do art. 505 do Código Civil de 1916, que estabelecia: “*não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio*”. Assim, ao não reproduzir esse dispositivo do Código Civil de 1916, determinou a não recepção do instituto jurídico da *exceptio proprietatis*. Doravante, os julgamentos em sede possessória haverão de pautar-se, tão-somente, com base na pureza dos interditos, isto é, levando-se em conta, para a tomada de decisão, apenas as questões pertencentes ao mundo dos fatos⁸⁸.

A questão é antiga em nosso direito. Via de regra, o juízo possessório só admite pretensão e oposição que se relacionem com a posse. Vale dizer: o núcleo e essência do direito à tutela interdital repousa no *jus possessionis*, com abstração de qualquer outra circunstância que não seja a própria situação fática do possuidor em relação à coisa⁸⁹. Pode o

⁸⁷ SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1.109.230-7. 9ª Câmara. Relator: João Carlos Garcia. Acórdão de 13 de maio de 2003. O que sobreleva, na interpretação da norma brasileira, é ignorância do possuidor de obstáculos que lhe impedem de adquirir a coisa, o que há de ser interpretado de conformidade com as circunstâncias e o padrão cultural do meio em que vive. Diga-se e repita-se que, em zonas suburbanas desta megalópole, de tudo ou quase tudo muito carente, não age de má-fé o homem humilde, sem teto para abrigar a si próprio e a sua família, assente residência em casa modesta, com notória aparência de abandono. Não se há de lhe exigir que faça anúncios à procura do dono, porque mal tem para se sustentar, nem que permaneça sofrendo privação, aguardando a boa vontade do proprietário, se as coisas existem para satisfazer as necessidades humanas e o direito condiciona a propriedade ao cumprimento de sua função social.

⁸⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. FIÚZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1081.

⁸⁹ Na lição de Orlando Gomes: “A alegação de domínio ou de outro direito real na coisa, não obsta à manutenção, ou reintegração de posse. O dono da coisa não pode, sob o fundamento de que lhe pertence, embaraçar o exercício da posse de outrem, seja qual for a sua qualidade, nem apossar-se, por conta própria, de bem que outrem está a possuir. A primeira vista, tal princípio parece injusto e, mesmo paradoxal, porque, ou admite que o fato prevaleça sobre o direito, ou faz com que o direito maior ceda diante do menor. Justifica-se, no entanto, em face da finalidade das ações possessórias, que, por sua natureza, não comportam discussão sobre o

domínio, que concede o direito de possuir, ser até isento de qualquer ressaibo de incerteza, mas, mesmo assim, não deve influenciar na demanda possessória. A posse existe com a intenção de dono, mas também pode existir sem ela, e até com o reconhecimento de outro dono, e bem assim com o poder físico de dispor da coisa, como sem esse poder. E, se em geral, sua defesa é exercida contra as agressões de terceiro, não raro o é contra as agressões do dono, reconhecido como tal pelo próprio possuidor⁹⁰.

As Ordenações Filipinas vedavam a discussão do domínio em sede possessória: “*e posto que allegue, que he senhor da cousa, ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constrangido, restituil-a ao que a possuía, e perca todo o direito que nella tinha, pelo fazer por sua propria força, e sem auctoridade de Justiça*”⁹¹.

Carlos de Carvalho, em seu *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*, estabelece em seu art. 353, a inaplicabilidade da exceção de domínio no juízo possessório, aduzindo que “*não é cabível a excepção de domínio, ainda que provada incontinenti. Só depois de restituída a posse, poderá o réo intentar a acção sobre a propriedade*”⁹². Cita, em apoio à sua afirmativa, o disposto nas Ordenações Filipinas 3, 40, 2; Ordenações Filipinas 3, 78, 3, *in fine*; Ordenações Filipinas 4, 58, 1 e no Decreto nº. 3084, de 05 de novembro de 1898, parte III, art. 499.

A *Consolidação das Leis Civis*, de Augusto Teixeira de Freitas, em seu art. 817, firmava a tradicional posição de que não se admite no juízo possessório a defesa fundada no domínio: “*art. 817 – Não se admite nas acções de força a defeza fundada em domínio, ou em outro qualquer direito, que se allegue ter sobre a cousa esbulhada*”⁹³.

Não obstante, contraditoriamente, no artigo seguinte, artigo 818, dispunha: “*art. 818 – não se deve julgar a posse em favor daquelle, a quem se mostra evidente não pertencer a propriedade*”. Esta posição, consoante a *Consolidação*, era baseada unicamente

domínio. Protege-se pura e simplesmente a posse, embora, muitas vezes, se sacrifique a realidade pela aparência. Mas nem por isso o dono da coisa está impedido de defender a sua propriedade contra quem possui a coisa indevidamente. O que se diz é que o meio processual é impróprio, pois a ação possessória de destina a dirimir litígios relativos à posse, não à propriedade- Para a garantia do seu direito, o proprietário dispõe da ação de reivindicação, a ser exercida precisamente contra o possuidor que detém injustamente o bem. É uma ação petitória, que não se confunde com as ações possessórias, consoante entendimento pacificamente admitido desde os romanos”. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 89.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 126.

⁹¹ FELIPE II. *Ordenações Filipinas. Título LVIII*. Fac-símile. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, p. 851.

⁹² CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 118.

⁹³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1896, p. 491.

em um Assento da Casa de Suplicação, de nº. 378, de 16 de fevereiro de 1896. Teixeira de Freitas, inclusive, na 3ª edição da *Consolidação*, em nota ao artigo 818, exime-se de contrargumentar a crítica de Antonio Pereira Rebouças. Esse autor, em sua obra intitulada *Observações à Consolidação das Leis Civis*, fez forte reprimenda à introdução de tal preceito, em contrariedade ao disposto nas Ordenações Filipinas. Teixeira de Freitas absteu-se de responder, afirmando que se limitou a transcrever a doutrina veiculada pelo Assento⁹⁴.

A regra da *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas, foi transposta para o Código Civil de 1916, por Clóvis Beviláqua, com a seguinte redação, na segunda parte do art. 505: "*não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio*".

Astolpho Rezende, em seus comentários no *Manual do Código Civil Brasileiro*, faz severa crítica a esse dispositivo, não só para inadmitir a exceção aberta, que violaria dois princípios fundamentais do direito, quais sejam, o da especialização das ações e o da autonomia jurídica da posse. Ele, ainda, suscitou a questão constitucional referente à sua tramitação irregular no Congresso Nacional, uma vez que, a 2ª parte do art. 511 (505 no Código Civil de 1916) teria sido suprimida pela *Comissão Especial do Senado*, exatamente por ser incongruente com a teoria formulada por Ihering e adotada na codificação civil. Inadvertidamente, quando do retorno do projeto de Lei à Câmara dos Deputados, esta emenda supressiva não foi discutida e sequer mencionada e, com o parecer do deputado Juvenal Lamartine, acabou ela por ser integrada ao Código Civil, o que introduziu em nossa legislação posição contraditória quanto a admissão ou não da exceção de domínio⁹⁵. Eis a crítica de Astolpho Rezende:

Não se justifica a defesa fundada em domínio e menos se justifica sob o ponto de vista das conveniências de ordem prática, que é o critério a que em geral se apegam aqueles que sustentam a legitimidade daquela defesa. Mas, em tal caso, dar-se-ia uma inversão na posição das partes litigantes, evidentemente, prejudicial ao possuidor, que, dada a natureza sumaríssima das ações possessórias, ficaria, na maioria dos casos, colocado na impossibilidade de defender com eficácia os seus direitos, ou de repelir a alegação dominical, nem sempre fundada, do seu adversário.

Admitir tal exceção seria permitir espoliações verdadeiras, e, o que é mais grave, destruir inteiramente tudo o que arquitetou o Código em relação à posse direta e à posse indireta.

Não se pode deixar de sustentar que a posse é um direito independente, um instituto jurídico autônomo, protegido por ações especiais, cujo objeto exclusivo é, e só pode ser, a posse⁹⁶.

⁹⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *op. cit.*, p. 492.

⁹⁵ REZENDE, Astolpho. *Manual do Código Civil Brasileiro. Do direito das coisas. Da Posse*. v. VII. LACERDA, Paulo de (Org.). Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 209-232, *passim*.

⁹⁶ REZENDE, Astolpho. *op. cit.*, p. 232.

