



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
Centro de Ciências Sociais  
Faculdade de Direito

Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt

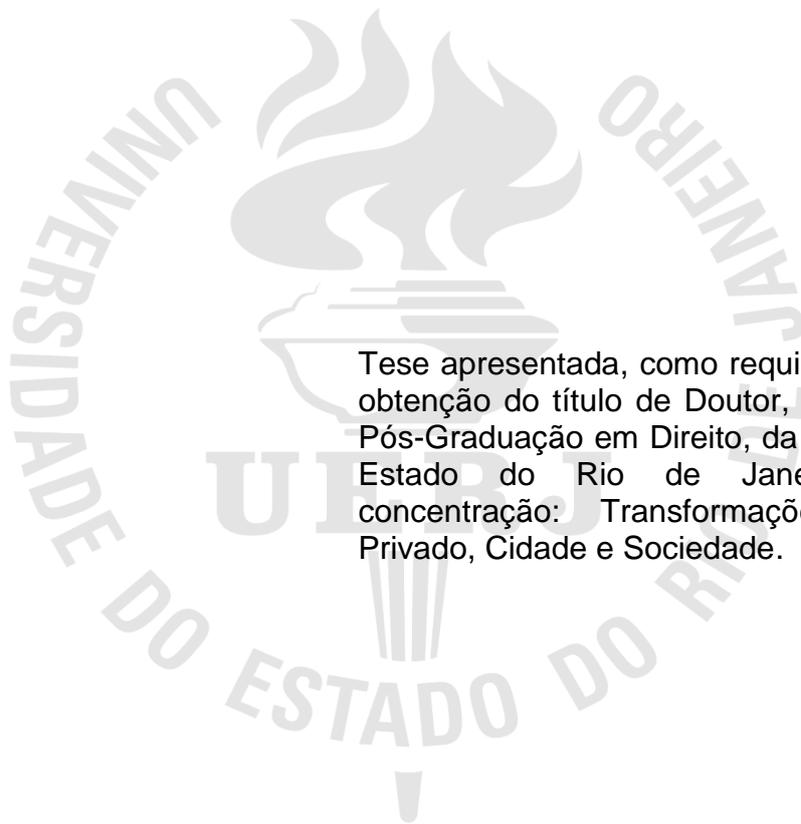
**A posse do art. 1276 do CC como forma de aquisição da  
propriedade imóvel**

Rio de Janeiro

2015

Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt

**A posse do art. 1276 do CC como forma de aquisição da propriedade imóvel**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador : Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

Bittencourt, Marcelo Moutinho Ramalho.

B624

A posse do art. 1276 do CC como forma de aquisição da propriedade imóvel / Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt. - 2015.  
186 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Usucapião - Teses. 2. Imóveis – Teses. 3. Direito de propriedade – Teses. 4. Posse (Direito) – Teses. I. Torres, Marcos Alcino de Azevedo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.232.4

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt

**A posse do art. 1276 do CC como forma de aquisição da propriedade imóvel**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 30 de março de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Marcos Alcino de Azevedo Torres (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof Dr Vicente de Paulo Barretto  
Universidade Estácio de Sá

---

Prof Dr Gustavo Kloh Müller Neves  
Fundação Getúlio Vargas

---

Profª. Drª Célia Barbosa Abreu  
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2015

## **AGRADECIMENTOS**

Sinceramente agradeço a todos aqueles que depositaram confiança na minha dedicação e contribuíram para a concretização deste trabalho, em especial à minha família, aos meus amigos, colegas de trabalho e ao professor Marcos Alcino Torres, cuja sabedoria e apoio incondicionais foram fundamentais para a conclusão desta jornada.

## RESUMO

BITTENCOURT, Marcelo Moutinho Ramalho. *A posse do art. 1276 do CC como forma de aquisição da propriedade imóvel*. 2015. 186 f. Tese (Doutorado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

De inegável relevância na vida humana, a *posse* se configura como um dos temas mais controvertidos no âmbito do Direito Civil. Em todos os seus contornos e características, incluindo sua natureza jurídica, terminologia, efeitos e classificações, observamos um debate acirrado e polêmico a seu respeito, o que demonstra o firme interesse dos estudiosos sobre a *possessio* através dos séculos.

Ademais, compete ao aplicador do Direito compreender o fenômeno possessório a partir das premissas e valores constitucionais fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, levando em consideração as mutações sociais e a realidade dos fatos, para que seja possível extrair do ordenamento caminhos efetivos à concretização de uma sociedade justa e solidária, a fim de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais.

Neste contexto, de forma prospectiva e adequando os conceitos civilistas à Carta da República, defendemos a aplicação do artigo 1276 do Código Civil também em benefício do ocupante qualificado de imóvel abandonado, de modo a consolidar o domínio em seu favor no mesmo triênio conferido à Administração Pública, garantindo-se então aos menos favorecidos o legítimo acesso à moradia e ao trabalho.

Na medida em que o ser humano se constitui no foco de atenção, preocupação e proteção do ordenamento jurídico acreditamos que as exegeses normativas devem concretizar o disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, razão pela qual a *posse de outrem* exercida ininterruptamente sobre bem abandonado merece funcionar como forma de aquisição originária da propriedade imóvel privada no lapso de tempo estatuído no artigo 1276 do Código Civil.

Palavras-chave: Usucapião. Imóveis. Posse. Direito de propriedade.

## ABSTRACT

BITTENCOURT, Marcelo Moutinho Ramalho. *Possession of art. 1276 of the Civil Code as a way of acquisition of immovable property*. 2015. 186 f. Tese (Doutorado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Having undeniable relevance in human life, possession configures as one of the most contentious issues within Civil law. We observe a strained and controversial debate over all of its contours and features, including legal nature, terminology, effects and ratings. That shows scholars' strong interest on possession through the centuries.

Besides, Law enforcers should understand possessory phenomena taking from the viewpoint of the assumptions and fundamental constitutional values, specially the principle of human dignity, taking into consideration the social changes and the reality of the facts, so as to extract from the Law effective paths to achieving a fair and caring society, aiming at eradicating poverty and reducing social inequality.

In this context, prospectively adapting the civilists' concepts to the Charter of the Republic, we support the application of the article 1.276 of the Civil Code also to the qualified occupants of the abandoned property, in order to consolidate the domain on their behalf in the same triennium conferred to the public administration, ensuring to disadvantaged people the legitimate access to housing and employment.

To the extent that human beings are the focus of attention, concern and protection of the legal system, we believe that normative interpretations must implement the provisions set down in Article 1, section III of the Constitution. That's why third party possession exercised uninterruptedly over abandoned property deserves recognition as a form of original acquisition of private property in the lapse of time established in Article 1276 of the Civil Code.

Keywords: Adverse possession. Possession. Right to property. Real estate.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 A POSSE</b> .....	13
<b>2 AS TEORIAS DA POSSE</b> .....	18
<b>3 A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE</b> .....	33
<b>4 FATO OU DIREITO (REAL OU PESSOAL)</b> .....	34
<b>5 DA AUTONOMIA POSSE DA EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE</b> .....	42
<b>6 IUS POSSIDENDI E IUS POSSESSIONIS</b> .....	43
<b>7 TEORIAS SOBRE A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA</b> .....	48
<b>8 AÇÃO REAL OU PESSOAL</b> .....	50
<b>9 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DA AÇÃO REAL E DA AÇÃO PESSOAL</b> ...	54
<b>10 CLASSIFICAÇÕES DA POSSE - ESPÉCIES E QUALIFICAÇÕES</b> .....	56
10.1 Posse direta e indireta .....	56
10.2 Da Composse .....	60
10.3 Posse Ad Interdicta E Ad Usucapionem .....	62
10.4 Posse originária e derivada.....	63
10.5 Posse natural e civil .....	65
10.6 Posse viciada.....	65
10.6.1 <u>Posse Injusta (violenta, clandestina e precária)</u> .....	65
10.7 Do convalhecimento dos vícios. Posse nova e velha .....	68
10.8 A Interversão da posse .....	74
10.9 Posse de boa-fé e má-fé .....	76
<b>11 EFEITOS DA POSSE</b> .....	82
<b>12 NOTAS SOBRE A POSSE NO DIREITO EUROPEU CONTINENTAL</b> .....	86
<b>13 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. A POSSE QUALIFICADA</b> .....	91
<b>14 A PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL. MODALIDADES. O ABANDONO</b> ..	101
<b>15 USUCAPIÃO. RAZÃO E FUNDAMENTOS DO INSTITUTO</b> .....	108
<b>16 A POSSE DO ART. 1276 DO CC SOBRE O BEM ABANDONADO</b> .....	121
<b>17 A POSSE DO ART. 1276 DO CC COMO OBSTÁCULO À ARRECADAÇÃO PELO ESTADO</b> .....	126
<b>18 A POSSE DO ART. 1276 DO CC COMO FORMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL</b> .....	137
<b>CONCLUSÃO</b> .....	168
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	170

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho inicialmente abordará o instituto da posse e sua função social, em seus diversos contornos, além da ocupação da coisa abandonada, temas de inegável relevância social e de constante presença nos grandes centros urbanos pátrios.

Com o advento da Carta Política de 1988 restou estabelecido pelo constituinte originário, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que o indivíduo deverá ser o foco de atenção, preocupação e proteção de todo ordenamento jurídico. Assim, por configurar pilar básico do Estado Democrático de Direito, tal princípio empresta suporte axiológico para nosso sistema jurídico, impondo as referências e os limites valorativos necessários à exegese normativa de qualquer espécie.

Neste passo, compreende-se a lição de Vicente Barreto ao analisar os métodos de interpretação constitucional vinculados ao estabelecimento do estudo democrático do direito, na seguinte passagem:

a questão central da concretização da ordem jurídica do estado democrático de direito talvez resida no estabelecimento da conexão entre o domínio normativo, os princípios normativos constitucionais e a sua aplicação prática. Entende-se, pois, as razões pelas quais a tarefa hermenêutica tem um caráter político-institucional de tamanha relevância no estado contemporâneo; trata-se de interpretar dogmaticamente normas e princípios constitucionais que constituem duas faces de uma mesma moeda, sendo que o conteúdo do domínio normativo consiste em valores e normas éticas e políticas não plenamente explicitadas no texto constitucional.<sup>1</sup>

Diante de tais premissas, a análise dos conceitos civilistas e em especial da questão possessória precisa ser compatibilizada com o sistema constitucional, visando ceifar a pobreza e efetivar a justiça social. Em outras palavras, o estudo do direito precisa acompanhar as mutações sociais, a realidade dos fatos e a urgência na concretização de uma sociedade mais justa e solidária, daí porque, na lição de Tepedino, é preciso:

estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o

---

<sup>1</sup> BARRETO, Vicente. **Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, volume 203, 1996, pp. 14-15.

desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.<sup>2</sup>

Nesse contexto, protagonizado pela carência de oferta à maior parte da população de espaços urbanos para moradia e de áreas rurais para o cultivo, apesar da dimensão continental brasileira, a figura da ocupação da terra pelos menos favorecidos adquire contornos dramáticos e merece ser analisada pelo operador do direito com o objetivo de assegurar aos indivíduos uma existência digna, sob a égide da justiça social.

Aliás, a falta de moradia nas cidades brasileiras continua aumentando a cada dia, em função dos elevados custos habitacionais, da insistente especulação imobiliária, bem como pela manutenção da taxa de natalidade e pela maior longevidade de nossa população, tanto que, de acordo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2001, a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (a Munic) apontava que em 56,01% dos Municípios brasileiros havia cadastros de famílias interessadas em programas habitacionais, e, oito anos após, em 2009, esse percentual aumentara para 80%,<sup>3</sup> com um déficit habitacional correspondendo ao espantoso montante de 7,9 milhões de lares.<sup>4</sup>

Portanto, identificar a natureza jurídica da apropriação do imóvel abandonado, delimitando suas nuances, variações e efeitos, em cotejo com as diversas modalidades da posse, permitirá estabelecer uma concepção hodierna do *ius possessionis*, sintonizando-o com os mandamentos constitucionais vigentes, já que o esforço hermenêutico do jurista moderno deve voltar-se “para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado”.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**, Temas de Direito Civil, editora Renovar, 2004, SP, 3ª ed., p. 22.

<sup>3</sup> **Falta De Moradia Atinge 80% Dos Municípios**, disponível em <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/falta-de-moradia-atinge-80-dos-municipios-do-brasil-diz-ibge-20100513.html>

<sup>4</sup> **Direito só no papel - Falta de moradia afeta milhões de brasileiros**, disponível em [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1237:Catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1237:Catid=28&Itemid=23)

<sup>5</sup> MORAES, Maria Celina B. de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil, vol. 65, ano 17, p. 28.

Assim, quanto ao abandono do bem imóvel e seu apossamento *por outrem*, diante da regra prevista no art. 1276 do Código Civil<sup>6</sup> e através do manejo das disposições constitucionais e legais pertinentes à matéria, será possível, no âmbito deste trabalho, demonstrar-se quanto à necessidade de se conferir proteção à apropriação *qualificada* dos bens de raiz, para fins de moradia ou trabalho, e, desta forma, criar-se um espaço teórico para sua configuração como *direito subjetivo*, sem perder de vista quanto à futura aquisição originária da propriedade de tal *res derelicta* no decurso do tempo.

Em seguida, após tratarmos dos fundamentos da usucapião, será possível aduzir sobre o regime jurídico a ser aplicado sobre a coisa inicialmente abandonada, mas posteriormente ocupada pelo possuidor para fins de cultivo ou moradia, com *animo domini*, tomando-se por base o mesmo triênio previsto para incorporação do bem à Administração, conforme estabelecido pelo art. 1276 do atual Código Civil.

Em outras palavras, faria jus também o particular (possuidor) à aquisição (originária) do imóvel abandonado, assim como o poder público, no citado triênio legal? E mais, qual seria a proteção jurídica desse possuidor qualificado frente ao ente público, na defesa de sua posse? Incidiria aqui o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ou, ao revés, deveria ser conferido amparo jurídico ao ocupante do imóvel abandonado em face do Estado?

Afinal, sob pena de violação da “cláusula constitucional da proibição de retrocesso social”,<sup>7</sup> e, considerando que o direito necessita ser visto como elemento de transformação do meio em que vivemos, todo o estudo do tema deverá convergir para conferir eficácia plena ao disposto no artigo acima mencionado, já que garantir “moradia e trabalho na terra mediante a posse é dar efetividade aos princípios fundamentais da República, conferindo dignidade à pessoa, contribuindo para a erradicação da pobreza, formando uma sociedade mais justa e solidária”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> “**Art. 1.276.** O imóvel urbano 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, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. § 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize. § 2º 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”.

<sup>7</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Livraria do Advogado Editora, 4ª edição, Porto Alegre, 2003, p. 295.

<sup>8</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse** – Um confronto em torno da função social, 2ª ed., RJ, ed. Lumen Juris, 2008, pp. 328-329.

É bem verdade que diversas teorias procuram explicar o instituto da posse e sua natureza jurídica, inexistindo uniformidade de pensamento sobre o tema, inclusive no direito comparado, mas, no tocante à sua função social, não devemos mais considerar a posse como mera “vanguarda da defesa do bastião da propriedade”,<sup>9</sup> diante de sua inegável autonomia em relação ao domínio, o que a transforma em mecanismo para solucionar “inúmeras situações jurídicas relevantes”.<sup>10</sup>

Outrossim, vale destacar que a imposição do artigo 5º, inciso XXIII, da CRFB também se aplica à posse,<sup>11</sup> de modo que:

a propriedade imóvel, pública ou privada, que não estiver desenvolvendo uma função social deverá suportar as consequências de ordem social, em especial suportar a posse daqueles que pretendam (necessitem) dar destinação adequada aos referidos bens, evitando nas terras particulares a especulação, o uso do solo como mercadoria, aproveitando-se dos investimentos públicos, e, nas terras públicas, a invasão desordenada, criando mais empecilho para a administração pública, pois, mais cedo ou mais tarde, pela pressão social, será obrigada a instalar os equipamentos urbanos, num ambiente mal distribuído, como de regra acontece com as chamadas cidades informais (mocambos, favelas, etc).<sup>12</sup>

Destarte, a inovação trazida pelo art. 1276 do Código Civil, ao reduzir o lapso de tempo para o ingresso da coisa abandonada, previamente arrecadada, no patrimônio da Administração Pública, encontra amparo no espírito da Lei Maior, pois garante o bem estar da coletividade, ao possibilitar que um imóvel sem utilidade venha servir, após a sua afetação, às necessidades públicas nos seus mais variados aspectos.

No entanto, será demonstrado que o dispositivo do Código Civil em referência contém uma exceção que corresponde a um obstáculo legal à arrecadação, mas não só isso, e este é o ponto central do trabalho, que a mesma posse que é obstáculo à arrecadação do bem pelo Poder Público deve permitir a aquisição do domínio por aquele que a exercer com certas características e por certo tempo.

Ou seja, o possuidor que faz uso de imóvel (privado) abandonado pelo mesmo trípênio, conferindo destinação econômica ao bem de raiz neste lapso temporal, seja para fins de trabalho ou de moradia, também poderá adquirir tal gleba

---

<sup>9</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Prefácio. In TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*

<sup>10</sup> LIRA, Ricardo Pereira, *idem.*

<sup>11</sup> GRAU, Eros R. **Aspectos jurídicos da noção do solo criado**. RT, vol. 504, 1977, pp. 15-16.

<sup>12</sup> TORRES. Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. XXXIV.

através da ocupação no decurso do tempo, conforme será posteriormente demonstrado.

## 1 A POSSE

O tema da posse sempre despertou controvérsia entre os estudiosos através dos tempos,<sup>13</sup> não só por sua complexidade, mas também por sua inegável relevância social. Longe de identificar-se uma unidade de pensamento sobre o assunto, não há quem negue a importância da *posse* na vida humana, afinal, ninguém vive sem exercer o assenhoreamento das coisas, especialmente de seu local de morada ou acomodação, como destaca Luciano de Camargo Penteadó, “o contato do habitante ou trabalhador com a terra tem um significado existencial profundo e que o desapossamento atinge não só, nem principalmente, o patrimônio, mas a pessoa em si”.<sup>14</sup>

Nessas circunstâncias, é possível se afirmar que a dogmática possessória guarda íntima relação com o momento histórico, econômico e político de um determinado grupo, servindo como termômetro indicativo do maior ou menor grau de democracia social vivenciado por seus indivíduos. Como salienta Maria Celina, “as soluções jurídicas são sempre contingentes a determinados contextos sociais”.<sup>15</sup>

No mesmo sentido Perlingieri afirma que “é grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá seus próprios mecanismos”.<sup>16</sup>

Assim, no espaço urbano brasileiro, quanto maior a proteção jurídica da *posse*, menor será a segregação residencial e com isso será possível caminhar para que a dignidade da pessoa humana se torne uma realidade e não mera ficção jurídica.

Aliás, a respeito do assunto, segundo Ricardo Lira:

---

<sup>13</sup> “Poucos temas, no universo jurídico, terão ensejado controvérsias mais acesas e mais duradouras do que a posse. Desde o que seja ela, até os fundamentos e instrumentos de sua proteção, tudo é polêmico; sequer existe um razoável índice de consenso quanto a seus efeitos e sua classificação” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, Tomo III, 9ª ed., Ed. Forense, RJ, 2008, p. 397). E, ainda, “não há matéria que se ache mais cheia de dificuldades do que esta, no que se refere à sua origem histórica, ao fundamento racional da sua proteção, à sua terminologia, à sua estrutura teórica, aos elementos que a integram, ao seu objeto, aos seus efeitos, aos modos de adquiri-la e de perdê-la” (Ruggiero, Roberto de. **Instituciones de derecho civil**, volume I, trad. da 4ª. edição italiana, Madrid, 1929, p. 779).

<sup>14</sup> **Direito das Coisas**, 2ª ed., Ed. RT, SP, 2012, p. 558.

<sup>15</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Ed. Renovar, 2006, apresentação.

<sup>16</sup> **Normas constitucionais nas relações privadas**, Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 63-64.

o assentamento nas grandes cidades se produz de maneira inteiramente perversa, socio-econômicamente dominado pelo chamado princípio da segregação residencial, onde a propriedade também está na mão de poucos, as condições de locação dos imóveis residenciais são cada vez mais severas para o locatário, e o déficit está na casa dos 12 milhões de unidades residenciais. Por força do denominado princípio da segregação residencial, os migrantes são ejetados para a periferia, já que não lhes é possível a fixação no núcleo, onde a terra urbana alcança valores vultosos, criando as cidades dormitórios, separando o homem de seu local de trabalho por quilômetros de distância, sem a efetiva implantação de uma política de transporte de massa. Ademais, imenso contingente - os *sem teto*, correspondentes aos *sem terra* (bóias-frias) do campo - se instala em habitações destituídas das mínimas condições de vida, constituindo as denominadas *favelas*, *mocambos*, *palafitas*, *invasões*, etc. Essa ocupação desordenada e iníqua determina condições dilacerantes para toda a Cidade, no concernente à qualidade de vida, registrada inclusive pela intensa violência urbana, que aliás não deixa de estar presente em várias das grandes cidades do Mundo.<sup>17</sup>

Aliás, como já anteriormente afirmado, subsiste em nosso país um imenso déficit habitacional que, no ano de 2012, alcançava um total de 5.792.508 unidades residenciais<sup>18</sup>.

Então, diante deste quadro comovente, faz-se imperiosa a adoção de uma *interpretação constitucional*, desenvolvida a partir da busca da efetividade da Lei Maior e assentada, de acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos,

em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais à normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação. Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.<sup>19</sup>

Assim sendo, em meados do século XXI, vigorando no país uma nova ordem constitucional voltada à erradicação da pobreza e à construção de uma sociedade

<sup>17</sup> *In Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, impresso pela gráfica Riex, Editora S.A, 1991, p. 43.

<sup>18</sup> *In Nota Técnica de Déficit Habitacional no Brasil*, anos 2011 e 2012, BH, maio de 2014, CEI - Centro de Estatística e Informação, Fundação João Pinheiro, Governo de Minas Gerais, p. 12.

<sup>19</sup> *In A Nova Interpretação Constitucional*, 3ª Ed., Ed. Renovar, 2008, RJ, p. 376.

livre, justa e solidária, conforme fixado no art. 3º da CRFB, não mais é crível pensar a *posse* nos mesmos moldes da concepção patrimonialista das codificações oitocentistas, sob pena de afastar o Direito do *Homem* ou o raciocínio jurídico da realidade social,<sup>20</sup> salvo se a intenção do exegeta for expressa no sentido único de proteção das classes dominantes e da *hegemonia*, nas lições de Gramsci.<sup>21</sup>

Todavia, ainda que seja necessário uma revisitação ao tema da posse, não se pode perder de vista a ponderação de Fernando Luso Soares, quanto aos conceitos já estabelecidos sobre o tema, ou seja,

Não se trata, portanto, de recusar os esquemas tradicionais romano-germano-canônicos da posse. Tal seria um desconchavo. Trata-se antes de ver até que ponto ou medida esses esquemas continuam a recolher e a representar a realidade econômico-social. Trata-se, em suma, de investigar e *atualizar* os parâmetros de uma *fundamentação da posse* que corresponda aos nossos dias.<sup>22</sup>

Desta forma, hoje, entre nós, o aplicador do Direito precisa adotar os princípios e valores constitucionais como referência para análise dos institutos do direito privado, de modo a alcançar a valorização do homem, a par de sua pessoa, dignidade, personalidade e livre desenvolvimento,<sup>23</sup> na medida em que a tutela do patrimônio não pode mais superar a própria proteção humana.<sup>24</sup>

Portanto, através deste proceder hermenêutico será possível superar a lógica patrimonialista codificada e alcançar o espírito solidarista e personalista decorrente da aplicação direta dos princípios constitucionais,<sup>25</sup> em especial quanto à proteção da dignidade da pessoa humana, conferindo-se assim à *posse* uma leitura jurídica atualizada e sintonizada com a nossa hodierna realidade social, evitando que o Brasil mantenha, ainda no século XXI, “os pés atolados na baixa Idade Média”.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, ed. Forense, 11ª ed., 1995, p. XXIII. O autor baiano trata do tema de forma mais abrangente no artigo “A agonia do Código Civil”, publicado na Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, RJ, 1985, vol. 7.

<sup>21</sup> GRAMSCI, Antonio. **Escritos Políticos**, volumes 1 a 4, Lisboa: Editora Seara Nova, 1976.

<sup>22</sup> *In* Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica, a título de Prefácio *in* A Posse – **Estudo de Direito Civil Português**, Manuel Rodrigues, Livraria Almedina, Coimbra, 4ª. Ed., 1996, p. XXIV.

<sup>23</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**, Rev. de Direito Civil, vol. 65, ano 17, p. 30.

<sup>24</sup> LOBO, Paulo L. N. **A Repersonalização das Relações de Família**, *in* C. A Bittar (coord.), O direito de Família e a Constituição de 1988, ed. Saraiva, 1989, p. 53.

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Ed. Renovar, 2006, apresentação.

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed., Ed. Renovar, RJ, 2006, nota de atualização.

Ademais, importante deixar claro também que a postura hermenêutica ora sugerida não importa em abandono ao princípio da segurança nas relações jurídicas, nem na adoção de fundamentos voltados ao estabelecimento de propriedades “coletivas”, mediante o confisco de imóveis legitimamente adquiridos por seus titulares, mesmo porque a própria Constituição garante a todos o direito de propriedade, com o *status* de cláusula pétrea, cuja reforma pelo poder constituinte derivado possui uma limitação constitucional “substancial”<sup>27</sup> ou de natureza “material”,<sup>28</sup> eis que não se admite proposta de emenda tendente a *abolir* qualquer direito ou garantia individual, na forma do artigo 60, § 4º, da Carta Magna,<sup>29</sup> não havendo, porém, proibição no sentido de se ampliá-la.<sup>30</sup>

Em outras palavras, reconhecer importância ao fenômeno possessório quando não fundada na titularidade, não importa em automática diminuição ou

---

<sup>27</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 13ª edição, São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 309.

<sup>28</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 1990, p. 147.

<sup>29</sup> *In verbis*, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

<sup>30</sup> Aliás, indaga-se aqui o seguinte: é possível o advento de emenda constitucional objetivando restringir ou diminuir (e não somente abolir) a garantia do direito de propriedade, face às limitações materiais explícitas impostas pelo poder constituinte originário ao poder derivado reformador? De início, José Afonso da Silva entende que “a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, *tenda*, para a sua abolição” (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª ed., SP, Ed. Malheiros, 2007, p. 67). Assim, a resposta há de ser prestada em cada caso concreto, no sentido da aferição pragmática quanto à consequência resultante de eventual proposta modificativa, direta ou reflexa, uma vez que nem todas as restrições importam necessariamente em inclinação à abolição de tais direitos e garantias. Entretanto, vale mencionar a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Significação e alcance das cláusulas pétreas*, RDA 202/11-17, out./dez. 1995): “serão intangíveis as cláusulas pétreas? Claro está que as matérias que elas protegem são imodificáveis, enquanto elas vigorarem. Mas elas próprias podem ser alteradas, revogadas? À luz do ensinamento de todo um rol de eminentíssimos juristas (Duguit – *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. IV, p. 540, Burdeau – *Traité de Science-Politique*, vol. III, p. 247 e s., Vedel – *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*, p. 117), elas podem ser modificadas ou abolidas. Para estes, sendo absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor”. E finaliza o citado autor, adotando a tese da “dupla revisão” proposta por Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Ed., tomo II, 1987, p. 181 e ss.), “enquanto todas as regras da Constituição – exceto as incluídas no núcleo fundamental – seriam protegidas pela rigidez simples, *i.e.*, somente seriam modificadas de acordo com o procedimento que a Constituição determina para a revisão, as matérias abrangidas pelas cláusulas pétreas seriam *duplamente* protegidas. Para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a cláusula pétrea, depois, segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão”. Por fim, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, através de seu Pleno, quando do julgamento da ADIN – 939/DF (relator Ministro Sydney Sanches, publicado no DJU de 18/3/94, p. 160), considerando a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, fruto do poder constituinte derivado e violadora da Constituição originária, admitiu a existência de “princípios e normas imutáveis”, dentro do texto constitucional, com base no citado artigo 60, § 4º, inciso IV, da atual Constituição.

restrição ao direito de propriedade - mesmo porque inexistem direitos absolutos - mas sim verificar que o Direito não se encerra em si mesmo, pois sua “vinculação com os valores que o informam deve ser desvendada em proceder compatível com o caráter dialético que pode e deve ser imprimido à ciência jurídica”<sup>31-32</sup>.

---

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 10.

<sup>32</sup> À guisa de ilustração, lembramos que o próprio termo *posse* costuma receber variados tratamentos extraídos da idéia de tenência, circunstância que também precisa ser considerada para sua compreensão no mundo jurídico. Como afirma Caio Mario da Silva Pereira, “talvez pelo fato de, nestes 2000 anos de civilização romano-cristã, viver a posse sempre presente na cogitação dos civilistas, é o campo onde os temas andam mais controvertidos. Tudo, em termos de posse, é debatido, negado, reafirmado” (Instituições de Direito Civil, vol. IV, 21ª ed., Ed. Forense, RJ, 2012, p. 11). Vejamos alguns exemplos desses tratamentos: quando um concursado aprovado assume seu cargo público, diz-se que ele tomou posse artigo 78 da CFRB; quando duas pessoas viviam juntas, acasaladas, afirma-se que se encontravam na posse do estado de casados (artigo 78 da CFRB); o guardião de seus filhos tem a *posse* e a guarda de sua prole; um sujeito abastado é alguém de *posses*, e, “não raro, empresta-se ao significante posse a própria idéia de propriedade” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas, ed. Lumen Juris, RJ, 2007, p. 17). E mais, mesmo as palavras “*possessio, possidere*”, que nos deram *posse* e *possuir*, são de étimo duvidoso. Ora vão prender-se a *pedes ponere*, com a ideia de *pôr os pés*, fixar-se. Ora diz que vêm de *sedes ponere, sedium positio*, lembrando a posição do assento” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, pp. 12-13). Todavia, interessa-nos abordar o termo *posse* em sua faceta técnica, ou seja, em seu sentido próprio, daí porque passamos a aduzir sobre algumas teorias que procuram estabelecer seus contornos, dentre outros pontos, para, ao final, conceituarmos tão debatido instituto.

## 2 AS TEORIAS DA POSSE

No curso da história, várias teorias surgiram sobre a caracterização da posse, sendo possível destacar a teoria subjetiva elaborada por Savigny; a teoria objetiva criada por Ihering; a formulada por Saleilles e a concebida por Perozzi,<sup>33</sup> valendo lembrar, todavia, como aduz Darcy Bessone, que “no tocante à posse, tudo é difícil e suscetível de controvérsias.”<sup>34</sup>

No exame que a seguir se faz a respeito do assunto objeto deste tópico, procurou-se detectar o pensamento originalmente elaborado pelo corifeu de cada teoria, mas também, para evidenciar a importância alcançada pelas teses, fez-se uma leitura dos estudiosos da posse na interpretação que estes realizaram a respeito do tema no decorrer dos séculos XX e XXI:

Em 1803, com 24 anos de idade, Friderich Karl Von Savigny publicou o livro *Das Recht des Besitzes*, cujo teor acabou por sistematizar todo o estudo da posse, além de servir de substrato teórico para diversos Códigos ainda vigentes no planeta.<sup>35</sup> Além disso, “o grande romanista reduziu a posse a um mínimo básico de autonomia relativamente à propriedade”,<sup>36</sup> daí porque sua teoria merece destaque quanto à “independentização da noção possessória”.<sup>37</sup> E mais, sob o ponto de vista histórico-social, o pensamento savignyano serviria também “para revelar que o gozo e a utilização dos bens pelo homem ganha significação e validade jurídica fora dos quadros do direito de propriedade”.<sup>38</sup>

Dessarte, com inegável intuito de proteger a pessoa do possuidor, de evitar a violência e daí alcançar a paz social, o citado autor afirmava em seu *Traité de la Possession en Droit Romain*<sup>39</sup> que dois elementos distintos - o *corpus* e o *animus* -

<sup>33</sup> As duas últimas se apresentam como “uma terceira posição em confronto com as construções clássicas de Savigny e de Ihering” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. CV), estabelecendo Saleilles a tese de uma *posse social* (*idem, op. cit.*, p. CIX) e Perozzi a dita *teoria social* da posse (ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A Posse dos Bens Públicos**, Ed. Forense, RJ, 2010, p.76).

<sup>34</sup> BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**, 1ª ed., SP, Ed. Saraiva, 1988, p. 223.

<sup>35</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: introdução histórica**, RJ, Forense, 1985, vol. 1, pp. 208-209 e 217.

<sup>36</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. XLVI.

<sup>37</sup> GIL, Antonio Hernandez. **La función social de la posesión**, Alianza Editorial, Madrid, 1969, p. 14 e ss.

<sup>38</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. L.

<sup>39</sup> Trad. do alemão por Henri Staedtler da 7ª ed. original, 1879, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 3ª ed., Paris, 814 p.; Vide também: 1) **Il Diritto del Possesso** (*Trattato Civile*), trad. por Pietro Conticino, Napoli, 1840, 428 p. e 2) **Tratado de La Posesion, segun los principios de derecho**

seriam responsáveis por estruturar em junção necessária a figura da posse. Assim assentou o mestre alemão em sua obra:

*“En effet, toute possession se base sur la conviction d’un pouvoir illimité de disposer physiquement de la chose. Pour que cette conviction se produise, il faut la volonté d’avoir la chose en propre: animus; en même temps il faut les éléments matériels constitutifs de ce pouvoir de disposer dont le possesseur doit avoir la conviction: corpus. La continuation de la possession résulte de la continuation des mêmes conditions qui ont donné lieu à son acquisition: corpore et animo; mais il est très-naturel que pour cette continuation il ne faut pas toujours ce pouvoir physique immédiat qui’il fallait pour l’acquisition première; il suffit qu’on puisse Le reproduire à volonté. Voilà pourquoi la possession d’une chose, une fois acquise, ne se perd pas par le seul éloignement, et cependant le rapport physique dans lequel on se trouve alors à l’égard de cette chose ne serait certes pas suffisant pour en faire acquérir en principe la possession. Cette différence entre les conditions matérielles de l’acquisition et celles de la continuation de la possession serait inexplicable si on ne les rapportait ainsi à la conviction du possesseur”.*<sup>40</sup>

Assim, o *corpus* seria o aspecto material da posse, não propriamente a coisa em si, porém o poder físico da pessoa consistente na possibilidade de exercer atos dispositivos ou de domínio em relação ao bem,<sup>41</sup> ou

---

*romano*, Madrid, 1845, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, calle de la Manzana, num. 14, 261 p.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, § 18, pp. 220-222. Em espanhol, “*toda posesion de una cosa reposa, en efecto, sobre la conciencia de un poder físico ilimitado. Para que esta conciencia reproduzca, es preciso que el animus de tener la cosa como propia, exista: es preciso, ademas, que se reunan las condiciones físicas de la posibilidad de que debe nacer la conciencia (corpus). La posesion continúa por la continuacion de las mismas condiciones (corpore et animo), cuyo cumplimiento ha hecho que se adquiriera; pero es muy natural que la continuación de la posesion no exija este poder físico é inmediato de que había necesidad para hacer nacer la posesion; no reclama sino la posibilidad continúa de reproducir, segun su voluntad, esta relacion inmediata. Tal es la razon por la que no perdemos la posesion que hemos adquirido una vez, por el mero hecho de alejarnos de la cosa, aunque la relacion física en que nos encontramos entonces con el objeto, no bastaría para procurarnos la posesion: y ciertamente no podría tener aplicacion esta diferencia entre las condiciones físicas de la adquisicion y de la continuacion, sin esta referencia á la conciencia del poseedor”* (*op. cit.*, § 18, pp. 129-130). Vide também il *Diritto del Possesso (Trattato Civile)*, *op. cit.*, § 18, pp. 190-191. Trad. livre: “Toda posse de uma coisa se assenta, na verdade, sobre a consciência de um poder físico ilimitado de dispor fisicamente dessa coisa. Para que ocorra esta convicção, é necessária a presença da vontade de ter a coisa como própria: *animus*; ao mesmo tempo se fazem necessários os elementos materiais constitutivos desse poder de dispor, acerca do qual o possuidor deve estar convicto: *corpus*. A continuidade da posse resulta da continuidade das mesmas condições que permitiram sua aquisição: *corpore et animo*; mas é muito natural que para essa continuidade não seja sempre necessário o poder físico imediato que foi exigido para a aquisição original; basta que ele possa ser reproduzido pelo possuidor segundo sua vontade. É por isso que a posse de uma coisa, uma vez adquirida, não se perde pelo simples afastamento em relação a ela, embora a posição o que possuidor assume em relação à coisa nesse momento posterior não seja suficiente para fazê-lo adquirir originalmente a posse. Esta diferença entre as condições materiais de aquisição e aquelas da continuidade da posse seria inexplicável se não se fizesse essa referência à convicção do possuidor”.

<sup>41</sup> “Convém, todavia, distinguir: a) quando a posse é *originária*, e, portanto, não consequência de uma transmissão, a simples possibilidade não basta; é necessária a apreensão, pois, por exemplo, um usurpador não pode dizer que tem a posse da coisa usurpada, se nunca a teve na sua mão; b) quando a posse é *derivada*, isto é, transmitida, então basta a simples possibilidade; tal é o caso do

seja, a “faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la das agressões de quem quer que seja”.<sup>42</sup> Teríamos então a face externa de sua concepção possessória.<sup>43</sup>

Já o *animus* estaria relacionado à íntima e especial intenção do possuidor caracterizada por uma vontade *qualificada* em exercer seu direito de propriedade, detendo assim a coisa para si como faria o proprietário, sem necessariamente ter a convicção de ser o dono (*opinio domini*). Tal *animus domini* significaria o aspecto subjetivo, o elemento intencional, interior ou psíquico da posse. Vejamos o pensamento literal do escritor alemão:

*“Nous avons ainsi complètement défini l’acte physique qui fait acquérir la possession; mais à cet acte doit se joindre, pour que la possession se produise réellement, une volonté déterminée, animus: c’est le point que nous aurons à examiner maintenant. En principe, cette volonté consiste à traiter la chose comme nous appartenant: animus domini; ce point est assez clair par lui-même, et il suffit de prémunir contre la confusion que l’on pourrait faire entre cet animus domini et la confusion que l’on pourrait faire entre cet animus domini et la conviction d’être réellement propriétaire, opinio domini”.*<sup>44</sup>

Em suma, para Savigny teríamos então a posse como um estado físico correspondente à propriedade, ou seja, a realização material desse direito traduzido por seus dois elementos, o *corpus* - “possibilidade de um poder físico, exclusivo e

*constituto possessório*, onde é dispensável o contato material” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LXI). E, mesmo no direito romano, “a posse conservava-se em casos que o poder físico não existia: o senhor tinha a posse dos escravos fugitivos, dos que faziam parte da equipagem dos navios, etc.” (RODRIGUES, Manuel. **A posse: estudo de direito civil português**, 4ª ed., ed. Coimbra, Almedina, 1996, p. 72).