Lafayette Rodrigues Pereira, na nota 11 do seu livro *Direito das Cousas*, contraditou Teixeira de Freitas e demonstrou que este havia interpretado erroneamente o Assento nº. 378 da Casa de Suplicação, de 16 de fevereiro de 1786, formador daquele artigo 818, de sua *Consolidação*.

Explicou Lafayette que o Assento dava interpretação a uma dúvida surgida na Lei de 09 de novembro de 1774. Entrara em dúvida se a referida lei, dispondo que nos bens vinculados a posse civil passaria ao filho e ao neto, e na falta destes ao irmão e sobrinho, havia excluído os bisnetos.

O Assento, interpretando a dita lei, declarou que sendo a *mens legis* que a posse do defunto passe àqueles que tiverem um mais verossímil e provável direito à propriedade, jamais poderia excluir os bisnetos em proveito dos irmãos e sobrinhos, e termina dizendo: que havendo um parentesco, em que se verifique, sem dependência de maior discussão a certeza e preferência indubitável do direito de sucessão; àquele que estiver nessa circunstância se deve julgar transmissível a posse, “até para se não seguir o visível absurdo de se julgar nos interditos restituitórios, e em outros casos ocorrentes no foro, a referida posse àquele mesmo, a que pelo processo e evidência notória dos autos se depreende não lhe dever ser julgada a propriedade”⁹⁷.

O Assento, na verdade, não revogava o dispositivo da lei controversa, mas, interpretava-o corretamente no sentido de negar a posse ao que não é herdeiro certo e legítimo, isto é, no caso figurado, ao sobrinho, o qual, desde que se lhe nega a posse, não poderia usar do interdito contra o herdeiro certo, o neto, ficando destarte afastada a hipótese que o Assento teve em vista prevenir⁹⁸.

Dessa forma, concluiu Lafayette Rodrigues Pereira, que o Assento⁹⁹, pois, em vez de revogar, confirmava a disposição das Ordenações Filipinas (Ord. 4, 58, 1), de que não se pode ilidir a posse com alegação de domínio; mas, para se evitar as conseqüências deste princípio em relação ao caso de que se tratava, acabava por negar a transmissão da posse civil àquele que não fosse o herdeiro certo e indubitável. Assim, a posse de que tratava o Assento configurava uma posse excepcional, isto é, *posse que não pode existir sem um direito anterior*

⁹⁷ Esse último, o 2º quesito controverso do Assento nº 378 da Casa de Suplicação, de 16 de fevereiro de 1786, que Teixeira de Freitas julgava respaldar a introdução da exceção de domínio no juízo possessório.

⁹⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, s.d., p. 58-59.

⁹⁹ É de se notar que a faculdade que tinha a Casa de Suplicação de fixar por interpretação autêntica o sentido das leis, não incluía em si o poder de revogar os textos claros e expressos, como o são os das Ordenações Filipinas.

*que a fundamente*¹⁰⁰. Portanto, a situação fugia ao tema da teoria possessória, pois não se tratava da posse oriunda do poder de fato e, sim, de posse excepcional, fundada em direito. Além disso, o Assento cuidava de reparação de uma situação específica, sanando falha de lei que deveria ser corrigida legislativamente, mas nunca constituindo alicerce para a introdução indevida da exceção de domínio no sistema codificado da proteção possessória.

Constitui-se, portanto, em nosso direito, a introdução da exceção de domínio no juízo possessório um engano, fundado em interpretações errôneas de normas legais e descuidada tramitação legislativa do Código Civil de 1916.

Procurando construir um entendimento possível para a incongruência, que permitisse a aplicação uniforme do artigo 505, do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal, em 03 de dezembro de 1969, editou a Súmula nº 487, que dispunha: “*será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste ela for disputada*”.

Consoante essa Súmula nº 487, a exceção de domínio seria aceitável quando os litigantes disputassem a posse a título de proprietários ou quando a posse de ambos os litigantes fosse duvidosa. Não fosse essa a interpretação do art. 505 do Código Civil, no entender da Suprema Corte, o proprietário não possuidor jamais seria vencido pelo simplesmente possuidor, desde que provasse o seu domínio, o que implicaria dizer, em última análise, que deixaria de existir proteção possessória ao possuidor em face do proprietário não possuidor. Daí, a interpretação restritiva do STF, objetivando dar harmonia ao dispositivo.

Em 1973, com a promulgação do Código de Processo Civil, parte da jurisprudência propugnou que a exceção de domínio em ação possessória passou a ser regulada pelo art. 923 do CPC e não mais pelo art. 505 do Código Civil:

“O artigo 505 do Código Civil, na parte que interessa à causa, foi revogado pelo artigo 923, parte final, do Código de Processo Civil que deu à matéria tratamento um pouco diverso. Enquanto que o primeiro estabelecia que a posse não seria julgada em favor de quem evidentemente não tivesse o domínio, o último determinava que o fosse em favor de quem evidentemente o tivesse. Posteriormente a lei 6.820/80 revogou toda a segunda parte daquele artigo. Assim, não mais subsiste a regra, admitindo a *exceptio proprietatis*, embora não me abalance a afirmar que a questão não possa surgir por construção jurisprudencial”¹⁰¹.

“Reintegração de posse – Exceção de domínio – Impossibilidade – Revogação da parte final do art. 505 do Código Civil pelo art. 923 do CPC – Inexistência do elemento “posse” – Carência de ação. A partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, a exceção de domínio em ação possessória passou a ser regulada pelo seu art. 923, atualmente em vigor com a redação que lhe imprimiu a Lei 6.820/80, e não mais pelo art. 505 do Código Civil, estando revogada sua parte final, que autorizava a alegação da exceção de domínio em sede

¹⁰⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *op. cit.*, p. 59.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.898 - CE. 3ª Turma. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Acórdão de 10 de setembro de 1990.

de ação possessória. Se o autor da reintegratória não exercia posse dos bens em litígio não tem interesse processual para o manejo daquela ação, devendo o processo ser extinto sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC¹⁰².

A controvérsia voltou a grassar a partir da edição da Lei nº. 6.820, de 16 de setembro de 1980. A Lei nº. 6.820/80, dispunha, em seu art. 1º, que o artigo 923 do Código de Processo Civil passava a vigorar com a seguinte redação: “Art. 923 – Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio”. Até então estava assim redigido o citado art. 923 do CPC: “na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”.

Assim, a Lei 6.820/80 suprimiu a segunda parte do art. 923 do CPC, que nada mais era do que uma inversão¹⁰³ (em sentido positivo) da *exceptio proprietatis*, contida no art. 505 do Código Civil de 1916. Surgiu daí a indagação se estaria o art. 505, do Código Civil de 1916, revogado ou derogado pela Lei nº. 6.820/80.

Uma parte dos doutrinadores, considerando que era justamente na segunda parte do art. 923 do CPC que se estabelecia a única exceção à vedação da arguição de domínio no juízo possessório, qual seja, o caso da posse disputada a título dominial, isto é, como consequência do direito real de propriedade sobre o bem, entendeu, que, a partir da derrogação desse dispositivo da norma processual, operada pela lei nº. 6.820/80, estava banida do direito pátrio a exceção de domínio, afastando-se definitivamente do juízo possessório as questões dominiais. Isso porque a nova redação do art. 923 do Código de Processo Civil tacitamente teria revogado o art. 505 do Código Civil de 1916, na forma do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº. 4.657/42).

Consideravam esses doutrinadores que a norma em questão, da Lei de Introdução ao Código Civil, previa duas formas básicas de revogação: a expressa e a tácita. Esta última decorre da incompatibilidade do texto normativo posterior com o anterior (que se tem então por revogado), ou da inteira regulamentação pela nova norma, do assunto tratado

¹⁰² MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº 0377767-5. 3ª Câmara Cível. Relator: Vieira de Brito. Acórdão de 12 de fevereiro de 2003.

¹⁰³ O artigo 923, parte final, do Código de Processo Civil deu à matéria tratamento um pouco diverso do que aquela que lhe dava o artigo 505 do Código Civil. Enquanto que o segundo estabelecia que a posse não seria julgada em favor de quem evidentemente não tivesse o domínio, o primeiro determinava que o fosse em favor de quem evidentemente o tivesse.

pela antiga. Tratar-se-ia, na situação em análise, da segunda espécie, referente à revogação tácita, visto que, indiscutivelmente, o art. 923 do Código de Processo Civil se sobreporia inteiramente ao antigo art. 505 do Código Civil.