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>43</sup> Mas há quem considere insuficiente tal definição, por não alcançar a posse dos direitos reais limitados, nem a composses (RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 73).

<sup>44</sup> *Traité de la Possession en Droit Romain, op. cit.*, § 20, p. 271. Ou ainda, “*ya hemos determinado completamente la calidad que debe tener el acto corporal por el cual se adquiere la posesion: pero á este acto debe unirse una intencion determinada (animus) para que la posesion pueda nacer realmente, y este es el punto de que nos vamos á ocupar aqui. Esta voluntad consiste orijinariamente en la intencion de tratar como propia la cosa que debe formar el objeto de la posesion (animus domini); esta idea es bastante clara por sí misma, y no necesitamos advertir que es preciso no confundir este animus domini con la conviccion de que es propietario - opinio domini” (Tratado de La Posesion, segun los principios de derecho romano”, *op. cit.*, § 20, p.122) e também *in il Diritto del Possesso (Trattato Civile)*, *op. cit.*, § 20, p. 196. Trad. livre: “Nós definimos completamente o ato físico que faz adquirir a posse; mas este ato deve se juntar, para que a posse ocorra realmente, a uma vontade determinada, o *animus*: este é o ponto que temos de examinar agora. A princípio, esta vontade consiste em tratar a coisa como nos pertence: *animus domini*; este ponto é tão claro para ele mesmo, e é suficiente para evitar a confusão que se pode se fazer entre este *animus domini* e a convicção de ser realmente o proprietário, *opinio domini*”.*

permanente, definido por um elemento existente na própria vontade do possuidor, o *animus* – intenção de exercer o direito de propriedade, como se fora o titular”.<sup>45</sup>

Nesse contexto, o detentor não poderia ser considerado possuidor, pois não teria a intenção de ser o dono da coisa, daí o rótulo de teoria *subjetiva*. Isto significa que, para Savigny, se adquire a posse de um determinado bem apenas quando ocorrer a junção do *corpus* (elemento material) com a vontade de agir quanto à coisa tal qual atua o proprietário (a *affectio tenendi*), além da intenção de tê-la na condição de proprietário (o *animus*). Ou seja, quem tem um bem em suas mãos, em nome de terceiro, dele não tem a posse civil, mas tão somente a sua detenção, ou, ainda, a sua posse natural – *naturalis possessio*. Em outras palavras, segundo o mencionado autor,

*“cualquiera detentacion para poderse modificar en posesion, debe ejercerse con intencion, esto es, que para ser poseedor es preciso no solo que haya retention, sino tambien voluntad de que la haya. Esta voluntad de que debe ir acompañada la retention (animus possidendi), vá á ser ahora el objeto de que nos ocupemos. Hemos definido anteriormente la detentacion como el estado físico correspondiente á la propiedad, que es el estado legal. De aquí se deduce que el animus possidendi consiste em la intencion de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que el que ejerce la detentacion puede tener esta voluntad de dos maneras diferentes; para ejercer el derecho de propiedad de outro, o bien para ejercer el suyo próprio. Cuando el detentador tiene intencion de ejercer el derecho de propiedad que reconoce en outro, esta clase de animus possidendi que tiene nos es capaz por su naturaleza de dar á la detentacion el carácter de posesion”*.<sup>46</sup>

Todavia, impossível negar que o comodatário, o precarista, o usufrutuário, o locatário, o sequestrário, o credor pignoratício e outros exerceriam posse, embora

<sup>45</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 70. Acrescenta ainda o autor lusitano que “é este elemento subjetivo que caracteriza a relação possessória, que lhe dá um sentido específico e por isso à teoria de Savigny e a todas aquelas que logicamente a generalizam se chamam subjetivas” (*op. cit.*, p. 70).

<sup>46</sup> SAVIGNY, Frederico Carlos de. ***Tratado de La Posesion***, *segun los principios de derecho romano*, *op. cit.*, § 9, pp. 56-57. Vide também *Traité de la Possession em Droit Romain*, *op. cit.*, § 9, pp. 88-89, e *Il Diritto del Possesso (Trattato Civile)*, *op. cit.*, §, pp. 107-108. Trad. livre: “de fato, qualquer retenção de coisa, para poder transformar-se em posse, deve ser exercida com intenção, ou seja, para ser possuidor é preciso não apenas que haja retenção da coisa, mas também vontade de que haja. Esta vontade que deve acompanhar a retenção (*animus possidendi*) será agora o objeto de nossa atenção. Já definimos antes a detenção como o estado físico correspondente à propriedade, que é o estado legal. Disto se deduz que o *animus possidendi* consiste na intenção de exercer o direito de propriedade. Mas esta circunstância não basta por si mesma, já que aquele que exerce a detenção pode ter essa vontade de duas maneiras diferentes; para exercer o direito de propriedade de outro, ou então para exercer o seu próprio. Quando o que detém a coisa tem intenção de exercer o direito de propriedade que reconhece a outro, esta classe de *animus possidendi* que expressa não é capaz, por sua natureza, de dar à detenção o caráter de posse”. Vide, ainda, Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, pp. 14-15.

não imbuídos de *animus domini*, daí porque Savigny concebeu também uma saída para explicar a posse extravagante dessas figuras, recorrendo ao conceito de posse *derivada*,<sup>47</sup> ao lado da posse natural e civil. Nesses casos, “devido à causa especial da tradição foram considerados como possuidores”,<sup>48</sup> apesar de não poderem externar a intenção de terem as coisas na qualidade de proprietários, tratando-se, portanto, de uma posse anônima, pois dotados apenas de *animus possidendi*, já que voltados ao exercício de um direito real em nome próprio sobre coisa alheia. Dessa forma, como aduz José Carlos Moreira Alves, no conceito de posse derivada o *animus possidendi* “tem por objeto o *ius possessionis* transferido pelo possuidor originário, e a intenção de tê-lo”.<sup>49</sup>

Diz-se então que a concepção savignyana da posse parte da detenção - compreendida aqui como um poder de fato desprovido do elemento volitivo, seja porque não racionalmente exercida, seja porque exercida em nome alheio - até alcançar a posse, ou seja, um poder físico permanente, único e exercido tal qual o titular do direito de propriedade o faria.<sup>50</sup> Portanto, como aponta Fernando Luso, pode até existir na detenção alguma vontade, mas não aquela constitutiva da posse, por isso se afirma que “a posse é detenção, mas a detenção não é posse senão quando qualificada (acompanhada) pela vontade do *animus domini*”.<sup>51</sup>

Assim sendo, para o citado autor, a posse deveria ser considerada como “um estado físico de detenção, mas qualificado por uma correspondência voluntária com a propriedade”,<sup>52</sup> donde se conclui - nesse diapasão - ser a posse uma detenção inspirada pelo *animus domini*.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> *Traité de la Possession en Droit Romain*, *op. cit.*, § 23, pp. 265 e seguintes (ou *il Diritto del Possesso*, § 23, pp. 219 e seguintes, ou *Tratado de La Posesion, segun los principios de derecho romano*, *op. cit.*, § 148 e seguintes). Vide também: DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de Direito Civil III**, Direito das Coisas, 3ª edição, RJ: Editora Rio, 1984, p. 32.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 27ª ed., Ed. Saraiva, SP, 2012, p. 49.

<sup>49</sup> Posse: introdução histórica, v. 1, RJ, ed. Forense, 1985, v. 1, p. 213.

<sup>50</sup> Este raciocínio ocorreria então de “baixo para cima”, ou seja, da detenção para a posse, segundo lição de Fernando Luso Soares (*op. cit.*, p. LVII). E citando o próprio autor, assim leciona Moreira Alves: “diz Savigny que a posse é a detenção com *animus possidendi* e, como a detenção é o fato físico que corresponde ao fato jurídico da propriedade, o *animus possidendi* nada mais é do que a intenção de exercer o direito de propriedade (*animus domini*)” (*op. cit.*, p. 212, NR 692).

<sup>51</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LVIII.

<sup>52</sup> *Idem*, p. LVIII.

<sup>53</sup> “Repare-se, porém, que Savigny não pretendeu que se exigisse a convicção de ser proprietário. O *animus domini* não significaria que o possuidor tivesse de considerar-se, no íntimo, proprietário. Basta o *animus rem sibi habendi* – atuar alguém como proprietário, ainda que não esteja convencido de realmente sê-lo” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LXII, NR 2). Aliás, neste último caso, temos a vontade do possuidor caracterizada em relação à coisa, ou do *animus* sobre ela mesma expressa pelo poder de fato sobre o bem, em conceituação desatrelada do direito de propriedade, diversa, pois, do *animus domini* concebido por Savigny (José Carlos Moreira Alves, *op. cit.*, p. 219). Em

Não obstante o brilhantismo do pensamento savignyano,<sup>54-55</sup> para Fernando Luso Soares a teoria subjetiva acabou frustrada no que se refere à “sua concepção autonomizante da posse relativamente à propriedade”,<sup>56</sup> exatamente em função do conceito de *animus domini* intimamente a ela atrelado, o que de certo modo explicaria a elaboração doutrinária alternativa da figura do *animus sibi habendi* (ou *sibi possidendi*) que compreendia a *posse* como um poder de fato sobre a coisa, cujo elemento intencional também se dirigia ao bem, independentemente da questão proprietária.

Por fim, assevera o escritor português que no fundo Savigny fez uso do conceito de propriedade como elemento comparativo para explicar a conduta psíquica do possuidor, através da aceitação da “tese generalizada de que a posse faz presumir a propriedade.”<sup>57</sup> Porém, se Savigny utilizou-se da propriedade para tratar do *animus*, já Rudolf Von Ihering fez uso do mesmo conceito para explicitar o *corpus*,<sup>58</sup> como veremos a seguir.<sup>59</sup>

Inicialmente Ihering<sup>60</sup> estabeleceu em 1869 as bases de sua teoria (objetiva) com a divulgação do livro *Über den Grund des Besitzsschutzes – Eine Reviison der Lehre Von Besitz*,<sup>61</sup> formulando críticas à concepção savignyana e sustentando que

---

resumo, sobre o aspecto anímico teríamos: “1) o *animus domini* (a intenção de exercer em nome próprio o direito de propriedade); 2) o *animus possidendi* (a intenção de exercer em nome próprio um direito real); 3) o *animus sibi habendi* (a intenção de deter no próprio interesse); 4) o *animus* abstrato (teoria da causa)” (RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 69).

<sup>54</sup> Defendido com ênfase por Lafayette Rodrigues Pereira (**Direito das Coisas**, vol. I, Editora Fac-similar, 2004, Brasília, pp. 34-35).

<sup>55</sup> “A despeito de não ter sido adotada no Direito Civil brasileiro, a teoria subjetiva é importante para o estudo da usucapião em que a posse para que pelo tempo seja convertida em propriedade (posse *ad usucapionem*) deverá trazer consigo a vontade de possuir a coisa como própria (*animus sibi habendi*). Também tem o mérito de justificar a aquisição da posse pela apreensão e a perda pelo abandono, além da figura jurídica do *constituto possessório* que realiza a inversão do *animus* (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op.cit.*, pp. 19-20).

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. LII.

<sup>57</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LIII. Se bem que a partir da 6ª edição de sua obra Savigny passou a rejeitar tal posição, sustentando que a dita presunção não teria qualquer fundamento jurídico...

<sup>58</sup> Idem, *op. cit.*, p. LIII, NR 1.

<sup>59</sup> Aliás, segundo Paulo Nader, “embora os Códigos Beviláqua e Reale tenham adotado a teoria de Ihering, há elementos da concepção de Savigny em ambos. Considerando o atual Códex, encontramos a referência ao *animus domini*, configurado na expressão *possuir como seu* (art. 1238) e *possuir coisa móvel como sua* (art. 1260), circunstância esta comprometedor da sistemática da Lei” (**in Curso de Direito Civil**, vol. 4, Direito das Coisas, 4ª. ed., Editora Forense, RJ, 2010, p. 31).

<sup>60</sup> Nascido em 22 de agosto de 1818, em Aurich, no antigo reino de Hannover, Alemanha (SANT’ANNA, Valéria Maria. *In* apresentação da Teoria Simplificada da Posse, de Rudolf Von Ihering, Ed. Rideel, 1ª ed., SP, 2005, p. 07).

<sup>61</sup> Vide ALVES, José Carlos Moreira (*op. cit.*, p. 221): “Sobre o fundamento da proteção da posse. Uma revisão da teoria da posse”.

a defesa da posse se destinava à proteção do domínio e não do indivíduo, então considerada como “*una posición avanzada de la propiedad*”.<sup>62</sup>

Para o citado autor, a posse importaria na imagem do domínio (*imago domini*), sob um enfoque objetivo, daí porque o possuidor seria aquele que se apresentasse socialmente como proprietário, tomando-se por base uma presunção *iuris tantum*: até prova em contrário, reputar-se-á dono aquele que agir como possuidor. É a dita “imitação da propriedade em sua manifestação exterior normal; a posse na exterioridade, a visibilidade da propriedade”.<sup>63</sup>

No que se refere ao elemento anímico do possuidor, Ihering, diversamente de Savigny, não o considerou como a vontade individualizada e específica de ser o dono da coisa (*animus domini*). Em verdade, na teoria objetiva, o *animus* não seria o elemento preponderante da posse, mas apenas integraria o *corpus*, como mero ânimo jurídico ou de possuir,<sup>64</sup> levando Ihering a elaborar a figura da *causa possessionis* (ou teoria da causa) para conceituá-lo, a partir da existência de um *animus domini* abstrato, fulcrado apenas na lei, daí porque a vontade prevista na norma corresponderia à intenção do possuidor e “o modo pelo qual o proprietário exerce de fato sua propriedade deve ser o critério da existência da posse”.<sup>65</sup>

Assim, de acordo com o citado autor, a intenção do possuidor e do detentor seriam iguais, todavia, quanto a este último, o direito não lhe “reconhece a posse”, apesar dessa idêntica “*vontade de possuir*” existente em ambos.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> IHERING, Rudolf Von. **La Posesión**, trad. por Adolfo Posada, 2ª ed., Madri, Ed. Reus, 1926, p. 84.

<sup>63</sup> In **O Fundamento dos Interditos Possessórios**, trad. de Adherbal de Carvalho, 2ª ed., Ed. Livraria Francisco Alves, RJ, 1908, p. 189. É a “visibilidade do domínio” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, p. 17). A respeito veja também: ALVES, José Carlos Moreira (*op. cit.*, pp. 221-222) e ARAÚJO, Bárbara Almeida de. **A Posse dos Bens Públicos**, Ed. Forense, RJ, 2010, p. 70.

<sup>64</sup> E esse *animus* “*não surge como um elemento destacado*” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, vol. VI, Livraria Freitas Bastos, 3ª ed., SP, 1964, p. 111).

<sup>65</sup> IHERING, Rudolf Von. **O Fundamento dos Interditos Possessórios**. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>66</sup> “E o dizer-se que alguém seria detentor porque não podia possuir implicava admitir-se que a recusa da posse não decorria da vontade, mas, sim, da norma jurídica, que, na hipótese, lhe negava” (ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 225). Ou seja, estabelecia a teoria da causa que a distinção entre a posse e a detenção se faria “pelo *animus domini* típico, abstrato, que a lei, com base no que ocorria em geral, encarnava no título de que resultava a posse (*causa possessionis*), e não pela intenção individual, concreta, de se ter a coisa como proprietário (*animus domini* concreto), teoria sustentada por Savigny. Esse *animus domini* abstrato não era, portanto, a vontade verdadeira do possuidor, mas a vontade vinculada pela lei, independentemente da disposição de espírito pessoal, ao título da posse (*causa possessionis*). Por essa teoria – *teoria da vontade abstrata* ou *teoria subjetiva da causa* –, para se demonstrar a existência da posse, não seria mister que se provasse que o possuidor tinha a intenção real de ser proprietário, mas bastava que se comprovasse a existência de uma *causa possessionis*, que revelaria, necessariamente, o *animus domini* típico, abstrato” (idem, *op. cit.*, p. 225-226).

Já no seu segundo livro, *Der Besitzwille*,<sup>67</sup> em 1889, acentuando suas críticas à Savigny, Ihering reduziu ainda mais a relevância do *animus domini* (bem como do próprio *animus rem sibi habendi*), mas não chegou a extirpá-lo totalmente da sua noção de *posse*,<sup>68</sup> bastando que o sujeito objetive ter a coisa consigo ou tenha a consciência de que a detém (*affectio tenendi*) para que reste configurada uma situação de posse ou detenção, diversamente de uma mera relação de lugar (simples contato físico com os bens) ou de justaposição entre uma pessoa e uma coisa, desprovidas de relevância jurídica.<sup>69-70</sup>

Destarte, o *animus* em Ihering se encontra atrelado e imbricado ao *corpus*, como elementos inseparáveis, tal qual a palavra ao pensamento, razão pela qual não seria a existência de um *animus* especial (ou elemento subjetivo) que diferenciaria o detentor do possuidor, pois, como dito, “o motivo pelo qual se recusa a posse não está na sua vontade, mas nas regras de direito”.<sup>71-72</sup>

<sup>67</sup> A vontade na posse.

<sup>68</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LXXIV. Entretanto, alguns autores apontam que o mestre alemão teria entendimento diverso, no sentido de que ele teria dispensado o *animus* para configuração da posse, bastando apenas a existência do *corpus*, como “único elemento visível e suscetível de comprovação” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 30), pois o elemento volitivo se encontraria “insito no poder de fato exercido sobre a coisa ou bem” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 50), ou, ainda, que “o elemento psíquico, *animus*, na teoria objetivista de Ihering não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de *proceder como procede habitualmente o proprietário – affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono. Denomina-se objetiva a teoria, porque dispensa esta intenção” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, p. 15).

<sup>69</sup> “As pessoas que não têm vontade, como os insensatos, as crianças e as pessoas jurídicas, não podem por isso ter uma verdadeira posse. Mas recusar-lhes a posse seria sensivelmente comprometer a sua posição na propriedade e esta consideração é tão decisiva quanto a necessidade prática é muitas vezes forçada a pôr de parte as apreensões jurídicas: a exterioridade da propriedade (exercida por meio de representantes) é considerada a respeito destes como *posse* – eles podem usucapir e podem usar dos interditos” (IHERING, Rudolf Von. *Op. cit.*, pp. 122-123).

<sup>70</sup> Por isso explica José Carlos Moreira Alves que “o louco e o pupilo sem a autoridade do tutor não podem começar a possuir, porque não têm a *affectio tenendi*, ainda que tenham a coisa consigo, como se alguém colocar algo na mão de quem dorme” (*op. cit.*, p. 228).

<sup>71</sup> O Fundamento dos Interditos Possessórios, *op. cit.*, p. 61. Ou em outras palavras, por força de um critério legal (objetivo) imposto pela norma que degradasse “certas posses em detenção, retirando-lhes os interditos possessórios” (ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 229). Aliás, após sugerir um “paralelismo” do *animus* (segundo elemento da posse) com a “exterioridade da propriedade”, pergunta o mencionado autor alemão, em crítica à Savigny o seguinte: “se a posse é poder físico sobre a coisa, por que a vontade de possuir não é determinada somente por esta noção, em lugar de ser determinada pela noção de propriedade?” (*in* O Fundamento dos Interditos Possessórios, *op. cit.*, pp. 247-248).

<sup>72</sup> Ou seja, segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, enquanto Savigny considera “como elemento preponderante para o conceito de posse o *animus sibi habendi*, isto é, a posse exercida com a intenção de ser senhor da coisa possuída, daí explicar-se a *posse* do ladrão, enquanto se nega a do locatário, na teoria objetiva de Ihering, esse elemento subjetivo é de ordem secundária, embora também necessário a compor a noção de posse, pois o *animus* por ela exigido é de natureza jurídica, não o *animus sibi habendi*, senão pura e simplesmente o *animus possidendi*, ou seja, o ânimo de possuir. Daí, por força dessa mesma razão considera-se possuidor o locatário, ao qual, evidentemente, nada mais tem senão um simples *animus possidendi* e não um *animus sibi habendi*” (*in* Curso de Direito Civil, vol. VI, 3ª ed., Livraria Freitas Bastos, RJ, 1964, p. 111).

Já o *corpus* iheringiano, por ele definido como a aparência do domínio<sup>73-74</sup>, necessita ser compreendido além do insuficiente conceito de contato físico com a coisa (direto com as que pudessem ser guardadas e indireto com os bens livres e abertos), porquanto estabelecido a partir do uso econômico das coisas e considerado a partir de sua relação exterior com os homens no que concerne à destinação dos bens, daí porque nesta acepção mesmo um “chalé perdido nas montanhas” (no inverno) seria objeto de posse.<sup>75</sup>

E mais, no pensamento do citado jurista, o feixe de lenha cuidadosamente amarrado em um bosque, as toras de madeira transportadas rio abaixo e os materiais de construção anexos à obra em andamento seriam exemplos de que a posse pode ser exercida também sem o poder físico sobre a coisa, quando decorrer da utilização econômica dos bens, como exteriorização do direito de propriedade e tomando-se por base um juízo de *interesse* a justificar sua apropriação econômica.<sup>76-77</sup>

---

<sup>73</sup> Todavia, a conceituação de posse como aparência dominial de Ihering não seria uma novidade: “essa ideia já havia parecido mesmo no antigo direito germânico na construção da teoria da *Gewere*. Na verdade, com a publicação da teoria de Savigny, surgiu um interesse na doutrina alemã na discussão a respeito desse instituto; portanto, ainda que seu objetivo seja analisar a *possessio* romana, não se pode negar que Ihering tenha sido influenciado também por esse resgate do direito germânico medieval” (ARAÚJO, Bárbara Almeida. *Op. cit.*, p. 71).

<sup>74</sup> Ou o “estado normal externo da coisa, sob que se cumpre o destino econômico de servir aos homens, vale dizer, a exterioridade da propriedade, podendo ser ou não a *detenção*, conforme a natureza das coisas” (FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**, V. I, 9ª ed., Ed. Forense, RJ, 2000, p. 9).

<sup>75</sup> IHERING, Rudolf Von. **O Fundamento dos Interditos Possessórios**. *Op. cit.*, p. 209. Vide também: NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>76</sup> Assim afirmava o autor alemão: “O exercício da propriedade mediante o gozo efetivo da coisa não está ligado, para uma porção de coisas, à necessidade de uma segurança pessoal ou real; seu destino econômico ou seu caráter natural fazem com que se ache constantemente desprovido de toda a proteção ou vigilância. O camponês não pode, para impedir a ingerência de um terceiro, cercar seus campos de muros, não pode fazer guardar por um sentinela seus trigais, nem o gado que haja em seus pastos. O pastor suíço abandona na primavera o seu pasto alpestre; o hoteleiro, estabelecido nos cumes dos morros, abandona sua hospedaria de verão, e nenhum deles deixa alguém para guardar a casa e a mobília que nela se acha. Quantos ramos da indústria não há que exigem precisamente que os objetos necessários para o seu exercício fiquem a descoberto e sem vigilância! O caçador deixa sem vigilância no bosques suas armadilhas e laços, o lenhador a lenha que cortou, o pescador deixa a pesca em suas redes, o canteiro deixa as pedras nas pedreiras, o mineiro a hulha na mina, o arquiteto os materiais de construção na obra, o barqueiro carrega seu barco de farinha, pedras madeiras no lugar do embarque sem deixar então um vigilante. Quantos navios ficam vazios no porto, no inverno, enquanto os homens da suas tripulação vão para as suas casas; quantos barcos estão amarrados à beira-mar de modo que qualquer um possa desatá-los? Na maioria dos casos, a necessidade de uma *custódia* especial, com o fim de manter a posse, conduziria indubitavelmente a este resultado: que seria preferível renunciar completamente à proteção possessória, à procurá-la de modo demasiado incômodo, custoso e até às vezes praticamente irrealizável. Por que razão o legislador negará proteção possessória a estas relações...? Unicamente por amor a essa idéia fixa de que a posse é a detenção corporal da coisa! Mas semelhante idéia é absolutamente falsa; a noção possessória praticamente possível não pode ser senão a seguinte: a *posse da coisa é a exterioridade da propriedade*. Somente esta noção pode expressar como a posse

Ou seja, no pensamento iheringeano, a posse tanto fundamentaria a propriedade quanto exteriorizaria o domínio, se constituindo, portanto, em uma posição avançada da propriedade: “é, pois, o interesse da propriedade o que determina a proteção possessória e com ela a noção de posse”.<sup>78</sup>

Ademais, a necessidade de proteção ao indivíduo através de um freio à violência justificaria a tutela da propriedade, enquanto que a proteção da posse acabaria por complementar a proteção da propriedade, inclusive facilitando a demonstração da prova deste *status proprietatis*, o que também serviria ao *non domino*.<sup>79-80</sup>

Entretanto, apesar do inegável destaque da teoria objetiva elaborada pelo autor alemão, sujeitar a posse à propriedade, vinculando necessariamente sua existência ao domínio,<sup>81</sup> através da supervalorização do *corpus* e com base em entendimento de que “a posse não se apresenta senão ao serviço da propriedade”,<sup>82</sup> a nosso sentir não se coaduna com a legalidade constitucional, impositiva da

e a propriedade se unem mutuamente, conforme o quer o interesse do comércio. Assim concebida, a posse acompanha sempre a utilidade econômica da propriedade e o proprietário não tem que recear que o direito o abandone enquanto usar da coisa de um modo conforme o seu destino” (IHERING, Rudolf Von. O Fundamento dos Interditos Possessórios. *Op. cit.*, pp. 239-242).

<sup>77</sup> “Um homem que deixa um livro num terreno baldio, não tem a sua posse, porque ali o livro não preenche a sua finalidade econômica. Mas aquele que manda despejar adubo em um campo destinado à cultura tem-lhe a posse, porque ali cumprirá o seu destino” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, p. 16). E ainda, vide: PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**, 2ª ed., Ed. RT, SP, 2012, p. 563.

<sup>78</sup> IHERING, Rudolf Von. O Fundamento dos Interditos Possessórios. *Op. cit.*, pp. 71, 231 e 239.

<sup>79</sup> “A proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também o não proprietário” (IHERING, Rudolf Von. O Fundamento dos Interditos Possessórios. *Op. cit.*, p. 71). Vide também: SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LXXVII.

<sup>80</sup> Se em Savigny a propriedade explicava o *animus*, em Ihering o domínio foi invocado para a compreensão do *corpus*, pois “a maneira como o proprietário exerce, de facto, o direito de propriedade deve ser, segundo ele, o critério determinativo do *corpus* e por conseguinte, da posse” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. LXXVIII). Outrossim, na síntese de Miguel Maria de Serpa Lopes a respeito do assunto consta o seguinte: “a) o *corpus* é, por assim dizer, *espiritualizado*, pois deve representar um comportamento por parte do possuidor só compatível com o exercício da propriedade; b) este comportamento do possuidor, apto a denunciar a propriedade, pode efetivamente corresponder a esta ou pode não corresponder, quando o *ius possidendi* está unido ao *ius possessionis*; c) embora destinado à defesa do domínio, a posse pode, em dadas circunstâncias, se volver contra o titular do *ius possidendi*; d) a segurança da posse não se fundamenta só no elemento físico, isto é, nas medidas de segurança tomadas para sua proteção, senão também no elemento *moral e jurídico*, ou seja, no temor de lesar os direitos de outrem, inspirado pelo sentido jurídico ou pela lei; e) ao autor, em matéria de posse, é bastante provar o *corpus*, e ao réu cabe provar que o autor tem apenas uma detenção; f) a detenção é igual à posse, em seu aspecto material, de modo que somente por exceção, isto é, quando a lei o determina, se pode privar o detentor da proteção possessória” (*op. cit.*, p. 114).

<sup>81</sup> IHERING, Rudolf Von. O Fundamento dos Interditos Possessórios. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>82</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 205. Ou seja, “extirpando sua autonomia por reduzir a posse a um direito ínfimo, como mera exteriorização do direito de propriedade” (FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Direitos Reais**, 5ª ed., Ed. Lumen Juris, RJ, 2008, p. 33).

necessidade de respeito aos princípios fundantes da Carta, em especial no que se refere à concretização da dignidade da pessoa humana através do reconhecimento da função social da posse.<sup>83</sup> Portanto, embora dotado de pleno conteúdo lógico e incontestável praticidade, seu pensamento burguês e capitalista se revelou desprovido de qualquer preocupação ou dimensão social.<sup>84</sup>

De outro lado, a teoria formulada por Raymundo Saleilles encontrou fundamento justamente no desenvolvimento e na evolução social,<sup>85</sup> como crítica às citadas teorias subjetiva e objetiva, cujos contornos serviram de inegável importância para a elaboração de uma definitiva autonomia social e econômica da posse frente à propriedade,<sup>86</sup> na medida em que seu conceito não mais estaria relacionado aos elementos objetivos do poder de fato, mas sim guardaria sintonia com uma circunstância exterior e ao sujeito da posse, a saber, *a consciência social*,<sup>87</sup> critério responsável pela determinação da existência de posse no caso concreto, daí porque Saleilles concebia o *corpus* como “*un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo*”<sup>88</sup> e o *animus* como o “*el propósito de realizar esta apropiación*”.<sup>89</sup>

Em outras palavras, se Savigny considerava a posse como uma apropriação jurídica restrita aos possuidores que intentavam o domínio e Ihering a concebia através da exploração econômica da coisa e como mera salvaguarda do domínio, Saleilles estabeleceu enfoque diverso sobre o tema, através da substituição do conceito jurídico pelo econômico de posse, desvinculado de um possível direito sobre os bens, nos seguintes moldes:

<sup>83</sup> Aliás, neste ponto, assim aduz Marco Aurélio Bezerra de Melo: “em que pese a importância da teoria objetiva de Ihering para o direito de diversos povos do mundo, inclusive o nosso, o fato é que por meio de uma filtragem constitucional do artigo 1196 do Código Civil vê-se que ela se encontra em crise em razão da necessidade de afirmar o valor da função social da posse” (*op. cit.*, p. 22).

<sup>84</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. CV.

<sup>85</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. LXXII. E através de um despreendimento da relação possessória “do velho conceito de exterioridade de um direito, da prescrição e da vontade do possuidor” (RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 81).

<sup>86</sup> “As considerações de Saleilles, em especial as de autonomia da posse em face da propriedade são válidas não só perante as fontes romanas, como para o direito actual, e para o Direito futuro” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. CXI). No mesmo sentido: ARAÚJO, Barbara Almeida de. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>87</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>88</sup> SALEILLES, Raymundo. *La posesión: elementos que la constituyen y su sistema en el Código Del Imperio Alemán*, trad. de J. M.<sup>a</sup> Navarro de Palencia, Madri, 1909, p. 160. Trad. livre: “um conjunto de fatos capazes de demonstrar uma permanente relação de apropriação econômica da coisa, um vínculo de exploração da coisa colocada ao serviço do indivíduo”.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 285. Trad. livre: “o propósito de realizar esta apropriação”.

*“Puedo, por lo tanto, definir la posesión: EFECTIVIDAD CONSCIENTE Y QUERIDA DE APROPIACIÓN ECONÓMICA DE LAS COSAS. Estará constituida por el simple hecho de aparecer el detentador como dueño de la cosa bajo el punto de vista económico; el título de toma de posesión habrá que tomarlo en consideración solo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación, y también en tanto que imprima á la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica. Podemos hacer una especie de clasificación de teorías posesorias, reuniéndolas en três grupos, á saber: 1º- La de Ihering, que funda la posesión en el vínculo de explotación económica: en ésta es poseedor todo el que detenta, salvo hallarse exceptuado expresamente por la ley. 2º - En el extremo opuesto, tenemos la teoría de Savigny, que es la dominante, la cual funda la posesión en la relación de apropiación jurídica, y para él no hay más poseedores que los que pretenden la propiedad. y 3º - Entre estas dos teorías puede colocarse, á modo de grado intermedio, la teoría que acabo de exponer, que funda la posesión en la relación de apropiación económica, y que declara poseedor á todo aquél que en el orden de los hechos aparezca gozando independientemente y como á quien entre todos aquéllos que mantienen relaciones de hecho con la cosa, debe considerársele, con justo título, como dueño de hecho de la misma.”<sup>90</sup>*

Para Saleilles, a posse teria surgido como primeira modalidade de apropriação individual das coisas, protegida pelo costume e historicamente anterior ao domínio, não podendo, como afirmava Ihering, ser considerada como simples visibilidade, mera exteriorização ou manifestação jurídica da propriedade, sob pena de negar-se autonomia ao fenômeno possessório.<sup>91-92</sup> Assim aduz o mencionado autor francês:

*“La teoría propuesta por mí arranca de la independencia de la posesión respecto á la propiedad bajo el punto de vista histórico, y llega á la independencia doctrinal. La posesión no se inventa para servir de baluarte á la propiedad, sirvió indudablemente para ampliar sus bases,*

<sup>90</sup> SALEILLES, Raymundo. *Op. cit.*, pp. 322-326. Trad. livre: “Posso, portanto, definir a posse - Efetividade consciente e querida de apropriação econômica das coisas. A posse se constitui pelo simples fato de o detentor aparecer como dono da coisa do ponto de vista econômico. 1º- a de Ihering, que funda a posse na relação de exploração econômica; aqui todo detentor é possuidor, salvo exceção expressa da lei; 2º- no extremo oposto, a teoria de Savigny, a teoria dominante, que funda a posse na relação de apropriação jurídica, e para quem não há possuidores senão os que pretendem a propriedade; e, enfim, 3º- pode-se colocar entre essas duas teorias, e formando como que um grau intermediário, a teoria que acabo de expor e que funda a posse na relação de apropriação econômica, e que declara possuidor quem quer que, sob o ponto de vista dos fatos, aparece como tendo um gozo independente, e como sendo aquele que, de todos os entre os quais existe uma relação de fato com a coisa, deva ser considerado, a justo título, como o senhor de fato da coisa”.

<sup>91</sup> Por isso mesmo, “toda exploração consciente e desejada da coisa dá lugar à posse, ainda quando se trate de uma exploração que exclua toda exteriorização do direito de propriedade” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. CVI).

<sup>92</sup> Também a distinção entre posse e detenção não será feita pela norma legal, como defende a teoria objetiva, mas sim “a partir de construção doutrinária, pelo desenvolvimento da sociedade e pelas necessidades econômicas” (ARAÚJO, Barbara Almeida de. *Op. cit.*, p. 76).

*para consolidarla allí donde existía y parecía legítima; pero también á veces para atenuar su rigor, ya que no pra reemplazarla, cuando la teoría del dominium parecía demasiado estrecha y rigurosa”.*<sup>93</sup>

E para formação, pois, dos contornos dessa *posse social*, independente e autônoma à propriedade como quer Saleilles, seriam necessários - segundo seus ensinamentos - os seguintes elementos: *i*) um título jurídico pelo qual se possui decorrente de qualquer fato ou situação jurídica; *ii*) uma vontade que qualifica esta circunstância como posse;<sup>94</sup> *iii*) o poder físico (de fato) sobre a coisa, ou, ao menos, a possibilidade desse exercício e *iv*) a exploração econômica do bem.<sup>95</sup>

Desta forma, em resumo, o citado autor identificava a posse como uma voluntária e desejada relação jurídica de apropriação econômica da coisa (e não de apropriação jurídica), definindo o *corpus* a partir da exteriorização da utilidade econômica do bem e o *animus* da intenção de desempenhar essa mencionada apropriação.<sup>96</sup>

Assim, concluindo, é possível se afirmar que a concepção de Saleilles abriu espaços no mundo jurídico para o devido respeito à *verdadeira função social da posse*,<sup>97</sup> e, mesmo que seus pensamentos concedam uma demasiada liberdade ao julgador na avaliação de sua existência,<sup>98</sup> temos que o advento da teoria saleilleana estabeleceu em definitivo uma autonomia social e econômica para a posse no estudo do Direito.

De outro lado, é preciso também destacar o pensamento de Silvio Perozzi, que, já em 1906, com a primeira edição de seu livro *Istituzioni di Diritto Romano*,<sup>99</sup> considerava “*il possesso come fenomeno sociale*”,<sup>100</sup> fulcrada no costume,

<sup>93</sup> SALEILLES, Raymundo. *Op.cit.*, p. 329. Trad. livre: “A teoria por mim proposta parte da independência da posse relativamente à propriedade, primeiro do ponto de vista histórico e depois atingindo a independência doutrinal. A posse não surgiu para servir de baluarte à propriedade. É anterior a ela e uma vez constituída a mesma propriedade, serviu-lhe sem dúvida para ampliar suas bases, enfim, para consolidá-la onde aquela existia e parecia legítima. Todavia, por vezes atenuou seu rigor, quando a teoria do domínio resultou demasiado estreita e rigorosa”.

<sup>94</sup> Muito embora ele também aceite a existência da posse sem vontade, como no caso dos loucos (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. CIX).

<sup>95</sup> SALEILLES, Raymundo. *Idem*, pp. 284-285. Porém, “dispensável nos casos de posse sem a exploração da coisa” (ARAÚJO, Barbara Almeida de. *Op. cit.*, p. 76). Vide também: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 236-237.

<sup>96</sup> SALEILLES, Raymundo. *Idem*, pp. 168.

<sup>97</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. CVII.

<sup>98</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>99</sup> 1ª edição, G. Barbéra, Editore, Firenze, 1906.

<sup>100</sup> 2ª edição, vol. 1, 1928, Roma, Ed. Atheneum, § 118, p. 825. Trad. livre: “a posse como fenômeno social”.

desvinculada da vontade estatal e resultante de uma relação ético-social, parcela integrante da *moralidade social*.<sup>101</sup>

Para o citado autor italiano, enquanto a propriedade seria um direito, cujo respeito decorreria de um dever geral negativo de não intervenção nas coisas alheias diante do poder jurídico conferido ao *dominus* pelo ordenamento,<sup>102</sup> a posse seria definida como um fato correspondente à ampla disposição dos bens e sua existência decorreria “*dal costume sociale di astensione dalle cose apparentemente non libere*”.<sup>103-104</sup>

Aliás, tal teoria - denominada pelo próprio Perozzi como “*teoria sociale del possesso*” - se oporia ao conceito de Savigny (baseado em uma idéia física onde a posse seria considerada “*una disposizione di fatto che ha un uomo di una cosa per circostanze fisiche*”<sup>105</sup>) e à de Ihering (pela qual consiste “*il possesso nell’esteriorità del domínio*”),<sup>106</sup> sendo considerada desta forma um fenômeno social fundado no costume e “*che fa parte della moralità sociale*”.<sup>107</sup>

Todavia, ao conceber também uma similitude entre o fenômeno possessório e o domínio, de tal sorte que a posse se assemelharia à propriedade tal qual “*una proprietà sociale, uno stato di liberta d’azione rispetto alla cosa vigente per forze sociale*”,<sup>108</sup> e, ainda, por considerá-la um simples fato (e não um direito subjetivo),<sup>109</sup> a concepção perozziana pecou ao deixar de autonomizar os dois institutos,<sup>110</sup> mantendo, assim, um vínculo e uma sujeição indevidos da posse para com o domínio, embora reconhecendo naquela seu aspecto *social*.