Daí que, com base nas premissas acima estabelecidas, teríamos, desde 1980, a completa impossibilidade de discutir-se matéria dominial em lides possessórias, mesmo que a discussão da posse tivesse por fundamento o domínio. Ou seja, mesmo que ambos os contendores alegassem domínio sobre o bem, venceria a lide o titular da melhor posse, fosse ou não o titular do direito dominial.

Era a posição, por exemplo, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que se referem inclusive ao efeito repristinatório do art. 923 do CPC sobre o art. 505 do antigo Código Civil. Em 1973, quando da edição do CPC, o art. 923 teria revogado a segunda parte do art. 505 do Código Civil por regular a inteira matéria de maneira diversa. Com a promulgação da lei nº 6820/80 que revogou a segunda parte do art. 923 do CPC, não teria havido a restauração do art. 505 do Código Civil porque não existe em nosso direito a repristinação¹⁰⁴ da lei primitiva quando a lei revogadora é revogada:

Com a superveniência do art. 923 do CPC, restou revogado o art. 505 do CC/1916. A exceção de domínio passou a ser inteiramente regulada pelo art. 923 do CPC, que a previa em sua redação originária. Com a revogação da 2ª parte do art. 923 do CPC pela Lei nº. 6.820/80, não mais é prevista referida exceção no direito brasileiro, pois se manteve apenas a primeira parte do art. 923 do CPC, isto é, a parte que proíbe a discussão do domínio na pendência da ação possessória. Com a revogação, pela Lei nº 6.820/80, da exceção de domínio do art. 923 do CPC, não se restaurou o art. 505 do CC/1916, pois em nosso sistema não há repristinação da lei, quando a lei revogadora é revogada (...)¹⁰⁵.

No mesmo diapasão, Humberto Theodoro Júnior, que ressalta que a vedação da concomitância dos juízos possessório e petitório tem raízes profundas na questão da paz social e no repúdio ao uso arbitrário das próprias razões:

¹⁰⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 7128412-7. 17ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ramon Mateo Júnior. Acórdão de 18 de agosto de 2008. “Com a entrada em vigor do artigo 923, segunda parte, do CPC, verificou-se a revogação tácita do art. 505, segunda parte do CC, uma vez que a exceção de domínio tinha sido tratada diferentemente. Já com a Lei 6.820/80 foi suprimida a segunda parte do art 923 do CPC, no entanto, não voltando a vigorar a segunda parte do art 505, ante a falta de expressa previsão da repristinação.

Assim, revogados os dois dispositivos que permitiam o juízo petitório no possessório, não foi mais possível utilizar a exceção de domínio em ação possessória. Finalmente tem-se que na pendência de ação possessória, é vedado ao autor e ao réu utilizarem-se do juízo petitório, portanto, só depois de encerrada a discussão possessória, poderá o proprietário valer-se do petitório”.

¹⁰⁵ NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.140.

Vários autores têm procurado limitar o alcance da interdição, para sujeitá-la a incidir apenas naqueles casos em que o domínio já estivesse sendo discutido no possessório, em razão de se disputar a posse em função do direito de propriedade. Há até quem fale em violação à proteção constitucional do direito de propriedade, caso ficasse o dono privado do direito de ação reivindicatória, enquanto pendesse a ação possessória. Nada disso, porém, tem razão de ser. A vedação da concomitância do possessório e petitório tem raízes profundas na questão da paz social e no repúdio ao uso arbitrário das próprias razões. O que a Constituição protege é o direito de propriedade usado regularmente, sem abusos, e com a ressalva da sua função social (CF, art. 5º, nº XXIII). Nenhum direito, de ordem patrimonial, é absoluto, de maneira a assegurar ao seu titular o exercício abusivo e sem as limitações impostas pela convivência em sociedade. Tanto é assim, que a lei pune, através do delito de exercício arbitrário das próprias razões, aquele que faz 'justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima' (Cód. Penal, art. 345). O direito de propriedade, portanto, não assegura ao proprietário a faculdade de dispensar a intervenção da Justiça Pública e de expulsar, com a força privada, o possuidor de seu bem. Ao contrário, a lei veda e pune esse tipo de conduta. A composição violenta por iniciativa do proprietário poderia eliminar uma lide, mas intranquilizaria toda a sociedade, inquestionavelmente. (...) Sendo claro que o esbulho, praticado por quem quer que seja, causa sempre uma ruptura do equilíbrio social, e, por isso mesmo, gera ameaça à ordem jurídica, impõe-se a acolher a lição do ilustre jurista mineiro – Ronaldo Cunha Campos –, segundo o qual, o juízo possessório não pode ser entendido apenas sob o ângulo da tutela da posse ou da propriedade. Nele há de se situar principalmente o interesse estatal na repressão ao esbulho¹⁰⁶.

Não obstante a secular controvérsia, o art. 1210, § 2º, ao prever que “*não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*”, não reproduzindo a segunda parte do art. 505 do Código Civil de 1916, promoveu profunda alteração na legislação, de tal sorte que a exceção de domínio em sede de juízo possessório foi eliminada de nosso sistema legal. Conseqüentemente, a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal não mais se aplica ao juízo possessório, já que a causa de sua edição nessa matéria (a possível contradição existente no art. 505 do Código Civil de 1916) deixou de existir, tendo nosso ordenamento jurídico evoluído em sentido contrário da posição que se adotava na época, passando a não mais aceitar a exceção de domínio no juízo possessório, ainda que em casos excepcionais. Esta a posição da interpretação recente da matéria, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, de não admitir a aplicação da Súmula 487 no juízo possessório, mas ainda cabível no juízo petitório¹⁰⁷. A bem da verdade, a

¹⁰⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. III. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 1.304, p. 138.

¹⁰⁷ É a interpretação mesmo, mais recente, da Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº. 736-RO. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão de 28 de abril de 2005. DJ de 16 de maio de 2005, Informativo do STF nº. 387, 09 a 13 de maio de 2005. “Com a edição da Lei nº. 6.820/80, que alterou a redação do art. 923 do CPC, prevalece o entendimento doutrinário de que a exceção de domínio em ação possessória desapareceu de nosso ordenamento jurídico. A esse respeito, colho trecho da obra de Alexandre Freitas Câmara:

‘(...) em 1980, a Lei nº. 6.820/80 alterou a redação do art. 923 do CPC, expurgando sua parte final, que se referia à exceção de domínio. Manteve-se em vigor, tão-somente, a primeira parte do dispositivo, segundo a qual 'na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio'. Desapareceu, então, qualquer referência, no direito positivo brasileiro, à exceção de domínio. É de se

hipótese imaginada pela decisão do Supremo, é de difícil configuração, como ressaltado pela jurisprudência paulista¹⁰⁸.

Sobre a não recepção do instituto jurídico da *exceptio proprietatis* no juízo possessório pelo Código Civil, comenta Joel Dias Figueira Júnior:

a exceção de domínio (*exceptio proprietatis*), mesmo como regra de exceção, sempre violou a pureza dos interditos, afrontando assim o sendo maior dos puristas que preconizavam a tutela possessória e o seu julgamento com base tão-somente na questão de mérito ancorada no *ius possessionis*, à medida que neste tipo de ação não se discute o título de propriedade (...) – A novidade insculpida no art. 1210, § 2º do NCC, modifica radicalmente o panorama sobre o tema apresentado, considerando-se a supressão da segunda parte do antigo art. 505 do CC de 1916 que, em outros termos, significa a não recepção do instituto jurídico da *exceptio proprietatis*. Doravante, os julgamentos em sede possessória haverão de pautar-se, tão-somente, com base na pureza dos interditos, isto é, levando-se em conta, para a tomada de decisão, apenas as questões pertinentes ao mundo dos fatos¹⁰⁹.

A mesma conclusão é referendada pela jurisprudência que considera que, com a promulgação do Código Civil, em seu art. 1210, § 2º, houve, com efeito, absoluta separação

recordar, aliás, que a revogação da segunda parte do art. 923 do CPC, não teve o condão de fazer novamente vigente o art. 505 do Código Civil de 1916, já que não se admite, entre nós, a repristinação tácita (art. 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que não prevê a exceção de domínio, o instituto fica definitivamente sepultado.

Assim sendo, não há mais que se falar, no Direito Brasileiro, em exceção de domínio. No juízo possessório, portanto, não poderá o juiz conhecer da alegação, em defesa, do *ius possidendis*. Opera-se, assim, uma total separação, no direito vigente, do juízo possessório (aquele que versa sobre o *ius possessionis*) e do petitório (aquele que versa sobre o *ius possidendis*).

Não infirma essa tese o conteúdo do Enunciado 487 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual 'será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada'. A proibição de discussão a respeito do ius possidendis dá-se, apenas, nas 'ações possessórias', e nos casos em que se disputa a posse com base no domínio não se está diante de uma 'ação possessória', mas sim de 'ação petitória'.

Não se admite, pois, no direito vigente, qualquer interferência, no juízo possessório, de discussões de natureza petitória. Em outras palavras, não se pode discutir o *ius possidendis* no curso de um processo possessório".

¹⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1.035.649-7. 16ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Jorge Farah. Acórdão de 01 de agosto de 2006. "Ora, o novel estatuto prende-se exclusivamente ao fato da posse nas ações possessórias. Podem ser alegados outros direitos nessa contenda, inclusive a propriedade, mas a decisão será com fundamento exclusivamente na posse. Parece que doravante a situação fica clara. Se, por um lado, essa alegação de propriedade ou direito não obsta a manutenção ou reintegração na posse, por maior razão não impede que seja acolhido o interdito proibitório, no qual a posse ainda não esta frontalmente atingida.

Tantos foram os anos em que se discutiu o citado art. 505 do Código Civil antigo que, por algum tempo, ainda sentir-se-á o ranço das alegações descabidas de domínio nas futuras ações possessórias, situação que, sem dúvida, a futura jurisprudência haverá de esclarecer, com base na nova disposição. Anote-se, contudo, que o novo dispositivo não proíbe a alegação de propriedade ou outro direito nesse campo. *Sob o prisma ainda da vetusta lei, quando ambos os contendores disputam a posse exclusivamente com base no domínio, o que na prática não é muito fácil de ocorrer, cabe ao juiz decidir quem tem melhor fato de posse, se é que essa posse efetivamente existe. Aliás, parece-nos difícil, senão impossível, que o fato da posse seja reconhecido se ambas as partes discutem-na exclusivamente sob respaldo do direito de propriedade".*

¹⁰⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *op. cit.*, p. 1081.

entre os juízos possessório e petitório, sendo defeso, no âmbito da ação possessória, a exceção de domínio:

E, com a mais acatada vênia dos autores, não há negar que, cuidando-se de procedimento exclusivamente de natureza possessória, descabida qualquer incursão sobre o tema petitório. Não discrepa de tal orientação a letra da lei. Com efeito, o § 2º do art 1 210, do Código Civil, estabelece que não obsta à manutenção ou reintegração na posse, a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

Houve, com efeito, absoluta separação entre os juízos possessório e petitório, sendo defeso, no âmbito da ação possessória, a exceção de domínio.

Outra não é a orientação pretoriana: "Na reintegração de posse não basta a alegação de existência do título dominial, a demanda interdital é naturalmente defensiva, exigindo, para que possa ser acolhida, a comprovação inequívoca do desfrute possessório" (RT 741/278)¹¹⁰.

Apelação Cível. Ação de reintegração de posse. Requisitos demonstrados. Exceção de domínio em ação possessória. Inadmissibilidade. Sentença de procedência mantida.

A ação de reintegração de posse, como possessória que é, consubstancia-se no *jus possessionis*. Posse, na doutrina objetiva de Ihering, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é um poder de fato. Logo, inadmissível a defesa da posse com base em título de domínio (*jus possidendi*).

Diante da coexistência dos requisitos preconizados na regra disposta no art. 927 do Diploma Processual – posse anterior dos autores e sua perda em razão do esbulho praticado pelos réus, impositiva a procedência da ação.

Negaram provimento ao recurso. Unânime¹¹¹.

A decisão de primeiro grau deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Além da prova testemunhal ter comprovado o exercício de posse por parte do autor, importante registrar que, com o advento do novo Código Civil, ocorreu a separação definitiva entre o juízo possessório e petitório. Assim, em demandas de natureza possessória, é absolutamente irrelevante a alegação de titularidade(art.1210, §2º, do CCB).

Na medida da nova disposição, o teor da contestação do réu não atinge o núcleo essencial da discussão. O réu busca desqualificar a demanda do autor com base em melhor título de propriedade. A discussão não possui cabimento, pois toda a argumentação se funda no exercício de posse. Com a demonstração de posse pelo autor, não procede a demanda. Voto, portanto, pelo não provimento do recurso¹¹².

Por fim, a *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, estabeleceu em seu Enunciado nº. 79, referente ao art. 1210 , do Código Civil: “A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório”.

Entretanto, o fato mais importante na separação absoluta entre o juízo petitório e possessório, efetuada pelo vigente Código Civil, consiste na valoração jurídica acerca do

¹¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 7128412-7. 17ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ramon Mateo Júnior. Acórdão de 18 de agosto de 2008.

¹¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70015120165. 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. Acórdão de 20 de novembro de 2008.

¹¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 71000834093. Juizados Especiais Cíveis. 2ª Turma Recursal. Relator: Eduardo Kraemer. Acórdão de 22 de março de 2006.

efetivo cumprimento da função social da propriedade, no confronto entre a posse com função social e a propriedade sem função social, que passa a ser a tônica da apreciação judicial em sede de juízo possessório.

Afastada definitivamente a dúbia categoria de quando “*a posse de ambos os litigantes for duvidosa*”, ao qual se referia o entendimento anterior do STF, materializado na Súmula nº. 487, que estabelecia a resolução da questão a favor daquele que fizesse prova da exceção de domínio. Por conseguinte, o Direito, atualmente, não pode esquivar-se ao enfrentamento da questão relativa ao cumprimento ou não, pela propriedade, de sua função social, em face da posse qualificada dos possuidores, para que o interdito do autor proprietário possa receber tutela no juízo possessório.

Isso é claro porque, no Código Civil, o não uso não representa mais um modo legítimo de exercício da dominialidade. O Código Civil expressamente estabelece que o proprietário não tem o direito de não usar o bem. Isso se infere do art. 1.276, § 2º, do Código Civil, que diz que o imóvel que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, após três anos, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Deste modo, numa questão de reintegração de posse, em ação proposta pelo titular do domínio em face dos possuidores, há que se verificar se os possuidores exercem a posse com função social, qualificada pela moradia, e provada através do pagamento de água e energia local, da existência de construções por longo decurso de tempo etc. Esses elementos corroboram a ausência prolongada e o desinteresse do autor-proprietário, a caracterizar o abandono do imóvel¹¹³.

¹¹³ SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 841816-0. 22ª Câmara. Relator: Juiz Campos Mello. Acórdão de 18 de dezembro de 2001. “Possessória. Reintegração de posse. Bem imóvel. Comprovação do domínio e comprovantes do pagamento dos tributos incidentes e não de posse que houvesse sofrido esbulho. Impossibilidade de expulsão coletiva do local, o que poderia ferir direitos adquiridos de numerosos apelados. Não demonstrados os requisitos para a obtenção da tutela possessória, ficando ressalvada aos apelantes a via petítória, observada a prescrição. Verba honorária reduzida. Recurso provido em parte.

“As prova oral e documental permitem segura conclusão de que as ocupações são longevas. Vários dos litisconsortes nasceram no local. Pelo menos desde 1981 já estava consolidada situação que revela que, em rigor, houvera ocorrido anterior abandono da posse pelos autores. O que há ainda agora é apenas a contraposição do *jus possidendi* dos apelantes, que, todavia, relegaram o bem ao abandono no passado, ao *jus possessionis* dos apelados, que há muito tempo agem em relação ao bem como se dele proprietários fossem, sem encontrar

Por outro lado, o autor deve comprovar cabalmente a ocorrência do esbulho, assim como o exercício anterior da posse. Cabe a ele demonstrar, ainda, que a propriedade não estava abandonada, e, exercia, de algum modo, uma função social. Na ausência de comprovação desses pressupostos, não se oferece suporte para o deferimento da liminar. Não há como se dar guarida à pretensão do autor, de ser reintegrado no imóvel, com amparo somente no título apresentado na peça inicial, pois, como anteriormente enfatizado, em sede de possessória, atualmente, interessa apenas a matéria fática, e não o domínio. Do mesmo modo, incabível, após a promulgação do Código Civil, a conversão da reintegração de posse, que vem apoiada em alegação de domínio, em ação reivindicatória. A defesa da propriedade deve ser pleiteada na ação petítória, porque a separação entre ambos os juízos é plena¹¹⁴. Na mesma linha, o entendimento doutrinário proferido na *I Jornada de Direito Civil*, do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal em seu Enunciado nº 78: “Art. 1.210 - Tendo em vista a não-recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º), em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso”.