<sup>101</sup> *Idem, op. cit.*, pp. 825-836. Vide também: SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. XCVI.

<sup>102</sup> PEROZZI, Silvio. *Op. cit.*, p. 826. Vide também: ARAÚJO, Barbara Almeida de. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>103</sup> PEROZZI, Silvio. *Op. cit.*, p. 827. Trad. livre: “do costume social de abstenção com referência a coisas aparentemente não livres.” Vide também: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 241.

<sup>104</sup> Para aclarar tais diferenças, abordando as teorias de Savigny e Ihering, Perozzi cita o exemplo de um homem andando pela rua com um chapéu na cabeça: para Savigny o homem seria possuidor porque teria o bem sobre seu crânio, podendo tirá-lo ao seu alvitre e defendê-lo quando necessário; já para Ihering a posse decorreria da aparência da propriedade. Enfim, neste caso, de acordo com Perozzi, existirá posse na medida em que o homem dispõe do chapéu com exclusividade e por sua vontade, de modo que as demais pessoas deverão por conseqüência respeitá-la (*Op. cit.*, p. 829, NR. 02). Vide também: ARAÚJO, Barbara Almeida de. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, p. 828, NR. 02. Trad. Livre: “disposição de fato que tem o homem sobre a coisa por circunstâncias físicas”.

<sup>106</sup> *Idem, op. cit.*, p. 829, NR. 02. Trad. livre: “a posse na exterioridade do domínio”. Vide também: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 241.

<sup>107</sup> *Op. cit.*, p. 826. Trad. livre: “que faz parte da moralidade social”. Ou ainda, “um fenômeno social de gênese e natureza consuetudinária, um produto sociológico” (SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. XCVI).

<sup>108</sup> PEROZZI, Silvio. *Op. cit.*, p. 828.

<sup>109</sup> *Idem, op. cit.*, p. 828.

<sup>110</sup> Neste sentido: SOARES, Fernando Luso (*op. cit.*, p. XCVII) e da mesma forma, Savigny e Ihering.

Por derradeiro, outras doutrinas sobre a posse também possuem relevância e serão abordadas posteriormente, em especial o pensamento de Hernández Gil e de Fernando Luso Soares, ao tratarmos da questão relativa à função social da posse.

### 3 A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE

Feitas tais considerações, passemos agora a tratar da natureza jurídica da posse, assunto de *multissecular* controvérsia,<sup>111</sup> buscando, assim, responder às seguintes indagações: a posse se trata de um fato ou de um direito? Ou ambos? E se direito for, de qual tipo? Teria cunho pessoal ou real? De acordo com a resposta, maior ou menor autonomia será conferida à posse, com naturais reflexos no âmbito do direito material<sup>112</sup> e também na esfera processual.

---

<sup>111</sup> Na expressão de José Carlos Moreira Alves, que, aliás, justifica a importância deste assunto para justamente possibilitar uma melhor compreensão de outros temas possessórios, como a aquisição, a perda e a transmissão da posse, além da própria tradição (*in* Posse, 2ª ed., II, 1º tomo, RJ, Ed. Forense, 1991, vol. II, pp. 69 e 95).

<sup>112</sup> Pois de sua “solução depende a determinação do verdadeiro fundamento da proteção possessória” (GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 41).

#### 4 FATO OU DIREITO (REAL OU PESSOAL)

Uma primeira corrente defende que a posse se trataria apenas de um fato,<sup>113</sup> como se infere do pensamento de Alberto Trabucchi,<sup>114</sup> Roberto de Ruggiero,<sup>115</sup> José Acir Lessa Giordani,<sup>116</sup> Pontes de Miranda,<sup>117</sup> Silvio Rodrigues,<sup>118</sup> Sílvio Venosa<sup>119</sup> e Clóvis Beviláqua,<sup>120</sup> dentre outros,<sup>121</sup> sob o argumento de que a lei protegeria a posse apenas em função da propriedade, da qual seria sua manifestação externa.

Como salienta Manuel Rodrigues, aceitar a posse apenas como um fato importa em lhe retirar a autonomia e valor jurídico próprio, ao considerá-la como mera condição para defender o direito real de a posse faz supor a existência, onde as ações possessórias tutelariam em verdade a presunção de propriedade e não propriamente a posse.<sup>122</sup>

Já a corrente *eclética*<sup>123</sup> prega a existência de uma bivalência ou natureza dupla no sentido de ser a posse tanto um fato (na sua essência), quanto um direito (em relação aos seus efeitos, como a usucapião e os interditos), de acordo com o entendimento de Savigny,<sup>124</sup> Antonio Joaquim Ribas,<sup>125</sup> Luciano de Camargo

<sup>113</sup> Ou mesmo uma situação jurídica que não um direito subjetivo.

<sup>114</sup> MILANI, Antonio; *In Istituzioni di Diritto Civile*, 22ª ed., Casa Editrice Dott., Padova, 1977, p. 434.

<sup>115</sup> MILANI, Antonio; *In Istituzioni di Diritto Civile*, vol. II, Casa Editrice Dott., Milão, 1934, p. 586.

<sup>116</sup> E um fato tutelado pelo ordenamento e protegido por causa dos efeitos ou de sua repercussão causada no meio social, onde “o possuidor, sem dúvida, é protegido pelo Estado contra atos de violência ou clandestinidade que terceiros possam praticar contra sua posse” (*in* Curso Básico de Direito Civil - Direito das Coisas - Tomo I - Introdução e Posse, RJ, Ed. *Lumen Juris*, 2004, p. 23).

<sup>117</sup> Que assim aduz: “O legislador brasileiro definiu a posse, vendo-a do mundo jurídico, mas sabendo que ela está no mundo fático, que é 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 do mundo fático, que toca ao titular” (Tratado de Direito Privado, vol. 10, 3ª ed., RJ, Ed. Borsoi, 1971, pp. 08-09).

<sup>118</sup> Que ainda adota a taxatividade para os direitos reais (*op. cit.*, p. 21).

<sup>119</sup> *Op. cit.*, p. 44.

<sup>120</sup> **Direito das Coisas**, 1º vol., 4ª ed., RJ, Ed. Forense, 1956, p. 17.

<sup>121</sup> Como “Windscheid, Pacificci-Mazzoni, Dernburg, Bonfante, Van Wetter, Voet, De Filipis, Donellus, Cujacius”, segundo Maria Helena Diniz (*op. cit.*, p. 65), e ainda, “Thibaut, Boeking, Bruns, Arndts, Unger, Baron, Kuntze, Vangerow, Kierulff, Randa, Troplong, Namur, Maynz, Belime, Baraton, Milone”, de acordo com José Carlos Moreira Alves (Posse, *op. cit.*, p. 72).

<sup>122</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>123</sup> Mencionada neste momento em função da opção do autor, que adota a corrente posterior.

<sup>124</sup> “*Il possesso è al tempo stesso diritto e fatto*” (*Il Diritto del Possesso - Trattato Civile – op. cit.*, § 5º, pp. 59-60).

<sup>125</sup> “Assim, pois que o império que exercemos sobre as coisas, por meio da posse, é protegido pela lei, por quanto a lei para este fim instituiu os interditos e reconheceu a posse, em certas circunstâncias, como um embrião de domínio, é evidente que ela não pode deixar de ser incluída na esfera do direito civil, e que com razão se denomina – *direito de posse*. Para evitarmos, porém, aparente antinomia, advertiremos que por esta expressão – *direito de posse*, não queremos afirmar

Penteado,<sup>126-127</sup> Marco Aurélio Bezerra de Melo - que justifica sua posição ao afirmar que “todo fato com relevância jurídica é direito e todo direito nasce de um fato”<sup>128</sup> e Lafayette Rodrigues,<sup>129</sup> que assim explica seu entendimento:

“O elemento material da posse, a *detenção*, é em si um mero fato que não acarreta consequências legais. Mas o concurso do elemento moral, a *intenção*, transformando-o em posse, comunica-lhe caráter jurídico. Este caráter jurídico, resultante da natureza elementar da posse, e a maneira pela qual ela tem sido tratada pela legislação civil, elevam-na à categoria de um direito. Basta memorar: 1 – Que a posse inclui em si o direito de invocar os interditos, verdadeiras ações adaptadas a protegê-la contra a perturbação e o esbulho. 2 – Que a posse subsiste, ainda em ausência do possuidor; adquire-se e conserva-se por via de representantes; liga-se a personalidades civis, destituídas de vontade própria; transmite-se por sucessão e é suscetível de apreciação pecuniária. (...) Estes desenvolvimentos e aplicações da ideia de posse seriam ininteligíveis, se ela fosse um simples *fato*, e não entrasse em sua composição um elemento jurídico, energicamente acentuado. É, pois, força reconhecer que a posse é um fato e um direito: - um fato pelo que respeita à detenção, um direito por seus efeitos”.

Aliás, nessa mesma linha de pensamento, Paulo Nader afirma com base na leitura que fez de Savigny, que a posse pode até se originar da violência ou mesmo do ato nulo, como no caso de um contrato posteriormente declarado viciado,<sup>130</sup> daí porque, se o direito não decorre de um ato que lhe seja contrário, a posse seria um fato, apesar de produzir inegáveis efeitos jurídicos<sup>131</sup>.

Todavia, se adotássemos a posição savignyana neste ponto, a violação da posse não corresponderia a nenhum ilícito, o que não seria razoável, daí porque Valverde y Valverde aduz que o fundamento da proteção possessória há de ser encontrado na posse em si, ou seja, no vínculo entre a pessoa e a coisa, e não na figura de seu possuidor e remata: “com la violación de la posesión se destruye una injusticia, cual es la que supone el mismo hecho de la posesión desligada de todo vínculo o relación jurídica”.<sup>132</sup>

---

que esta seja em *si mesma* um direito, e não mero fato; e sim apenas que a posse é um fato protegido pelo direito, e a que se prendem conseqüências jurídicas” (*in* Da Posse e das Ações Possessórias segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico, H. Laemmert & C, Livreiros-Editores, RJ, 1883, pp. 07-08).

<sup>126</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Op. cit.*, pp. 567-568.

<sup>127</sup> E também “Merlin, Namur, Domat”, segundo Caio Mario da Silva Pereira (*op. cit.*, p. 20).

<sup>128</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, pp.39-40.

<sup>130</sup> *Il Diritto del Possesso - Trattato Civile – op. cit.*, § 5º, pp. 60-61.

<sup>131</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>132</sup> CALIXTO Valverde y Valverde, *in* Tratado de Derecho Civil Español, 3ª ed., Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1925, tomo II, p. 295, *apud* Paulo Nader, *op. cit.*, p. 34.

Na visão de Manuel Rodrigues, “a opinião que considera a posse apenas como um fato, ou como um fato a que lei atribui efeitos jurídicos, parece inadmissível”.<sup>133-134</sup> Aliás, a atual ausência de terminologia distintiva entre o fato jurídico que lhe dá origem e o direito subjetivo dele decorrente não pode servir de obstáculo ao reconhecimento da posse como direito tutelado pelo nosso ordenamento e instituto autônomo em relação ao domínio.

Neste sentido, Luciano Penteado assinala o seguinte:

“As consequências jurídicas atribuídas à situação possessória, entretanto, não se devem confundir com a posse em si. A distinção entre suporte fático, quer abstrato, quer concreto, impede tomar a causa pelo efeito ou vice-versa, e é por isso que se distingue a *fattispecie* da estatuição a ela atribuída na estrutura das normas jurídicas. A posse, embora identificada ordinariamente pelos seus efeitos, não se confunde com eles. A posse é elemento de suporte fático das normas jurídicas, notadamente das referentes às ações possessórias, quer materiais, quer processuais, e das normas sobre usucapião”.<sup>135-136</sup>

A seguir, vale destacar as múltiplas concepções da corrente que considera a posse um direito subjetivo, até mesmo em função da sua própria transmissibilidade (do direito da posse) mediante ato *inter vivos* (oneroso ou gratuito) e *causa mortis*.

Aliás, como assevera Pietro Perlingieri, “a posse não é um poder de fato sobre a coisa, mas um poder juridicamente relevante que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício de direito de propriedade ou de outro direito real”.<sup>137</sup>

Em um primeiro grupo desta terceira corrente há autores que consideram a posse como um direito pessoal, como, por exemplo, Oliveira Ascensão,<sup>138</sup> sob o argumento de que os direitos reais seriam taxativos e porque a posse não teria sido

<sup>133</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 35. Aliás, para Luís Edson Fachin, a posse deveria ser considerada como situação jurídica, geradora de outras situações jurídicas, até porque, “se a posse conduz, pela prescrição aquisitiva, a um direito real, não pode ser direito real, ao menos no sentido da codificação” (*op. cit.*, pp. 45-46).

<sup>134</sup> Vide também HERNÁNDEZ, Antonio; Gil (*in* Obras Completas, *La posesión como institución jurídica y social*, Tomo II, Espasa-Calpe, Madri, 1987, pp. 55 e ss) e GOMES, Orlando; (*op. cit.*, p. 42).

<sup>135</sup> *Op. cit.*, pp. 567-568.

<sup>136</sup> Também comungam do mesmo entendimento Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, como se pode observar na seguinte passagem: “Ressalte-se que não só a posse é alicerçada em uma situação de fato, pois outros modelos jurídicos também o são. Todavia, à medida que o ordenamento jurídico concede ao possuidor o poder de satisfazer o direito fundamental de moradia, naturalmente defere-lhe uma gama de pretensões que lhe assegurem proteção perante terceiros, o que revela nitidamente a existência do direito subjetivo de possuir” (*op. cit.*, p. 35).

<sup>137</sup> *In Perfis do Direito Civil*, trad. de Maria Cristina de Cicco, RJ, Ed. Renovar, 1997, p. 143.

<sup>138</sup> *In Direito Civil - Reais*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, § 58, p. 128.

expressamente reconhecida como tal em diversas codificações estrangeiras.<sup>139</sup> Argumenta-se também para fundamentar esta opção em relação à posse sua ausência de direito de seqüela, de eficácia *erga omnes* e da publicidade formal decorrente do registro como sói acontece com os direitos reais.

Este é o entendimento de Paulo Nader, que acrescenta o seguinte:

“uma vez nascida, a posse se converte em relação jurídica, pois produz efeitos imediatos. É um direito subjetivo. Ao ser violada é objeto de proteção possessória, a posse revela ser mais do que um simples fato e passa a configurar um direito subjetivo. A circunstância de surgir como um fato não impede que a posse se qualifique como direito subjetivo, pois os direitos em geral apresentam, em sua origem, um substrato fático”.<sup>140</sup>

Já um segundo grupo, capitaneado entre nós por Teixeira de Freitas, considera a posse ora como um direito *misto*, ou seja, *real* (na ocupação das coisas sem dono e decorrente da tradição, além de elemento para a usucapião) e *personal* (para fins interditais e das ações possessórias),<sup>141</sup> ora como um “direito subjetivo de natureza especial” - na visão de Moreira Alves<sup>142</sup> e de Carlos Alberto de Campos Mendes,<sup>143</sup> como expressão de um direito real, na medida em que as singularidades da posse (um interesse protegido pela lei e daí um direito) não permitiriam seu encaixe nas categorias dogmáticas padronizadas, sendo então assim considerada como um “instrumento indispensável à manifestação dos direitos reais” no entendimento de Edílson Pereira Nobre Junior<sup>144</sup> e Dilvanir José da Costa.<sup>145</sup>

<sup>139</sup> Por exemplo, não mencionam expressamente a posse como direito real os seguintes códigos: alemão (§ 854 a 928, *in* Código Civil Alemão, trad. de Souza Diniz, Ed. Record, RJ, 1960, pp. 144-154); italiano (artigos 832 a 1172, *in* Código Civil Italiano, trad. de Souza Diniz, Ed. Record, RJ, 1961, pp. 146 a 194); suíço (artigos 641 a 941, *in* Código Civil Suíço, trad. de Souza Diniz, Ed. Record, RJ, 1961, pp. 102-138); russo (artigos 92 a 157, *in* *Le Code Civil de La République de Russie*, trad. de René Dekkers, Bruxelas, 1964, *Institut de Sociologie*, pp. 35 a 55); português (artigos 1251 a 1343, *in* Código Civil Português, Coimbra, Livraria Almedina, 1967, pp. 367-391); argentino (artigos 2339 a 2546, *in* *Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria*, 46ª ed., 2005, Buenos Aires, Abeledo Perrot Ed., pp. 400-433); chileno (artigos 576 a 588, *in* *Código Civil*, 7ª ed., 1977, Santiago, Editorial Universitaria, pp. 159-161) e mexicano (artigos 790 a 853, *in* *Código Civil*, 25ª ed., 1970, México, Editorial Porrúa S/A, pp. 186-196). Em nossa Lei Civil, veja o teor do artigo 1.225.

<sup>140</sup> *Op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>141</sup> É o pensamento, por exemplo, de Teixeira de Freitas, conforme se vê na introdução de sua obra **Consolidação das Leis Civis**, 3ª ed., H. Garnier, Livreiro-Editor, RJ, 1896, pp. LXVI-LXX.

<sup>142</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*, *op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>143</sup> Ou ainda Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira, considerando a posse como um “verdadeiro direito de categoria especial” (*in* **A disputa da posse**, Ed. LTR, SP, 2000, p. 65).

<sup>144</sup> *In* A posse e a propriedade no Novo Código Civil, Rev. Forense, RJ, ed. Forense, 1998, vol. 364, nov-dez de 2002, p. 68.

<sup>145</sup> *In* Inovações principais do Novo Código Civil, Revista dos Tribunais, ed. RT, vol. 796, fev de 2002, pp. 53-54.

Nelson Rosenvald, todavia, em reforço à negação da *posse* como direito real, assenta o seguinte:

“em verdade, tutela-se a posse como *direito pessoal especial* – inserido entre os direitos de personalidade – em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo absoluto e extrapatrimonial da proteção da moradia como local de resguardo da intimidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e de entidade familiar”.<sup>146</sup>

Por derradeiro, ainda neste terceiro grupo - a posição que segundo Moreira Alves é majoritária - considera a posse um direito *real*<sup>147</sup> por se tratar de um direito absoluto,<sup>148</sup> “com eficácia *erga omnes*, o que confere um poder sobre a coisa”,<sup>149</sup> dotado, assim, das “notas específicas dos direitos reais”.<sup>150</sup>

Há ainda aqueles que entendem a posse como direito real provisório, como Washington de Barros Monteiro<sup>151</sup> e também Cunha Gonçalves, conforme se vê na seguinte passagem, pois o apossamento corresponderia ao

“poder de facto exercido por uma pessoa sobre uma coisa, normalmente alheia ou pertencente a dono ignorado ou que não tem dono, relação tutelada pela lei e em que se revela a intenção de exercer um direito por quem não é titular dele, embora este direito não exista, nem tenha que ser demonstrado”.<sup>152</sup>

Aliás, é inquestionável - como salienta Orlando Gomes - que a posse tenha por objeto algo determinado, que seja provida de eficácia *erga omnes* (ou tenha exercício *erga omnes*)<sup>153</sup> e que sua concretização não dependa de intermediários,<sup>154</sup>

<sup>146</sup> *In Direitos Reais*, 3ª ed., RJ, Ed. Impetus, 2004, p. 230.

<sup>147</sup> *In Posse*, *op. cit.*, p. 131. Este mesmo autor, escrevendo antes da alteração do artigo 10, com a inclusão de um parágrafo 2º no referido artigo do CPC, afirma que as ações possessórias também seriam ações reais (*idem*, p. 131).

<sup>148</sup> Não se pode ignorar a orientação de San Tiago Dantas a respeito da relatividade dos direitos, a saber: “é um direito, mas, como todo direito, não é absoluto, é relativo, espécie de embrião de todo o direito junto à pessoa de seu titular” (DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil III, 3ª ed., Ed. Rio, 1984, RJ, p. 21, NR 1).

<sup>149</sup> MOREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos, *in Direitos Reais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1971, p. 128.

<sup>150</sup> JÚNIOR, Edílson Pereira Nobre. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>151</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p. 183.

<sup>153</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 43.

<sup>154</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *op. cit.*, p. 30.

sendo para Ihering verdadeiro direito subjetivo real,<sup>155</sup> mesmo que a pretexto de se tratar de uma proteção avançada da propriedade.

Ademais, como ensina San Tiago Dantas, “já que o objeto da posse é a coisa, totalmente entregue ao possuidor, também se vê que não pode ser direito da personalidade e sim direito real”.<sup>156</sup>

Nessa mesma linha de pensamento podemos citar a opinião de Caio Mário da Silva Pereira,<sup>157</sup> Maria Helena Diniz,<sup>158</sup> Marco Aurélio Bezerra de Melo,<sup>159</sup> de Miguel Maria de Serpa Lopes,<sup>160</sup> bem como de Manuel Rodrigues, que assim aduz sobre o tema:

“O direito real tem sido definido como o poder direto e imediato sobre as coisas – é a idéia corrente, e ainda como a relação existente entre uma pessoa e todas as outras que garante pela abstenção destas o gozo exclusivo de uma coisa corpórea. A posse corresponde perfeitamente a qualquer destes conceitos. É um poder direto e imediato sobre as coisas e o seu titular tem a faculdade de exigir de todos os indivíduos uma abstenção que lhe permita exercer os elementos constitutivos do direito que exterioriza”.<sup>161</sup>

Muito embora alguns autores considerem a posse um direito obrigacional, como já abordado, argumentando que não há lei expressa incluindo-a no rol dos direitos reais, nem prevendo a possibilidade de sua averbação no RGI, o que acarretaria sua inoponibilidade *erga omnes*, além da ausência de seqüela,

---

<sup>155</sup> *In* O Fundamento dos Interdictos Possessórios, *op. cit.*, pp. 291 e 319. Vide também Bárbara Almeida de Araujo (*op. cit.*, p. 90). Ainda, as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sobre o assunto: “Para Ihering, conceituando-se direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, obtém-se a definição que identifica a posse como um interesse legítimo. O interesse na posse é reflexo à tutela da propriedade. A posse seria a condição econômica de utilização do direito de propriedade. Daí, concede-se ao possuidor um direito subjetivo, para que ele sirva em última instância à tutela do direito superior de propriedade. A proteção jurídica seria atribuída por lei àquele que preenche a condição de possuidor, sendo-lhe deferido o uso das ações possessórias, direito aos frutos e benfeitorias e, em alguns casos, acesso à usucapião” (*op. cit.*, p. 34).

<sup>156</sup> *Op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>157</sup> “(...) É um direito real, com todas as suas características; oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado”, acrescentando, ainda, se tratar de “direito real especificamente qualificado de *direito real provisório*, para distingui-lo da propriedade que é direito real definitivo” (*op. cit.*, p. 22).

<sup>158</sup> *Op. cit.*, p.66.

<sup>159</sup> “Entendemos que a posse é direito real, pois o seu objeto é uma coisa determinada e não a prestação; o direito exerce-se em face de todos e não relativizado na pessoa do devedor, e o exercício é direito, sem necessidade de outras pessoas como acontece nas relações negociais. Logo, pela essência do instituto que se mantém a mesma, nos parece que continuará majoritária a acertada posição que sustenta ser a posse um direito real (...)”. Ainda, aduz que o princípio da hermeticidade dos direitos reais não impõe que uma norma legal os estabeleça expressamente, ou seja, a questão do *numerus clausus* não é decisiva pois se determinada relação jurídica possuir os pressupostos de direito real, assim o será considerado (*op. cit.*, p. 30).

<sup>160</sup> *Op. cit.*, p. 93.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, pp. 38-39.

preferência e publicidade, acreditamos que a autonomia da posse e sua relevância jurídica explicam e justificam sua classificação de direito real mesmo quando originário de uma relação pessoal (obrigacional), como no caso de um arrendamento ou locação, onde o possuidor direto também defende sua posse com base em direito real.<sup>162</sup>

Importante, ainda, destacar a concepção que trata a posse “como exteriorização de uma certa situação de poder entre o homem e uma coisa”,<sup>163</sup> em três diferentes situações: (a) *posse-conteúdo*, (b) *posse-condição de nascimento de direitos* e (c) *posse em si mesma*.

Na situação inicial se alcança o uso da coisa, aderindo a posse ao conteúdo de direitos reais<sup>164</sup> e obrigacionais,<sup>165</sup> salvo na detenção e no desdobramento possessório, onde a utilização do bem não importa em critério para sua configuração.<sup>166</sup> Em um segundo momento, a posse é considerada tanto como requisito para a obtenção quanto para a manutenção de alguns direitos reais, seja através da usucapião e da tradição, seja através do uso da coisa a impedir que terceiros adquiram algum direito real em relação ao bem<sup>167</sup>. E, na terceira situação, a posse não se vincula à existência de algum direito real ou obrigacional, porquanto originada de modo independente e único, prévio à aquisição de tais direitos, enquanto “fator de atividade ou dinâmica jurídica”.<sup>168</sup>

No que se refere à sua manifestação externa, inexistente distinção entre as citadas *posse-conteúdo*, *posse-condição de nascimento de direitos* e *posse em si mesma*, não obstante entre elas identifiquemos nítidas diferenças estruturais. Todavia, a terceira situação mencionada caracteriza a posse verdadeira, autônoma, independente ou plena, “sendo clara a verificação de que não há título jurídico

---

<sup>162</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>163</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**, SP, Ed. Atlas, 2011, p. 85.

<sup>164</sup> Como na propriedade, copropriedade, multipropriedade imobiliária, superfície, direito real de aquisição oriunda do compromisso de compra e venda, usufruto, habitação, uso, enfiteuse e demais exemplos dos direitos reais de gozo e fruição, e também nos direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese).

<sup>165</sup> Como nos contratos de locação, arrendamento, parceria, comodato, constituição de renda, etc.

<sup>166</sup> Afinal, na detenção subsiste o uso da coisa, mas não há posse. E na posse indireta, temos a posse, mas sem a utilização direta ou imediata do bem.

<sup>167</sup> Como na servidão, usufruto, habitação, concessão, etc., sem esquecimento de que a utilização da coisa importa em *conditio sine qua non* para o cumprimento de sua função social, de modo que “o não exercício da posse configurará um enfraquecimento do direito de propriedade” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 86).

<sup>168</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. cit.*, p. 301.

(formal) que a legitime, mas ainda assim ela merece tutela como situação jurídica complexa”.<sup>169</sup>

Nesse sentido, como afirma Marcos Alcino Torres, “a posse desvinculada de qualquer direito subjacente é a verdadeira posse, que deve ser considerada como instituto jurídico autônomo, fenômeno isolável, destacado e paralelo”<sup>170</sup> ao domínio.

---

<sup>169</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>170</sup> *Op. cit.*, p. 303.

## 5 DA AUTONOMIA POSSE DA EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE

Aliás, a posse se encontra protegida pelo ordenamento por seu próprio significado e autonomia, independentemente da tutela da propriedade, ou seja, não apenas pela “necessidade do sistema evitar qualquer forma de violência e proteger a personalidade do ser humano”.<sup>171-172</sup>

Em outras palavras, como asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a posse merece proteção “por ser um fim em si mesma, não a projeção de um outro direito pretensamente superior. Urge admirar a posse por sua função social determinante, e não pelos seus eventuais efeitos”, tais como os interditos e a usucapião.<sup>173</sup>

De qualquer forma, não somente a natureza jurídica da posse é tema controvertido, mas também todas as questões sobre o tema possessório apresentam intensos debates, pois, como diz Hernández Gil, a posse “*es la institución de mayor densidad social en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia el exterior; y es una institución tan apoyada en el acontecer social que su ordenación jurídica resulta en cierto modo como incipiente*”.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *op. cit.*, p. 34. Em sentido oposto ao pensamento aqui externado, entretanto, afirma Tito Fulgêncio que o fundamento da proteção possessória “está no interesse da propriedade, cuja defesa ela completa. A posse é o reduto da propriedade, é a exterioridade desta (...)” (*op. cit.*, p. 209).

<sup>172</sup> Sugestão peculiar sobre o tema em questão é a formulada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a respeito de uma *configuração tridimensional da posse*, em função de sua plural manifestação: “a) quando o proprietário é possuidor de seu próprio bem. Aqui a posse é vista como um direito real, na visão restrita do art. 1196, do Código Civil (...); b) pode também a posse ser vislumbrada como relação obrigacional, quando emanada, exemplificadamente, de um contrato de locação, promessa de compra e venda ou comodato, na qual o objeto é a coisa, jamais o direito real em si (...), c) há ainda uma terceira esfera da posse, que se afasta das duas concepções patrimoniais tradicionais acima descritas. Cuida-se de uma dimensão possessória que não se localiza no universo dos negócios jurídicos que se consubstanciam direitos subjetivos reais ou obrigacionais. Trata-se de uma posse emanada exclusivamente de uma situação fática e existencial, de apossamento e ocupação da coisa, cuja natureza autônoma escapa do exame das teorias tradicionais. É aqui que reside a função social da posse” (*idem, op. cit.*, pp. 35-36).

<sup>173</sup> *Op. cit.*, p. 50.

<sup>174</sup> GIL, Hernández. *Op. cit.*, p. 105. Trad. livre: é a instituição de maior densidade social porque exprime de maneira primária a proteção do homem em direção do exterior; e é uma instituição tão apoiada no acontecer social que sua ordenação jurídica resulta, de certo modo, como incipiente.

## 6 IUS POSSIDENDI E IUS POSSESSIONIS

Feitas tais considerações, vale destacar também quanto à distinção estabelecida pelos doutrinadores entre o chamado *ius possidendi* (ou o direito à posse em si, no exercício de uma faculdade jurídica), decorrente da propriedade, de um título jurídico, bem como de algum outro direito real ou obrigacional com força real, em relação ao dito *ius possessionis* - (ou o direito de posse ou a “idéia de direito subjetivo da posse”),<sup>175</sup> estatuído como o direito do possuidor decorrente da consequência fática de sua posse, *autonomizado* em relação à propriedade, dotado de plena relevância e de proteção jurídica em nosso ordenamento.<sup>176</sup>

Nessa linha de raciocínio, vemos que somente o *ius possessionis* (ou *factum possessionis*) será objeto do estudo da posse,<sup>177</sup> sob o prisma de autonomia em relação aos demais direitos reais, como característica do poder conferido ao possuidor pelo seu “direito de possuir”, passível, portanto, de proteção pelo manejo das ações possessórias (mas não das petições) e pelo *desforço incontinenti*.

Desta forma, a estrutura da organização (gradação) vertical da posse, e seu desdobramento entre direta e indireta, encontrará adequação no âmbito do *ius possidendi*, enquanto que a organização (extensão) horizontal da posse, que alcança a posse da coisa e de outros direitos reais limitados, guardará pertinência ao *ius possessionis*, nos moldes acima tratados. Assim, como aduz José Carlos Moreira Alves:

“o *ius possidendi* do titular de direito real ou de direito pessoal é representado pela faculdade jurídica de ter a *posse direta da coisa* (por exemplo, o usufrutuário e o locatário têm o direito de exigir que o proprietário lhes transmita a posse direta da coisa dada em usufruto ou em locação), mas só têm a posse de direito, no âmbito exclusivamente do *ius possessionis*, os titulares desses direitos reais limitados ou aqueles que, não o sendo, se comportam como se o fossem”.<sup>178</sup>

<sup>175</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>176</sup> Para Miguel Maria de Serpa Lopes, tal distinção decorre da *titularidade jurídica* daquele que exercita a posse, sendo o *ius possidendi* vinculado ao titular do domínio e o *ius possessionis* “uma relação jurídica inerente à posse, pura e simplesmente”, de caráter autônomo (*op. cit.*, pp. 125-126).

<sup>177</sup> GIL, Antonio Hernández. **La Función Social de la Posesión**, Alianza Editorial, Madri, 1969, p. 18. E, ainda, acrescenta o autor espanhol que “*las normas que regulan la posesión del que, siendo titular, prescinde de la invocación del título, non son las relativas al derecho de que es titular, sino las propias normas de la posesión autónomamente considerada*” (in **La Posesión**, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980, p. 48. Trad. livre: “As normas que regulam a posse do que, sendo titular, prescinde da invocação do título, não são às relativas ao direito de que é titular, mas as próprias normas da posse autonomamente consideradas”).

<sup>178</sup> E acrescenta o citado autor que “embora a posse esteja presente tanto no *ius possidendi* quanto no *ius possessionis*, naquele ela não se apresenta com as mesmas facetas neste. Com efeito, no *ius*

Destarte, as medidas protetivas da posse serão deduzidas através do juízo possessório, pelo manejo das ações (possessórias) pertinentes, dentre elas o interdito proibitório (em relação à ameaça), a manutenção (para o caso da turbação) e a reintegração (no caso do esbulho)<sup>179</sup>, tendo assim por *causa petendi* remota a afirmada posse (já que a agressão importa na causa de pedir próxima),<sup>180</sup> ao invés de basear-se em violação de direito real diverso (como a propriedade) - que é objeto exclusivo do juízo petitório.<sup>181</sup> A propósito, veja-se Humberto Teodoro Júnior na seguinte passagem:

“discute-se, portanto, no *possessório* tão somente o *jus possessionis*, que vem a ser a garantia de obter proteção jurídica ao fato *da posse* contra atentados de terceiros praticados *ex propria auctoritate*. Exercitam-se, pois, no juízo possessório, faculdades jurídicas oriundas da posse em si mesma. No juízo *petitório*, a pretensão deduzida no processo tem por supedâneo o direito de propriedade, ou seus desmembramentos, do qual decorre o *direito à posse* do bem litigioso. Os dois juízos são, como se vê, totalmente diversos, já que a *causa petendi* de um e de outro é até mesmo inconciliável. E, justamente por isso, não se pode cogitar de *coisa julgada*, ou litispendência, quando se coteja o julgamento e o processo possessório com a sentença e o processo petitório”.<sup>182</sup>

---

*possidendi* só se leva em consideração a *posse da coisa* (*possessio rei*) e não a *posse de direito* (*possessio iuris*). Em sistemas jurídicos em que não se admite a organização vertical da posse da coisa, com o seu desdobramento em posse direta (ou imediata) e indireta (ou mediata), mas em que se reconhece a existência, ao lado da *posse da coisa*, da *posse de direito* (o que diz respeito à organização horizontal da posse), a faculdade jurídica de ter a coisa que integra o conteúdo dos direitos reais limitados como o de usufruto é simplesmente a de deter a coisa (*ius detinendi*) e não de possuí-la (*ius possidendi*); como, porém, se admite a posse de direito (que se circunscreve no âmbito do *ius possessionis*, o usufrutuário, que, pelo direito de usufruto de que é titular, é mero detentor da coisa (o possuidor dela é seu proprietário), se apresenta, quanto ao *ius possessionis*, como possuidor do direito de usufruto” (*op. cit.*, Posse, pp. 28-29)

<sup>179</sup> Quando o possuidor é alijado integralmente de seu direito. Sem esquecimento, ainda, da opção dos embargos de terceiro cujo conteúdo seja possessório.

<sup>180</sup> Aqui compreendida como o conjunto de fatos que amparam a pretensão exposta pelo requerente, a partir da teoria da substanciação, adotada pela nossa lei processual, em contraposição à teoria da individualização (onde a *causa petendi* importaria na relação jurídica deduzida no processo e o fato lesivo dessa mesma relação). Ainda, dividimos a causa de pedir entre próxima - correspondendo à apontada lesão ou ameaça ao direito invocado - e remota, considerada como o fato constitutivo do direito deduzido em juízo. Assim, teríamos o *ius possessionis* (direito de posse) correspondendo à remota, enquanto que a ameaça, a turbação e o esbulho importariam na causa próxima. Por isso, diversamente, lembro que “a causa de pedir da reivindicatória é a propriedade do titular do domínio que perdeu injustamente a posse. Daí a célebre definição desta ação como a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário” e que o “juízo petitório, que se funda em direito real, discute o domínio” (PENTEADO, Luciano de C. *Op. cit.*, pp. 579 e 601).

<sup>181</sup> No mesmo sentido, Paulo Nader afirma que “as ações possessórias não se confundem com as petitórias, pois aquelas se fundam na simples posse, enquanto estas versam sobre o direito de propriedade ou qualquer outro direito real. A posse, segundo Barassi (Ludovico, *Diritti Reali e Possesso*, 1ª ed., Milão, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1952, vol. II, § 206, p. 19), é um instituto autônomo. Quando se discute a posse, não é relevante a questão do domínio” (*op. cit.*, pp. 68-69).

<sup>182</sup> **Curso de Direito Processual Civil**, vol. III, 13ª ed., Ed. Forense, RJ, 1996, p. 150.

Assim, como será visto posteriormente, eventual alegação defensiva que tenha por base assunto relacionado à propriedade não será empecilho para que o julgador decida a questão controvertida com enfoque único exclusivo na posse, afastada que foi, ao que parece, pelo Novo Código Civil, a possibilidade do demandante apresentar a defesa com base na exceção de domínio, conforme disposto no artigo 1.210, §2º, do Código Civil.<sup>183</sup>

Aliás, o Código de Processo Civil, de acordo com a reforma introduzida pela Lei 6820/80 que modificou a regra contida no artigo 923, estabelece que “na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”,<sup>184-185</sup> evidenciando, assim, a relevância da posse e sua autonomia frente à propriedade, com a inexorável e absoluta necessidade de separar-se o juízo possessório do petitório.

Portanto, eventual demanda petítória ajuizada no curso de possessória que lhe seja anterior, deverá ser extinta pelo julgador sem resolução de mérito (art. 267, IV, do CPC), porquanto lhe faltará um pressuposto processual negativo de

---

<sup>183</sup> Ainda na vigência do Código Civil de 1916: “A proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada até mesmo contra o proprietário que não tem a posse efetiva, mas apenas civil, oriunda do título” (STJ, Ac. 4ª T., REsp 327214/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.11.03).