Com a separação absoluta dos juízos petítório e possessório, reforça-se a tese de que, em sede possessória, se discuta a destinação do bem ao abandono. Esse abandono não se enquadra nas exigências do texto constitucional para a proteção do direito de propriedade, agora examinado sob o aspecto puramente econômico. De fato, ao definir que é garantido o direito de propriedade, mas que esta atenderá à sua função social, o constituinte subordinou a garantia daquele direito ao cumprimento deste último requisito. E como tal, por certo, não se poderá admitir a omissão, por parte do titular do direito que não confere destino algum ao

oposição de quem quer que fosse no início das respectivas ocupações e que, em conseqüência, obtiveram na ocasião o ‘gozo normal e completo daquilo para que, conforme a sua natureza ou índole, a coisa prestava’, tal como já previa o art. 531, do Código Civil Português, de 1867, ao se referir à prescrição *ad usucapionem* (cf. Manuel Rodrigues Júnior - *A Posse* - Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1926, p. 288.). Apenas reduzo o montante dos honorários, seguindo o alvitre do eminente Juiz Relator e nesse único ponto é que provejo o recurso”.

¹¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70008488934. 19ª Câmara Cível. Relator: Leoberto Narciso Brancher. Acórdão de 01 de junho de 2004. “Reintegração de posse. Requisitos. Exercício de posse anterior. Esbulho. Domínio. Fungibilidade das ações possessórias. A fungibilidade entre as ações possessórias, prevista no art. 920, do CPC, somente se aplica aos pedidos de proteção possessória entre si. Descabida a conversão da reintegração de posse, que vem apoiada em alegação de domínio, em ação reivindicatória. Defesa da propriedade deve ser pleiteada na ação petítória. Não comprovado pela autora o exercício da posse anterior, não há que se deferir a reintegração postulada. Ausência de requisito essencial do art. 927, do CPC. Sentença mantida. Negaram provimento”.

bem, ou deixando de, com este, produzir e, conseqüentemente, de distribuir renda, ou, ainda, não o destinando à moradia ou a qualquer outro fim socialmente útil. Como tal, não lhe cabe proteção possessória¹¹⁵.

A função social, instituída constitucionalmente, visa, simplesmente, a fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina, o que não gera a contraposição entre os interesses individuais e coletivos. Ao contrário, compatibiliza-os, e representa, outrossim, uma harmonização do instituto com os fins legítimos da sociedade. Se o titular do direito se mostra desidioso, não utilizando as

¹¹⁵ Referendando esse posicionamento, o eloqüente acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70004913729. 19ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ghuinter Spode. Acórdão de 15 de abril de 2003. “A ação ora em liça vem representada por um interesse reintegratório na posse de área que denominou o Município apelado de ‘área verde’. Comprova o apelado a propriedade da área, mas não sua posse anterior, saliento.

A apelante não nega tenha adentrado à área para ali dar um mínimo de dignidade à sua existência, bem ainda teto aos seus filhos. Roga a apelante JUSTIÇA. A atividade primordial por esta Corte é distribuir Justiça. A aplicação das leis é a função mais freqüente dos magistrados, mas lamentavelmente, em alguns casos, a aplicação cega das leis leva às injustiças.

Existem princípios da administração pública que devem ser seguidos, mas não se confunda o seguimento a princípios públicos com a perseguição destes a qualquer custo. Nos presentes autos, apresenta-se o poderoso poder público municipal - desculpem a redundância - munido de título de propriedade, exigindo a expulsão de uma humilde cidadã de uma área verde de sua propriedade, sem, contudo apresentar alternativas à sua recolocação.

De outro lado, apresenta-se a simples Maria, faxineira, separada, cinco filhos, clamando por Justiça e um pequeno pedaço de terra onde se assenta sua humilde casa. Aliás, esta casa não representa mais do que 20 metros quadrados em peça única, de madeiras de duvidosa qualidade.

O art. 5.º, da Constituição Federal, em seu inciso XXIII, consagra o princípio da função social da propriedade.

Analisando as fotos acostadas aos autos (fls. 08 e 124), verifica-se que o pequeno casebre foi construído junto a uns matos e barrancos. Isto mesmo, matos e barrancos. Na caída de uma encosta qualquer. Devemos colocar na balança da Justiça o interesse geral da sociedade de Bento Gonçalves, no que pertine à manutenção da reclamada na área verde (matos e barrancos); bem ainda o estabelecimento de condição digna de vida à humilde Maria.

Parece-me, salvo respeitáveis posicionamentos contrários, que a balança deve pender a quem maior prejuízo sofrerá. À Maria, restará somente as ruas, talvez embaixo de uma ponte, um banco de praça qualquer da comunidade de Bento Gonçalves. Penso que talvez aí o interesse geral e maior da comunidade de Bento Gonçalves se aperceba das flagrantes injustiças sociais cometidas contra as camadas mais pobres da população.

Deve o julgador, em casos como o presente, aquilatar e sopesar a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No que tange à proporcionalidade, penso já haver discorrido, mas complemento afirmando que são absolutamente desproporcionais as conseqüências da medida, acaso mantida a decisão *a quo*.

Vejam os. Ao município apelado, mantida e resguardada estará a sua posse sobre uma área de matos e barrancos, no Loteamento Popular de Interesse Social Ouro Verde II. Impossível deixar de registrar a verdadeira contradição na denominação do loteamento.

À apelada, nada. A rua. A praça. O prejuízo com o material utilizado para erguer seu humilde barraco. *Pertinentemente à razoabilidade, tenho por absolutamente irrazoável retirar-se a apelante do local para que se deixe ali novamente florescer o mesmo mato então existente. Nada acrescentará ao demandante. Só haverá mato. Quanto à demandada, perderá tudo o que possui. Prejuízo pleno.*

Neste momento é que se perquire acerca da função social da propriedade. A situação acima retratada nem de longe espelha uma aplicação social na propriedade do ente apelado. Ao contrário, está o apelado a fazer uso arbitrário de seu direito, expulsando uma cidadã de uma área de matos e barrancos, cujos quais a municipalidade sequer declinou futura destinação. É o tirar por exercer seu direito, tão-só.

Salientei no começo a ausência de prova acerca da posse anterior. A moldura probatória acostada aos autos é carente deste requisito essencial à procedência da demanda. O título de propriedade (fls. 9/10) não se presta a afirmar a posse anterior do apelado. Estou provendo o apelo”.

faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este produz ou possui capacidade de produzir, sujeitar-se-á às cominações legalmente estabelecidas; dentre elas, a não tutela jurídica por desatendimento das exigências da função social da propriedade¹¹⁶.

Nesse diapasão, no juízo possessório, a função social da propriedade (que se exerce, pela posse, através da sua teleologia social) possui destinatários específicos, a saber: o titular do direito de propriedade, o legislador e o juiz.

Para o titular do direito de propriedade, a função social assume uma valência de princípio geral. A sua autonomia para exercer as faculdades inerentes ao domínio não corresponde a um livre-arbítrio. O proprietário, através de seus atos e atividades, não pode perseguir fins anti-sociais ou não sociais, como também, para ter garantida a tutela jurídica ao seu direito, deve proceder conforme a razão pela qual o direito de propriedade lhe foi outorgado. Em outras palavras, deve proceder de forma a promover os valores fundamentais da República esculpidos no texto constitucional¹¹⁷.

A disciplina dada pela Constituição ao princípio da função social impõe ao legislador ordinário que não conceda ao titular da propriedade, mediante normas infraconstitucionais, poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse social positivamente tutelado, assim como a predisposição de um estatuto que, em positivo, conceda

¹¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 014.042-4/3. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Fernando Horta. Acórdão de 19 de fevereiro de 1998. “No local onde os autores alegam possuir uma gleba bruta, o que se encontra hoje é um bairro urbanizado, com lotes de terreno, casas de habitação e de comércio, ruas e praças. Isso tudo não pode ser reivindicado, em razão da inidoneidade do objeto, da gleba, que se alterou de tal forma que atingiu sua própria substância, além de ser impossível, social e economicamente, a retirada de um bairro de cima da gleba, induzindo a aplicação do artigo 77, 79, ‘caput’ e incisos I e III, e art. 589, inciso IV, todos do Código Civil, que tratam do desaparecimento do direito, inclusive o de propriedade de bem imóvel, com o perecimento de seu objeto.

É um fato social consumado. A Justiça não pode ignorar os fatos consumados, sob pena de aplicar-se a máxima ‘*summum jus, summa injuria*’, ou seja, direito estrito, suprema injustiça.

O E. STJ, em casos infinitamente menos graves, aceita a solução do caso consumado e da situação irreversível - RSTJ 88/93, Min. Hélio Mosimann. A solução jurídica é dada pelo próprio Código, no art. 7º 9, a saber: ‘se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos, contra o culpado’.

Ora, a culpa dos réus, por conluio e simulação de compromisso, nunca foi provada. Mencione-se que, se os autores se sentem prejudicados pelo loteador, devem dirigir contra ele suas pretensões indenizatórias. Ele é que terá sido o verdadeiro causador do dano. Contra os adquirentes apelantes, os apelados não têm ação. Finalmente, cabe afirmar ainda que, em face do tempo decorrido, ocorreu prescrição aquisitiva em favor dos réus”.

¹¹⁷RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 597163518. 6ª Câmara Cível. Relator para o Acórdão: Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Acórdão de 27 de dezembro de 2000. “Ação reivindicatória. Improcedência. Área de terra na posse de centenas de famílias, há mais de 22 anos. Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a Constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78, e 589, do CC. Conseqüências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade. Apelação desprovida por maioria.

ao titular aqueles poderes necessários para perseguir os objetivos constitucionais relevantes.

Como expressa Pietro Perlingieri:

Se Tício obteve reconhecimento pelo ordenamento jurídico da propriedade de um determinado bem e essa propriedade tem uma disciplina inderrogável fora dos poderes do titular, fora da autonomia privada, e se nessa disciplina existem determinadas obrigações de comportamento por parte do proprietário, isso significa que só recebeu do ordenamento jurídico aquele direito de propriedade na medida em que respeite tais obrigações, na medida em que respeite a função social do direito de propriedade. Se o proprietário permanece inadimplente e não se realiza a função social da propriedade, ele não é mais merecedor de tutela de parte do ordenamento jurídico: não existe mais razão para tutela, não há mais razão para o direito de propriedade¹¹⁸.

Desse modo, a função social exsurge como critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e demais operadores do Direito. Neste sentido, o operador jurídico deve adotar sempre a função social como critério de interpretação e aplicação do direito, deixando de aplicar as normas que lhe forem incompatíveis. Assim também lecionam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

Disso decorre que, se uma determinada propriedade não cumpre sua função social, perde o seu título justificativo. De fato, se a função social é noção que surge exatamente na busca de uma legitimidade da propriedade privada, não seria excessivo afirmar que, em sua ausência, seja retirada a tutela jurídica dominical, em situações concretas de conflito, para privilegiar a utilização do bem que, mesmo desprovida do título de propriedade, condiciona-se e atende ao interesse social.

Por outro lado, percebe-se, desde logo, quão infrutífera resulta a tentativa de atribuir conceito unitário para a função social, visto tratar-se de noção flexível, variável, em virtude mesmo da variedade e relatividade da noção de propriedade, como se constata inclusive no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

De fato, consolida-se pouco a pouco o pensamento doutrinário que trata a propriedade em perspectiva pluralista, em face das diversas disciplinas jurídicas sobre ela incidentes. A diversidade de propriedades, seja sob o aspecto qualitativo (propriedade urbana x rural; propriedade de bens de consumo x de bens de produção etc.), quantitativo (e.g., propriedade de até 250 metros quadrados x propriedade maior que 250 metros quadrados) ou subjetivo (e.g., propriedade privada x pública), e dos regimes legais a elas aplicáveis, desaconselham e desautorizam a sua análise unitária, cuidando-se, afinal, de situações jurídicas díspares, reguladas por estatutos distintos.

Tal como o direito de propriedade, também a função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo¹¹⁹.

Em se tratando de ações possessórias incidentes sobre bens imóveis, por exemplo, este princípio constitucional faz com que o juiz seja obrigado a examinar, no caso concreto, o cumprimento da função social da propriedade (ou da posse), tanto por parte do

¹¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Jovene, 1970, p. 71.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo & SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (Org.). *Questões Agrárias. Julgados Comentados e Pareceres*. São Paulo : Método, 2002.

autor, como do réu, se for o caso. Se concluir que o princípio não era atendido pelo autor da ação, o juiz deve julgá-la improcedente. Do contrário, sendo a conduta negligente a do réu, cabe o provimento da demanda.

A função social da propriedade, pela sua natureza de dever do proprietário, assume uma importância transcendental para o trabalho da Magistratura. “Significa, na prática, que o Judiciário só pode dispensar proteção jurídica ao proprietário que prove ter cumprido o dever da função social. Em outros termos, a Constituição cria para o proprietário o ônus de provar em juízo que deu à propriedade uma função social, para que possa merecer a tutela jurisdicional. Por conseguinte, segundo a Constituição, a propriedade não é só um conjunto de poderes do indivíduo sobre as coisas, que ele pode usar a seu talante, mas também o dever de exercitar esses poderes numa direção social. Em resumo, a Constituição introduziu o conceito de dever no conteúdo do direito de propriedade”¹²⁰.

Há, portanto, um pressuposto processual, emanado diretamente da Constituição e confirmado agora, pela redação do art. 1210, § 2º do Código Civil (mediante a exclusão da exceção de domínio do juízo possessório), que estabelece a exigência de comprovação do adimplemento da função social da propriedade, por parte do proprietário. Assim, na possessória, o descumprimento da função social desqualificaria a posse. E, tanto nas possessórias quanto nas petitórias, para a prova da propriedade, não bastaria o título, sendo também necessário provar o cumprimento da sua função social¹²¹.

¹²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. Novas reflexões sobre a função social da propriedade. In: *Revista de Direito Processual Civil*. v. 5, n.18. Curitiba: Gênese, dez. 2000, p.711-722.

¹²¹ Tanto na ação petitória, como na ação reivindicatória, pode ser indeferida a tutela, mesmo em caráter antecipado, se o proprietário não comprovar que procurou, a todo o tempo da relação jurídica, dar ao bem uma função social: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 573.211.4/2-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Acórdão de 07 de agosto de 2008. “Aparentemente, a ação petitória tomou o rito especial de ação possessória, o que se mostra inadequado. Nada impede, como é óbvio, a antecipação da tutela, desde que preenchidos os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil. A lacunosa inicial, todavia, não diz uma palavra sobre qual seria o dano irreparável, ou de difícil reparação, de situação que perdura há pelo menos seis anos.

Ao contrário. No ano de 2003, as partes acordaram a possibilidade de venda do imóvel aos possuidores, no prazo de noventa dias. Somente três anos após, é que foi ajuizada a ação reivindicatória. Há manifesta contradição em termos entre a urgência da antecipação de tutela e a prolongada e concludente inércia do titular.

Uma das funções da boa-fé objetiva é a de controle, que impõe ao credor, no exercício de seus direitos, o dever de não agir de modo antijurídico. Entre essas condutas coibidas, está o protraimento desleal do exercício de um direito (*supressio*). A longa inércia do credor, no caso concreto, gerou no devedor a razoável expectativa de que não haveria a retomada repentina. Na lição clássica de Menezes de Cordeiro, “diz-se *supressio* a situação do direito que não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé” (*Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 1.984, v. 2, p. 297.). Há outras questões relevantes a impedir a concessão de tutela antecipada. No ano de 2003, o autor celebrou acordo com mais de vinte possuidores do imóvel, todos devidamente nominados e identificados no termo de audiência. Causa espécie, assim, que três anos após, tenha sido a ação reivindicatória ajuizada somente contra um deles, mas com pedido para desocupação integral do imóvel. Claro que são comuns situações de imóveis

Em conformidade com isso, a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que considerou que o ingresso público e ostensivo em imóvel abandonado, no qual o atual possuidor constrói sua residência, concedendo ao bem uma função social, descaracteriza o vício objetivo da clandestinidade e afasta, conseqüentemente, a alegação de esbulho:

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo no. 2004.05.1.008727-5. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator Juiz João Batista Teixeira. Julgado em 11 de maio de 2005. Civil. Direito das coisas. Posse. Separação entre os juízos petitório e possessório. Vedação à exceção de domínio. Ingresso em imóvel abandonado. Ausência do vício objetivo da clandestinidade. Publicidade da ação. Posse justa. Esbulho descaracterizado. Função social da posse. Direito constitucional à moradia. Dignidade da pessoa humana.