<sup>184</sup> Na redação anterior constava que “na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a 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”. Não obstante tal modificação legislativa, vide o teor da decisão exarada pela Segunda Turma do TRF 2ª Região, quando do julgamento da apelação cível nº 12.828-RJ, relatada pelo Juiz Antonio Ivan Athié: EMENTA: - PROCESSO CIVIL. REIVINDICATÓRIA. POSSESSÓRIA. ART. 923 DO CPC. I - Ação reivindicatória proposta com base em título de domínio, na pendência de ação de manutenção de posse intentada contra a autora. II - Possibilidade, eis que na reivindicatória não se pretende reconhecimento de domínio, mas sim é exercitada com base nesse predicado, não incidindo, portanto, a vedação inscrita no art. 923 do Código de Processo Civil. III - Comprovado habilmente o domínio, resultante de título sem contestação, inscrito no registro imobiliário, a ação reivindicatória só pode ser decidida a favor da legítima proprietária, sendo legítima cominação de multa diária, no caso de resistência à entrega da posse, nos termos dos arts. 287, 644 e 645, todos do Código de Processo Civil. IV- Apelação improvida, à unanimidade de votos” (*in Lex – Jurisprudência do STJ e TRF's, Lex Ed.*, ano 6, abril de 1994, SP, nº 56, pp. 456-460, DJ 03.09.92).

<sup>185</sup> Ainda, segundo o autor mineiro, “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 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” (JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Op. cit.*, p. 151).

constituição válida do processo, consistente no trânsito em julgado da primeira medida proposta.<sup>186</sup>

Destarte, neste ponto, não acreditamos na revogação tácita da citada vedação imposta pela norma processual, após o advento do mencionado artigo 1.210, §2º, do Código Civil, pois o que o art. 923 do CPC impede (acertadamente) é o ajuizamento de demanda diversa (petitória), não tratando, portanto, de matéria ou questão a ser discutida no seio da própria possessória, como faz o dispositivo mais recente.<sup>187</sup>

Deve-se então preferir a posição doutrinária que mantém a finalidade do comando processual consistente em dotar de plena eficácia a decisão proferida no juízo possessório, não apenas impedindo a prolação de sentenças contraditórias, mas, principalmente, conferindo prevalência à posse - por sua relevância e autonomia frente à propriedade desfuncionalizada - através da preferência de apreciação da questão possessória face à dominial, porque, se julgada procedente a primeira demanda, existirá obstáculo intransponível ao resultado prático de eventual reivindicatória posterior, como corolário da função social da posse e do direito fundamental à moradia.

Afinal, de que adiantaria entregar ao possuidor uma prestação jurisdicional cuja eficácia lhe seria retirada, logo após, no juízo petitorio? E mais, cremos que a pretensão na demanda possessória pressupõe a utilização do imóvel de acordo com a sua função social e dentro da legalidade constitucional, o que, com isso, implicaria a automática improcedência da pretensão na demanda petitoria justamente porque o direito (de propriedade) do reivindicante não estaria sendo exercido nos moldes exigidos pela Carta.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Nesse sentido: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *op. cit.*, p. 114. Ademais, a citada vedação funcionaria então como uma modalidade de *condição suspensiva* à possibilidade da propositura da petitoria enquanto pendente a possessória (JÚNIOR, Nelson Nery e ANDRADE, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**, 11ª ed., Ed. RT, 2010, p. 1140). Ainda, e a título de esclarecimento, lembramos que os pressupostos processuais são os requisitos de existência e validade da relação processual, ou seja, os requisitos necessários para a existência jurídica e o desenvolvimento válido do processo, dividindo-se em pressupostos (objetivos/subjetivos-positivos/negativos-intrínsecos/extrínsecos) de existência e de validade do processo, todos diversos das chamadas “condições” da ação (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Direito Processual Civil**, vol. I, 18ª ed., Ed. *Lumen Juris*, RJ, 2008, p. 221 e JÚNIOR, Humberto Teodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I, 5ª ed., Ed. Forense, RJ, 1989, p. 61).

<sup>187</sup> Em sentido contrário, defendendo a revogação do art. 923 do CPC, Cristiano Chaves de Farias - Nelson Rosendal, (*op. cit.*, p. 112), ou sua derrogação, Adroaldo Furtado Fabrício (*op. cit.*, p. 464).

<sup>188</sup> “Proibida a ação em separado da declaração do domínio, proibida, também, está a declaratória incidental de domínio em ação possessória, como decorrência lógica da regra exposta, e a cumulação de pedido petitorio com pedido possessório” (GRECO FILHO, Vicente. **Processo Civil**

Neste sentido, colhe-se em apoio os fundamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, nos seguintes termos:

“de fato, inutilizada estaria a tutela da posse se o proprietário esbulhador respondesse ao possuidor esbulhado com a ação de reivindicação, pois a pretensão do possuidor seria frustrada pelo julgamento da lide em favor do proprietário. O máximo que o possuidor obteria seria uma liminar na ação possessória, posteriormente revogada com a decisão meritória. (...) Imprescindível ademais é a compreensão do que significa a ação petítória nos tempos atuais. Se compreendermos que será ela sempre vitoriosa para aquele que demonstre a condição de proprietário, continuaremos a manter a perversa submissão da posse à propriedade, ignorando a mensagem dos princípios constitucionais. O êxito do possuidor na ação possessória só será suplantado pela ação petítória quando nesta oportunidade exiba o titular a função social da propriedade. Caso isto não ocorra, a função social concedida à posse superará no plano valorativo o direito de propriedade. Trata-se de eficácia vertical do aludido direito fundamental (art. 5º, §1º, CF), que se impõe a qualquer julgador no momento de proferir a decisão”<sup>189</sup>

---

**Brasileiro**, vol. 3, 14ª ed., 2000, Ed. Saraiva, SP, p. 222). Lembre-se, ainda, quanto ao teor do artigo 11 da Lei 10.257/01, *in verbis*: “na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petítórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo”.

<sup>189</sup> *Op. cit.*, p. 115.

## 7 TEORIAS SOBRE A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

No que se refere aos fundamentos da proteção possessória, vale indagar: “qual a razão da proteção dispensada pela lei à posse? Qual o motivo da existência das ações possessórias?”, como faz Serpa Lopes.<sup>190</sup>

Neste ponto, verifica-se subsistir na doutrina duas teorias distinguidas como absoluta e relativa voltadas a explicar tais questionamentos. Inicialmente, de acordo com a teoria dita absoluta, a posse mereceria proteção por se tratar de um ato de vontade humana e por configurar uma categoria econômica independente. Já para teoria relativa, a posse mereceria proteção por ser forma de evitar-se a violência, por se tratar de uma presunção da propriedade e porque se constituiria em defesa avançada do domínio.

Como leciona Manuel Rodrigues<sup>191</sup> a respeito de tais teorias (absoluta e relativa), temos que:

as primeiras afirmam, de uma maneira geral, que a posse é protegida por si, como categoria independente, porque é uma manifestação da vontade individual que se realiza sobre as coisas; ou porque é um fato social produtor de interesses próprios, que mereçam ser reconhecidos. As teorias relativas justificam a posse não por ela mesma, mas pela necessidade de defender com a proteção possessória instituições que, sem esta proteção, não se poderiam exercer em toda sua plenitude.

Assim, encontrando na própria posse os fundamentos para sua proteção,<sup>192</sup> a teoria absoluta sustenta que toda vontade humana legalmente adequada merece respeito e garantia do ordenamento, inclusive a posse, nesta ótica também considerada como um ato de vontade. E, ainda, em seu aspecto de categoria econômica independente, estabelece a citada doutrina que a posse precisa de proteção, pois, como forma de apropriação de bens, tal qual a propriedade, se destina ao atendimento das necessidades do homem.<sup>193</sup>

De outro lado, a teoria relativa, fundada “em considerações mais genéricas e estranhas à posse em si”,<sup>194</sup> se assentaria sob três ângulos, como acima afirmado: pela interdição à violência, pelo respeito à personalidade humana, e como defesa

---

<sup>190</sup> *Op. cit.*, p.178.

<sup>191</sup> *Op. cit.*, p. 24.

<sup>192</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>193</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>194</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, p. 398.

complementar da propriedade.<sup>195</sup> Na primeira hipótese, temos que o Estado não poderia permitir a prática de atos violentos (ou a conduta antissocial) de agressão à posse, diante sua função garantidora da paz e da ordem pública, até para evitar que os cidadãos façam uso da autotutela, através da “justiça pelas próprias mãos”. Desse modo, os interditos seriam os mecanismos de proteção conferidos pelo ordenamento ao possuidor, como forma de solução pacífica para o enfrentamento de problemas desta natureza.<sup>196</sup>

No segundo enfoque, considerando-se que toda e qualquer lesão à posse se afigura uma ofensa à personalidade humana, temos que sua proteção seria uma natural imposição do ordenamento, decorrente do princípio basilar de respeito à pessoa humana. No último caso, funcionando como um complemento indispensável da propriedade e com vistas a facilitar sua proteção, a teoria da defesa complementar da propriedade concebe os interditos como “um postulado da proteção da propriedade”,<sup>197</sup> com a qual o proprietário poderá mais facilmente repelir os ataques dirigidos contra si.

---

<sup>195</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>196</sup> SAVIGNY, Frederico Carlos de. *Il Diritto del Possesso, Trattato Civile, op. cit.*, §2º, p. 50.

<sup>197</sup> IHERING, Rudolf Von. *O Fundamento dos Interdictos Possessórios, op. cit.*, p. 72.

## 8 AÇÃO REAL OU PESSOAL

Outrossim, dentro do tema relativo à proteção possessória, importante abordar também a discussão sobre a natureza de suas respectivas ações, se reais ou pessoais,<sup>198</sup> diante das consequências geradas pela opção do intérprete neste ponto, cuja escolha determinará quanto à necessidade (ou não) de formação de litisconsórcio ativo ou passivo necessário, a competência para julgá-las, e, ainda, eventuais reflexos na aplicação dos prazos prescricionais.

Inicialmente, posto que a posse se trata de um direito e não de mero fato, como já antes afirmado, importante lembrar que caso seja adotado sobre o assunto o pensamento savignyano expressado pela teoria relativa acima mencionada, dir-se-ia que as ações possessórias têm natureza pessoal porque se destinam especialmente à tutela da segurança, da paz social, e não propriamente à coisa.

Veja-se a propósito, respectivamente, os pensamentos de Luciano Penteadó e Darcy Bessone:

“portanto, a segurança e a paz social na tutela possessória dirigem-se não ao objeto da situação jurídica, mas ao titular que a exerce, e, portanto, o pedido de proibição, de manutenção ou reintegração não só tutela o sujeito do ponto de vista de sua personalidade, protegendo o espaço material apto a desenvolvê-la, mas a ação também é de natureza pessoal, não real, como parte da doutrina ainda a qualifica”.<sup>199</sup>

“Assim sendo, o direito substantivo, no caso, é de natureza pessoal ou, como usam dizer os civilistas lusos, *pessoalíssimo*, mas o qualificativo *pessoal* toma aqui um sentido diferente daquele em que é empregado na relação de crédito. Se o direito substantivo é, nos termos *supra*, pessoal ou pessoalíssimo, a ação, que o protege, não pode ser de caráter real, e será, como direito subjetivo, de natureza pessoal, ainda que o adjetivo tenha agora um novo significado”.<sup>200</sup>

Embora acreditando em sua natureza real, passa-se a apontar (e após comentar) os argumentos utilizados pelos defensores da pessoalidade das ações possessórias. Assim se expressam seus adeptos:<sup>201</sup>

<sup>198</sup> Conforme José Frederico Marques: “a ação real se distingue da pessoal porque aquela se encontra ligada a um direito real e esta é conexa a um direito obrigacional. Ao direito material é que cumpre responder se a ação é de natureza real ou pessoal, pois a qualificação aludida depende da natureza do direito subjetivo de que deriva a pretensão ligada ao direito de agir” (*in Instituições de Direito Processual Civil*, ed. Forense, RJ, 1971, v. II, n. 277, p. 47).

<sup>199</sup> *Op. cit.*, p. 560.

<sup>200</sup> *In Direitos Reais*, 2ª ed., 1996, ed. Saraiva, SP, p. 464.

<sup>201</sup> Adroaldo Furtado Fabrício (*op. cit.*, p. 416-420), Luciano de Camargo Penteadó (*op. cit.*, p. 560) e Darcy Bessone (*in Da imissão na posse e da ação possessória – Duplo significado do qualitativo especial*, RT 678, ano 81, abril de 1992, pp. 23-36 e também *in Direitos Reais*, *op. cit.*, p. 488).

- 1) que a posse não seria direito real, face à taxatividade de tal direito, pois nenhuma lei assim expressamente o prevê;
- 2) que a nova redação conferida ao artigo 10 do CPC justificaria tal posicionamento;
- 3) que o teor do artigo 95 do mesmo Código não excluiria idêntica conclusão e,
- 4) que nos casos de posse derivada ou cuja discussão decorresse de algum título (e sua respectiva resolução) lhe faltaria o caráter da realidade.

Todavia, reconhecendo forte controvérsia na doutrina e na jurisprudência, e mesmo que alinhado à minoria, abraçamos a corrente em favor da natureza real das ações possessórias, por ser inviável deixar de considerar a posse como um direito real.<sup>202-203</sup>

Isto porque, não acreditamos na existência de um elenco *numerus clausus* para os direitos reais, pois a circunstância de um determinado instituto não receber expressa previsão legal como um direito real não permite desfigurá-lo de suas verdadeiras características. Ou seja, a ausência de inclusão da posse no rol do artigo 1225 do CC (ou em lei esparsa) não a transforma em modalidade de direito pessoal.

Afinal, como já se assentou aqui, seja por seu exercício *erga omnes* – em face de todos e sem intermediários, seja porque estabelece um poder sobre a coisa ou sobre objeto determinado, não temos dúvida em considerar a posse como direito real.

---

<sup>202</sup> Veja por exemplo autores que consideram a ação possessória real: Caio Mário da Silva Pereira - incluindo Astolfo Rezende e Washington de Barros Monteiro (*op. cit.*, p. 53), Miguel M. de Serpa Lopes (*op. cit.*, p.183), Humberto Teodoro Jr (*op. cit.*, pp. 158-159), Jorge Sato (*in A posse e sua proteção por meio dos interditos: dúvidas e controvérsias*, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, n° 44, pp. 67-80) e Orlando Gomes (*op. cit.*, p. 43).

<sup>203</sup> Julgados que consideram a ação possessória exercício de direito pessoal: RT, novembro de 1938, fasc. 462, vol. 116, pp. 617-618; RT, março de 1947, vol. 166, fasc. 566, pp. 255-256 (com voto vencido); RT, setembro de 1950, vol. 187, fasc. 604, pp. 307-311 (com voto vencido); RT, novembro de 1950, vol. 188, fasc. 606, pp. 273-274; RT, setembro de 1969, vol. 407, pp. 130-131; RT, julho de 1973, vol. 453, pp. 78-80; STJ, REsp 40.721-4/MG, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 13.06.1994 (com voto vencido do Min. Eduardo Ribeiro); STJ, REsp 7.931/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 29.10.1991, DJ 09.12.1991, p. 18036); STJ, REsp 93308/RS, 4ª T, j. 11.02.1999, rel. p/acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01.07.1999, p. 179 (com voto vencido do rel. Min. Cesar Asfor Rocha); STJ, REsp 76.721/PR, 4ª T, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.02.98, DJ 30.03.98. Já acórdãos no sentido da realidade das possessórias: RT, setembro de 1976, vol. 491, pp. 71-72; RT, dezembro de 1979, vol. 530, pp. 79-80; RF, janeiro/março de 1979, vol. 265, pp. 312-322 e RF, outubro/dezembro de 1982, vol. 280, pp. 240-242 (com voto vencido).

E, nessa linha de raciocínio, na medida em que tais demandas buscam o reconhecimento e a proteção da posse, geralmente com a própria restituição da coisa, ao invés do cumprimento de uma obrigação, por exemplo, não parece razoável classificá-las como ações pessoais.

Neste ponto, em sentido idêntico, aduz Câmara Leal que:

“As ações pessoais protegem os direitos oriundos das relações obrigacionais e aos quais correspondem obrigações positivas assumidas pelo sujeito passivo, de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Essa relação obrigacional não existe na posse. Ela se estabelece, como os direitos reais diretamente entre o possuidor e a coisa possuída, sem que um sujeito passivo nela intervenha, assumindo obrigações positivas. Sem essa relação obrigacional não se pode ver na posse um direito pessoal porque a ele não corresponde uma obrigação determinada de uma pessoa individuada, mas a obrigação geral negativa de respeito por parte de todos indeterminadamente”.<sup>204</sup>

Por outro lado, mesmo que o legislador tenha optado por uma suposta solução prática ou de celeridade processual ao modificar a antiga redação do artigo 10 do CPC,<sup>205-206</sup> de modo a fixar hoje a desnecessidade de citação do cônjuge (ou do convivente) para formação da relação processual nas hipóteses ali previstas, além da dispensabilidade da outorga do consorte para a propositura de uma ação possessória, tal regramento também não desnatura ou modifica a natureza jurídica da posse como direito real, até porque não se impediu a participação de tais

<sup>204</sup> LEAL, Câmara. Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, vol. IV (29-31), n. 23.

<sup>205</sup> Redação atual, dada pela Lei nº 8.952, de 1994: “Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários. § 1º- Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I - que versem sobre direitos reais imobiliários; II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados; IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges. § 2º- Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados” (A Lei nº 8952, de 13/12/1994, entrou em vigor 60 dias após sua publicação). Na redação antiga (da Lei 5869/73): “Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios. Parágrafo único. Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I - fundadas em direito real sobre imóveis; II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados; IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges”.

<sup>206</sup> Aliás, tanto o assunto é controvertido, que na vigência do CPC de 1939 prevalecia na jurisprudência o entendimento da desnecessidade da citação do consorte e da outorga conjugal para o ingresso em juízo nas ações possessórias. Em 1973, porém, o novo Código passou expressamente a exigir a vênua mencionada, em seu artigo 10, § único, I (RF 280:241). Em 1994, todavia, novamente tal regra foi modificada pela Lei nº 8952, impondo-se a participação no feito do consorte das partes apenas nos casos de comosse ou de atos comuns.

legitimados nestas ações, seja na qualidade de parte da demanda, seja através das modalidades de intervenção de terceiros.

Portanto, como afirmado, entendemos que uma norma processual (art. 10 do CPC) e sua interpretação não teriam o condão de alterar a natureza de um instituto de cunho material, a ponto de modificar, pois, a própria essência da posse, ainda que tenha influência na discussão a respeito da natureza da ação, não sendo este - diga-se de passagem, o objetivo da norma.<sup>207</sup>

Some-se a isto a circunstância de que o vigente artigo 95 do mesmo Código,<sup>208</sup> ao tratar da competência e com a finalidade de assegurar o julgamento da causa no local cuja produção probatória se configura mais conveniente, “cataloga a ação possessória imobiliária como real”,<sup>209</sup> e, se porventura ali o fez indevidamente em relação às ações de vizinhança,<sup>210</sup> nem por isso chega a desqualificar o caráter da realidade das ações possessórias.

Assim, conferir tratamento jurídico diverso ao possuidor direto em relação aos demais possuidores e afirmar que seu *status* no exercício de seu direito seria inferior porque oriundo de uma derivação da posse não se afigura razoável, mesmo porque o locatário (ou comodatário) defenderá contra qualquer um seu direito, inclusive face ao próprio locador (ou comodante). Ainda, e de acordo com o pedido formulado em cada demanda, as medidas possessórias manterão suas características, apesar de atreladas (in)diretamente à eventual resolução de negócios jurídicos, como o compromisso de compra e venda.

---

<sup>207</sup> Vide neste sentido o voto (vencido) do Min. Eduardo Ribeiro, perante a 3ª Turma do STJ, quando do julgamento do RESP 40721-4/MG, em 13/06/94, proferido antes do advento da Lei 8952/94.

<sup>208</sup> “Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova”.

<sup>209</sup> SATO, Jorge. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>210</sup> Como sustenta Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, p. 417.

## 9 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DA AÇÃO REAL E DA AÇÃO PESSOAL

Por derradeiro, ainda quanto à dicotomia em tela (ações reais x ações pessoais), interessante lembrar também quanto à necessidade de dispensarmos mesmo tratamento para as hipóteses de prescrição extintiva e aquisitiva, no que se refere aos seus prazos, por razões de coerência e segurança jurídica. Explica-se:

Sem adentrar na questão temporal da prevalência da posse funcionalizada sobre a propriedade sem função social,<sup>211</sup> assunto a ser abordado posteriormente, acreditamos que se a norma estabelecer prazos para as hipóteses de usucapião diversos do lapso prescricional das possessórias<sup>212</sup> (ou mesmo das petitórias) prevalecerá a aplicação do período menor, de modo que uma delas será - na prática - letra morta, quando houver identidade entre as partes envolvidas.

Embora doutrina e jurisprudência até hoje tenham indicado que "a prescrição extintiva não ocorre enquanto não se perfizer a prescrição aquisitiva que se lhe contrapõe",<sup>213-214</sup> pensamos ser preciso efetuar um giro epistemológico sobre o tema, de modo que a posse deixe de ser mero "foyer da propriedade privada"<sup>215</sup> e passe a receber o tratamento jurídico devido, até em função da nossa própria realidade, reduzindo-se assim a exclusão e a desigualdade sociais em solo brasileiro.

<sup>211</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse – um Confronto em torno da Função Social*, 2ª ed., RJ: Lumen Juris, 2008, pp. XX e 437.

<sup>212</sup> Situação bem mais complexa ocorria no Código Civil anterior (cujas ações reais prescreviam em 10 anos - ordinárias - e quinze anos - extraordinárias, enquanto as pessoais em vinte anos - art. 177), diversamente do *Codex* atual, onde a prescrição geral é de 10 anos, salvo previsão expressa de prazo menor (art. 205). Hoje, aliás, apenas a usucapião em sua modalidade extraordinária não qualificada pela moradia habitual ou pela atividade produtiva no imóvel estipula lapso maior, de 15 anos, para sua configuração (art. 1238, *caput*, do CC).

<sup>213</sup> Na doutrina, Carpenter (*in* Manual do Código Civil Brasileiro, vol. IV, nº 183), Carvalho Santos (*in* Código Civil Brasileiro Interpretado, 3º/460) e Philadelpho Azevedo (*in* Prescrição-Usucapião, Rev. Forense, 39/15), todos citados por Darcy Bessone (*in* Da imissão na posse e da ação possessória, *op. cit.*, p. 24), e também Lenine Nequete (*in* Da Prescrição Aquisitiva – Usucapião, Livraria Sulina, 1954, pp.15-16), que inclui Lacerda de Almeida, Carvalho Santos e Eduardo Espínola, dentre outros.

<sup>214</sup> Na jurisprudência, vide REsp 119959/PR, cuja ementa é a seguinte: "Registros públicos. Ação anulatória. Prescrição. Não se perde a propriedade pelo não-uso (REsp-76.927, DJ de 13.4.98). Não se extingue enquanto não se adquire, a saber, 'a prescrição extintiva não ocorre enquanto não se perfizer a prescrição aquisitiva que se lhe contrapõe' (RP-55/196). Inocorrência de afronta ao art. 177 do Cód. Civil. Precedentes da 3ª Turma do STJ: REsp's 76.927 e 89.768, DJ's de 13.4.98 e 21.6.99. 2. Questões não suscitadas. Caso em que se não ofenderam os arts. 128, 460 e 515 do Cód. de Pr. Civil. 3. Recursos especiais não conhecidos" (3ª Turma do STJ, rel. Min. Nilson Naves, j. em 02/12/99, vot. unânime, DJ 22/5/00, p. 105).

<sup>215</sup> ARONNE, Ricardo. *Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza, O Novo Código Civil e a Constituição*, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 217.

Destarte, a compatibilização antes proposta pelos juristas e que conferia preferência à propriedade (sem uso) em relação à posse (funcionalizada), para que o prazo prescricional menor (extintivo) fosse aumentado até o montante estabelecido pelo lapso maior (aquisitivo) não mais encontra amparo dentro da legalidade constitucional, daí porque sugerimos a aplicação do prazo mais favorável ao possuidor, mesmo porque, os bens de raiz precisam receber destinação e a propriedade atender a sua função social.<sup>216</sup> Ou seja, nossa proposta então é que a prescrição extintiva ocorra independentemente do cômputo da prescrição dita *aquisitiva*,<sup>217</sup> como forma (indireta) de compelir o *dominus* a exercer seu direito de propriedade, nos limites estabelecidos pela Carta.

Enfim, ainda sobre a realidade das possessórias, porquanto impossível atribuir à posse cunho pessoal,<sup>218</sup> diante de seus atributos e características dos direitos reais, somos forçados a aderir à conclusão de que as ações possessórias são reais, porque, “do contrário, ficariam sem classificação”.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> Artigo 5º, inciso XXIII, da CF.

<sup>217</sup> Ainda na vigência do Código Civil anterior, vide, no mesmo sentido o voto vencido do Min. Cesar Asfor Rocha, quando do julgamento do REsp 93.308/RS (4ª Turma do STJ, j. em 11.02.1999, rel. para o acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01.07.1999, p. 179): “fixado o entendimento de que a ação reintegratória tem natureza real, disso decorre, a teor do disposto no art. 177 do Código Civil, que o prazo prescricional para a sua propositura se opera em dez anos contados da data em que poderia ter sido proposta, pois aqui as partes são consideradas como presentes”, e, também, o pensamento de Luiz Edson Fachin, que, citando Pontes de Miranda, afirmava que a hipótese corresponderia a um dos raros casos de “pretensão sem ação” (*op. cit.*, pp. 76-77). Assim, ousamos discordar do pensamento de Lenine Nequete, de que “a propriedade não se perde pelo não uso: a lei, assegurando ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, confere-lhe por isso mesmo o direito de não usá-los, sempre que lhe aprouver. De sorte que a este respeito a única prescrição possível é a aquisitiva. Não induz perda de domínio pelo não uso - já resolvia a Corte de Cassação Francesa em 1879 – a doação de um imóvel a uma congregação sem personalidade jurídica” (*op. cit.*, p. 15).

<sup>218</sup> “De todo exposto sobre a natureza e condições de exercício das ações possessórias resulta a índole destas: são reais e são dúplices. Reais, porque a ação mais não é que o próprio direito, afirmando-se o direito em atitude defensiva, e, portanto, tem a mesma índole, a mesma natureza material do direito que sanciona ou que por ela se exerce. Já vimos que a posse é um direito e um direito real, e tem seu sancionador nas ações possessórias, que assim participam da mesma índole do direito sancionado, constituem atributo real da propriedade, de que a posse é visibilidade, exercício de fato, exterioridade, e sabe-se que a propriedade é o direito real por excelência. Dúplice, porque nela o autor pode se tornar réu, e o réu autor, o que ocorre quando o réu prova que ele é o possuidor, ou que em relação a ele a posse do autor é viciosa, caso em que terá ganho a causa” (FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, p. 210).

<sup>219</sup> LEAL, Câmara. *Op. cit.*, nº 23.

## 10 CLASSIFICAÇÕES DA POSSE - ESPÉCIES E QUALIFICAÇÕES

De outro lado, quanto à classificação da posse, diante de suas diversas matizes que a qualificam,<sup>220</sup> observamos várias modalidades previstas em nosso ordenamento e que podem ser identificadas da seguinte forma: posse direta e indireta (desdobrada em seu exercício), posse exclusiva e composesse, posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*, posse originária e posse derivada, posse natural e posse civil, posse nova e posse velha, além de jurídica e viciosa (quanto à sua estrutura orgânica), nestas últimas inseridas as figuras da posse de boa-fé, de má-fé, justa e injusta (violenta, clandestina e precária).<sup>221</sup>

### 10.1 Posse Direta E Indireta

Sobre o desdobramento possessório, conforme já antes abordado e de acordo com o artigo 1197 do CC, temos a divisão (vertical) da posse quanto ao seu exercício em direta (ou imediata) e indireta (ou mediata), estabelecida mediante uma ou mais relações jurídicas de hierarquia e subordinação, através de um vínculo de natureza pessoal<sup>222</sup> ou mesmo de cunho real,<sup>223</sup> onde o possuidor indireto transfere ao possuidor direto o exercício material da posse.<sup>224</sup>

Aliás, esta *bipartição* temporária<sup>225</sup> da posse em graus,<sup>226</sup> que se amolda com mais facilidade à concepção iheringiana diante do conceito de *corpus* firmado por

<sup>220</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>221</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 125. Podemos também, quanto ao objeto, acrescentar a diferença entre posse mobiliária (sobre bens móveis e semoventes) e imobiliária (quanto aos bens de raiz e aqueles assim considerados pela lei civil, como os direitos reais sobre imóveis e o direito à sucessão aberta, cf. artigos 79 a 84 do CC).

<sup>222</sup> Como um contrato de locação, de comodato, de depósito, ou nos casos de inventariança, de testamentaria e da representação legal do incapaz.

<sup>223</sup> Tal qual ocorre no usufruto e no penhor (direitos reais sobre coisa alheia e de garantia).

<sup>224</sup> Assim, são possuidores diretos: “o usufrutuário, o usuário, o titular do direito real de habitação, o credor pignoratício, o enfiteuta, o promitente comprador, o locatário, o comodatário, o depositário, o empreiteiro, o construtor, o testamenteiro, o inventariante, o ocupante de terreno do domínio do Estado que paga taxa de ocupação, o transportador, o tutor, o curador, o titular do direito de retenção, o administrador de sociedade, o cônjuge, os pais” sobre os bens dos filhos” (Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 61).

<sup>225</sup> Salvo em relação às enfiteuses constituídas antes do advento do atual Código Civil (v. art. 2038).

<sup>226</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 59.

Savigny<sup>227</sup> e que permite a coexistência de posses paralelas e autônomas sobre a mesma coisa, através de uma aparente *espiritualização* da posse indireta,<sup>228</sup> tem por finalidade viabilizar o desenvolvimento econômico decorrente da ampla utilização dos bens.

Destarte, porquanto não colidentes, ambas as posses (uma *autônoma* e outra *subordinada*)<sup>229</sup> merecem proteção legal,<sup>230</sup> seja contra terceiros, seja entre seus próprios titulares, de modo que a doutrina reconhece que a lei *disse menos que queria* ao não mencionar expressamente que o possuidor indireto também poderia defender sua posse contra o direto, ou mesmo em face de terceiros.<sup>231</sup>

Afinal, se é indiscutível que o possuidor indireto pode reclamar a devolução da coisa ao término da relação jurídica de desdobramento, inegável também reconhecer que ele “tem um justificado interesse em que permaneça assegurada e tranqüila de modo duradouro a posse”<sup>232</sup> direta durante tal relação, assim se justificando sua eventual atuação contra terceiros. No dizer de San Tiago Dantas, “se alguém ameaça perturbar ou perturba a posse do prédio que está alugado, se o

<sup>227</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (op. cit., p. 58), Marco Aurélio Bezerra de Melo (op. cit., p. 35) e Caio Mário da Silva Pereira (op. cit., p. 26). Porém, para Darcy Bessone, a figura da *dupla posse* decorreria de uma pragmática solução legislativa, não guardando relação nem com a teoria objetiva, nem com a subjetiva da posse (op. cit., p. 265).

<sup>228</sup> Pois o possuidor indireto ainda assim mantém “o direito de exercer faculdades inerentes ao domínio” (GOMES, Orlando. Op. cit., p. 60), muito embora tal modalidade de posse importe realmente em uma “espécie de senhorio espiritualizado que não implica em um poder físico” sobre a coisa (TOBEÑAS, José Castán. *Derecho Civil Español, Comum y Foral*, 14ª ed., Madrid, Reus S.A., 1992, tomo 2º, vol. 1º, p. 681, apud Paulo Nader, op. cit., p. 42). Superada, portanto, a idéia de que a posse indireta seria mera *ficção*, já que “a posse mediata não depende unicamente da relação obrigatória, que se encontra em sua fonte: é igualmente uma relação de fato entre a pessoa e a coisa” (FULGÊNCIO, Tito. Op. cit., p. 32).

<sup>229</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 60.

<sup>230</sup> Que, aliás, é “concedida pelo ordenamento jurídico, independente de apresentação de qualquer título e decorre da simples situação fática existente, lembrando-se ainda que a ela podem recorrer todos os possuidores diretos ou indiretos” (TJRJ, 8ª Câm. Cível, Ap. nº 2005.001.10502, rel. Des. Leticia Sardas, j. em 16/08/2005).

<sup>231</sup> “Contra o terceiro que levante uma situação contrária, pode o possuidor direto invocar a proteção possessória, como igualmente o possuidor indireto, sem que haja mister convocar o auxílio ou assistência do outro. (...) Mais modernamente, consolidou-se o entendimento segundo o qual também o possuidor indireto pode defender a sua posse contra o direto, ainda que o dispositivo legal não o tenha contemplado expressamente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., pp. 26-27). No mesmo sentido: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (op. cit., p. 62) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (op. cit., p. 36). Contra a possibilidade do possuidor indireto se insurgir contra o direto: Paulo Nader (op. cit., p. 44) e Maria Helena Diniz (op. cit., p. 71). Para Washington de Barros Monteiro, v.g., o locador poderia “defender-se pelos interditos contra turbações de terceiros, mas não contra o próprio locatário, devendo ele valer-se das ações de despejo previstas na Lei 8.245/91” (op. cit., p. 40). E ainda, “o locador, como possuidor indireto, pode defender sua posse por via dos interditos. Essa defesa da posse, pelo possuidor indireto, só não pode exercer-se contra o locatário, porque a posse de um contrapõe-se à do outro” (RT, janeiro de 1949, vol. 177, fasc. 584, pp. 676-678).

<sup>232</sup> FULGÊNCIO, Tito. Op. cit., p. 31.

inquilino não vem em defesa da posse, pode o proprietário, que é senhoria, partir em sua defesa”<sup>233</sup>.

Vale destacar também que o possuidor direto, conforme lhe faculta a regra do artigo 70, II, do CPC, se for acionado ou ingressar em juízo em decorrência deste desdobramento, poderá valer-se da *denúnciação da lide*<sup>234</sup> para que o possuidor indireto passe a integrar a relação processual, e, ao final, se sucumbente na causa, obtenha - no mesmo feito - decisão indenizatória regressiva decorrente do vínculo de *garantia* existente entre ambos, de modo a se reembolsar dos prejuízos sofridos de forma mais célere, sem a necessidade de outro processo, cuja nova discussão sobre o tema permitiria até mesmo o advento de sentenças contraditórias a respeito dos mesmos fatos.

Isto porque só é obrigatória tal modalidade de intervenção de terceiros nos casos de evicção por força de regra de direito material (artigo 456 do CC e artigo 70, I, do CPC) e não nos demais casos, sob pena da perda do direito de regresso, pois a norma processual não pode de forma isolada impor a perda do direito de ação regressiva apenas porque não exercitado o ônus processual da *denunciatio litis*, no reduzido prazo de quinze dias, conforme pensamento de Leonardo Greco.<sup>235</sup>

Outrossim, o desdobramento da posse não exige que o possuidor indireto seja dono da coisa, bastando tê-la sob sua posse para transferir seu exercício ao possuidor direto, sendo suficiente a *visibilidade do direito à posse* (ao invés da posse plena) para fins de estabelecimento da relação jurídica entre ambos, salvo no caso de má-fé por parte do possuidor direto.<sup>236</sup>

Ademais, é importante lembrar que esta divisão na posse pode se operar em diversos graus, de sorte que, de acordo com as características de cada vínculo jurídico, “o possuidor direto pode transferir a sua posse para terceiro, assumindo a

---

<sup>233</sup> *Op. cit.*, p. 55. No mesmo sentido: Washington de Barros Monteiro (*op. cit.*, p. 40).

<sup>234</sup> “Modalidade de intervenção forçada de terceiro provocada por uma das partes da demanda original, quando esta pretende exercer contra aquela direito de regresso que decorrerá de eventual sucumbência na causa principal” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. I, Ed. *Lumen Juris*, 18ª ed., RJ, 2008, p. 183), ou seja, verdadeira demanda incidental de garantia condicionada à sucumbência do denunciante na ação principal.

<sup>235</sup> **Instituições de Processo Civil**, vol. I, 2ª ed., Ed. Forense, RJ, 2010, p. 514. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>236</sup> “É inteiramente certo, que o possuidor direto pode exercer um direito real ou pessoal que, na realidade, não lhe pertence, uma vez que reconheça a posse superior do indireto, de quem houve a coisa e deriva sua situação de possuidor. Basta, portanto, uma relação jurídica meramente *putativa*, desde que seja rigorosamente concreta e corresponda às indicadas na lei” (NETO, Joaquim Guedes Corrêa Gondim. *Posse Indireta*, RJ: Serviços Gráficos da UFRJ, 1972, pp. 47-48). De acordo com Miguel Maria de Serpa Lopes seria exigido apenas “um título suficiente para uma *prestação de entrega*, quando sobrevier um motivo jurídico de extinção da posse direta” (*op. cit.*, p. 131).

condição de possuidor indireto, ao lado de quem lhe transmitiu a posse”,<sup>237</sup> desdobrando-se então, sucessivamente, uma relação já anteriormente bipartida.<sup>238</sup>

Por fim, ainda sobre a posse derivada, vale esclarecer que a tradição material corresponde à entrega física da coisa (*de manu in manum translatio possessionis*), enquanto que a tradição ficta se opera simbolicamente, de modo espiritualizado, como na entrega das chaves de um imóvel.

Assim sendo, em relação à figura do *constituto possessório* previsto no artigo 1267, § único, do CC<sup>239</sup> e objetivando facilitar a utilização dos bens, temos que, mesmo quando transferida a posse (indireta), mantém-se com o cedente (ou com terceiro) a posse direta da coisa, por força da cláusula (expressa) *constituti*, agregada ao negócio jurídico realizado, sem a necessidade de uma dupla tradição, em sentido oposto à *traditio brevi manu*.<sup>240</sup>

Ou seja, apesar da ausência do elemento fático previsto no art. 1204 do CC, nesta forma de transferência possessória, opera-se a “conversão da posse mediata em direta ou desdobramento da posse, sem que nenhum ato exterior ateste qualquer mudança na relação entre a pessoa e a coisa”,<sup>241</sup> pois, se ausente

<sup>237</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.43. No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>238</sup> “Veja-se, agora, se além do desdobramento da posse em direta e indireta, podem outros se verificar. Podem, *ad infinitum*. Suponha-se uma coisa sobre a qual se constitui um usufruto. O nu-proprietário é possuidor, o usufrutuário também. O nu-proprietário é possuidor indireto; o usufrutuário é possuidor direto e, por isso mesmo que é usufrutuário, pode dar a coisa em locação. Dando-se em locação, ele se torna possuidor indireto e possuidor direto fica sendo o locatário e este, pela índole do contrato, pode dar uma sublocação. Novamente se desdobra a posse e já se tem, aí, quatro graus, sem que haja desaparecido em qualquer deles” (DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 54). Como explica Miguel Maria de Serpa Lopes, “permitida a sublocação, e a partir do momento em que ela se estabelece, o locatário de possuidor direto passa a possuidor indireto de 2º grau, transferindo ao sublocatário a posição de possuidor direto, salvo na sublocação parcial, na qual o locatário passa a ter uma posição jurídica especial: ao mesmo tempo que se mantém possuidor direto quanto à parte não sublocada, transforma-se em possuidor indireto em relação à parte dada em sublocação. Pode suceder que uma pessoa venha a ser titular de graus diversos. Se uma pessoa se torna legatária de um imóvel, em nua-propriedade, sendo o usufruto atribuído a outro legatário, se vier a ser locatária, ao mesmo tempo que será possuidora indireta em primeiro grau em face do usufrutuário que a terá igualmente em 2º grau” (*op. cit.*, p.132).