1. Nas ações possessórias, veda-se a discussão de domínio, já que a causa de pedir e o pedido devem versar exclusivamente sobre posse, independentemente da alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.
2. No juízo possessório, portanto, não poderá o juiz conhecer da alegação, em defesa, do direito de propriedade (exceção de domínio), operando-se, assim, uma total separação, no direito vigente, entre *ius possessionis* e *ius possidendis*.
3. O ingresso público e ostensivo em imóvel abandonado, no qual o atual possuidor constrói sua residência, concedendo ao bem função social, descaracteriza o vício objetivo da clandestinidade e afasta, conseqüentemente, a alegação de esbulho.
4. Em circunstâncias tais, a posse insere-se entre os direitos da personalidade, na medida em que concede efetividade ao direito social à moradia (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) e oportuniza, ao cidadão, acesso a bens vitais mínimos capazes de conferir dignidade à pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), fomentando, conseqüentemente, o desenvolvimento da entidade familiar.
5. Recurso conhecido e provido, sentença reformada.

Com a exclusão da exceção de domínio do juízo petitório, há de se verificar o conteúdo mesmo do direito de propriedade invocado. Na aplicação do disposto no Código de Processo Civil, em seus artigos 926 a 933, o juiz não pode limitar o debate judicial à questão da posse, vista singelamente como a situação fática de sujeição da coisa ao indivíduo, mas sim, proceder à investigação acerca do atendimento da denominada função social da propriedade. Ao juiz, como intérprete da norma jurídica, cabe extrair do direito positivo sua verdadeira concepção teleológica, adequando-o, sopesando cada fato concreto que lhe venha a ser submetido. Ele há de construir uma nova exegese da norma a respeito da posse e da propriedade imóveis, dando vida efetiva ao conceito da função social da propriedade.

invadidos por sem número de pessoas não identificadas. Aparentemente não é o caso dos autos, pois os possuidores são em tese conhecidos em virtude de anterior transação judicial celebrada entre as partes. Nada justifica a providência excepcional de se colocar no pólo passivo e se citar apenas um deles, estendendo a decisão judicial aos demais. Finalmente, a transação judicial ressalvou os direitos das partes. O do autor, à titularidade do domínio registral. Os dos réus, à possibilidade de invocar a existência de posse *ad usucapionem*. Para efeito reivindicatório, posse injusta é aquela sem causa jurídica a justificá-la, sem um título, uma razão que permita ao possuidor manter consigo a posse de coisa alheia. Em outras palavras, pode a posse não padecer dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade e, ainda assim, ser injusta para efeito reivindicatório. Basta que o possuidor não tenha um título para sua posse. Se existe razoável suspeita da existência de posse *ad usucapionem*, carece de verossimilhança o direito do autor, para efeito de concessão de tutela antecipada”.

Assim, para que o autor, titular do domínio, tenha sucesso no seu pedido reintegratório, ele deve, no caso da propriedade rural, provar o grau de utilização e eficiência de exploração da área objeto da possessória, nos termos e forma previstos na Lei nº. 8.629/93. Essa é a única prova legal - e documental por natureza - que autorizaria a imediata reintegração. No caso de imóveis urbanos, cabe provar a destinação social pela moradia, exploração econômica ou outro uso socialmente reconhecido.

O mesmo desiderato se aplica aos imóveis públicos. Em que pese ser o bem litigioso de propriedade do Estado, sendo a sua posse mero corolário do seu domínio, tem-se que tal condição não retira a obrigatoriedade de a propriedade ter uma função social. Pelo contrário, sendo o Estado o gestor das relações humanas, e tendo a obrigação de sempre zelar pelo cumprimento da lei e, principalmente, da Constituição, deve ser ele o primeiro a destinar as suas propriedades de modo a que tenham uma função social relevante. A não destinação socialmente adequada de um bem estatal é muito mais grave do que a ocorrência de hipótese semelhante em relação à propriedade particular, porquanto o Estado deve dar o exemplo, zelando sempre pela legalidade de sua atuação, inclusive no que tange ao aproveitamento de seus bens, em observância ao interesse público¹²². Veja-se que, se o próprio Estado não dá uma destinação adequada aos seus bens, não terá como persuadir seus cidadãos a adotar tal atitude. Assim, a condição do bem ser público não afasta a possibilidade de se observar, no momento do julgamento da ação possessória, questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, e o direito à moradia, dentre outras¹²³. Nesse sentido, a resolução da *IV Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro

¹²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Remessa *ex officio* nº. 2001.04.01.038683-3. Terceira Turma. Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère. DJ de 28 de maio de 2003. “Ementa. Administrativo. INCRA. Distribuição de propriedade. Proteção e subsistência da economia familiar. Política agrária favorecendo a ocupação e produção do campo. Hipótese em que, apesar de não existir disposição legal que defira a transmissão da concessão de uso, a não ser por ato administrativo, por razoabilidade deve ser mantida a posse da autora que já está com o uso da terra e, conforme prova testemunhal mora e subsiste da agricultura por ela cultivada no local, sob pena de aviltar a pretendida função social da propriedade”.

¹²³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Remessa *ex officio* nº 2002.04.01.014836-7. Terceira Turma. Relatora: Maria Helena Rau de Souza. DJ de 20 de abril de 2005. “Constitucional e administrativo. Ação reintegratória de posse proposta pelo INCRA. Transferência de imóvel do Projeto de Assentamento Fazenda Inhacapedum. Vedação de alienação. Afastamento. Função social da propriedade. Integração dos réus ao regime produtivo do processo de assentamento.

1. É certo que os imóveis concedidos pelo INCRA a particulares, em virtude de reforma agrária, não podem ser alienados antes de decorridos dez anos, nos termos do artigo 189, caput, da Constituição Federal. 2. Sobreleva, todavia, considerar que todo e qualquer imóvel deve atender a sua função social, de acordo com o artigo 5.º, inciso XXIII, da Constituição Federal. 3. Da prova produzida nos autos, inclusive do depoimento pessoal do preposto do INCRA, constata-se que os réus, a quem foi transferido o imóvel, encontram-se totalmente integrados ao regime produtivo do projeto de assentamento. 4. O deferimento da reintegração de posse ao INCRA acarretaria prejuízos aos atuais ocupantes do imóvel, que o adquiriram de boa-fé e têm mantido a sua

de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, expressa em seu Enunciado nº. 304: “Art. 1.228 - São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da *I Jornada de Direito Civil*, no que concerne às demais classificações dos bens públicos”.

Conclui-se, portanto, na nova exegese, que a posse qualificada pela função social merece uma proteção especial diversa daquela que o sistema atualmente confere. Primeiro, porque se instala onde a propriedade não cumpre a sua função social; segundo, porque atende a direitos fundamentais sociais como a moradia e o trabalho¹²⁴.

6. Conclusão.

Ressalta-se, de todo o exposto no presente trabalho, que o Código Civil alterou significativamente a tradicional disciplina da posse no direito brasileiro, ao contrário do que pensam alguns autores.

Primeiramente, definindo a posse como um instituto autônomo, que não se vincula necessariamente ao direito de propriedade. A posse é uma relação que decorre da necessidade humana de apropriação econômica das coisas, e recebe tutela desde que esta apropriação corresponda a um ideal coletivo, consoante os costumes e a opinião pública.

Sendo a posse, no Código Civil, uma relação de apropriação econômica, para o estabelecimento dessa relação não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. É preciso remontar ao instante de tomada da posse e verificar em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar, tornando-se imperioso que em um dado momento aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa. Assim, é a *causa possessionis* que decide a questão de se saber se há posse ou detenção.

O exame da *causa possessionis* é fundamental para a determinação da posse, necessitando-se de averiguar se os fatos que constituem uma relação durável e interessada com a coisa, qual seja, se está presente a circunstância do possuidor se servir e explorar a coisa em seu interesse, para si, de se colocar em senhorio dela. Isso se comprova através da

exploração nos termos visados pelo projeto de assentamento, cumprindo, dessa forma, a função social exigida pela Carta Magna. 5. Remessa oficial improvida”.

¹²⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 403.

intersversão da posse, que ocorre quando, por circunstâncias objetivas, valoradas e referenciadas socialmente, transmuda-se a maneira do possuidor agir em relação à coisa, apropriando-se da mesma, como já demonstrado no decorrer do presente trabalho.