<sup>239</sup> “1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico”.

<sup>240</sup> Há autores que mencionam também uma tradição dita consensual, dividida, de um lado, em *traditio longa manu*, onde a coisa - porque extensa - se encontra não sob sua mão, mas sim disponível ao *accipiens*, e, de outro, em *traditio brevi manu*, onde aquele que recebe o bem já o possuía diretamente, como no caso do locatário que adquire a coisa locada, não necessitando entregá-la, para, em seguida, pegá-la de volta (vide Maria Helena Diniz, *op. cit.*, pp. 84-85 e Paulo Nader, *op. cit.*, p.55).

<sup>241</sup> Maria Helena Diniz (*op. cit.*, p. 85), que, aliás, defende posição no sentido da possibilidade da ocorrência do constituto possessório tácito e também de sua aplicação em relação aos bens imóveis. Ainda, tal modo de aquisição derivada é “tão frequentemente usado no trato dos negócios que se

disposição expressa ou presumível a respeito, o transferente de possuidor passaria a ser mero detentor, ao invés de possuidor direto.<sup>242</sup>

## 10.2 Da Composse

De outro lado, já na figura da compossessão, em sentido oposto ao paralelismo possessório ora explicitado, identificamos diversos sujeitos exercendo atos possessórios sobre um bem em estado de *indivisão*<sup>243</sup> (*pro indiviso*), conforme previsto no artigo 1.199 do Código Civil.<sup>244</sup>

Neste caso, “nenhum dos compossuidores possui a coisa por inteiro, mas cada um possui uma *parte abstrata* e não pode dispor senão dessa parte”,<sup>245</sup> onde cada um exercita seu direito sem excluir o dos demais.

Assim, esta modalidade de “posse simultânea *pro indiviso*”,<sup>246</sup> não exclusiva, decorrente de ato *inter vivos* ou *causa mortis*, tal qual ocorre na posse dos bens aquestos na área de família (incluindo-se os consócios nas coisas comuns)<sup>247</sup> ou dos bens do *de cuius* até o advento da partilha, difere conceitualmente do condomínio, pois neste o que existe de comum é a propriedade,<sup>248</sup> muito embora em ambos os casos cada sujeito detenha porção *ideal* da coisa, abstratamente considerada.

emprega como forma tabelioa, inserta mecanicamente em toda escritura translativa da propriedade” (PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, p. 40). Também aceitando em relação aos imóveis: Washington de Barros Monteiro (*op. cit.*, p. 49).

<sup>242</sup> “Civil. Aquisição da Posse. Contrato. Constituto Possessório. A posse pode ser transmitida por via contratual antes da alienação do domínio e, depois desta, pelo constituto possessório, que se tem por expresso na respectiva escritura em que a mesma é transmitida ao adquirente da propriedade imóvel, de modo a legitimar, de logo, para o uso dos interditos possessórios, o novo titular do domínio, até mesmo em face do alienante que continua a deter o imóvel, mas em nome de quem o adquiriu” (REsp 21125-0/MS, 3ª Turma do STJ, rel. Min. Dias Trindade, vot. unân., j. em 11/05/92 e pub. no DJ de 15/06/92).

<sup>243</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>244</sup> “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”.

<sup>245</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>246</sup> DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>247</sup> E ainda “todos os casos em que compete a ação *communi dividundo*” (FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, p. 35), bem como as áreas comuns de um prédio estabelecido sob o regime de condomínio edilício, cuja composse seria *perpétua*, pois perdurará “enquanto existir o prédio como entidade econômica e conjunto útil” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 29). Assim, nas partes comuns dos prédios vigora a composse, bem como entre dois proprietários locadores do mesmo imóvel, quanto à posse indireta (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 65).

<sup>248</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p.46. Para Silvio Rodrigues, “a composse está para a posse assim como o condomínio está para o domínio” (*op. cit.*, p. 26).

Na composses, portanto, diversamente do desdobramento possessório, “todos os possuidores encontram-se no mesmo plano”<sup>249</sup> (horizontal), em pé de igualdade no que se refere à utilização da coisa comum, podendo qualquer um dos compossuidores fazer uso dos interditos se sofrer alguma perturbação no exercício de seu direito.<sup>250-251</sup>

Aliás, recorda-se que na seara processual, o art. 10, §2º, do CPC, estabelece a exigência do litisconsórcio necessário<sup>252</sup> entre cônjuges do autor ou do réu nas ações possessórias, todavia é preciso destacar que o acesso à Justiça não pode condicionar-se à vontade alheia, diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional,<sup>253</sup> nem infringir a liberdade ínsita ao direito de ação, daí porque a doutrina sugere a inclusão do litisconsorte faltante intencionalmente no polo passivo, viabilizando-se, assim, um julgamento com resolução de mérito.<sup>254</sup>

Outrossim, embora não haja previsão na regra codificada (art. 1199 do CC), há quem identifique a compossessão também na posse *pro diviso*,<sup>255</sup> nas hipóteses em que exista uma *repartição de fato* (mas não ainda uma divisão de direito) entre os compossuidores, mediante uma divisão matemática, onde cada um deles “toma

<sup>249</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>250</sup> Ainda na vigência do Código anterior: “Possessória – Reintegração de posse – Composses de imóvel *pro indiviso* – Compossuidor que pratica ato de esbulho em detrimento dos demais compossuidores – Responsabilidade por perdas e danos – Reintegração devida. Ementa: Cada compossuidor só poderá exercer sobre a coisa atos possessórios que não excluam a posse dos demais compossuidores, conforme descreve o art. 623, I, do CC. E, à semelhança do condomínio, o compossuidor não pode ceder seus direitos sem a anuência dos demais compossuidores, assim, aplica-se por analogia o art. 633 do CC. Desse modo, é vedado a qualquer um dos compossuidores, por sua própria iniciativa, transformar a composses *pro indiviso* em *pro diviso*, estabelecendo-se em parte da área, à sua livre escolha, e praticando atos de demolição, com notada ofensa ao art. 488 do CC, configurando esbulho à posse dos demais compossuidores, e devendo responder por perdas e danos” (1º Tribunal de Alçada Civil de SP, Ap. 594.839, 2ª Câm., j. 28/06/96, rel. Juiz Alberto Tedesco, *in RT*, dezembro de 1996, vol. 734, pp. 347-348).

<sup>251</sup> Vide também a decisão da Ap. Cível 22.088, julgada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em 15/04/83, *in RT*, dezembro de 1983, vol. 578, p. 215): “Como bem leciona Carvalho Santos, forte nos ensinamentos do insuperável Tito Fulgêncio, *está firmado na doutrina e acolhido na jurisprudência que o compossuidor pode intentar ação de manutenção de posse contra outro compossuidor que turba o exercício de sua composses, acrescentando, logo em seguida, que não somente ação de manutenção pode o compossuidor intentar contra o consorte, mas qualquer proteção possessória em defesa dos direitos que lhe assistem de exercer atos de posse, como condômino* (Código Civil Brasileiro Interpretado, Vol. VII/35 e 36, 7ª ed., 1961)”.

<sup>252</sup> Corresponde à impositiva pluralidade de partes no processo decorrente de exigência legal ou mesmo em função da própria natureza da relação jurídica (indivisível ou incindível) deduzida nos autos, salvo disposição em contrário, como condição de validade da sentença de mérito, cuja decisão então deverá ser uniforme nesta incindibilidade, formando também o chamado litisconsórcio unitário.

<sup>253</sup> Art. 5º, inciso XXXV, da CFRB.

<sup>254</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado, *op. cit.*, p. 416. E também CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>255</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 38.

posse do terreno que corresponde à sua parte, embora o imóvel ainda seja indiviso”.<sup>256</sup>

Em outras palavras, na dita composses *pro diviso* o bem seria divisível e os compossuidores exercitariam seus poderes sobre frações destacadas, diversamente da composses *pro indiviso*, como já assentado, onde “o objeto é infracionável fisicamente, não comportando igual arranjo, pelo que os compossesiros exercem seus poderes, cada qual, sobre a totalidade da coisa”.<sup>257</sup>

Por último, a composses encontrará seu termo *ad quem* com a posse exclusiva da coisa por um dos compossuidores, sem a oposição dos demais,<sup>258</sup> e também com o advento da divisão (amigável ou judicial)<sup>259</sup> do bem comum, de modo que cada um se tornará possuidor de parte determinada,<sup>260</sup> daí porque se conclui ser a posse *pro indiviso* pressuposto à figura da compossesão.

### 10.3 Posse Ad Interdicta E Ad Usucapionem

Já em relação aos seus efeitos, temos que a posse pode ocorrer *ad interdicta* e *ad usucapionem*. Assim, na primeira hipótese, a posse exercida em conformidade com o ordenamento permitirá ao possuidor a utilização das medidas legais destinadas à proteção de seu direito, mediante o manejo dos interditos, das ações possessórias e do próprio desforço *incontinenti*, caso seja ameaçada, turbada, esbulhada ou perdida,<sup>261</sup> daí porque a posse, “assim protegível, denomina-se *ad interdicta*”.<sup>262</sup>

Destarte, demonstrados ao menos os elementos essenciais da posse (*corpus et animus*) ou a sua simples existência conseguirá o possuidor o “*interdito* que o ampare contra o turbador ou esbulhador”.<sup>263</sup> Todavia, pergunta-se: alguma posse não mereceria proteção possessória?

<sup>256</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>257</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>258</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>259</sup> “Entendemos ser cabível a propositura de ação judicial visando pôr fim ao estado de composses nos mesmos moldes da ação de extinção de condomínio, dando-se preferência ao compossuidor em relação a terceiros na compra do bem” (Marco Aurélio Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 39).

<sup>260</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>261</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>262</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>263</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 25.

Como já antes mencionado em relação à proteção ao ladrão, acreditamos ser incabível a defesa judicial da posse obtida por meios ilícitos, se restar evidenciado o apossamento antijurídico da coisa, pois a opção do aplicador do Direito não deve estimular o arbítrio nem a violência, mas sim resguardar a incolumidade dos seres humanos, como regra básica de convivência em sociedade.<sup>264</sup>

Muito embora a doutrina considere o ladrão “possuidor da coisa como lhe pertencendo”<sup>265</sup> e também ensine que pratica furto o “ladrão que furta ladrão”<sup>266</sup>, acreditamos que o exame da proteção possessória necessita considerar não apenas a qualidade dos envolvidos, mas também as circunstâncias de seu nascedouro, quando ilicitamente obtida, de modo a não se legitimar uma injustiça em relação ao possuidor original, ao argumento de que entre o *ladrão* e terceiros seriam plenamente aplicáveis as regras atinentes à defesa da posse, no interesse da *paz social*.<sup>267</sup>

De outro lado, existem certas posses prolongadas, revestidas também de elementos acidentais e exercidas *cum animo domini*, ou seja, com a intenção de dono ou de ter a coisa para si, que conduzem à aquisição da propriedade ou de outros direitos reais pelo decurso do tempo, através da usucapião, desde que obedecidos alguns requisitos legais. Tais posses (qualificadas) recebem, pois, a denominação de *ad usucapionem*.

Como se vê, a posse relacionada à usucapião não se confunde com aquela exigida para fins interditais, já que a primeira necessita agregar, “além das condições objetivas - continuidade e tranquilidade - mais o elemento intelectual - *animus domini*, não bastando a *affectio tenendi* de posse para interditos”.<sup>268</sup>

#### 10.4 Posse Originária e Derivada

---

<sup>264</sup> Contra: “Com efeito, ainda que a posse tenha vícios, o possuidor será garantido em sua posse, contra terceiros que não tenham sido vítimas da violência, da clandestinidade, ou da precariedade, enfim, de terceiros que não tenham a melhor posse, visto que estes nada podem arguir contra aquele” (RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 34).

<sup>265</sup> Tito Fulgêncio, *op. cit.*, p. 17.

<sup>266</sup> “Mesmo porque a segunda subtração torna (a coisa) mais distante ainda do legítimo proprietário ou possuidor” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, vol. 2, Ed. Atlas, 10ª ed., SP, 1996, p. 218).

<sup>267</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.* p. 41. Isso sem contar na possibilidade de considerarmos como mera detenção a relação existente entre o ladrão e a coisa subtraída, como forma de exclusão da proteção possessória em tais hipóteses.

<sup>268</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, p. 15.

Outrossim, no que se refere ao modo de sua aquisição, a posse se classifica como *originária* quando não se relaciona a nenhuma posse pretérita, ou, ao revés, será considerada como *derivada*, por decorrer de algum vínculo jurídico anterior.

Assim, a modalidade *originária* se refere à aquisição da posse (unilateralmente) pela ocupação (ou pelo apossamento) da *res nullius* (coisa sem dono), da *res derelictae* (coisa abandonada) e também nos casos da usucapião.

Já em sua forma *derivada*, a posse será transmitida através de ato *inter vivos* (bilateral, como a compra e venda) ou *mortis causa* (legado ou herança), mediante a tradição (real ou ficta) da coisa, ou mesmo pela via do *constituto possessório*.

Na posse decorrente de sucessão hereditária, por força do *droit de saisine*, com o óbito do *de cuius*, “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”,<sup>269-270</sup> mantendo a posse atual as mesmas características da anterior (do defunto) – *successio possessionis*, sem qualquer interrupção, tal como ocorre nos demais modos de aquisição a título universal.

Todavia, nas operações *inter vivos* ou mesmo nos legados, porquanto a aquisição da posse se estabelece a título singular, faculta-se ao adquirente juntar à sua posse a anterior (*accessio possessionis*), com todas as particularidades daquela que lhe foi transmitida, ou, ao revés, se assim lhe aprouver, iniciar a nova posse desvinculada da antecedente, em especial dos vícios que nesta porventura existiam.<sup>271</sup>

Em outras palavras, como afirma Marco Aurélio Bezerra de Melo sobre o assunto,

---

<sup>269</sup> Art. 1784 do CC.

<sup>270</sup> Segundo Lafayette Pereira Rodrigues, se trata de posse *sem apreensão*, já que “pela simples abertura da sucessão adquirem os herdeiros, legítimos ou escritos, independentemente de apreensão de sua parte, a posse civil que tinha o defunto. Este gênero de posse é uma criação abstrata da lei, notável ainda por outras particularidades, a saber: 1. - A aquisição desta posse requer um título legal, o testamento, ou a qualidade de herdeiro legítimo, de modo que vem ela a ser consequência de um direito preexistente; 2. - Só passa aos herdeiros a posse justa, isto é, a posse que o defunto adquirira por justo título; 3.- A posse se reputa adquirida pelos herdeiros desde o momento da morte do autor da herança, ainda mesmo antes de lhe chegar a notícia deste acontecimento” (*op. cit.*, pp. 57-58). E, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “o Direito Romano não conheceu esta modalidade aquisitiva, que teve origem no direito costumeiro, no chamado *droit de saisine*, em virtude do qual o servo morto deixava de devolver a posse da coisa ao seu senhor, imitando nela seu sucessor: *le mort saisit le viif*” (*op. cit.*, p. 40), pois “é o próprio *de cuius* que investe o sucessor no domínio e posse da herança” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 49).

<sup>271</sup> Todavia, para Caio Mário da Silva Pereira (com base em Trabucchi - *in Istituzioni di Diritto Civile*, n. 176, pp. 406 e ss), em tema que será abordado mais adiante, “se o *accipiens* (seja comprador, seja locatário) está de má-fé no momento da aquisição, não lhe será lícito invocar a boa-fé do antecessor para qualificar a própria posse” (*op. cit.*, p. 41).

“o modo originário de aquisição da posse dá origem à chamada *posse natural*, pois a obtenção se dá a partir do fato da apreensão, por exemplo, de um bem abandonado. O modo derivado de aquisição da posse cria a chamada *posse civil*, pois decorre de uma relação jurídica de transmissão da posse. A importância prática da diferenciação das formas de aquisição está em que na aquisição originária não há que se falar em vícios anteriores que maculem a sua essência, ao passo que se a aquisição é derivada é possível que esteja contaminada por defeitos na sua gênese, tais com a nulidade do ato, aquisição a *non domino*, dentre outros”.<sup>272</sup>

## 10.5 Posse natural e civil

Neste instante, então, vale aduzir também sobre a distinção entre posse *natural* e *civil*. De acordo com Lafayette Rodrigues Pereira, a primeira vem a ser “a posse jurídica que efetivamente e sempre assenta na detenção material<sup>273</sup>”, excluindo-se, portanto, as demais posses obtidas e conservadas sem a necessidade da existência de qualquer contato físico com a coisa. Estas últimas, quando adquiridas *ex vi legis* ou em conformidade com a lei recebem o nome de posse *civil*.<sup>274</sup>

## 10.6 Posse Viciada

Feitas tais assertivas, passamos agora a tratar da classificação da posse relacionada à sua estrutura orgânica, ou seja, no que se refere à eventual existência em seu bojo de vícios (objetivos e subjetivos) que a maculem e impliquem em tratamento diverso da posse escoreita.

### 10.6.1 Posse Injusta (Violenta, Clandestina e Precária)

O artigo 1.200 do CC<sup>275</sup> estabelece que será justa a posse *nec vic, nec clam* ou *nec precario*, donde se conclui que a posse injusta dependerá para sua

<sup>272</sup> *Op. cit.*, p. 54.

<sup>273</sup> *Op. cit.*, p. 45.

<sup>274</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>275</sup> “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

configuração da existência dos vícios (objetivos)<sup>276</sup> de violência, clandestinidade ou precariedade, no momento de sua aquisição ou, no último caso, via de regra, no curso de seu exercício.<sup>277</sup>

Muito embora em sentido amplo qualquer posse que repugne ao Direito receba a alcunha de injusta, o legislador previu expressamente apenas sua acepção restrita, nos termos da regra acima citada, cujo sentido guarda íntima relação com a ideia de *causa*, pois, como se sabe, *a priori*, ninguém poderia a seu arbítrio mudar a causa de sua posse,<sup>278</sup> tema, aliás, que será abordado posteriormente.

Ademais, Miguel Maria de Serpa Lopes ressalta também quanto à independência entre a *causa possessionis* e a *causa usucapionis*, pois a primeira pode ser justa - em sua origem, mas não servir para fins da segunda por lhe faltar *causa justa*, citando, por exemplo, o caso do possuidor adquirente de uma casa cuja venda sabia realizar-se *a non domino*.<sup>279</sup>

Outrossim, explicitando o mencionado texto legal, podemos afirmar que “posse” violenta é aquela obtida à força, seja física ou moral (grave ameaça), cometida no momento do apossamento da coisa, encontrando paralelo no delito de roubo,<sup>280</sup> sendo que a lei penal considera crime quem “invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório”.<sup>281</sup> Ao revés, inexistindo tal vício, a posse será *mansa* ou *pacífica*.<sup>282</sup>

Já a “posse” clandestina, de outra sorte, se estabelece na surdina, sem publicidade e mediante um ocultamento intencional, com o objetivo de impedir que o

<sup>276</sup> Ou ainda *relativos*, para Sant Tiago Dantas (*op. cit.*, p. 62) e *externos*, para Miguel Maria de Serpa Lopes (*op. cit.*, p. 135).

<sup>277</sup> Salvo se já existisse a detenção referida no artigo 1208 do CC (1ª parte) e o detentor se negasse a devolver a coisa, quando solicitado.

<sup>278</sup> “*Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. cit.*, p. 47).

<sup>279</sup> *Op. cit.*, p. 136.

<sup>280</sup> Art. 157 do CP: “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro” (AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A posse e seus efeitos**, 2ª ed., Ed. *Lumen Juris*, RJ, 2008, p. 31).

<sup>281</sup> Trata-se do delito de esbulho possessório previsto no art. 161, §1º, II, do CP, cuja pena é de detenção de 01 a 06 meses, e multa, lembrando que “se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada” (§ 2º) e “se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa” (§ 3º).

<sup>282</sup> DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 61.

desapossado tenha conhecimento da apropriação efetuada,<sup>283</sup> conduta que se assemelha ao delito de furto.<sup>284-285</sup>

Importante destacar, todavia, sobre tal vício, o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roosenvald no que se refere à sua distinção em relação ao abandono:

o vício da clandestinidade deverá ser apreciado de forma percuciente e rígida pelo magistrado, pois jamais poderá ser confundido com a apreensão física da coisa, em momento posterior ao abandono da coisa pelo possuidor. O abandono importa na perda da posse por parte daquele que é desidioso no trato com a coisa, bem como não implica qualificar como injusta a aquisição da posse pelo terceiro.<sup>286</sup>

A “posse” precária, por sua vez, geralmente decorre de uma indevida apropriação marcada pelo abuso de confiança, onde o prearista decide deixar de devolver a coisa, não obstante revogada a autorização fundante de sua titulação anterior. Tal vício se identifica com o crime de apropriação indébita<sup>287</sup> e ocorre sempre que o bem for retido por lapso superior àquele previamente ajustado para sua restituição.<sup>288</sup>

---

<sup>283</sup> Desta feita, “para que exista posse, mister se faz a publicidade, pois a posse só pode ser considerada tal quando for pública, visto que é definida como exteriorização do domínio. Se a detenção da coisa se perfaz às escondidas, o verdadeiro dono nem sequer pode reagir, pois, por mais diligente que seja, continuará sempre ignorante do ocorrido” (RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 28).

<sup>284</sup> Art. 155 do CP: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º- Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º- Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”.

<sup>285</sup> “Não é suficiente o mero desconhecimento por parte de quem foi privado do bem para definir a conduta como viciosa; imperioso é demonstrar que o arrebatador deseja camuflar o ato de subtração daquele que é esbulhado, praticando condutas que evidenciam mantê-lo em situação de completa ignorância diante do fato, *v.g.*, invasão da casa de praia fora de temporada de férias ou alteração de marcos que realizam a divisa entre dois imóveis” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 76). E, ainda, “não se considera clandestina uma posse, não adquirida subrepticiamente, ainda que posteriormente sobrevenha a ocultação” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p.137).

<sup>286</sup> *Op. cit.*, p. 77.

<sup>287</sup> Art. 168 do CP: “apropriar-se de coisa alheia móvel, que tenha a posse ou detenção: Pena – reclusão de 01 a 04 anos, e multa”. Nesse sentido: Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino, *op. cit.*, p. 32.

<sup>288</sup> Para Caio Mário da Silva Pereira, a posse precária seria a do “fâmulo” (ou servo, criado) na posse” (*op. cit.*, p. 23). Exemplo clássico de posse precária é a do comodatário que, findo o contrato, deixa *per si* de restituir o bem dado em comodato (Marco Aurélio Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 40).

Porém, vale aqui registrar que tal precariedade não se confunde com a prática dos atos de *mera permissão* ou *tolerância*<sup>289</sup> apontados na primeira parte do art. 1208 do CC,<sup>290</sup> pois ausente, nestes casos, o vínculo real ou obrigacional pré-existente ao apossamento inicial do precarista, situação que persistirá também enquanto não ocorrer uma mudança (ou *inversão*) inequívoca no fundamento dessa detenção e no *animus* do detentor.

Em outras palavras, ressaltando-se a figura da *interversão* da posse que será tratada mais adiante, a detenção em nome alheio, exercida sem autonomia (como na familiaridade da “posse”) e desprovida do *animus possidendi* não induz posse, subsistindo por força de um consentimento revogável, na medida em que “aquele que detém a coisa em nome de outrem, está, simplesmente, cumprindo ordens: a sua vontade não é determinante em relação à coisa sob nenhum de seus aspectos”,<sup>291</sup> diversamente da “posse” dita precária, cuja existência normalmente guarda relação com uma inicial *concessão expressa e contratual*.<sup>292</sup>

## 10.7 Do Convalescimento dos Vícios. Posse Nova e Velha

Da mesma forma, na segunda parte do citado artigo 1208 do CC prevê o legislador que os atos violentos ou clandestinos não autorizam a aquisição da posse, senão depois de cessados, donde se conclui que - a rigor - enquanto mantidos tais vícios objetivos, “o esbulhador sequer terá adquirido posse”,<sup>293</sup> daí a utilização das aspas quando tratarmos deste assunto.<sup>294-295</sup>

<sup>289</sup> Nesse sentido: Miguel Maria de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 137.

<sup>290</sup> *In verbis*: “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

<sup>291</sup> DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>292</sup> LOPES, Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>293</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Dos vícios da posse**, 3ª ed., 2003, Ed. Juarez de Oliveira, SP, p. 58.

<sup>294</sup> “Apesar do uso corriqueiro das expressões posse violenta e posse clandestina, a posse propriamente dita só surgirá quando da cessação dos aludidos vícios, pois, enquanto se faz uso da violência ou clandestinidade, sobeja o estado de detenção” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 78). Ou, ainda, “a posse injusta, à semelhança da detenção, também é uma não-posse, ou seja, não produz nenhum de seus efeitos normais em relação ao legítimo possuidor até o momento em que cessar a violência e a clandestinidade” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 41).

Como se vê, a lei civil expressamente considera a violência e a clandestinidade como vícios *temporários*, estabelecendo, destarte, os contornos para o convalidamento de tais defeitos jurídicos.

Ou seja, a inércia inequívoca do esbulhado por lapso significativo, quando cessada a agressão ou coação, ensejará a sanatória da mácula anterior decorrente da violência, erigindo-se, assim, uma posse tida como pacífica,<sup>296-297</sup> porém, a nosso sentir, incomparável àquela decorrente do apossamento de bem abandonado.

Significa dizer também que, tomando o possuidor indubitável conhecimento do esbulho público e ostensivo, pelo mesmo período, sem nada fazer, restará também descaracterizado o vício inicial da clandestinidade quando do apossamento da coisa.<sup>298-299</sup>

Porém, em ambos os casos, caberá ao esbulhado ingressar com as medidas adequadas de modo a recuperar sua posse, se assim desejar, mormente quando em seu atuar anterior vinha cumprindo a função social que a Carta da República impõe aos bens de raiz, porquanto impossível deixarmos de considerar a *causa*<sup>300</sup> pela qual foi despojado de seu *status* de possuidor.<sup>301</sup>

<sup>295</sup> “Cumprir enfatizar que, apesar do uso corriqueiro das expressões posse violenta e clandestina, a posse propriamente dita só surgirá quando da cessação dos aludidos vícios, pois, enquanto se faz uso da violência ou clandestinidade, a posse será indelevelmente marcada pelo vício originário e permanecerá como injusta até o fim de seus dias, pois, em regra, a posse preserva o caráter pelo qual foi adquirida (art. 1203 do CC)” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 78).

<sup>296</sup> AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *Op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>297</sup> “Quando o vício não existe, quando não há violência inicial, diz-se que a posse é mansa ou, então, pacífica. Posse mansa ou pacífica é, portanto, a posse *nec vi*. Pode, porém, a posse tornar-se mansa em consequência da cessação da violência. É esta uma solução do direito moderno, que se afasta do rigor do Direito Romano, o qual dizia: *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalidescere*, isto é, aquela que, de início é viciosa, não pode pelo decurso do tempo convalidar. No direito moderno, prefere-se uma solução mais humana e, se a posse se estabeleceu com violência, mas a violência cessou e nenhum outro vício existe, já a posse se amansa, não sendo mais possível a ninguém deixar de considerar quem possui a coisa como um possuidor. Pode, é claro, atacar esta posse por todos os meios de direito, demonstrando que há um título, em virtude do qual aquele possuidor detém a coisa injustamente e, portanto, recuperá-la, mas ele é possuidor e pode invocar os interditos” (DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 61).

<sup>298</sup> Pois, na forma do art. 1224 do CC, “só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”.

<sup>299</sup> Contra: Marcus Vinicius Rios Gonçalves, para quem “a posse adquirida com violência continua injusta, em relação a quem a perdeu, ainda que haja cessado a violência, da mesma forma que a posse clandestina não se torna justa, ainda que se torne pública” (*op. cit.*, p. 58).

<sup>300</sup> *Ora possessionis, ora detentionis*.

<sup>301</sup> Afirma Washington de Barros Monteiro que “não autorizam a aquisição de posse atos violentos ou clandestinos, a menos que haja cessado a violência, ou a clandestinidade. Neste ponto o direito pátrio afastou-se da tradição romana, talvez mais rigorosa, porém mais justa. No direito romano tais vícios eram indelévels, de acordo com a máxima *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalidescere*. Preferiu nosso Código, a exemplo de outras legislações, adotar solução menos justa,

De outro lado, se inexistir alteração relevante na situação originária de violência ou clandestinidade, o princípio da continuidade da posse imporá a manutenção do estado vicioso de sua aquisição, pois, como estabelece o art. 1203 do CC, “salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”.<sup>302</sup>

Pergunta-se, então, o seguinte: há prazo para purgação de tais vícios? E a precariedade, também convalesce?

Inicialmente, aduzimos que a questão sobre a fixação do lapso pelo qual poderíamos considerar purgados os citados vícios apresenta destacada complexidade. Como salienta Marco Aurélio Bezerra de Melo,

“remanesce com o Código atual a problemática em se fixar com segurança um prazo para inércia do possuidor agredido em seu direito, o que de certo modo resvala no valor segurança jurídica, mas, por outro lado, analisando-se a posse pela sua imanente função social, permite a lei que o juiz, no caso concreto, certifique se houve ou não a perda da posse por parte de quem se mostrou omissa na defesa do que lhe era próprio, permitindo, desta sorte, a aquisição da posse por quem a tomou violenta ou clandestinamente e deu a ela uma destinação social. Tais situações, como também a de identificar se o sujeito é detentor ou se efetivamente é titular da posse, vem demonstrar que apesar do acerto e solidez da teoria objetiva, por vezes, se mostra absolutamente indispensável pensar a posse sob o seu aspecto subjetivo”.<sup>303</sup>

Aliás, faz aqui a doutrina pátria uma justaposição entre os conceitos de posse *nova* e posse *velha*, respectivamente, com base no prazo previsto no artigo 924 do

---

porém mais prática, dispondo que a violência e a clandestinidade são vícios temporários. Cessando estes, a posse começa a firmar-se de modo útil e eficaz, de tal sorte que, volvidos os anos, lícito não mais será despojar-se o possuidor, em virtude do vício originário de sua posse, a menos que vencido em ação petítória (ação reivindicatória) e nela condenado a restituir a coisa” (*op. cit.*, p. 51).

<sup>302</sup> Trata-se, assim, de uma presunção relativa (*iuris tantum*), na medida em que admite prova em contrário.

<sup>303</sup> *Op. cit.*, pp. 41-42.

CPC,<sup>304</sup> entre os lapsos anteriores e posteriores a ano e dia, contados do momento da turbação ou do esbulho<sup>305</sup> em relação ao período depurativo desses defeitos.

Ou seja, demonstrada a cessação *in concreto* da ocorrência dos mencionados vícios há *mais de ano e dia* teríamos então reconhecida a posse,<sup>306</sup> através do convalhecimento dos defeitos que a inquinavam. Neste caso, o esbulhado não poderia mais obter medida liminar para reavê-la, pois sua ação possessória seria então de *força velha*,<sup>307</sup> nem tampouco a antecipação de tutela ou o manejo do desforço imediato, face ao caráter de especialidade procedimental das ações possessórias e pela autonomia e relevância da posse em nosso ordenamento, à luz da legalidade constitucional.<sup>308</sup>

É bem verdade que no Código Civil de 1916 havia menção ao citado prazo ânua,<sup>309</sup> sem correspondência no *codex* atual, cujo artigo 2043 estabelece que até o advento novas regras (específicas), “continuam em vigor as disposições de natureza

<sup>304</sup> “Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório”. Tal artigo não tem correspondência na atual lei civil, mas veja a antiga redação do revogado art. 523 do CC de 1916: “As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório”. É, ainda, o teor do artigo 927 do CPC, “incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

<sup>305</sup> Neste sentido, vide, por exemplo: Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino (*op. cit.*, p. 33); Marco Aurélio Bezerra de Melo (*op. cit.*, p.45) e Maria Helena Diniz (*op. cit.*, p. 77).

<sup>306</sup> Que se diz *velha*, caracterizando também as ações que lhe sejam contrárias como de *força velha*, em oposição às ações de *força nova espoliativa*.

<sup>307</sup> “PROCESSO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. A ação de reintegração é o meio próprio para defender a posse, inclusive a de força velha; só a de força nova, todavia, está municiada pela medida liminar. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 138932/RS, 3ª Turma do STJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 11/11/02, vot. unân., pub. DJ 16/12/02, p. 308)

<sup>308</sup> GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **Direito Civil – Lei de Introdução – parte geral e direito das coisas**, RJ, Ed. Elsevier, 2007, p. 136. E, ainda, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*op. cit.*, p. 139). Aliás, “se o autor não teve a necessidade urgente, de, no prazo de ano e dia, recuperar ou manter-se liminarmente na posse do bem objeto do esbulho ou turbação (o que seria de manifesta evidência), com maior razão não apresentará interesse jurídico algum em atingir o mesmo resultado, desta feita por intermédio de vias transversas, utilizando-se do contido no inc. I do art. 273” (JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Liminares nas ações possessórias**, Ed. RT, SP, 1995, p. 178). Contra, defendendo o cabimento da aplicação do art. 273 do CPC, mesmo na possessória baseada em posse velha, pois o rito seria o comum, sumário ou ordinário: JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Da tutela antecipada nas possessórias fundadas na posse velha**, Revista do IASP, 14: 171-79. Vide também Marco Aurélio Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 77.

<sup>309</sup> Vide os revogados art. 507 e 508 do antigo CC, respectivamente: “na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque” e “se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”.

processual, administrativa ou penal, constantes de lei cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados” ao Código atual.

E mais, é preciso destacar que a citada purgação e suas consequências neste prazo de ano e dia guardam relação com o princípio da função social da posse, cujos ditames servirão também para determinar qual será a *melhor* posse dentre aquelas invocadas pelos eventuais litigantes.<sup>310</sup>

Todavia, há entendimento contrário no sentido de que o decurso do dito prazo ânuo somente levaria à conversão da detenção em posse (injusta), além da perda do direito à defesa liminar, ao argumento de que não se operaria qualquer convalescimento, conforme já mencionado, pois o artigo 1203 do CC não trataria dos vícios objetivos, mas sim dos defeitos de ordem subjetiva atrelados à boa ou má-fé no respectivo apossamento.<sup>311</sup>

Para nós, todavia, e na esfera do *ius possessionis*, a cessação dos vícios produz realmente certos efeitos em benefício do novo possuidor,<sup>312</sup> mas não impede a recuperação da posse pelo antigo usuário, como já aqui assentado, se, inicialmente, quando aqueles defeitos surgiram, a posse da época guardava conformidade com a legalidade constitucional e cumpria sua função social, desde que não operada a usucapião, é claro, dentro de suas espécies, ou que não se tenha suplantado o prazo prescricional (negativo) decenal previsto no artigo 205 do CC.<sup>313</sup>

Neste sentido, vale lembrar que a própria lei processual civil estabelece expressamente no já citado artigo 924 que a ação de manutenção ou de

---

<sup>310</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p.46. Já para Washington de Barros Monteiro, “modernamente, porém, todas as ações possessórias, tanto as de força nova como as de força velha, seguem o rito ordinário, depois de oferecida a contestação”, de acordo com o artigo 931 do CPC (*op. cit.*, p. 60). Assim, “ainda que a ação possessória seja intentada além de ‘ano e dia’ da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e §§, todos do CPC” (Enunciado n. 238, *III Jornada de Direito Civil*, STJ-CJF, dez. 2004-DF).

<sup>311</sup> Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves, “a posse adquirida com violência continua injusta em relação a quem a perdeu, ainda que haja cessado a violência, da mesma forma que a posse clandestina não se torna justa, ainda que se torne pública” (*op. cit.*, pp. 58-61).

<sup>312</sup> Que serão abordados mais adiante, como o direito à percepção dos frutos, à indenização por benfeitorias, etc.

<sup>313</sup> “Certo é, que a posse derivada dos atos de violência ou clandestinidade, poderá gerar usucapião extraordinária (art. 1238, CC), posto não se exigir, como requisitos formais ao alcance da propriedade em tal modalidade originária, o justo título e a boa-fé, sendo suficiente a mansidão, a pacificidade e o *animus domini* como requisitos aquisitivos (art. 1238, CC)” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 78).

reintegração de posse, mesmo quando ajuizada após o lapso de ano e dia, conserva sua matiz possessória, de modo que o esbulhado poderá reaver sua posse sem depender do juízo petitário.

Outrossim, destacamos que o Código Civil de 2002 não repetiu a regra do art. 508 do antigo *codex* de 1916, que, ao remeter para os meios ordinários a presente questão estimulava a existência de controvérsia quanto à exclusividade do manejo da petítória ao esbulhado, neste caso, não obstante o teor em contrário do já revogado artigo 523 da última lei civil, donde se conclui que continua ainda viva entre nós a dita ação (ordinária) de força velha espoliativa.<sup>314</sup>

Isto posto, acreditamos que a detenção inicial sobre bem não abandonado e cumpridor de sua função social, originada de forma viciada e transmutada em posse pelo decurso de ano e dia, só não poderá ser recuperada pelo esbulhado, ressalvadas as questões prescricionais já citadas, se sobrevier fundamento jurídico ou causa diversa capaz de torná-la justa, desvinculada da vontade isolada e exclusiva do esbulhador.

Assim ocorre, por exemplo, na hipótese “de quem tomou pela violência comprar do esbulhado, ou de quem possui clandestinamente herdar do desapossado”,<sup>315</sup> de modo que a inversão do título, nessas circunstâncias, advinda de terceiro ou de alteração essencial do direito, tornará justo o apossamento ora mencionado.<sup>316</sup>

Falta ainda verificarmos se a precariedade estaria submetida ao mesmo regramento estabelecido para a violência e para a clandestinidade. Ou seja, é importante esclarecer o porquê de tal vício não ter sido mencionado na segunda parte do citado artigo 1208 do CC: enfim, a precariedade convalesce? Ela seria sanável?

---

<sup>314</sup> Todavia, para Silvio Rodrigues, muito embora a vontade do legislador deva prevalecer, tal escolha importa em uma “solução antiquada, inconveniente, resultante tão-só do amor à tradição”, e, ainda, aduz o citado autor que, “se o adquirente a título violento, ou clandestino, provar que a violência ou clandestinidade cessaram há mais de ano e dia, sua situação de possuidor é reconhecida, e só será vencido no juízo petitário” (*op. cit.*, pp. 30-31). Veja, aliás, sobre o assunto, também seu artigo “Variações sobre o tema da posse”, *in* RT, ano 49, janeiro de 1960, volume 291, pp. 18-28, onde, sob a égide do CPC de 39, afirmava tal autor o seguinte: “no meu entender, convém desconhecer a ação possessória de força velha espoliativa. Deve o esbulhado ficar apenas com o recurso petitário, quando não intentar o interdito de reintegração de posse dentro de ano e dia do esbulho” (p. 20).

<sup>315</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>316</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, p. 45.

Para Silvio Rodrigues, dentre outros autores, a resposta é negativa, pois, se “o vício que macula a posse for o da precariedade, ele se apegará à posse, enquanto ela durar, perseguindo-a perpetuamente”.<sup>317</sup>

Todavia, outros doutrinadores consideram um equívoco sustentar a impossibilidade do convalescimento da precariedade,<sup>318</sup> até porque a ausência de menção deste vício no bojo do artigo supramencionado se explicaria porque geralmente o precarista já é possuidor (justo) da coisa - e não mero detentor - antes mesmo de sua recusa na devolução do bem (momento em que sua posse se tornaria injusta), daí a desnecessidade de sua inclusão naquele diploma legal.

## 10.8 A Interversão da posse

Em outras palavras, restando inequivocamente modificada a *causa possessionis* (não somente pela vontade do possuidor), através de atos concretos de oposição à situação jurídica inicial ou mesmo mediante atos de terceiro, teremos como operada a chamada *interversão* ou *inversão* da posse, diante da alteração de seu caráter originário.

Assim ocorre com o locatário que deixa de pagar os alugueres e passa a demonstrar ao locador sua intenção dominial, ou com o condômino que resolve ocupar individualmente como sua parte comum do prédio, ou mesmo com o depositário que se nega a devolver a coisa por se considerar dono dela, dentre diversos outros exemplos originários de algum vínculo real ou obrigacional pretérito.

Da mesma forma, mediante idêntico raciocínio, admite-se a possibilidade da detenção em nome alheio transformar-se em posse injusta, com base em uma *oposição categórica* pelo esbulhador, consistente em uma “actuação mais enérgica do que num simples apossamento”,<sup>319</sup> como no caso do caseiro que passa a agir inequivocamente como dono da gleba de seu patrão, no decurso do tempo, atuando

---

<sup>317</sup> *Op. cit.*, p. 31. No mesmo sentido: Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino (*op. cit.*, p. 40) e José Carlos de Moraes Salles (**Usucapião de bens imóveis e móveis**, 6ª ed., Ed. RT, SP, 2005, p. 74).

<sup>318</sup> Lenine Nequete (*op. cit.*, pp. 70-73); Marco Aurélio Bezerra de Melo (*op. cit.*, pp. 47-51); Marcus Vinicius Rios Gonçalves (*op. cit.*, p. 61); Miguel Maria de Serpa Lopes (*op. cit.*, pp. 546-547); Orlando Gomes (**Questões de Direito Civil, Pareceres**, 2ª ed., Cingraf Ed., Salvador, 2002, p. 31) e Paulo Nader (*op. cit.*, pp. 49-50).

<sup>319</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais**, ed. Livraria Almedina, 3ª ed., Coimbra, 2000, p. 106.

como se proprietário fosse, *cum animus domini* e em total desobediência às ordens de seu chefe.

Destarte, a inversão do título - onde o interessado adquire em seu benefício um novo *status* possessório em relação à coisa já sob seu controle – tanto pode ocorrer pela oposição do detentor contra aquele em cujo nome possuía, quanto pela contrariedade em devolver a coisa ao possuidor indireto, e, ainda, pela prática de ato de terceiro hábil a transferir a posse,<sup>320</sup> todas, diga-se de passagem, modalidades configuradoras de verdadeiro esbulho.

Portanto, provada a ocorrência desta *inversão* plena ou segura da posse, fulcrada em *atos materiais exteriores (inequívocos)*<sup>321</sup> e admitida em nosso ordenamento pela exceção prevista no já mencionado artigo 1203 do CC,<sup>322</sup> a posse antes justa se tornaria injusta,<sup>323</sup> pela precariedade, submetendo-se então ao mesmo regramento conferido aos demais vícios objetivos, inclusive quanto ao seu convalescimento, tudo dentro dos moldes já expostos.

Assim sendo, a partir da formulação de tais conceitos, podemos assentar que os dois primeiros vícios objetivos mencionados são *originários*, ou seja, ocorrem concomitantes ao apossamento (*ab initio*), daí porque, por exemplo, a violência posterior cometida com intuito de proteger a posse já adquirida não importaria em vício que afetasse sua regularidade, não a tornando injusta,<sup>324</sup> diferentemente da precariedade, que, em geral, inquina a posse jurídica (ou escoreita) *a posteriori*, visto tratar-se de defeito *superveniente*.

Ademais, os três citados vícios são também considerados como defeitos *relativos*, porquanto alegáveis apenas pelos particulares eventualmente por eles prejudicados, até porque não há que se falar em posse injusta *erga omnes*,<sup>325</sup> salvo

---

<sup>320</sup> Como na hipótese do locatário que adquire a coisa locada de terceiro que não o verdadeiro dono (NEQUETE, Lenine. *Op. cit.*, p. 72), caso onde se inverte o título da posse, na medida em que “fica quebrado o nexa que fazia, dele, um possuidor em nome do senhorio, em termos de propriedade” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Op. cit.*, p. 106).

<sup>321</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 50. Aliás, o *animus* do precarista “*no debe quedar reducido al interior del poseedor, sino que tiene que aflorar al exterior mediante un comportamiento revelador de que está poseyendo en un concepto distinto*” (DÍEZ-PICAZO, Luis e GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, vol. II, tomo I, p. 79, *apud* Paulo Nader, *op. cit.*, p. 50).

<sup>322</sup> Como ressalva ao princípio da continuidade da posse.

<sup>323</sup> Assim como a mera detenção em posse injusta.

<sup>324</sup> DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>325</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 78.

se existir alguma outra situação de ordem pública, marcada pelo caráter da indisponibilidade.<sup>326</sup>

Além disso, acreditamos que a enumeração dos vícios objetivos expostos no mencionado artigo 1200 do CC merece ser considerada *numerus clausus* (taxativa), ao invés de exemplificativa (*numerus apertus*), de modo que no âmbito do *ius possessionis*<sup>327</sup> a aquisição da posse fora de tais hipóteses não pode ser alcunhada de *injusta*,<sup>328</sup> primeiro porque sua existência não depende de uma origem contratual, por força de sua autonomia frente à propriedade, e, segundo, como asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roosenvald, porque “aprofundaríamos o processo de exclusão social ao qualificarmos como posse injusta a corriqueira situação em que inúmeras famílias ocupam imóveis abandonados, nos quais os proprietários”<sup>329</sup> deixaram de obedecer ao comando do art. 5º, inc. XXIII, da CF, descumprindo, assim, o princípio da função social da propriedade.

Todavia, vale lembrar também que, na esfera do *ius possidendi*, compete ao juízo petitório resolver sobre o eventual direito do *dominus* em reaver a coisa “do poder de quem quer que *injustamente* a possua ou detenha” (art. 1228 do CC), como garantia do direito de propriedade, tal qual estabelecido no artigo 5º, XXII, da CF.

Ou seja, neste caso, o advérbio (injustamente) é empregado em sentido diverso daquela posse *injusta* anteriormente aludida, pois em nada se refere aos três vícios objetivos já mencionados, mas sim às múltiplas relações jurídicas afetas à propriedade em si, como na hipótese do adquirente de um imóvel que deixa de pagar as parcelas previstas no contrato de compra e venda sem motivo justificado, mas nele continua residindo.

## 10.9 Posse de boa-fé e má-fé

<sup>326</sup> Muito embora Caio Mário da Silva Pereira considere apenas a violência e a clandestinidade como vícios relativos, deixando de lado a precariedade. Esclarece o citado mestre, que os atos clandestinos seriam ocultados “da pessoa que tem interesse em recuperar a coisa possuída *clam*, não obstante ostentar-se às escâncaras em relação aos demais”, daí seu caráter da relatividade (*op. cit.*, p. 22).

<sup>327</sup> Ou das ações possessórias. Aliás, vale lembrar que “a *causa petendi* dos interditos será sempre a consumação ou tentativa ilícita de agressão material a uma posse antes constituída. Só figura como legitimado passivo em uma ação possessória aquele que objetivamente adquiri-la por um dos três modos viciados citados” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 79).

<sup>328</sup> Mesmo porque, “não é o fundamento jurídico que a qualifica como tal, mas o fato ou ato material mediante o qual se adquire ou conserva” (BOURGUIGNON, Álvaro. Embargos de retenção por benfeitorias, p. 70).

<sup>329</sup> *Op. cit.*, p. 80.

Agora trataremos da questão sobre a eventual presença de vício subjetivo no apossamento dos bens, cuja ocorrência irá caracterizar a posse como de má-fé, valendo destacar que o Código vigente faz uso de um critério *negativo* atrelado à *ignorância* do possuidor para fins de fixação da boa-fé, ao invés de um critério positivo de convicção (ou de certeza), pois, conforme o teor do art. 1201 do CC, assim será a posse, “se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

Desta forma, diante da subjetividade fixada pela norma, certas dificuldades surgirão ao aplicador do Direito para definição dos casos em que o possuidor esteja realmente agindo de boa-fé, face à malícia ínsita à natureza humana, sendo certo que “nesse assunto não se podem estabelecer regras *a priori*, inflexíveis”.<sup>330</sup>

Outrossim, muito embora a tarefa de incursar no ânimo do agente seja sempre complexa, estabelecer a apontada distinção guarda relevância porque “a ignorância do possuidor o absolve das deletérias consequências da má-fé e ainda lhe confere especiais direitos”.<sup>331</sup>

Afinal, como saber se o possuidor verdadeiramente ignora o vício, ou mesmo, por equívoco, tenha motivos para acreditar ser escorreita a sua situação, apesar de não sê-la?

Há neste ponto duas correntes sobre o alcance subjetivo da boa-fé. A primeira invoca um sentido exclusivamente *psicológico* para determinar o comportamento do possuidor, ou seja, estará de boa-fé “quem pura e simplesmente desconheça certo facto ou estado de coisas”.<sup>332</sup>

Já a segunda corrente aponta a necessidade da utilização de um critério *ético* para caracterização da boa-fé, fundado em uma ignorância qualificada pela ausência de culpa do possuidor neste desconhecimento, de modo que para seus adeptos a boa-fé decorreria de um erro desculpável: “assim, o possuidor de má-fé seria aquele

---

<sup>330</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, p. 44. Em sentido idêntico, DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>331</sup> “Tais como: percepção dos frutos, indenização das benfeitorias, direito de retenção pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias, direito à indenização e retenção por acessões implantadas, possibilidade da acessão invertida trazida pelo novo parágrafo único do artigo 1255 do Código Civil, irresponsabilidade pelo dano a que não deu causa e, ainda, prazos menores para a usucapião de bem móvel e imóvel, dentre outros” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 42).

<sup>332</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Op. cit.*, p. 93.

que não só conhece o vício da posse, como também aquele que deveria conhecê-los, em razão das circunstâncias”.<sup>333</sup>

Entre as duas correntes citadas, como mecanismo auxiliar para descobrir se o possuidor desconhecia ou não o vício,<sup>334</sup> adotamos o (segundo) critério correspondente à eticização da boa-fé psicológica, na esteira do pensamento de Menezes Cordeiro,<sup>335</sup> ou, em outras palavras, e de acordo com o art. 1202 do CC, consideramos que existirá má-fé se as *circunstâncias* fizerem presumir que “o possuidor não ignora que possui indevidamente”, na medida em que “o erro indesculpável, seja de facto ou de direito, não produz boa-fé”.<sup>336-337</sup>

Dessa forma, verifica-se que o preceito geral *nemo ius ignorare censetur* apresenta incompatibilidade com a sistemática da boa-fé.<sup>338</sup> ressalvada a ocorrência de erro de direito (de proibição ou o próprio desconhecimento da lei) que demonstre ser inevitável no caso concreto.<sup>339</sup>

Assim sendo, vale destacar o pensamento de Miguel Maria de Serpa Lopes, no sentido de que

“o estado de boa-fé requer, além do mais, ausência de culpa, isto é, ter o possuidor empregado todos os meios indispensáveis a se certificar da legitimidade do direito por ele adquirido. É uma investigação que deverá

<sup>333</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 81. Ambos ainda acrescentam que: “o conceito restrito da boa-fé psicológica é um prêmio para os desidiosos e lenientes e uma punição para os diligentes e cuidadosos, que seriam sancionados por perceber aquilo que todo cidadão comum poderia facilmente atinar. Ademais, é humanamente impossível ingressar no íntimo de cada pessoa para desvendarmos se ela conhecia ou não determinada circunstância”.

<sup>334</sup> “A boa-fé é um estado psicológico, existe ou não. Se existe não é necessário para ser relevante que tenha por base um erro grosseiro” (RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 297).

<sup>335</sup> *Op. cit.*, pp. 93-96.

<sup>336</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 296. Para Silvio Rodrigues, também, “não se pode considerar de boa-fé a posse de quem, por erro inescusável, ou ignorância grosseira, desconhece o vício que mina sua posse. Assim, se o possuidor adquiriu a coisa possuída de menor impúbere e de aparência infantil, não pode alegar ignorância da nulidade que pesa sobre seu título. Como também não pode ignorá-la se comprou o imóvel sem examinar a prova de domínio do alienante. Nos dois casos, sua ignorância deflui de culpa grave, de negligência imperdoável, que por isso mesmo é inalegável” (*op. cit.*, p. 31). Ainda, Tito Fulgêncio cita as seguintes *circunstâncias presuntivas*: “a confissão do possuidor de que não tem nem nunca teve o título; existir em seu poder um título repugnante à legitimidade de sua posse, como o de venda de pai e filho, compra pelo testamenteiro de bens da testamentaria e outros atos proibidos por lei; a nulidade manifesta do título” (*op. cit.*, pp. 43-44).

<sup>337</sup> Todavia, em sentido contrário, Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon sustenta que o Código teria adotado a primeira opção, após discorrer que a boa-fé positiva (ou em sentido positivo) teria sido “concebida em decorrência da assunção pelo Direito de princípios éticos (justificável por erro escusável, aliada à comprovação de verdadeira diligência em todas as etapas do negócio)”, aduzindo, então, que “a nossa conceituação legal de boa-fé perfilha por sua natureza psicológica” (*op. cit.*, pp. 76 e 79).

<sup>338</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>339</sup> E ainda, para Miguel Maria de Serpa Lopes, quando esse erro de direito atingir uma norma de ordem pública também não será “possível tolerar a presença da boa-fé, ou, pelo menos, aplicar as suas consequências” (*op. cit.*, p. 144).

ser feita caso por caso, tendo-se em vista o grau de conhecimento do possuidor, sendo que incontestavelmente uma culpa grave pode determinar mesmo a má-fé, pois a culpa grave pode ser equivalente ao dolo”.<sup>340</sup>

Já no que se refere à questão do *justo título* (ou da posse titulada) dentro do tema examinado, o art. 1202, § único, do CC dispõe que o possuidor dele dotado terá para si a presunção relativa de boa-fé,<sup>341</sup> salvo quando a norma expressamente não admitir tal presunção, “mas não se infira daí a conclusão oposta, isto é, de que a ausência de justo título acarreta a presunção de má-fé”.<sup>342</sup>

Aliás, inicialmente, em uma concepção tradicional, podemos conceituar este *justo título* como o documento em tese adequado ao alcance dos efeitos pretendidos pelas partes e capaz de transferir a propriedade (ou outro direito real), mas ilegítimo ou ineficaz no caso concreto, porquanto putativo ou aparente, embora gerador da *convictio domini*,<sup>343</sup> cujo defeito<sup>344</sup> é desconhecido por seu portador, sob pena de descaracterização de sua boa-fé.

Assim ocorre, por exemplo, nos negócios jurídicos firmados sem a participação do verdadeiro proprietário<sup>345</sup> (ou nos casos onde o herdeiro/legatário desconhece ser aparente), cuja “crença escusável e plausível na existência de um título defeituoso produz igual efeito à de um título perfeito e autoriza reputar-se de boa-fé o que se encontrar em tal situação, de modo a ter em seu favor”<sup>346</sup> a respectiva proteção do ordenamento.<sup>347</sup>

---

<sup>340</sup> *Op. cit.*, p. 145. Já Orlando Gomes assim aduz: “é de se indagar se o *estado de dúvida* admite a posse de boa-fé. Na solução desse problema, influi o conceito de boa-fé. Para os que a concebem de modo positivo, como a convicção de que a coisa possuída de direito lhe pertence, a dúvida, mesmo leve, impede que a posse seja de boa-fé. Entendida em sentido negativo, como a ignorância de vícios ou obstáculos impeditivos da aquisição da coisa, somente a dúvida relevante exclui a culpa do possuidor de boa-fé. Também exclui a culpa do possuidor na aquisição da posse. O erro, de que resulta a posse de boa-fé, há de ser invencível, sendo evidente que o erro oriundo de culpa não tem escusa. Mas, se a boa-fé é simplesmente a ignorância de vícios, somente a culpa grave deve ser equiparada à má-fé, nos seus efeitos” (*op. cit.*, p. 55).

<sup>341</sup> Pois se admite prova em contrário.

<sup>342</sup> BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Op. cit.*, p. 83. Importante lembrar também que em matéria de prova o ônus recai integralmente sobre aquele que deseja refutar a boa-fé do possuidor com justo título, ou seja, a alegação de má-fé necessita ser provada de forma inequívoca.

<sup>343</sup> Ou *opinio domini* (idéia ou convicção do possuidor de que é também o dono da coisa).

<sup>344</sup> Intrínseco, *v.g.*, quando o alienante não for o dono, e extrínseco, *v.g.*, por falta do devido registro do título no RGI respectivo (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 43). Aliás, não se deve confundir “validade do título com a existência ou validade do direito que é objecto daquele” (RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 290, NR 1).

<sup>345</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>346</sup> LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 143.

<sup>347</sup> “Imagine-se alguém que compra um imóvel e, sem ter passado nenhuma escritura (tendo apenas em seu poder um recibo), se instala no imóvel como dono. É claro que falta o título; salta aos olhos, até mesmo de um inexperto, que a compra e venda não se consumou, pois que a compra e venda de

De outro lado, todavia, com base em uma concepção hodierna e sensível à função social da posse, podemos também considerar *justo título* como sendo o *justo motivo* ou a justa causa decorrente de uma relação jurídica amparadora da aquisição possessória,<sup>348</sup> desvinculada da questão dominial.

Ou seja, não apenas quando se tratar da transferência da propriedade há de se aplicar o citado dispositivo legal e se presumir a boa-fé, mas igual posicionamento também deverá ser adotado para as hipóteses de transmissão da posse desatrelada do domínio,<sup>349</sup> de modo que - a nosso sentir - uma escritura putativa de cessão de posse exercida com *animus domini* também pode ser considerada como o *justo título* capaz de ensejar a aquisição dominial através da usucapião ordinária, nos moldes do art. 1242 do CC.

Outrossim, como determinar com precisão o instante em que a posse de boa-fé perde essa característica e se transforma em posse de má-fé, independentemente de uma análise pretérita das circunstâncias de cada caso?

O critério usualmente adotado costuma ser estabelecido tomando-se por base “o procedimento judicial intentado contra o possuidor, parecendo a alguns que deve ser o da propositura da ação, a outros da citação inicial, ou, ainda, o da contestação da lide”.<sup>350</sup>

Sem esquecimento da notificação extrajudicial levada a cabo pelo oficial cartorário reconhecido pelo poder público, acreditamos que a citação válida é o ato processual pelo qual se pode afirmar com segurança plena quanto à alteração psicológica do possuidor na hipótese, quando inexistam outras circunstâncias hábeis a demonstrar que a má-fé já ocorria anteriormente.<sup>351</sup>

imóvel é um contrato solene, que exige forma escrita, mas a rusticidade pode, perfeitamente, supor que aquele recibo representa de uma maneira completa o negócio que pretendeu ter realizado. Diz-se, então, que este título é putativo; é um título aparente. Sobre o título putativo incide ou não a boa-fé, conforme a esfera social da pessoa que o aceita” (DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 64).

<sup>348</sup> Como “uma dação em pagamento em decorrência de serviços prestados ou uma permuta realizada sem os rigores formais exigidos” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 44), hipóteses de justos títulos ensejadores de boa-fé presumida.

<sup>349</sup> “Assim, v.g., o comodato, a sublocação ou a própria locação, o contrato de arrendamento, etc., são títulos hábeis a transmitir e fundamentar a posse e, estando viciados, mas dotados de legalidade aparente, consistirão justos títulos, ou seja, hábeis em tese a transmitir o direito - no caso, a posse - que retratam” (BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Op. cit.*, p. 83).

<sup>350</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>351</sup> Assim, “por mais que não haja abalo na convicção interna do possuidor no tocante à legitimidade de sua posse e a fragilidade da ação petitoria ou possessória contra si endereçada, a função de segurança jurídica consequente ao devido processo legal, condiciona a retroatividade dos efeitos da sentença ao momento da citação, apenas em caso de procedência da pretensão” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *op. cit.*, p. 82). Nesse sentido: “de boa-fé a posse da embargante enquanto não citada para a ação reivindicatória, porque legítimo era o título de sua posse, tanto que

Por último, resta destacar que inexistente uma correlação obrigatória entre posse justa e posse de boa-fé, e vice-versa, na medida em que os vícios objetivos se relacionam ao modo de aquisição e de exercício possessório, enquanto que os defeitos subjetivos “atuam no campo psicológico, da consciência ou, mais precisamente, da ciência ou ignorância, pelo sujeito, de vícios ou obstáculos relativos à sua situação jurídica”.<sup>352</sup>

Assim, uma posse pode ser justa e de má-fé quando o possuidor age sem qualquer arrebatamento, mas “sabe que assiste à outra pessoa o melhor direito sobre o bem”,<sup>353</sup> ou, injusta e de boa-fé, se, desconhecendo tal circunstância, o apossamento da coisa for alcançado “de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou pela precariedade”,<sup>354</sup> e, também, em igual situação, quando o possuidor agir dessa maneira pelo fato de acreditar que a coisa lhe pertencia.<sup>355</sup>

---

ignorava o vício ou obstáculo que lhe impedia a aquisição da coisa” (TJ/PR, Ac. 6ª Câ. Cív., ApCív 78067-8, rel. Des. Newton Luz, 22.3.00).

<sup>352</sup> BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>353</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>354</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>355</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, p. 40.

## 11 EFEITOS DA POSSE

No tocante aos efeitos decorrentes da posse, identificamos a existência de vários exemplos no ordenamento, alguns de cunho patrimonial e obrigacional, outros de índole interdital, onde a boa-fé influi decisivamente na extensão e qualidade de tais beatitudes, que, aliás, vão muito além de apenas fazer presumir o domínio.

Em síntese, tanto durante sua vigência quanto após seu término, é possível afirmar que a posse enseja os seguintes direitos ao possuidor: acesso aos interditos, à percepção de frutos, às indenizações e às retenções por benfeitorias, à usucapião, além de gerar responsabilidade civil ao possuidor em determinadas hipóteses.

Inicialmente, como antes mencionado, a proteção da posse pode ser exercida através dos diversos interditos possessórios disponíveis em nossa legislação, bem como por intermédio da própria autotutela facultada ao possuidor na defesa do seu direito.

Neste último caso, permite o artigo 1210, §1º, do Código Civil que “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de esforço não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

Assim, na legítima defesa da posse ainda não ocorreu a perda completa da coisa (apenas a sua turbação) e no desforço necessário se operou o esbulho, pois o “bem possuído já foi injustamente apreendido por outrem”.<sup>356</sup>

Em ambos os casos o lesado tem a faculdade de manter ou reaver sua posse, por força própria, sem demora, fazendo uso dos meios necessários, tão somente de modo a alcançar seu intento, sob pena de responder pelos excessos eventualmente cometidos.

Entretanto, é defeso ao proprietário que abandonou seu imóvel valer-se do desforço *incontinenti* (bem como das demais medidas possessórias) com a finalidade de reavê-lo dos eventuais ocupantes, pois a propriedade sem destinação social não merece prevalecer no confronto com a posse funcionalizada.<sup>357</sup>

---

<sup>356</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>357</sup> “De fato, não se pretende sustentar que mereça proteção especial o ato de invasão, mas sim o ato de ocupação, qual seja aquele que vise ao atendimento de necessidades básicas do ocupante e sua família, tais como moradia e cultivo, conforme seja imóvel urbano ou rural, embora neste último seja possível existirem os dois interesses: moradia e cultivo” (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. cit.*, p. 328). No mesmo sentido: Marco Aurélio Bezerra de Melo, *op. cit.*, pp. 67-68.

Já em relação às demandas judiciais acima citadas, destacamos o interdito proibitório, as ações de manutenção e reintegração de posse,<sup>358</sup> os embargos de terceiro possuidor, a ação possessória em face de terceiro adquirente e a nunciação de obra nova, valendo lembrar ainda que sob tais medidas judiciais - de caráter dúplice - vigora o princípio da fungibilidade, sendo também possível cumular mais de um pedido nas respectivas petições iniciais.

Neste passo, a ação de interdito proibitório encontra previsão no art. 932 do CPC e, de acordo com a parte final do *caput* do art. 1210 do CC, o possuidor tem direito à proteção liminar de sua posse diante da “violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, cabendo ao juiz, quando convencido pelas provas apresentadas pelo postulante, deferir o pleito *in limine litis* e fixar multa diária (*astreinte*) para o caso do descumprimento da ordem inibitória.

De outro lado, na parte inicial do mencionado artigo 1210 do diploma civil, observamos que o possuidor deverá “ser mantido na posse em caso de turbação” e restituído na hipótese de esbulho, respectivamente, através do manejo das ações de manutenção e reintegração de posse, conforme estatuído nos artigos 926 a 931 da lei adjetiva. Destarte, a moléstia parcial contra o exercício pleno da posse pode ser reparada através do interdito *retinendae possessionis*, enquanto que ao possuidor extirpado integralmente de sua posse caberá a proteção decorrente do interdito *recuperandae possessionis*.

Por sua vez, os embargos de terceiro possuidor previsto no artigo 1046 do CPC encontra serventia para que o embargante defenda sua posse ameaçada por força de uma decisão judicial proveniente de uma relação processual da qual não teve ciência, restando assim impossibilitada sua defesa, circunstância violadora do *due process of law*.

Outrossim, na ação possessória em face de terceiro adquirente, estabelece o artigo 1212 do CC que “o possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de

---

<sup>358</sup> Não se incluiu neste rol nem a ação de imissão de posse, nem a ação de dano infecto. Explico: a primeira demanda, prevista nos artigos 381 a 383 do CPC de 1939, não se funda na posse (por isso não é possessória), já que tem como causa de pedir remota a propriedade (petitória) ou mesmo outro título (contrato de locação, por exemplo), muito embora seu requerente objective alcançar a posse da coisa pela primeira vez (já na ação reivindicatória o postulante, fulcrado no domínio, almeja reaver sua posse anterior que foi perdida - art. 1228 do CC). Também na segunda ação, de natureza acautelatória ou preventiva, não se tutela a posse propriamente dita, embora tal demanda sirva para que o possuidor (com justo receio) obtenha uma caução para custeio da indenização, consertos ou demolição, relacionados aos eventuais danos futuros e prováveis da ruína de imóvel vizinho e de suas obras (GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 106).

indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era”. Ou seja, existindo má-fé daquele que adquiriu a coisa esbulhada, não resta dúvida quanto à opção ofertada ao possuidor pela norma legal, entre ingressar com a demanda possessória ou manejar a ação indenizatória.

Entretanto, se o comprador agiu de boa-fé, *a contrariu sensu* do disposto no citado art. 1212 da lei civil, o possuidor não poderia ajuizar ação possessória na defesa de seu direito, diante da proteção conferida pela teoria da aparência a este terceiro de boa-fé (o adquirente), e tão somente fazer uso de ação reivindicatória, porém “sendo-lhe lícito buscar proteção jurídica no instituto da evicção, previsto nos arts. 447 a 457 do CC, com a intervenção processual da denunciação da lide (art. 70, I, do Código de Processo Civil)”.<sup>359</sup>

Ademais, na nunciação de obra nova prevista nos artigos 934 a 940 do CPC, o nunciante buscará a interrupção de obra nova do nunciado (geralmente um vizinho ou condômino), além da restituição ao *status quo ante*, quando a construção de alguma forma lhe causar prejuízo, por moléstia à sua posse.

Porém, se a obra já estiver concluída, caberá o ajuizamento da ação demolitória, valendo lembrar que é possível também promover-se à nunciação verbal para as situações urgentes, hipótese em que o embargo será “extrajudicial, feito perante duas testemunhas e deve, em três dias, obter ratificação judicial, para ser eficaz”.<sup>360</sup>

Já em relação à percepção de frutos pelo possuidor,<sup>361</sup> às indenizações e retenções por benfeitorias,<sup>362-363</sup> conforme exposto nos artigos 1214 e seguintes do

<sup>359</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 78-79.

<sup>360</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>361</sup> O fruto, modalidade de bem acessório cuja existência depende da *res* principal (tal qual o produto, onde a extração aleatória reduz gradativamente a coisa) importa em uma utilidade produzida periodicamente pelo bem, sem neste ensejar qualquer perda ou alteração. Divide-se em natural, industrial e civil, e, em relação à sua percepção, em pendente, percipiendo e percebido (colhido). Naturais são os frutos obtidos da natureza, como os provenientes da produção agrícola, já os frutos industriais decorrem da intervenção humana e como exemplo de frutos civis temos os juros, alugueres e demais rendas. Por fim, os frutos pendentes são aqueles ainda agregados à coisa principal, os percipiendos recebem tal denominação porque não foram coletados, embora pudessem sê-los, e os percebidos são os frutos cuja colheita já ocorreu.

<sup>362</sup> As benfeitorias se dividem em necessárias, úteis e voluptuárias. As necessárias objetivam a conservação da coisa, bem como impedir sua deterioração. As úteis facilitam ou aumentam o uso (a utilidade) da *res*. Já as voluptuárias (ou suntuárias) deixam o bem apenas mais agradável, por aformoseamento ou para divertimento. Por fim, *jus tollendi* e *jus retentionis* significam, respectivamente, o direito de levantar as benfeitorias e o do retentor a de reter a devolução da coisa ao retomante até o recebimento do desembolso daquelas, valendo lembrar que às acessões (plantações, construções) se aplica o mesmo regime conferido às benfeitorias, por analogia, à luz do art. 1255 do CC.

CC, faz-se necessário identificarmos qual o ânimo do ocupante para então sabermos qual será o tratamento legal aplicável,<sup>364</sup> como ensina Orlando Gomes:

“1) o possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos e às despesas de produção e custeio dos frutos pendentes e colhidos, mas não tem direito aos frutos pendentes, aos frutos antecipadamente colhidos e aos produtos; 2) o possuidor de má-fé apenas tem direito às despesas de produção e custeio dos frutos colhidos e percebidos, mas não tem direito a quaisquer frutos; (...); 1) o possuidor de boa-fé tem direito - a) à indenização das benfeitorias necessárias; b) à indenização das benfeitorias úteis; c) ao levantamento das benfeitorias voluptuárias; d) a exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias ou úteis; 2) o possuidor de má-fé tem direito exclusivamente à indenização das benfeitorias necessárias”.<sup>365</sup>

Por derradeiro, temos como destacado efeito da posse (*ad usucapionem*) a aquisição da propriedade ou outro direito real pela usucapião, quando acrescida de determinadas circunstâncias, e, também, a “irresponsabilidade do possuidor de boa-fé pela destruição total ou parcial da coisa, salvo quando o prejuízo decorrer de sua conduta culposa prevista no art. 1217 do Código Civil”.<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> Nas locações o art. 578 do CC e o art. 35 da Lei 8245/91 tratam do regime aplicável às benfeitorias, sendo que a Súmula 158 do STF prevê que “salvo estipulação contratual averbada no registro imobiliário, não responde o adquirente pelas benfeitorias do locatário”.

<sup>364</sup> Por isso diz-se que tais efeitos decorrem da “qualidade subjetiva da posse” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, pp. 79-80).

<sup>365</sup> *Op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>366</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 80.

## 12 NOTAS SOBRE A POSSE NO DIREITO EUROPEU CONTINENTAL

Já no direito francês o tema possessório guarda vinculação à prescrição aquisitiva, estabelecendo o artigo 2228 do Código Napoleão de 1804 que “a posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que temos ou que exercemos por nós mesmos, ou por outro que a tem ou que a exerce em nosso nome”.

Ademais, podemos afirmar também que o Código Civil francês acabou por servir como modelo para as legislações subjetivistas,<sup>367</sup> fundadas na teoria elaborada por Frederico Carlos de Savigny, no início do século XIX, como já exposto, cuja essência reside no conceito de que existirá posse jurídica (ensejadora de usucapião e amparada pelos interditos)<sup>368</sup> “quando for possível a identificação de dois elementos: o *corpus* e o *animus*, sendo o primeiro traduzido por um poder físico sobre a coisa possuída e o último pela vontade de ser dono dessa mesma coisa”.<sup>369</sup>

Neste sentido, justamente pela importância do elemento volitivo para configuração da posse, a lei civil francesa em seu artigo 2230 resolveu a questão da prova do *animus* com base em uma presunção, estabelecendo que “admitir-se-á sempre que alguém possui para si, e a título de proprietário, senão ficar provado que começou a possuir para um outro”, e, ainda, de acordo com seu artigo 2236, ao tratar das detenções simples (não-posses),<sup>370</sup> ao assentar que “aqueles que possuem por um outro não adquirem nunca por prescrição, seja por que lapso de tempo for. Assim, o rendeiro, o depositário, o usufrutuário, e todos os outros que detêm precariamente a coisa do proprietário, não podem adquirir por prescrição”.

Portanto, a par de tais características do ordenamento francês sobre o tema, é viável se afirmar que o sistema legislativo cuja definição de posse exsurgir da detenção pode ser então classificado como um sistema subjetivista.<sup>371</sup>

De outro lado, no direito alemão, diversamente, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em vigor a partir de 18/08/1896, pode ser considerado como o primeiro diploma legislativo a seguir a teoria objetiva da posse, conforme se observa de sua Seção I do Livro III, na parte do Direito das Coisas. Tal diploma legal, nesse jaez,

<sup>367</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>368</sup> *In Tratado de La Posesion, segun los principios de derecho romano*, Madrid, 1845, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, calle de la Manzana, num. 14, p. 103.

<sup>369</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Dos Elementos da Posse no Direito Comparado**, *Justitia*, SP, 46 (126), jul/set. 1984, p. 78.

<sup>370</sup> Já que apenas as “detenções” especiais ensejariam posse.

<sup>371</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 93.

distingue expressamente posse de detenção, também conferindo a esta última proteção possessória e seguindo neste ponto o Código Civil Prussiano de 1794.

Aliás, como estabelece o § 854, 1ª alínea do BGB, “a posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa”, daí porque, ao não considerar a posse como detenção especial e nem valorizar o ânimo do possuidor para com a *res*, diz-se que o direito alemão não teria adotado o sistema subjetivo, muito embora conste do § 872 que aquele que possuir “uma coisa como a ele pertencendo é possuidor a título de proprietário”.<sup>372</sup>

Entretanto, não há como se negar que a expressão “poder de fato” da lei alemã revela um certo *corpus* savignyano, ao invés de ater-se somente ao elemento material objetivista. Ademais, a título de esclarecimento, faz-se mister lembrar alguns pontos relevantes sobre a concepção objetiva da posse, elaborada por Rudolf Von Ihering, como já antes afirmado, a partir da segunda metade do século XIX:

Para Ihering, a posse seria uma posição avançada do domínio, como condição para o pleno exercício do direito de propriedade, de modo que, ao se proteger o possuidor, estar-se-ia resguardando diretamente o proprietário, a ponto de ser possível proteger um ladrão que tivesse sua posse ameaçada por outro ladrão daquilo que roubou, na medida em que a posse seria suscetível de amparo pelo direito em razão da qualidade dos sujeitos envolvidos.<sup>373</sup>

E mais, contrariando a idéia de Savigny sobre o *corpus*, o possuidor não precisaria exercer sobre a coisa um poder concreto, físico ou real para ser considerado titular do direito de posse sobre a *res* e merecedor de tutela jurídica sobre tal direito, mas sim guardar quanto ao bem uma relação de normalidade com sua destinação econômica.

Para tanto, explica o jurista alemão sua idéia através do célebre exemplo das salinas de *Berchtesgaden*, que buscavam a lenha utilizada no aquecimento de suas águas salgadas nas árvores das montanhas – lá, a lenha era cortada, dividida em toros e lançada num riacho navegável. As águas deste levavam a lenha até as proximidades das salinas onde era retirada. Veja o que aduz Ihering:

---

<sup>372</sup> A saída aqui residiria em considerar que este artigo trataria da causa *possessionis*, e não propriamente do título da posse...

<sup>373</sup> O Fundamento dos Interditos Possessórios, trad. de Adherbal de Carvalho, *op. cit.*, p. 09. No mesmo sentido: Fabio Ulhoa Coelho, *op. cit.*, p. 83.

“é indubitável que a administração das salinas conserva a posse dos troncos flutuantes, ainda mesmo que não tenha sobre os mesmos, como não tem, o *poder de fato*, porque qualquer um pode apanhá-los antes deles chegarem a seu destino. Suponhamos que, em consequência de uma tormenta, o rio transborda, arrastando em suas águas, tábuas, madeiras, troncos, etc., a posse destes objetos perdeu-se indubitavelmente”.<sup>374</sup>

Em outras palavras, para o doutrinador germânico teríamos *posse* no exemplo do transporte da madeira pelo riacho, diversamente da hipótese da dispersão decorrente do transbordamento, pois no primeiro caso a madeira se encontrava em situação normal em relação à sua destinação econômica, mas anormal neste último.<sup>375</sup> Enfim, “a situação da coisa em relação à sua utilização econômica é o critério para aferição do exercício da posse sobre essa coisa”.<sup>376</sup>

Já no direito português, o Código Civil lusitano de 1967, revisto pelo Decreto-Lei 496 de 1977, por força do artigo 293 da Carta portuguesa que determinou a compatibilização de seus ditames ao conteúdo das normas civis atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias, assim define a posse em seu artigo 1251: “posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”.

Por seu turno, o artigo 1253 da lei civil daquele país, ao definir o que seja simples detenção, estipula que “são havidos como detentores ou possuidores precários: a) os que exercem o poder de fato sem intenção de agir como beneficiário do direito; b) os que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito; c) os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem”.

Acrescenta-se, ainda, que tais detentores não poderiam manejar os interditos,<sup>377</sup> de modo que a posse em Portugal pode ser considerada como uma detenção com *animus domini*, indicando, portanto, a filiação do ordenamento lusitano à doutrina subjetiva.<sup>378</sup>

<sup>374</sup> O Fundamento dos Interditos Possessórios, trad. de Adherbal de Carvalho, *op. cit.*, p. 299. No mesmo sentido: Tito Fulgêncio, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>375</sup> IHERING, Rudolf Von. *Op. cit.*, p. 299.