Também comprobatório do caráter do referido instituto como uma relação de apropriação econômica da coisa, é o fato de que a posse, em nosso direito, excepcionalmente, poderia ser reconhecida para aqueles que não têm capacidade de fato, mas, tão somente, a capacidade natural.

Igualmente, também se reconhece a posse naquelas situações em que é máxima a compressão do domínio, como na posse de jazigos perpétuos, em cemitérios públicos. Não obstante a compressão do domínio se permanecem poderes dominiais que ainda possam ser exercidos, há posse.

A função social da posse foi acolhida no Código Civil e está estabelecida na denominada posse qualificada ou, como refere Miguel Reale, *posse-trabalho*, que fundamenta tanto a usucapião de imóvel rural, prevista no art.1.239 (qualificada pelo trabalho e habitação), como a de imóvel urbano, disciplinada no art. 1.240 (qualificada pela habitação), assim como a exceção material do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante).

O direito consubstanciado no art. 1228, § 4º, do Código Civil, expressão da função social da posse, constitui uma exceção material, a exceção de não funcionalização social do domínio. A posse funcionalizada, diante do confronto com a propriedade sem função social, gera uma exceção de caráter material, que não elimina o direito de propriedade, mas o encobre. O proprietário reivindicante, confrontado pelos possuidores, exercentes de posse qualificada pela realização de obras e serviços, tidos pelo juiz como de interesse social e econômico relevante, fica com seu direito em um estado de apatia ou quiescência.

O encobrimento do direito de propriedade perdura enquanto os possuidores estiverem cumprindo com a função social do bem objeto da posse, e isso impede ao titular do domínio, desfuncionalizado sua retomada. Se, porém, o tempo da posse qualificada perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento será definitivo, pela conversão da posse em propriedade, considerando a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião.

Contudo, se antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária, negocial ou não, da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular do domínio de

tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito obedecendo aos ditames de sua função social, para que nova situação não ocorra que lhe impeça o exercício do direito.

Enfatize-se a temporalidade do exercício do direito à indenização, previsto no art. 1228, § 5º, do Código Civil. Proposta pelo proprietário a ação reivindicatória assecuratória, em princípio, do seu direito de propriedade sem função social, e, obstaculizada a eficácia desta pela exceção material da posse coletiva qualificada pela moradia ou pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, nasce, nesse momento, do reconhecimento judicial da quiescência, em face da prevalência da posse com função social sobre o direito de propriedade sem função social, o direito à justa indenização devida ao proprietário. Se os possuidores forem indivíduos com bom cabedal econômico e tiverem condições de efetuar tal pagamento, a solução se imporá, para que não haja um enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Pago o preço, sob essas circunstâncias e nesse momento determinado, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (art. 1228, § 5º, *in fine*).

Presentes determinados pressupostos, excepcionalmente, se admitirá o pagamento da indenização, prevista no artigo 1228, § 5º, do Código Civil, por eventual desapossante com responsabilidade indireta, como a Municipalidade, desde que o comportamento desta tenha sido deflagrador ou possibilitador efetivo da manutenção da posse qualificada dos possuidores.

A função social da posse, por fim, evidencia-se no Código Civil, pelo art. 1210, § 2º, desse diploma legal, que determinou a não recepção do instituto jurídico da *exceptio proprietatis* no juízo possessório. Doravante, os julgamentos em sede possessória haverão de pautar-se, tão-somente, com base na pureza dos interditos, isto é, levando-se em conta, para a tomada de decisão, apenas as questões pertencentes ao mundo dos fatos.

Tal fato possibilita que se exija do proprietário a prova do adimplemento da função social da propriedade. Assim, na possessória, o descumprimento da função social desqualificaria a posse. E, tanto nas possessórias quanto nas petítórias, para a prova da propriedade, não bastaria o título, sendo também necessário provar o cumprimento da função social.

Desse modo, consoante o tratamento da posse no Código Civil, no confronto entre a propriedade sem função social com a posse com função social, o direito de propriedade consistiria, em substância, na sua utilização, ou seja, na posse com o qual este é

exercitado. A posse artificial, meramente civil, em confronto com a posse real, efetiva, qualificada pela função social, deve ceder a esta.

O Código Civil se apresenta, portanto, como um instrumento efetivo para a configuração dos contornos dos efeitos sociais da posse e, assumindo tal escopo, torna-se uma base segura para os operadores do Direito, no deslinde de lides complexas submetidas aos juízos petitorio e possessório, que traduzem os conflitos seculares entre os diversos grupos de nossa sociedade.

7. Referências

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1986.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. V. II. Tomo I. Estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. Algumas notas sobre a distinção de posse e detenção. In: ALVIM, Arruda & CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira & ROSAS, Roberto (Orgs.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AQUINO, Álvaro Sagulo Borges de. *A posse e seus efeitos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II. v. 5*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica. II. II. v. 6*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007.
- CAMBI, Eduardo. Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 11. Rio de Janeiro: PADMA, 2000.

- CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.
- CORDEIRO, António Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas atuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CURASSON, M. *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage*. Dijon: Victor Lagier Éditeur, 1842.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio A Fabris, 1988.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflitos de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FELIPE II. *Ordenações Filipinas*. Fac-símile. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. FIÚZA, Ricardo (Coord.). São Paulo : Saraiva, 2002.
- FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1896.
- FULGENCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. V. 1 e 2. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso (trad). *Cuerpo del derecho civil romano. Primera Parte. Digesto. Tomo III*. Tradução para o espanhol do *Corpus Iuris Civilis*, publicado por Krieger, Hermann e Osenbrüggen. Edição fac-símile da publicada em Barcelona, 1897. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988.
- GENTILE, Francesco Silvio. *Il possesso nel diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GUEDES, Jeferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda & CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira & ROSAS, Roberto (Orgs.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial, 1969.
- IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

- LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade. In: *Revista Forense*. São Paulo, v. 96, n. 352. out./dez. 2000. p. 541-550.
- LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In: RODRIGUES, Manuel. *A posse: estudo de direito civil português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- MACKELDEY, F. *Manual de derecho romano*. Madri: Imprenta de Don Jose Maria Alonso, Editor, 1847.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado*. FIÚZA, Ricardo (Coord.) 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MIGOT, Aldo Francisco. *A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino*. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p. 89.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Tomo X*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Tomo VI*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MONTÉS, Vicente L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*. Madrid: Civitas, 1980.
- MOTA, Mauricio. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NEQUETE, Lenine. *Usucapião especial: Lei 6.969, de 10.12.1981*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nélon e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVART, Ramon de Damau y de. Marqués de Olivart. *La posesion: apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria*. Barcelona: Imprenta de Jaime Jepús, 1884.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em direito romano*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1936.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. v. IV*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. *A disputa da posse*. São Paulo: LTR, 2000.

- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, s.d.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Jovene, 1970.
- PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. v. 1. Roma: Casa Editrice Dott. F. Vallardi, 1925.
- PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. São Paulo: Record, 2001.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.
- REALE, Miguel. *O Projeto do Código Civil*. In: V Semana Jurídica. Faculdades Adamantinenses Integradas. Adamantina: Omnia, 2001.
- RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil* v. 9, n. 34, abr.- jun. 2008, p. 71-91. Rio de Janeiro: Padma, 2008.
- REZENDE, Astolpho. *Manual do Código Civil Brasileiro. Do direito das coisas. Da Posse*. v. VII. LACERDA, Paulo de (Org.). Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- ROCHA, José de Albuquerque. Novas reflexões sobre a função social da propriedade. In: *Revista de Direito Processual Civil*. v. 5, n.18. p. 711-722, Curitiba: Gênese, dez. 2000.
- RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madri: Civitas, 1986.
- RUDORFF, F. Appendice sur l'état actuel de la doctrine. In : SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. 3 éd. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.
- SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894.
- SALEILLES, Raymond. *De la possession des meubles : études de droit allemand et français*. Paris : Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1907.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. T. II. Madri: F. Góngora Y Compañía Editores, 1879.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de la possession en droit romain*. 3 éd. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879.
- SIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- STOGLIA, Sérgio. *Apparenza jurídica e dichiarazioni alla generalità*. Milano: Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930.

- TEPEDINO, Gustavo & SCHRIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (Org.). *Questões Agrárias. Julgados Comentados e Pareceres*. São Paulo: Método, 2002.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil. v. III*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VARELA, Laura Beck. A tutela da posse entre abstração e autonomia. In: *A reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. v. V*. São Paulo: Atlas, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: *A reconstrução do Direito Privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.