<sup>376</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>377</sup> Artigos 1276/1286.

<sup>378</sup> De acordo com Fabio Ulhoa Coelho (*op. cit.*, p. 98), na medida em que “ao definir detenção (posse precária), o direito português valeu-se do aspecto volitivo, incorporando, de forma indireta, o *animus domini* ao conceito de posse. Se quem exerce o poder de fato sem a intenção de agir como beneficiário desse poder não tem acesso aos interditos, é porque a posse (apreensão com proteção) é entendida como espécie de detenção (apreensão sem proteção)”.

Por último, no direito italiano a posse vem prevista no artigo 1140, Capítulo I do Título VIII do Livro III (“Della Proprietà”) do Código Civil (o Decreto Real 262, de 16/03/42), da seguinte forma: “a posse é o poder sobre a coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real. Se decorrer diretamente por permissão de outrem temos a detenção da coisa”.

Como se vê, na Itália vigora uma diferenciação clara e expressa entre posse e detenção, bem como lá se presume ser possuidor aquele que exercer o poder de fato sobre a *res*, desde que não exista prova de que se trate de mera detenção.<sup>379</sup>

Outrossim, o artigo 1168 confere proteção possessória à detenção, salvo se o detentor dispuser da coisa por força de serviço ou hospitalidade, muito embora este não tenha o direito de se opor à obra nova (artigo 1171).<sup>380</sup>

A par de tais características, apesar do citado artigo 1140 não tratar a posse como uma detenção especial, a interpretação histórica procedida pela doutrina jurídica autoriza o entendimento de que o direito italiano permanece filiado à concepção subjetivista, “tendo-se conservado fiel à doutrina clássica”,<sup>381</sup> mas, de natureza intermediária implícita.

Isto porque, e após tratar dos ordenamentos em parte da Europa quanto ao tema em debate, vale destacar que mesmo nos países que penderam à teoria subjetiva de caracterização da posse, a jurisprudência acabou conferindo proteção possessória aos possuidores indiretos e aos detentores sem ânimo de dono, através dos interditos, indicando que alhures se caminhou para a adoção de uma concepção intermediária entre uma corrente (subjetiva) e outra (objetiva).

Esta concepção intermediária, adotada pelo Código Civil Prussiano de 1796, pelo Código Civil de Zurique de 1887 e até pelo Código Civil do Império Japonês de 1896, mais precisamente “consiste em distinguir a posse da detenção através do elemento volitivo (*animus domini*) presente naquela e ausente nesta, ou, conforme nomeou o direito prussiano, distinguir *posse perfeita* (com *animus domini*) da *posse imperfeita* (sem *animus domini*), adotando, quanto à conceituação da posse o sistema subjetivo, mas concedendo proteção possessória a ambas (posse perfeita

---

<sup>379</sup> Conforme o artigo 1141.

<sup>380</sup> COELHO, Fabio Ulhoa Coelho. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>381</sup> COELHO. Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 97. Nesse sentido também Orlando Gomes (*op. cit.*, p. 38).

ou imperfeita), ou seja, desconsiderando o subjetivismo na proteção da posse”,<sup>382</sup> que seria refutada apenas ao servo da posse,<sup>383</sup> o chamado detentor simples.

Em conclusão, não obstante se argumente que conservar a concepção subjetiva de definição da posse facilitaria a aquisição originária da propriedade através da prescrição *aquisitiva*,<sup>384</sup> em verdade, nas duas teorias não existiria diferença de tratamento em relação à causa *possessionis*, visto que a detenção *strictu sensu* para ambas seria uma situação possessória degradada pela lei por ausência de proteção jurídica: ou seja, nas duas vertentes a diferença entre posse e detenção decorreria da lei, restando então ao intérprete se valer do tema ligado ao desdobramento da posse (direta-indireta) para poder identificar qual das duas teorias (subjetiva-objetiva) seria predominante em um determinado sistema legal.

Por último, é sempre valioso destacar que as soluções jurídicas estrangeiras nem sempre são adequadas ao atendimento das necessidades de nosso país, porquanto desconsideram a realidade fático-jurídica brasileira, não se vinculando ao momento histórico-político por nós vivenciado, razão pela qual os institutos que lá funcionam aqui não surtirão necessariamente os mesmos efeitos.

Enfim, a nosso sentir, as soluções legislativas próprias - ou caseiras - se constituem no melhor caminho a ser seguido dentro da esfera legiferante, até porque um morador da favela da Grota não pode ser compreendido como um vizinho do Coliseu ou um confinante do museu D’Orsay.

---

<sup>382</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>383</sup> Conforme o § 855 do BGB e o artigo 1168, 2ª alínea, do Código Civil italiano.

<sup>384</sup> Haveria alguma vantagem em conservar a teoria de Savigny na definição de posse? A respeito, assevera Fabio Ulhoa Coelho o seguinte: “entendo que a resposta a essa indagação se relaciona com a possibilidade de a posse consolidar em propriedade através da prescrição aquisitiva. Nem Ihering, nem qualquer legislador objetivista entendeu que aquele que possui sem *animus domini* (o detentor da teoria de Savigny, o possuidor imperfeito do direito prussiano...) teria direito à usucapião. Adotam, para fins de regular a conversão da posse em propriedade, sempre o modelo subjetivo de caracterização do instituto. Assim, a adoção do conceito de posse formulado por Savigny, aliado à extensão da proteção possessória aos detentores não-possuidores, é o único modelo teórico que permite um maior grau de coerência interna, eis que não obriga a existência de dois conceitos distintos para a *posse* (um para a posse condição de proteção possessória e outro para a posse condição de usucapião). Esse modelo, incorporado, no passado, pelo direito prussiano e, atualmente, pelo direito italiano, parece-me seja a melhor opção aos legisladores do mundo ocidental no que diz respeito à conceituação de posse” (*op.cit.*, p. 99).

### 13 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. A POSSE QUALIFICADA

De início, à guisa de intróito, considerando que “a função social em relação aos bens imóveis não se diferencia na propriedade ou na posse”,<sup>385</sup> vale destacar alguns aspectos referentes à *função social da propriedade*, antes de tratar-se especificamente do tema possessório.

No âmbito do direito civil, a propriedade tem sido considerada tradicionalmente sob dois ângulos: primeiro, em seu aspecto *estrutural*, e, de outro lado, em seu aspecto *funcional*, sendo que tal *funcionalidade* passou a receber tratamento específico em nosso país a partir da década de 30, apesar de integrar o domínio há séculos.<sup>386</sup>

Destarte, no primeiro enfoque, atualmente o *caput* do art. 1228 do CCB estabelece a estrutura estática do direito de propriedade, a partir da existência de um elemento *interno* ou *econômico* referente às faculdades de uso, gozo e disposição dos bens, acrescido, ainda, de um elemento *externo* ou *jurídico* atinente à possibilidade de reaver a coisa de quem injustamente a possui.<sup>387</sup>

Assim, ao lado deste enfoque tradicional e estático do domínio decorrente da junção desses dois elementos, é imperioso acrescentarmos o aspecto *funcional* ao estudo da propriedade, na esteira do que dispõe o art. 5, inciso XXIII, da Constituição Federal.

Ou seja, na medida em que o constituinte originário impõe aos proprietários a utilização dos bens patrimoniais com vistas ao atendimento dos interesses sociais e existenciais dos não proprietários, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF), da solidariedade social (art. 3, I, da CF) e da igualdade substancial (art. 3, III, da CF), temos que a inobservância desta imposição

---

<sup>385</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. cit.*, p. 303.

<sup>386</sup> Desde a Constituição de 1934 já existia em nosso ordenamento a seguinte regra: “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

<sup>387</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional**, in Estudos Jurídicos, Ed. IEJ, RJ, 1991, coord. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante, p. 314.

constitucional retira a legitimidade jurídica bem como a garantia e a tutela conferidas pela própria Lei Maior à propriedade privada, nestas circunstâncias.<sup>388</sup>

Portanto, superado o patrimonialismo individualista que marcava nossa codificação oitocentista e nossa codificação pretérita, pode-se dizer que hodiernamente subsiste um *dever* ao proprietário de exercer seu direito subjetivo de *dominus* voltado ao interesse social, afastando-se do uso meramente especulativo da propriedade,<sup>389</sup> para concretizar direitos fundamentais de moradia e trabalho, “a serviço do homem e de suas necessidades vitais, contribuindo para a criação de uma sociedade justa e solidária”.<sup>390</sup>

Segundo Fachin, tal aspecto dinâmico e funcional da propriedade imobiliária corresponderia então a uma formulação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade,<sup>391</sup> enquanto que para José Afonso da Silva a função social da propriedade pode ser definida como elemento estrutural do regime jurídico proprietário, incidindo sobre seu conceito e conteúdo,<sup>392</sup> e não como mera *limitação externa* ao direito de propriedade.

Em outras palavras, concebe-se a função social como verdadeiro *elemento interno* do *ius proprietatis*, integrante de sua estrutura e não como mero limite ao seu exercício, atingindo, assim, a própria essência do direito em tela, responsável, ainda, de modo ativo ou promocional, pela “harmonização entre a natureza do bem e a sua utilização de acordo com os fins legítimos da sociedade”.<sup>393</sup>

<sup>388</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A função social da propriedade e o meio ambiente**, Temas de Direito Civil, Tomo III, RJ, Ed. Renovar, 2009, p. 184.

<sup>389</sup> E tal propriedade, quando “utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos - constitucionalmente estabelecidos - da República” (TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**, Temas de Direito Civil, 3ª ed., Ed. Renovar, 2004, SP, p. 311).

<sup>390</sup> GONDINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**, in Problemas de Direito Civil-Constitucional, Ed. Renovar, RJ, 2000, p. 399, coord. Gustavo Tepedino.

<sup>391</sup> **In A Cidade Nuclear e o Direito Periférico (reflexões sobre a propriedade urbana)**, RT, vol. 743: 107-110, 1996. E mais, para o autor paranaense, “o conteúdo da função social constitucionalmente previsto substantiva o direito, e por isso mesmo se torna causa que chancela o ingresso de tal direito no universo jurídico da existência, com as sequelas daí decorrentes, nomeadamente a proteção possessória” (in **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**, Ed. Renovar, 2008, p.56).

<sup>392</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 29ª ed., Malheiros Ed., SP, 2007, pp. 283-284.

<sup>393</sup> GONDINHO, André Osório. *Op. cit.*, p. 420. Aliás, para Eusébio Carvalho, a função social seria “o novo conteúdo do direito real de propriedade” (in **Direito à Propriedade**, p. 11, vide: [http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_setembro2004/docente/doc01.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2004/docente/doc01.doc)).

Vale destacar que tal função social não importa em modalidade de restrição às liberdades individuais e nem pretende negar o instituto da propriedade privada, conforme explica Pietro Perlingieri:

“Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como intervenção em ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada pelo intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular”.<sup>394</sup>

Portanto, nem toda propriedade privada merece ser tratada como direito fundamental e assim protegida, tal qual ocorre com uma “gleba urbana não utilizada ou subutilizada”,<sup>395</sup> mas tão somente aquela cumpridora de sua função social, como um *requisito preliminar* ou *causa* da própria garantia possessória constitucional à propriedade.<sup>396</sup> Afinal, como acentua Gustavo Tepedino,

“a propriedade privada deixou de atender apenas aos interesses do proprietário, tornando-se instrumento para proteção da pessoa humana, devendo, portanto, a utilização dos bens privados, e o consequente exercício do domínio, respeitar e promover as situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas”.<sup>397</sup>

Neste diapasão, torna-se indiferente a existência de título dominial para aferição e aplicação do princípio da função social da propriedade, porquanto sua

<sup>394</sup> In **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco, RJ, Ed. Renovar, 2002, 2ª ed., pp. 54-55. Acrescenta, ainda, Anderson Schreiber, que “funcionalizar a propriedade ao atendimento de interesses sociais não significa, de modo algum, propor o aniquilamento dos direitos individuais ou pregar a negação da propriedade privada. Muito pelo contrário. A função social, impondo ao proprietário a observância de determinados valores sociais, legitima a propriedade capitalista e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos. O proprietário permanece como beneficiário, e quase sempre predominante, do domínio; apenas se impõe a ele que exerça o seu direito atendendo também aos interesses sociais” (*in* **Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira**, Rev. Trimestral de Direito Civil, nº 6, abril-jun de 2001, p. 163).

<sup>395</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**, Rev. Minist. Público, RJ, vol. 07, 1998, p. 79.

<sup>396</sup> MOTA, Maurício. **Fundamentos Teóricos da Função Social da Propriedade: A Propriedade em Tomás de Aquino**, RDE, Ed. Renovar, Ano 3, nº11, jul/set de 2008, p. 135.

<sup>397</sup> In A função social da propriedade e o meio ambiente, *op. cit.*, p. 184.

essência guarda relação com o uso ou à *utilização* dos bens, e não com a titularidade jurídica da coisa. Assim ensina Teori Albino Zavascki, acrescentando ainda que:

“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 de 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 do titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título a justificar sua posse”.<sup>398</sup>

Feitas tais considerações, passa-se a tratar da *função social da posse*. Assim, retomando o estudo no âmbito possessório, lembra-se que a posse se trata de um instituto polêmico, de destacada facticidade, relacionada à apropriação das coisas e hodiernamente autônomo ao direito de propriedade. Se no passado era considerada como a vanguarda ou a defesa avançada da propriedade, hoje a posse necessita receber o devido tratamento pelos aplicadores do direito, com base em uma interpretação (dinâmica) das normas legais e sintonizada com as mensagens constitucionais,<sup>399</sup> de modo a ser considerada como uma relação *social de apropriação econômica da coisa*,<sup>400</sup> desvinculada do direito de propriedade.

Este entendimento, aliás, conduz à *atualização* do direito, pois leva em conta o *contexto sistêmico* atual e o momento da concretização da norma quando da

<sup>398</sup> *In A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil*, Rev. Direito e Democracia, Canoas, vol. 5, n° 1, 1° semestre de 2004, p. 08.

<sup>399</sup> Segundo Canotilho, existiriam dois tipos de postura frente à Constituição – uma que conduziria à escolha de fundamentos interpretativos que pudessem violar a Carta, e outra, que levaria à manutenção de sua força normativa, mediante respeito a seus princípios fundamentais. Assim aduz o autor lusitano: “A primeira orientação foi seguida, durante o conturbado período da República da Weimar, por todos aqueles que, combatendo o caráter progressista, liberal e democrático da Constituição, acabaram por sobreacentuar a constituição real com a conseqüente infravaloração do caráter normativo da constituição jurídica. É certo (...) que uma postura unilateralmente positivista poderá conduzir a um indesejável divórcio entre norma e realidade, ou seja, entre o estatuto jurídico que a Constituição é e o político que a Constituição deve normativamente captar. Isso só nos leva, mais uma vez, a defender a unidade substancial dos aspectos social-real e jurídico, de forma a manter dialeticamente viva a própria Constituição” (*in Direito Constitucional*, 3ª ed., Coimbra, 1983, pp. 224-225).

<sup>400</sup> MOTA, Maurício Mota e TORRES, Marcos Alcino. *A função social da posse no Código Civil, Transformações do direito de propriedade privada*, RJ, Ed. Elsevier, 2009, p. 16.

solução dos conflitos existentes, desta forma acompanhando as mutações sociais e adequando a interpretação jurídica às necessidades do ser humano.

Se no Código Civil de 1916 observávamos uma mescla das teorias de Savigny e Ihering sobre o tema possessório, desde 2002 verificamos que o atual Código alterou a concepção tradicional da posse, tornando-a prevalente à propriedade sem função social, como se infere do teor do art. 1228 e seu parágrafo 4º.<sup>401</sup>

Portanto, vê-se que a posse qualificada (ou funcionalizada) pela moradia ou pelo trabalho foi reconhecida e recebeu especial proteção jurídica pelo novo *codex*, no sentido do texto constitucional, especialmente face às propriedades desfuncionalizadas, como, por exemplo, um conjunto de áreas mantidas como mera reserva de valor, para fins especulativos.<sup>402</sup>

Anteriormente, vale repetir, Ihering considerava a posse como mera exteriorização da propriedade, cuja proteção seria justificada pela necessidade de se conferir paz social à coletividade. Para o autor alemão, bastava o elemento objetivo *corpus* para a configuração da posse. Se para Savigny, todavia, a configuração da posse dependeria da existência do *animus domini*, para Ihering tudo seria posse, a não ser que ocorresse uma situação legal que retirasse sua possibilidade, ensejando, assim, mera detenção.<sup>403</sup>

Porém, tais noções não mais se harmonizam à idéia contemporânea da posse, eis que os bens da vida são segundo o uso e não pela substância, já que a terra visa garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para sua vida individual e social. Ou seja, a posse não expressa propriamente uma situação jurídica abstrata, composta pelos *animus* e *corpus* virtuais, mas sim uma situação econômica de cunho concreto e funcionalizada aos bens, daí porque todo homem tem direito ao uso da coisa imóvel e à sua apropriação individual através de tal

---

<sup>401</sup> *In verbis*: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

<sup>402</sup> É o chamado *banking* de terras. Em outras palavras, “a retenção de terras como forma de acumulação de capital não atende a função social da propriedade, sendo mais relevante socialmente seu valor de uso do que seu valor de troca” (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse... *Op. cit.*, p. 436).

<sup>403</sup> IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**, BH, Ed. Líder, 2004, p. 9.

instituto, a fim de atender às suas necessidades e proporcionar a consecução do bem comum.<sup>404</sup>

Neste contexto merece destaque então a *causa possessionis*, a fim de diferenciarmos posse de mera detenção, ou mesmo para a identificação de sua interversão, a partir de atos concretos praticados pelo possuidor e que demonstrem efetivamente seu *animus* de apropriação econômica sobre a coisa.

Assim, como já anteriormente tratado, podemos considerar a interversão como o fenômeno que consiste na modificação ou inversão do fundamento do vínculo inicial que existia entre o sujeito e a coisa, que passa a se apropriar do bem como efetivo possuidor, por força de sua firme intenção de apossamento da *res*.

Aliado a esta finalidade, para configurar a citada inversão acrescentamos ainda que não pode ser considerada como simples tolerância de parte do antigo possuidor ou do titular do domínio, de modo que, nestas circunstâncias, afasta-se assim o novo sujeito de sua qualidade anterior de mero detentor ou mesmo do possuidor direto, passando a se erigir em possuidor pleno, em uma situação jurídica nova e independente, valendo lembrar, porém, e de acordo com o artigo 1203 do Código Civil que, “salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”.

Outrossim, lembramos que a posse - também chamada de meramente artificial - decorrente apenas do título de propriedade, espiritualizada ou latente, que corresponde em verdade na mera possibilidade de exercer-se a posse, porquanto não exercida de fato, acaba por ser preterida se houver uma posse efetiva ou qualificada pela função social incidente sobre a mesma coisa.

Como lecionam Maurício Mota e Marcos Alcino sobre o tema em debate:

“a tessitura da função social, tanto na propriedade como 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 bem. 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,

---

<sup>404</sup> MOTA, Maurício e TORRES, Marcos Alcino. *Op.cit.*, p. 7.

ou seja, tem limitações fixadas no interesse público, com a finalidade de instituir um conceito dinâmico de propriedade”.<sup>405</sup>

Quanto ao fundamento da função social da posse, merece destaque também o entendimento de Ana Rita Vieira Albuquerque, no sentido de que:

“a função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos”.<sup>406</sup>

Chega-se a tal conclusão, ainda, não somente pela dedução exclusiva da Carta da República, mas também pelo afastamento do instituto jurídico da *exceptio proprietatis* ou da *exceptio domini* no juízo possessório, anteriormente previsto no art. 505 do Código de 1916 e não mais repetido pela Lei Civil atual, conforme se depreende da leitura do vigente artigo 1210, § 2º.<sup>407</sup>

E, diga-se de passagem, diante do próprio arcabouço constitucional, outra não poderia ser a postura do legislador civil: se nosso país possui como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania; se tem como objetivos construir uma sociedade, livre e solidária, além de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; se a propriedade deverá atender sua função social e se o direito à moradia é reconhecido pela Lei

<sup>405</sup> *Op. cit.*, p. 35.

<sup>406</sup> **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**, RJ, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 40. Já para Odilon Carpes M. Filho, “o ordenamento pátrio, embora não expresse literalmente que a posse tem uma função social a ser respeitada, deixa claro, em vários institutos, que não há como negar sua funcionalização” (**A função social da posse e da propriedade nos direitos reais**, <http://www.diritto.it/docs/25145-fun-o-social-da-posse-efetivando-o-princ-pio-da-dignidade-da-pessoa-humana>, p. 18). E, para Joel Dias Figueira Júnior, a posse seria a “verdadeira função social” da propriedade (**Novo Código Civil comentado**, 2ª ed., Ed. Saraiva, SP, 2003, coord. Ricardo Fiúza, p. 1095).

<sup>407</sup> “Art. 505 - Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio” e “**Art. 1.210** - O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. § 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”.

Maior como um direito social fundamental<sup>408</sup> (além do dever de assistir aos desamparados), o jurista ou intérprete não poderia deixar de reconhecer a relevância da função social da posse e a necessidade de se conferir proteção jurídica àqueles que dão utilidade aos bens de raiz, para moradia ou trabalho, seu e de sua família.

De sua vez, com o advento dos artigos 1228 (§4º), 1239 e 1240 do Código Civil, também a lei ordinária deu tratamento diferenciado à posse qualificada ou à posse-trabalho, realçando a importância da função social deste instituto. Como aduz Miguel Reale na exposição de motivos da atual lei civil,

“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 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*”<sup>409</sup>.

Neste jaez, verifica-se que as situações patrimoniais precisam ser funcionalizadas, dentro de um amplo conceito de solidariedade, de modo a suprir as necessidades básicas do ser humano, sendo que o uso e o aproveitamento da terra legitimam a posse como direito autônomo e desatrelado do domínio.

Daí porque ressalta-se que ao aplicar-se diretamente a Carta da República, ser necessário inovar na análise sobre o fenômeno possessório, tomando como referência normativa exatamente o texto constitucional, com o objetivo de superar “a interpretação que conduza à proteção meramente patrimonial para atingir e

---

<sup>408</sup> Inserido, pois, no conceito de mínimo existencial, e impositivo de uma prestação estatal ativa em face da população. E, ainda, Maurício Mota e Marcos Alcino: “a função social encontra no direito à moradia, constante do rol dos direitos sociais previstos pelo art. 6º da Constituição, a sua teleologia” (*op. cit.*, p. 40).

<sup>409</sup> *In O Projeto do Código Civil*, V Semana Jurídica, Faculdades Adamantinenses Integradas, Adamantina: Omnia, 2001, pp. 58-59.

considerar como padrão de proteção aquele contido nos princípios fundantes de todo sistema jurídico brasileiro”.<sup>410</sup>

Neste sentido, Odilon Carpes Moraes Filho afirma que há um

“direito inerente da pessoa humana de ter um patrimônio mínimo, justificando a proteção possessória a quem cumpre a função precípua da terra: gerar riqueza. Admitir a função social da posse é admitir direito subjetivo ao não-proprietário de, através da terra, obter uma vida digna, assegurando um patrimônio mínimo, ou seja, uma existência autônoma. Ao contrário, negar a função social da posse, é continuar acreditando que apenas os proprietários têm direito subjetivo sobre a terra, e, de certa forma, respaldar as doutrinas tradicionais clássicas que entendem, na função social, apenas seu caráter negativo”.<sup>411</sup>

Assim, a função jurisdicional, ao adotar uma nova postura interpretativa, haverá de afastar os pleitos reintegratórios (e manutentórios) da posse, em sede liminar ou mesmo na fase meritória, “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 não”.<sup>412</sup>

Desta forma, enquanto o bem imóvel estiver sendo utilizado pelo possuidor - portanto - cumprindo sua função social, fica seu proprietário impossibilitado de reavê-lo, por força de um encobrimento provisório do direito de propriedade inicial, decorrente da não utilização da *res* conforme a Constituição Federal, e que se tornará definitivo pelo decurso do tempo próprio à aquisição originária do bem pelo possuidor através da usucapião.<sup>413</sup>

Ou seja, a propriedade desfuncionalizada não é a propriedade protegida pela Lei Maior porque ela viola não só a função social ínsita à própria noção de propriedade mas também impede a concretização dos direitos fundamentais de moradia e trabalho, de modo que “a posse artificial, meramente civil, em confronto com a posse real, efetiva, qualificada pela função social, deve ceder a esta”<sup>414</sup>.

Portanto, deixa de receber proteção do ordenamento o dono do imóvel sem uso, afastado do cumprimento de sua função social, daí porque, em um eventual conflito, se ampara a posse do bem por outrem, quando atender tal exigência, já que

---

<sup>410</sup> MOTA, Maurício Mota e TORRES, Marcos Alcino. *Op.cit.*, p. 45.

<sup>411</sup> *In A função social da posse e da propriedade nos direitos reais*, [http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao\\_noticia/odilonm2.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/odilonm2.pdf), p.19.

<sup>412</sup> TORRES, Marcos Alcino. *Op. cit.*, p. 422.

<sup>413</sup> *Idem, op. cit.*, p. 437.

<sup>414</sup> MOTA, Maurício Mota e TORRES, Marcos Alcino. *Op.cit.*, p. 76.

aqui a posse resguarda valores essenciais do homem, a saber, a vida, a moradia e o trabalho, além de permitir a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

Nessa linha de raciocínio, merece destaque a opinião de Marcos Alcino Torres sobre o tema em tela, no sentido de que:

“a superação das bases tradicionais de compreensão do fenômeno posse-propriedade por meio de processo hermenêutico-civil-constitucional permite ao operador concluir que a propriedade desfuncionalizada não merece proteção do sistema afetando a proteção possessória e a proteção reivindicatória e que a posse funcionalizada deve receber proteção especial enquanto ela durar, porque atende a um só tempo aos princípios e valores fundantes do sistema constitucional brasileiro, aos direitos fundamentais do homem como moradia e o trabalho, vida com dignidade, a erradicação da pobreza, a eliminação das desigualdades sociais e contribui para uma sociedade mais justa e solidária”.<sup>415</sup>

Diante de tais considerações, pode-se concluir que somente a posse qualificada pelo trabalho e pela moradia - assim relacionada ao uso das coisas, conforme Fernando Luso,<sup>416</sup> acaba por conferir eficácia econômica e social ao lídimo direito de propriedade, porquanto indispensável ao exercício do domínio obediente à legalidade constitucional, de modo que a função social da posse engloba a função social da propriedade através de uma inegável relação de consunção, daí porque, ao invés do domínio, a posse é que tem uma função social inexorável e ainda carecedora de destaque de parte da doutrina, tal qual se confere à propriedade.

Afinal, como ensina Antonio Hernández Gil,

*“La ‘función social’, encarecida respecto de la propiedad desde tantos puntos de vista ideológicos, corrige y modera su organización individualista y liberal, dando entrada al interés colectivo. (...) La posesión es la institución jurídica – o más ampliamente, la categoría del pensar jurídico – dotada de esencialidad y entidad suficientes para constituir la estructura expresiva de la insuprimible necesidad de los bienes integrados en el ‘espacio vital alimenticio’ y en el ‘espacio vital de radicación’. Ella es la que mejor puede traducir jurídicamente la inserción de las personas en el mundo de las cosas”.*<sup>417</sup>

<sup>415</sup> *Op. cit.*, p. 437.

<sup>416</sup> *Op. cit.*, p. CXV.

<sup>417</sup> *Op. cit.*, pp. 08 e 155-56. Já para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positividade expressa no Código Civil (art. 1228, §1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem

## 14 A PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL. MODALIDADES. O ABANDONO

Em relação à perda da propriedade imóvel o atual Código Civil arrola em seu artigo 1275 as hipóteses de extinção dominial voluntárias e coatas, a saber: no primeiro grupo teríamos a alienação, a renúncia e o abandono, e, no segundo, o perecimento e a desapropriação.<sup>418</sup>

Tal relação é meramente exemplificativa, tanto que às modalidades previstas na citada norma pode-se também acrescentar diversas outras formas de perda da propriedade, como a usucapião, a acessão, a morte do titular, o matrimônio contraído sob o regime da comunhão universal, a arrematação e a adjudicação decorrentes do processo de execução, a propriedade resolúvel, além do perdimento como efeito de decisão criminal condenatória, dentre outras modalidades.<sup>419</sup>

De acordo com Lafayette Rodrigues, a perda do domínio poderia ocorrer em decorrência de *fato* relacionado ora à pessoa do dono, ora ao objeto do direito, ou mesmo atinente ao direito em si.<sup>420</sup> No primeiro caso é possível apontarmos a *morte natural*, no segundo o perecimento e a acessão, restando à terceira hipótese o abandono, a renúncia, a alienação e a transferência do bem independente da vontade do proprietário, aqui incluídas a desapropriação, a arrematação, a adjudicação e as disposições penais, além do implemento de condição resolúvel.<sup>421</sup>

Em síntese, no que se refere ao citado art. 1275 do CC, podemos considerar a alienação como o negócio jurídico (gratuito ou oneroso) pelo qual o titular do direito transmite ao adquirente o bem, “com as mesmas qualidades, defeitos e restrições com que o exercia”.<sup>422</sup> É forma de extinção subjetiva (e voluntária) do domínio.

Já a renúncia, conduta corriqueira no âmbito sucessório, vem a ser o ato unilateral solene onde o proprietário expressa e voluntariamente manifesta o intuito de se desfazer de seu bem em benefício alheio, cujos efeitos dependerão do registro

---

constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva” (*op. cit.*, p. 42).

<sup>418</sup> Não houve mudanças significativas em relação à redação dos revogados artigos 589 e 590 do CC de 1916, que também cuidavam da perda da propriedade imóvel. Vale acrescentarmos, também, da mesma forma, o direito de requisição da propriedade particular (art. 1228, §3º, 2ª parte, do CC) e a desapropriação judicial fulcrada na posse *pro labore* ou posse-trabalho (art. 1228, §§ 4º e 5º, do CC).

<sup>419</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 321.

<sup>420</sup> *Op. cit.*, p. 296.

<sup>421</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>422</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 199.

do citado título renunciativo no RGI respectivo do imóvel, conforme disposição do art. 1275, § único, do CC.

Em relação ao perecimento da coisa, ou seja, se extinto o objeto, ocorrerá também a perda do domínio, tanto por força de um evento natural extremo (como o terremoto), quanto pela própria destruição da coisa provocada pela mão humana.

Da mesma forma, a desapropriação importa em perda involuntária do domínio, que passa a ser do ente público expropriante (ou de empresas concessionárias), mediante o pagamento de justa e prévia indenização ao expropriado e fundada em alguma razão de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

De outro lado, antes de tratarmos do abandono em relação à propriedade, importante destacar também que a posse - enquanto considerada como resultado de seus dois elementos - perder-se-á “quando deixarem de existir simultaneamente o elemento de fato e o elemento intencional ou, ainda, em certos casos, quando desaparecer só o *corpus* ou só o *animus*”.<sup>423</sup>

Destarte, não obstante o atual art. 1223 do CC tenha modificado o disposto no art. 520 da antiga Lei Civil,<sup>424</sup> a perda da posse em função da ausência dos seus dois elementos constitutivos estabelecidos por Savigny ocorreria a partir do abandono e da tradição, já sua extinção pela ausência do *corpus* decorreria da perda do bem, pela destruição, pela posse de outrem ou quando a coisa fosse colocada fora do comércio, e, por último, sua perda em função da falta do *animus* aconteceria a partir do constituto possessório.<sup>425</sup>

Ademais, sobre a perda da posse - conforme leciona San Tiago Dantas - pode-se dizer “o mesmo que já se disse sobre sua aquisição”,<sup>426</sup> e, ainda, se adotarmos o tradicional pensamento iheringiano, onde a posse seria a exterioridade do domínio<sup>427</sup>, do mesmo modo, é crível afirmarmos que ocorrerá sua perda quando

---

<sup>423</sup> RODRIGUES, Manuel. *Op. cit.*, p. 255.

<sup>424</sup> Art. 1223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1196. (Art. 520. Perde-se a posse das coisas: I - pelo abandono; II - pela tradição; III - pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio; IV - pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente; V - pelo constituto possessório).

<sup>425</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>426</sup> *Op. cit.*, p. 69.

<sup>427</sup> JHERING, Rudol Von. Os fundamentos...*Op. cit.*, p. 231.

“ela se encontrar numa posição em desacordo com o modo e a forma regulares, pelos quais o proprietário costuma servir-se dela”.<sup>428</sup>

Após tais ponderações, passa-se então a tratar da figura do abandono, com o intuito de conceituá-lo e compreender suas nuances, sob a égide de nosso atual ordenamento, tanto em seu aspecto fático, quanto em seu sentido jurídico.<sup>429</sup>

O abandono pode ser definido como a renúncia tácita do titular do direito sobre a coisa ao exercício de quaisquer atos relacionados ao bem deixado de lado, em demonstração, assim, de desprezo quanto ao seu uso e de descuido com a sua manutenção. É, para Serpa Lopes, “o elemento material da renúncia, cujo elemento volitivo, subjetivo, assenta na manifestação da vontade expressa no ato renunciativo. Dá-se o abandono puro e simples, quando esse acontecimento ocorre sem o ato preliminar da renúncia”.<sup>430</sup>

Aliás, como ensina Antonio Menezes Cordeiro, “o abandono constitui o inverso do apossamento: tem natureza unilateral material, devendo assumir um mínimo de intensidade e de publicidade, de modo a ser cognoscível pelos interessados”.<sup>431</sup>

Portanto, a derrelição será verificada *in concreto* a partir de sinais objetivos que demonstrem o desinteresse na utilização e na conservação da coisa por parte de seu titular, considerados a partir de um critério médio ou comum, levando-se em conta os costumes, a prática usual e os hábitos da região onde se situa a coisa, com isso afastando-se a necessidade da plena comprovação do aspecto subjetivo do abandono, tarefa árdua, quiçá impossível, que, em casos tais, se presume, porquanto implícito.<sup>432</sup>

Ou seja, a nosso sentir, faz-se mister analisar esta modalidade de perda do domínio (e da posse) sob um prisma menos restritivo, levando-se em consideração

---

<sup>428</sup> JHERING, Rudol Von. *Idem*, p. 271. Para Washington de Barros Monteiro, “o possuidor conserva a posse enquanto se comporta em face da coisa como faria o verdadeiro proprietário. Perdê-la-á, portanto, quando deixar de se conduzir como dono diante do que lhe pertence. A maneira de servir-se da coisa, de protegê-la, de garanti-la ou de testemunhar-lhe interesse são elementos reveladores do verdadeiro proprietário. Igualmente o possuidor há de manifestar pela coisa possuída o mesmo interesse, o mesmo cuidado e as mesmas atenções, uma vez que a posse outra coisa não é senão a visibilidade do domínio. Se o possuidor não evidencia essa diligência, privando-se de seus direitos sobre a coisa, perder-lhe-á a posse” (*op. cit.*, p. 83).

<sup>429</sup> O primeiro seria seu conceito vulgar, comum, e ao segundo, além deste, se acrescentaria o decurso de tempo e um eventual ato do poder público.

<sup>430</sup> *Op. cit.*, p. 569.

<sup>431</sup> *Op. cit.*, p. 111.

<sup>432</sup> Afinal, a complexidade fático-jurídica residirá no trato de hipóteses em que o abandono não seja totalmente evidente. Contra, afirmando não ser possível presumir-se o abandono: Washington de Barros Monteiro, *op. cit.*, pp. 84 (210) e Paulo Nader, *op. cit.*, p. 61.

as implicações decorrentes da presença da função social na estrutura do direito de propriedade,<sup>433</sup> para que o abandono reste configurado independentemente da plena ou completa identificação do *animus derelinquendi*,<sup>434</sup> desde que as circunstâncias objetivas de cada caso concreto indiquem que a coisa se trata de *res derelicta*, a partir da efetiva abstenção da prática de atos possessórios sobre o bem, em consequente situação de descumprindo de sua função social.

Em outras palavras, a conduta denotativa da derrelição da coisa, quando objetivamente verificada, por si só já permitirá ao aplicador do Direito considerar determinado bem como abandonado, à luz da legalidade constitucional, pois, de fato, nestes casos, o comando do artigo 5º, inciso XXIII, da CF se encontrará violado, mormente quando sobrevier a ocupação da coisa pela posse de outrem.

Nessa linha de raciocínio, entende-se como necessário interpretar-se a faculdade do não uso do bem prevista no artigo 1228 do CC de acordo com o espírito da Lei Maior, de modo que, ausente a destinação social da *res* pela sua não utilização, sujeitar-se-á seu titular aos respectivos ônus, em especial à perda da própria coisa, hipótese que alguns identificam como “exceção de não funcionalização social do domínio”.<sup>435</sup>

---

<sup>433</sup> Sim, porque em geral se exige na hipótese a presença inequívoca e a prova da intenção de abandonar a coisa, como assevera Lafayette: “o abandono exige dois requisitos - a intenção de renunciar o domínio e a cessação do poder físico sobre a coisa, (da apreensão). Não se deve confundir o abandono com o simples desamparo ou deserção. O proprietário pode deixar a coisa deserta ou ao desamparo, e sem embargo conservar o domínio (...)” (*op. cit.*, p. 139). Ou, segundo Silvio Rodrigues, “o abandono se dá quando o possuidor afasta de si a coisa possuída, com o propósito de não mais detê-la ou de sobre ela exercer qualquer ato inerente ao domínio. Aqui perde o *corpus*, isto é, a detenção material da coisa, que deita fora; e perde, igualmente, o *animus*, isto é, a deliberação de tê-la como sua” (*op. cit.*, p. 46). Da mesma forma, para Orlando Gomes, “abandono é o ato pelo qual o proprietário se desfaz da coisa que lhe pertence, por não querer continuar seu dono. Objetiva-se com a *derelicção*. A intenção de abandonar é imprescindível, devendo resultar de atos que a atestem inequivocamente” (*op. cit.*, p. 211). E, ainda: “nem sempre é legalmente possível o abandono de um direito. Por exemplo, o direito de propriedade sobre imóveis ou o direito de superfície não podem ser abandonados (renunciados). Nestes casos não é de admitir a perda da posse pelo simples abandono, enquanto não se constituir uma posse de ano e dia em benefício de terceiro. A situação legal é a da continuidade da posse, visto o proprietário-possuidor estar em condições de a poder exercer” (Antunes Varela e Pires de Lima, Código Civil Anotado, vol. III, pp. 28-29, *apud* Manuel Rodrigues, *op. cit.*, p. 268). Aliás, consta do art. 1267 do Código Civil português o seguinte: “1 - O possuidor perde a posse: a) pelo abandono; b) pela perda ou destruição material da coisa ou por esta ser posta fora do comércio; c) pela cedência; d) pela posse de outrem, mesmo contra vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais de um ano. 2 - A nova posse de outrem conta-se desde o seu início, se foi tomada publicamente, ou desde que é conhecida do esbulhado, se foi tomada ocultamente; sendo adquirida por violência, só se conta a partir da cessação desta” (*in* Código Civil Português, livraria Almedina, Coimbra, 1967, p. 371).

<sup>434</sup> Mesmo porque “o elemento *animus* nem sempre é fácil de se apurar e comprovar na ausência de declaração expressa do que abdica” (Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 44).

<sup>435</sup> MOTA, Maurício e TORRES, Marcos Alcino. *Op. cit.*, p. 45.

Destarte, no atual estágio de nosso direito civil-constitucional, acreditamos não mais ser possível sustentar que o não uso de um imóvel seja uma forma merecedora de amparo dentro de nosso ordenamento. Aliás, como assevera Marcos Alcino de Azevedo Torres,

a faculdade de não-uso do bem, em razão da função social da propriedade imóvel, deixa de existir em face do reconhecimento de que o titular tem a obrigação de dar destinação socialmente valorizada, encerrando à propriedade um poder-dever.<sup>436</sup>

Assim, é preciso efetuar-se uma correção quando a doutrina insiste em legitimar o não uso do bem, ao citar o tradicional exemplo da casa de praia (ou campo): nesse caso, o titular, mesmo que se ausentando temporariamente está sim utilizando seu bem, dentro de sua destinação natural. Ou seja, há um equívoco em se afirmar que a coisa nesta hipótese estaria em desuso, pois, neste caso, o bem possui utilidade, ainda que reduzida, estabelecida de acordo com sua finalidade e observadas suas idiossincrasias.<sup>437</sup>

Situação muito diferente é aquela onde o proprietário (ou possuidor) negligente ou não diligente que sequer ocupa o bem deixa de praticar os atos possessórios corriqueiros em relação ao bem, em especial os atos conservatórios, demonstrando assim desinteresse pela coisa, permitindo seu abandono e induzindo a perda de sua posse, ou seja, “a ausência prolongada e o desinteresse revelado pelo possuidor são circunstâncias indicativas do abandono, por falta de diligência de um interessado cuidadoso”.<sup>438</sup>

Importante lembrar também que o atual Código Civil alterou o regramento jurídico anterior relativo à perda da posse daquele que não teria presenciado o

<sup>436</sup> *Op. cit.*, p. 436.

<sup>437</sup> Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “o proprietário tem a faculdade de usar a coisa e neste poder jurídico resta compreendida a liberdade de não utilizá-la, como no caso do proprietário do imóvel praiano, que deixa-o fechado e apenas o visita em suas férias anuais. Não há aqui de se cogitar de abandono” (*op. cit.*, p. 324). No mesmo sentido, Maria Helena Diniz: “no que concerne à casa de campo ou da praia, o fato de seu dono se ausentar, temporariamente, não acarreta perda da posse, porque não há nenhuma resolução de abandonar a posse do imóvel, pois a desocupação do bem em certos períodos alternados representa fenômeno natural de sua utilização. Ao contrário, caracterizado estará o abandono de um imóvel se seu possuidor se ausentar indefinidamente sem deixar representante, desinteressando-se da coisa pela sua não utilização” (*op. cit.*, p. 92).

<sup>438</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 84. Portanto, “o não uso da propriedade, por si ou por terceiros, na forma de moradia ou atividades econômicas, somado ao descaso com a manutenção (falta de capina, cercamento, obras estruturais imprescindíveis, etc.) são suficientes para configurar a cessação dos atos de posse” (Abandono e arrecadação de imóveis urbanos na perspectiva da política urbana, Fernando G. Filho, [http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos?art\\_srt\\_arquivo20130522160352.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos?art_srt_arquivo20130522160352.pdf)).

apossamento de sua coisa: no revogado artigo 522 do CC de 1916 só se considerava “perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação”, se abstivesse de retomar o bem, ou, tentando recuperá-lo, fosse violentamente repellido.

Isto porque, desde 2002 a norma respectiva da Lei Civil (art. 1224) não mais alude à ocupação, mas tão somente ao apossamento ilícito, ao dispor que “só se considera perdida a posse para quem não presenciou o *esbulho*, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”.

Ou seja, a mencionada alteração legislativa aponta para o reconhecimento da plena licitude do apossamento da *res derelicta*, na medida em que a ocupação de imóvel abandonado para fins de moradia ou cultivo cumpre o princípio da função social da posse e via de regra se opera de forma justa (*nec clam, nec vic, nec precario*).

Em outras palavras, é forçoso admitir que a ocupação decorrente do abandono se submete a um regime jurídico diverso do apossamento viciado, e mais, se a própria lei autoriza a purgação dos vícios possessórios permitindo que mesmo a apropriação obtida mediante violência eventualmente se transforme em posse justa, maior amparo há de ser aplicado ao ocupante de bem abandonado e descumpridor de sua função social. Como explica Menezes Cordeiro:

o abandono tem um relevo dogmático que, normalmente, não lhe é atribuído. Na verdade, depois dele, o apossamento levado a cabo por um terceiro já não constitui esbulho. Além disso, ele faz cessar a responsabilidade e os encargos respeitantes ao possuidor de má fé e isso sem prejuízo da aplicação própria das regras da responsabilidade civil<sup>439</sup>

Aliás, a respeito das coisas móveis, ilustrativamente, vale à pena citarmos o teor do artigo 1263 do CC, que trata justamente da ocupação como forma de sua aquisição e estabelece que “quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

Já no que concerne aos bens imóveis, a aquisição da propriedade decorrente da posse da coisa abandonada dependerá do decurso de tempo previsto na lei, através do instituto da usucapião.

---

<sup>439</sup> *Op. cit.*, p. 111.

Todavia, não deveria ser admitido ao proprietário que não cumpre com a função social da propriedade reaver a coisa abandonada daquele possuidor que passou a ocupar o imóvel deixado de lado, de forma qualificada, para fins de cultivo ou moradia, por força do encobrimento provisório do direito de propriedade inicial, decorrente da não utilização da coisa.<sup>440</sup>

Importante destacar também que o ocupante do bem abandonado exercerá sua posse de forma justa, sendo merecedor, portanto, de plena proteção do ordenamento se vier a sofrer algum tipo de ameaça, turbação ou esbulho à sua posse (qualificada).

Ou seja, o ingresso daquele que pretende possuir um imóvel abandonado é conduta que deveria ser considerada lícita e amparada pelo ordenamento, pois, em tais circunstâncias, sua posse deveria ser considerada justa, merecendo integral proteção do Estado quando judicialmente contestada pelo titular do domínio, diante da necessidade de se conferir efetividade à imposição constitucional de que a propriedade deverá atender à sua função social.

Feitas tais considerações, passemos agora tratar da usucapião e de seus fundamentos.

---

<sup>440</sup> MOTA, Maurício e TORRES, Marcos Alcino. *Op. cit.*, pp. 46 e 47.

## 15 USUCAPIÃO. RAZÃO E FUNDAMENTOS DO INSTITUTO

A influência do decurso do tempo no direito é tema de elevado relevo social, recheado de controvérsias, daí porque sempre ocupou os juristas no decorrer dos séculos. Aliás, desde o advento da Lei das XII Tábuas, em 455 a. C., em que se fixou o reduzido lapso de 02 anos para aquisição de imóveis pela usucapião na antiga Roma,<sup>441</sup> o assunto vem sendo objeto de intenso debate entre os jurisconsultos.

Não se pode negar que tal instituto serviu para proteger a ocupação de diversos territórios fora da Itália, quando da vertiginosa expansão do Império Romano, permitindo assim que também os peregrinos fizessem uso do referido instituto em relação aos imóveis provinciais, assim como já era autorizado aos possuidores romanos em solo itálico, tanto que seu significado decorre da junção da expressão *usus* com a palavra *capio* (cujo significado é tomar), gerando então o conceito de “tomar pelo uso”.<sup>442</sup>

Palavra do gênero feminino para nossa atual lei civil,<sup>443</sup> a usucapião possui pontos de contato com a prescrição, tanto que, de início, no Direito Romano, a usucapião funcionava apenas como matéria de defesa, através da *praescriptio longi temporis*.<sup>444</sup> Porém, apesar do lapso temporal nelas influir decisivamente e da similitude das causas de suspensão e interrupção na contagem de seus prazos, a prescrição pressupõe a inércia do sujeito, enquanto que na usucapião - além da inatividade do titular do direito, verificamos a iniciativa do beneficiado, através do exercício dos atos possessórios.

<sup>441</sup> A primeira posituação da usucapião consta da Tábua Sexta, inciso V: “*Usus auctoritas fundi biNium, caeterarum rerum ANusus esto* - as terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse; as coisas móveis, depois de um ano” (AUTUORI, Luiz. *Regulae Iuris* - Regras de Direito, ed. Tavares e Tristão, RJ, pp. 43 e 44). No mesmo sentido: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 105).

<sup>442</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 538.

<sup>443</sup> Não sem críticas, como se pode ver em Paulo Nader: “Diferentemente do Código Beviláqua, que empregava o vocábulo *usucapião* no gênero masculino, o Código Reale optou pelo seu uso no feminino. Embora haja controvérsia a respeito, o Dicionário Houassis da Língua Portuguesa atribui ao vocábulo *duplo gênero*, sendo corretas, portanto, as referências tanto no masculino quanto no feminino. Considerando-se que é de nossa tradição o emprego no masculino, entendemos que o legislador de 2002 não foi feliz em sua opção. Como a fórmula do legislador não atenta contra a gramática, nem fere princípios didáticos, optamos por seguir a sua orientação, dentro do princípio que a doutrina deve unificar, tanto quanto possível, a ordem dos assuntos e a terminologia adotada. Esperamos que o legislador reveja a sua opção, a fim de usar a linguagem corrente” (NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 112).

<sup>444</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, pp. 538-539.

De fato, há autores que adotam a tese unitária (ou monista) no sentido de que ambos os institutos possuem a mesma natureza jurídica (de prescrição),<sup>445</sup> mas o próprio legislador - fulcrado na teoria dualista - inseriu a prescrição no âmbito do Direito das Obrigações, enquanto que a usucapião restou inserta no campo do Direito das Coisas.

Assim, embora seja corriqueira a utilização da expressão *prescrição aquisitiva* (ou positiva) quando se comenta a usucapião e da expressão *prescrição extintiva* (liberatória ou negativa) quando se aborda a prescrição propriamente dita, tal uso é tecnicamente impróprio, não só diante da atual opção legislativa (tese dualista), mas também porque tais institutos diferem em suas finalidades, efeitos e requisitos.<sup>446</sup>

Destarte, podemos conceituar a usucapião como sendo uma modalidade de aquisição do domínio e de outros direitos reais menores através da posse qualificada (*ad usucapionem*) durante certo lapso de tempo e mediante os requisitos legalmente estabelecidos,<sup>447</sup> que, didaticamente, se dividem em formais, objetivos e pessoais.<sup>448</sup>

Os requisitos pessoais guardam relação com capacidade do adquirente e se referem também àquele que perde o domínio.<sup>449</sup> Assim, de um lado, o possuidor necessita ter aptidão à prática dos atos da vida civil, e, de outro, existem causas relacionadas ao titular do direito real que impedem a ocorrência da usucapião, conforme se depreende da leitura dos artigos 197 e 198 do Código Civil.<sup>450</sup>

<sup>445</sup> Vide a respeito NEQUETE, Lenine (*op. cit.*, p. 10), nos moldes da legislação francesa, como também MELO, Marco Aurélio Bezerra de (*op. cit.*, p. 106).

<sup>446</sup> “O usucapião, ao mesmo tempo que é uma energia criadora, o é igualmente extintiva. A diferença, pois, entre os dois institutos, está no ser a prescrição uma força puramente extintiva. Extingue a ação contra o devedor, embora não o faça completamente, pois a obrigação se converte numa obrigação moral” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 541). E, ainda, como aduz Orlando Gomes, “a prescrição é um modo de extinguir pretensões. A usucapião, um modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais, conquanto acarrete, por via de consequência, a extinção do direito para o antigo titular” (*op. cit.*, p. 185). No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva (*op. cit.*, p. 117), FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson (*op. cit.*, p. 258).

<sup>447</sup> Aliás, segundo Antonio Menezes Cordeiro, “a usucapião pode ser definida como a constituição, facultada ao possuidor, do direito real correspondente à sua posse, desde que esta assuma determinadas características e se tenha mantido pelo lapso de tempo determinado na lei” (*op. cit.*, p. 129), ou, ainda, “o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei” (Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 186). Em igual teor, Lenine Nequete aduz ser a usucapião “um modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais pela posse acompanhada de certos requisitos” (*op. cit.*, p. 10).

<sup>448</sup> NADER, Paulo. *op. cit.*, p. 113.

<sup>449</sup> As pessoas jurídicas também podem usucapir e em relação à aquisição da propriedade rural por estrangeiros há algumas restrições previstas na Lei 5709/71.

<sup>450</sup> “Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da

Dessa forma, por exemplo, em relação à suspensão da contagem do lapso temporal contra os absolutamente incapazes, nota-se uma preocupação do ordenamento em velar pelo incapaz, mesmo diante da inegável relevância do princípio da função social da posse.

Indaga-se, aqui, se o possuidor qualificado pode ser compelido judicialmente a deixar um imóvel pelo (representante do) herdeiro incapaz do falecido dono, que, em vida, não dava cumprimento à função social de sua propriedade, ou, ao revés, se também nesse caso prevaleceria a posse funcionalizada em face da propriedade sem função social?

A nosso sentir, considerando não ser possível transferir aquilo que não se tem, o herdeiro não obterá a posse através do *droit de saisine*, de modo que será mantida a situação anterior, prevalecendo assim a posse qualificada sobre a propriedade do incapaz, como já antes mencionado. Nesse passo socorre-nos a lição de Orlando Gomes:

não há exigência relativamente à capacidade. Basta que seja proprietário da coisa suscetível de ser usucapida. Ainda que não tenha capacidade de fato, pode sofrer os efeitos da posse continuada de outrem, pois compete a quem representa impedi-la. Certos proprietários não podem, porém, perder a propriedade por usucapião. Neste caso se encontram as pessoas jurídicas de direito público, cujos bens são imprescritíveis<sup>451</sup>

Já os requisitos objetivos dizem respeito aos bens e direitos hábeis a serem usucapidos (*res habilis*), porque nem todas as coisas são usucapíveis. Ou seja, por motivos diversos, os bens excluídos do comércio não serão usucapidos justamente porque não podem ser objeto de negócio jurídico.

De início, existem os bens que naturalmente se encontram fora do comércio, como o ar, a luz do Sol, etc. Em seguida, temos os bens que, “por razões subjetivas, apesar de se encontrarem *in commercio*, deles são excluídos”<sup>452</sup> - salvo se o possuidor inverter seu título de posse, e, por fim, destacamos, ainda, os bens objetivamente fora do comércio.

---

União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra”.

<sup>451</sup> *Op. cit.*, pp. 189-189.

<sup>452</sup> DINIZ, Maria Helena (*op. cit.*, p. 176), que ainda acrescenta o seguinte: “quanto aos direitos, somente os reais que recaírem sobre bens prescritíveis podem ser adquiridos por usucapião; dentre eles - a propriedade, as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação. Com exceção das servidões não aparentes, que, pelos arts. 1378 e 1379 do Código Civil, só podem ser estabelecidas por meio de registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Em relação aos bens excluídos da usucapião por motivos subjetivos, podemos citar o caso do condomínio, onde, *a priori*, não é crível o possuidor usucapir porção excedente à sua quota, ou mesmo alguma área comum, desde que não se opere a inversão da posse.

De outro lado, quanto aos bens objetivamente fora do comércio (*extra commercium*), podemos mencionar os bens públicos,<sup>453</sup> divididos em bens de uso comum do povo ou de domínio público (mares, rios, estradas, ruas, praças, etc), bens de uso especial (ou patrimoniais indisponíveis, como os edifícios, os terrenos ou o próprio estabelecimento do ente público, todos de algum modo afetados ao atendimento da coletividade)<sup>454</sup> e os dominicais (dominiais ou patrimoniais disponíveis, formadores do patrimônio da Administração, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades).

Outrossim, a regra prevista nos artigos 183, §3º, 191, § único, da Constituição Federal e repetida no artigo 102 do CC impede a usucapião de bens públicos, indicando claramente a opção eleita pelo constituinte originário neste tema, de modo que a controvérsia sobre o assunto se resume à definição do que seria *bem público*.<sup>455</sup>

Não obstante, vale mencionar a crítica formulada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, neste ponto:

a Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana, quer na área rural, com o que revogou a Lei 6969/81, na parte relativa a bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.<sup>456</sup>

<sup>453</sup> Conforme assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “já no Direito Romano se fazia referência aos bens públicos, constando da divisão das coisas apresentadas por Caio e Justiniano nas Institutas. Falava-se, então, em *res nullius*, como as coisas *extra commercium*, dentre as quais se incluíam as *res communes* (mares, portos, estuários, rios, insuscetíveis de apropriação privada), as *res publicae* (terras, escravos, de propriedade de todos e subtraídas do comércio jurídico) e *res universitatis* (fórum, ruas, praças públicas)” (*in Direito Administrativo*, 14ª edição, Ed. Atlas, SP, 2002, p. 539).

<sup>454</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 546. No mesmo sentido o acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp nº 97634/RS, rel. Min. Castro Filho, julgado em 16/02//2003, pub. em 10/02/2004, DJ, p. 00246: “Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel. Precedentes”. Vide também o resultado do AgRg no AG 731971/MS, julgado pela 3ª Turma do STJ, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 20/10/2008. Demais casos de inalienabilidade convencional serão abordados mais adiante, quando tratarmos do tipo da aquisição ora em debate (se originária ou derivada).

<sup>455</sup> Aliás, essa a redação da Súmula 340 do STF, de 1963: “desde a vigência do Código Civil (de 1916) os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Ver, entretanto, o disposto no art. 68 do ADCT.

<sup>456</sup> *Op. cit.*, p. 550.

Também Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald discordam da citada opção formulada pelo constituinte originário, nos seguintes termos:

detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse, e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social. Entrementes, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado *tem* função social, o bem público *é* função social”.<sup>457</sup>

Ora, com o advento do Código Civil de 2002, que considera também como bens *públicos* os bens *dominicais* das entidades de “direito público com estrutura de direito privado” que integram a Administração Indireta (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações privadas), excetuando-se disposição legal em contrário, temos que o legislador infraconstitucional definiu como sendo públicos todos os bens pertencentes ao Estado, mesmo quando desafetados e submetidos a regime jurídico exclusivamente privado.

Ou seja, seriam *particulares* e então usucapíveis apenas os bens não integrantes do patrimônio da Administração Pública, Direta e Indireta (artigos 98, 99 e § único do CC), pois, repita-se, para o atual Código Civil, mesmo as entidades da administração indireta submetidas a regime privado seriam consideradas “pessoas jurídicas de direito *público* interno”, pelo que se depreende da leitura de seu mencionado artigo 99, parágrafo único.<sup>458</sup>

<sup>457</sup> *Op. cit.*, p. 264.

<sup>458</sup> Contra, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*op. cit.*, p. 265): “em uma primeira leitura do Código Civil, bens pertencentes a sociedades de economia mista e empresas públicas são usucapíveis. Tratando-se de pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 98 do CC), o patrimônio será composto por bens privados, tanto que não gozam de favores fiscais de qualquer espécie, não se lhes estendendo os benefícios de natureza processual que protegem os bens públicos. É o que ocorre quando uma sociedade dessa natureza desempenha atividade de natureza econômica de

Então, nessa linha de raciocínio, um bem dominical de um dos entes de regime privado da Administração só poderia “não ser público” (e, portanto, sujeito à usucapião) se assim fosse previsto em uma lei específica,<sup>459</sup> restando assim indiferente se a entidade estatal exerce atividade econômica ou presta serviço público, bem como se este imóvel está ou não vinculado a tais finalidades.

Como se vê, a opção da norma foi no sentido de proteger a fração do patrimônio público que existe nos bens dominicais de todas as entidades da Administração Indireta, impedindo, portanto, que o particular adquira sua propriedade, em detrimento da parcela desses bens titulada pela coletividade.<sup>460</sup>

Outrossim, é preciso lembrar que nosso ordenamento prevê diversas modalidades da utilização de bem público pelo particular, como o arrendamento, a autorização, a permissão, a concessão, a cessão, a permissão de uso e a concessão de direito real de uso, dentre outras figuras, vedada aos particulares, todavia, usucapir bens públicos. Como aduz Barbara Almeida de Araújo,

“em relação à proibição de aquisição dos bens públicos por prescrição aquisitiva prevista na Constituição Federal, entendemos que isso não poderá significar a descaracterização dos bens públicos como objeto de

---

produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (art. 173, §1º, com redação da EC nº 19/98)”.

<sup>459</sup> Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho (*in Manual de Direito Administrativo*, 16ª ed., Ed. Lumen Juris, 2006, RJ, pp. 940-941) aduz o que se segue: “O vigente Código Civil resolveu definitivamente a questão. Com efeito, dispõe claramente o art. 98 do novo diploma, que os bens públicos são apenas os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno e que todos os demais são particulares, que bens públicos são apenas os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno e que todos os demais são particulares, ‘seja qual for a pessoa que pertencerem’. Consequentemente, não há mais dúvida de que os bens de sociedade de economia mista e de empresas públicas, como entidades administrativas de direito privado que são, devem qualificar-se como *bens privados*. Exatamente esse, diga-se de passagem, foi o entendimento do STF, a nosso ver irreparável, em mandados de segurança impetrados pelo Banco do Brasil contra decisões do TCU, que determinara, fosse instaurado procedimento de tomada de contas especial visando à apuração de danos a seus próprios cofres. Entendeu o Tribunal que os bens e direitos das sociedades de economia mista não são bens públicos, mas bens privados inconfundíveis com os bens do Estado, não incidindo, desse modo, o art. 71, II, da CF, que fixa a competência do TCU para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (MS 23.627-DF e MS 23.875-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 07/03/002, Informativo STF n. 259, março/2002). Não obstante, a Corte, em outro julgado, decidiu diametralmente em contrário, considerando aplicável o art. 71, II, da CF, e consequentemente, legítima a tomada de contas pretendida pelo TCU. Fundou-se a decisão na circunstância de que o prejuízo causado a uma sociedade de economia mista afetaria a parte do capital pertencente ao Poder Público (capital majoritário com direito a voto) e, com isso, causaria lesão ao erário. Além disso, foi invocado o argumento segundo o qual se afigura híbrido o regime jurídico incidente sobre tais entidades (MS 25.092, rel. Min. Carlos Velloso, em 10/11/2005, Informativo STF n. 408, nov/2005).

<sup>460</sup> Nesse sentido, vide o acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ, em 21/08/2003, no julgamento do REsp 481959/RS, relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito, pub. em 28/10/2003, DJ, p. 00285. Contra, admitindo a usucapião de bem de sociedade de economia mista estadual: TJRJ, 16ª CC, Ap nº 28878/01, vot. unân., rel. Des. Miguel Ângelo Barros e Marco Aurélio Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 113.

posse. Na verdade, o que o texto constitucional não permite é a aquisição da propriedade; portanto, se o Estado resolve ajuizar uma ação possessória, poderá não ter sucesso, considerando-se outros elementos, como a função social dos bens e a boa-fé, critérios definidores da melhor posse, nem sempre baseados em titularidade, confirmada pela autonomia das situações possessórias e proprietária. Vale dizer, que subsiste a necessidade de se diferenciar a posse, que gera como efeito a proteção por meio dos interditos (*ad interdicta*), e a situação possessória que será modalidade de aquisição da propriedade (*possessio ad usucapionem*). Caso contrário, o ordenamento jurídico não poderia proteger a posse do possuidor direto, pois, não tendo *animus domini*, nunca irá adquirir o domínio da coisa pela usucapião. Mesmo assim, o Código Civil estabelece a tutela jurídica, inclusive em face do possuidor indireto”.<sup>461</sup>

Outro assunto nesta parte que desperta acentuada discussão se refere à configuração (e à usucapião) das chamadas terras devolutas, definidas residualmente como todas as glebas estatais “existentes no território brasileiro, que não se incorporaram legitimamente ao domínio particular, bem como as já incorporadas ao patrimônio público, porém não afetadas a qualquer uso público”.<sup>462</sup>

Ora, conforme já expusemos, se a terra for mesmo devoluta (e portanto pública), inviável será a sua usucapião. Todavia, aqui, a dificuldade reside em saber qual a natureza do bem (se público ou privado) e a quem compete demonstrar isso nas ações de usucapião (se ao particular ou ao Estado).

Não obstante as opiniões em contrário,<sup>463</sup> acreditamos que “tal classe de bens é passível de usucapião enquanto não forem discriminados pelo Poder Público”,<sup>464</sup> cabendo ao Estado - e não ao particular - a demonstração de que o imóvel pretendido seja mesmo uma terra devoluta,<sup>465</sup> na medida em que “o ônus de prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo do direito do autor”,<sup>466</sup> quando

<sup>461</sup> *Op. cit.*, p. 115

<sup>462</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 587. Ou, ainda, “terras devolutas são aquelas que, integrando o patrimônio das pessoas federativas, não são utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas. Fazem parte do domínio terrestre da União, Estados e Municípios e, enquanto devolutas, não têm uso para serviços administrativos. Por serem bens patrimoniais com essas características, as terras devolutas sem enquadram como *bens dominicais*” (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. cit.*, p. 989). Vide também os artigos 20, II, 26, IV e 225, §5º, todos da CF.

<sup>463</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. cit.*, pp. 989-990 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 588.

<sup>464</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>465</sup> Nesse sentido o acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 97634/RS, relatado pelo Min. Castro Filho, pub. em 28/10/2003, DJU 10/02/03; o resultado da Ap. n° 10220/03, julgada perante a 9º CC do TJRJ, relatada pelo Des. Maldonado de Carvalho e a Súmula n° 15 do TJRJ, nos seguintes dizeres: “a inexistência de registro imobiliário não faz presumir seja o imóvel público”.

<sup>466</sup> Vide art. 333, II, do CPC Aliás, no REsp 1.253.315, julgado pela 2ª Turma do STJ, em 09/08/11, DJE 17/08/11, da relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, em votação unânime, restou decidido que “não se enquadra como requisito legal para a usucapião extraordinária a natureza privada do

comprovar o postulante (usucapiente) o efetivo exercício da posse qualificada sobre o imóvel.

Desse modo, conforme asseveram Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald,

“decisões recentes permitem a usucapião das terras que ainda não foram registradas em nome de alguém. São reputadas *res nullius* (coisas de ninguém) ou terras adéspotas; portanto, bens excluídos da propriedade pública e apropriáveis pelo particular. Caberá ao Poder Público elidir a presunção relativa, provando que o bem em questão sofreu processo discriminatório - judicial ou administrativo -, antes de o particular haurir o prazo da usucapião (Lei nº 6383/76)”.<sup>467</sup>

De outro lado, os requisitos formais da usucapião decorrem de seus elementos típicos, sejam os comuns ou essenciais (posse e tempo), sejam os especiais ou suplementares (justo título e boa-fé).<sup>468</sup>

Aliás, como mencionamos anteriormente, a posse em questão (*ad usucapionem*), há de se prolongar no tempo objetivamente fixado<sup>469</sup> e necessita ser exercida com ânimo de dono, de forma mansa, pacífica, contínua e pública,<sup>470</sup> sob pena de não autorizar a aquisição do domínio (ou outro direito real) através da usucapião.

---

bem”, de modo que a eventual alegação de que o imóvel usucapiendo se trata de *res publicae*, como fato impeditivo ao direito do autor, deverá ser provado por quem assim sustentar.

<sup>467</sup> E continuam os citados autores: “A ação discriminatória visa a distinguir as terras de propriedade pública daquelas que pertencem a particulares, estando implícita na pretensão o pedido de nulidade do título de propriedade ilegítimo de particulares sobre terras públicas, pois as terras devolutas são indisponíveis, conforme o art. 225, §5º, da Constituição Federal. A concepção civilista da natureza da propriedade sem registro, portanto, não se concilia com a definição dos administrativistas. Para os publicistas, trata-se de terras devolutas todas aquelas que não ingressaram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo, pois todas as terras do Brasil em sua origem eram públicas, havendo uma presunção *juris tantum* em favor da propriedade pública, cabendo ao interessado provar que a terra é de propriedade particular. Porém, preferimos corroborar o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem entendendo que a presunção milita em favor do particular, devendo o Poder Público comprovar a sua titularidade” (*op. cit.*, pp. 266-267).

<sup>468</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 188. Maria Helena Diniz considera também a sentença judicial como requisito formal essencial à usucapião, todavia, deixamos de incluí-la neste rol, face à sua natureza declaratória (cf. Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 560 e Marco Aurélio Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 118). Contra, entendendo ser constitutiva: Sílvio Rodrigues (*op. cit.*, pp. 133-134). Merece destaque também o Enunciado 315 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “O art. 1241 do Código Civil permite que o possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formule pedido contraposto e postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros”. Por último, há previsão no art. 13 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) quanto à possibilidade da usucapião especial de imóvel urbano ser reconhecida pela sentença, mesmo quando for invocada apenas como matéria de defesa.

<sup>469</sup> O novo Código não faz mais distinção entre presentes e “ausentes” (residentes em outras localidades) para fixação do prazo da usucapião.

<sup>470</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 179.

Posse mansa e pacífica significa aquela exercitada sem oposição e desprovida de dúvida ou incerteza. Como bem esclarece Orlando Gomes a respeito do assunto,

o possuidor tem de se comportar como dono da coisa, possuindo-a tranquilamente. A vontade de conduzir-se como proprietário do bem carece ser traduzida por atos inequívocos. Posse mansa e pacífica é, numa palavra, a que não está viciada de equívoco. Na aparência, oferece a certeza de que o possuidor é proprietário”.<sup>471</sup>

Já os requisitos suplementares (justo título e boa-fé) são exigidos para a configuração da usucapião ordinária,<sup>472</sup> que, juntamente com a usucapião extraordinária,<sup>473</sup> a especial urbana (*pro moradia*),<sup>474</sup> a especial rural (*pro labore*)<sup>475</sup> e a familiar<sup>476</sup> (ou especialíssima)<sup>477</sup> formam as modalidades ou espécies deste modo de aquisição dominial.

Outro tema discutido pela doutrina se refere à definição sobre qual seria o modo de aquisição conferido pela usucapião (originário, derivado ou intermediário), cuja opção servirá de base para solução de algumas questões práticas relacionadas ao tema.

Alguns autores, ao argumento de que a usucapião pressupõe um domínio anterior (posteriormente perdido), consideram-na como um modo derivado de aquisição da propriedade.<sup>478</sup> Há quem a trate também como uma classe intermediária porque a usucapião não apagaria os ônus porventura incidentes sobre o bem usucapido.<sup>479</sup>

Porém, em sua grande maioria, acertadamente, por força de uma evidente desvinculação entre o antigo dono e o usucapiente – já que entre ambos não há

<sup>471</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>472</sup> Art. 1242 (ordinária geral) e parágrafo único (ordinária abreviada ou social) do CC.

<sup>473</sup> Art. 1238 e parágrafo único (extraordinária abreviada) do CC.

<sup>474</sup> Art. 183 da CF (art. 1240 do CC).

<sup>475</sup> Art. 191 da CF (art. 1239 do CC).

<sup>476</sup> Art. 1240-A do CC.

<sup>477</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>478</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 118. E também “Lacerda de Almeida (**Direito das Coisas**, §14) e Carvalho Santos (**Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. VII, págs. 325-326)”, de acordo com Lenine Nequete (*op. cit.*, p. 23).

<sup>479</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Istituzioni di diritto civile*, 6. Ed., Milano, § 78, p. 455. Já para José Paulo Cavalcanti estaríamos diante de uma aquisição originária derivada ou mista (*in A aquisição originária-derivada por usucapião*, Recife: s/e, 1987, p. 11).

qualquer relação pessoal (obrigacional) - optam os escritores em considerar a usucapião como um modo originário de aquisição dominial.<sup>480</sup>

Destarte, com base nesse entendimento, incorrendo transmissão imobiliária, não há que se falar na incidência de ITBI, não terá relevância a existência de vício ou defeito relacionado às aquisições anteriores da coisa, bem como será possível usucapir imóvel que jamais foi objeto de registro.<sup>481</sup>

Ademais, nessa linha de raciocínio, temos que a usucapião geralmente acarreta a extinção dos direitos reais eventualmente incidentes sobre o bem, a cujo efeito chamamos de *usucapio libertatis*.<sup>482</sup>

Assim, por exemplo, à exceção dos casos de fraude, a hipoteca constituída durante o período da *posse ad usucapionem* será purificada pela usucapião,<sup>483</sup> e, para os períodos pretéritos, se não prescrita a dívida, tal ônus se manterá somente na hipótese de usucapião ordinário fundado em título registrado onde se verifique com segurança a ausência de boa-fé do usucapiente.<sup>484</sup>

Em síntese, como assevera Maria Helena Diniz, se a inalienabilidade da coisa decorrer de um negócio ou qualquer ato jurídico,

“sob a cobertura do direito privado, como na hipótese do pacto antenupcial, doação, legado, cláusulas testamentárias, o usucapiente é *res inter alios acta*, porque sua aquisição é de caráter originário e nenhum empecilho pode encontrar nessa incomercialidade, porquanto entre o usucapiente e o proprietário contra quem ele adquire não há a menor relação de sucessoriedade”.<sup>485</sup>

<sup>480</sup> Como Lenine Nequete (*op. cit.*, p. 23), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*op. cit.*, p. 259), Maria Helena Diniz - “a usucapião é um direito novo, autônomo, independente de qualquer ato negocial” (*op. cit.*, 173), Orlando Gomes (*op. cit.*, p. 187), Paulo Nader (*op. cit.*, p. 111) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*op. cit.*, p. 108), etc.

<sup>481</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 109. Todavia, deverá o usucapiente suportar os custos decorrentes das obrigações *propter rem*, como por exemplo o pagamento de IPTU, lembrando que “excepcionalmente, para fins de usucapião especial rural, o art. 8º da Lei nº 6969/81, expressamente prevê a imunidade tributária” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 260).

<sup>482</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Op. cit.*, p. 312. Ou seja, “se existir eventual ônus real sobre o imóvel, em razão de negócio jurídico praticado pelo antigo proprietário (v.g., hipoteca, servidão), não subsistirá o gravame perante o usucapiente, que receberá a propriedade límpida, isenta de máculas” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, pp. 259-260).

<sup>483</sup> Nesse sentido: STJ, REsp 716753/RS (2005/0002065-0), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15/12/2009. Já no acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.319.516/MG (2010/0102593-0), relatado pelo Min. Sidnei Beneti, j. em 28/09/2010, assentou-se que “consumada a prescrição aquisitiva, a titularidade do imóvel é concebida ao possuidor desde o início de sua posse, presentes os efeitos *ex tunc* da sentença declaratória, não havendo de prevalecer contra ele eventuais ônus constituídos pelo anterior proprietário”.

<sup>484</sup> Sobre a possibilidade da oposição dos direitos reais estabelecidos pelo *verus dominus* em desfavor do usucapiente, vide NEQUETE, Lenine. *Op. cit.*, pp. 31-35.

<sup>485</sup> *Op. cit.*, p. 178. Em idêntico sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, pp. 545-546. Ainda, segundo a citada autora paulista, há *decisum* do TJSP (*JB*, 150:343) no sentido de que “o imóvel

Todavia, muito embora os bens gravados com fideicomisso sejam usucapíveis em relação ao fiduciário (art. 1951 do CC), vale lembrar que em relação ao fideicomissário - na medida em que seu direito se subordina “a condição ou termo suspensivo, em face dele não corre a prescrição, *ex vi* do disposto no art. 199, I e II, do Código Civil”.<sup>486-487</sup>

Após tais considerações, responderemos ao seguinte: qual seria então o fundamento da usucapião?

Inicialmente, verificamos que não há na doutrina resposta unívoca para tal questionamento. Uma primeira corrente dirá que a usucapião se fundamenta na finalidade de consolidar a propriedade nas mãos do possuidor, estimulando com isso a paz social, em um enfoque coletivo, e, ainda, sob uma ótica individual, reduziria a tarefa do usucapiente quanto à necessidade de provar a todo instante sua condição de dono da coisa.<sup>488</sup>

Neste sentido, a usucapião interessaria à paz social, tornando estável a situação do antigo possuidor - então convolado em proprietário do bem - evitando assim brigas, conflitos e a própria desarmonia social, daí porque, como aduz José Carlos de Moraes Salles,

“o proprietário desidioso, que não cuida do que é seu, que deixa seu bem em estado de abandono, ainda que não tenha a intenção de

---

gravado com cláusula de inalienabilidade não pode ser objeto de usucapião, pois a cláusula tem eficácia real. Seu registro a torna *erga omnes*, pelo que ninguém pode alegar licitamente ignorância da clausulação, especificamente para o efeito de usucapião (*op. cit.*, p. 178)”. Entretanto, assim já decidiu a 4ª Turma do STJ, no REsp 418945/SP, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 15/08/02: “Usucapião. Bem com cláusula de inalienabilidade. Testamento. Art. 1676 do CC. O bem objeto de legado com cláusula de inalienabilidade pode ser usucapido”.

<sup>486</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Op. cit.*, p. 109. No mesmo sentido, NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>487</sup> Veja, ainda, o pensamento de Luciano de Camargo Penteado: “quanto aos bens legalmente indisponíveis fica reservada a impossibilidade por conta de que sobre eles se institui a indisponibilidade com fins de garantia e permitir o *trespasse* aquisitivo impediria que o instituto da indisponibilidade de bens, por penhora, arresto ou sequestro pudesse travar a aquisição por usucapião. Neste sentido, já houve decisão do STJ afirmando ser impossível se usucapir bem objeto de sequestro (STJ, REsp 79.669/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 21/06/2005, votação unânime, DJU de 22/08/2005). O mesmo raciocínio leva a entender como não passíveis de usucapião os bens penhorados” (*op. cit.*, p. 321).

<sup>488</sup> BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p. 207 e Silvio Rodrigues, *op. cit.*, pp. 108-109, que ainda acrescenta: “por outro lado, a usucapião dá prêmio a quem ocupa a terra, pondo-a a produzir. É certo que o verdadeiro proprietário perdeu seu domínio contra a sua vontade. Mas não é injusta a solução legal, porque o prejudicado concorre com sua desídia para a consumação de seu prejuízo. Em rigor, já vimos, o direito de propriedade é conferido ao homem para ser usado de acordo com o interesse social, e, evidentemente, não o usa dessa maneira quem deixa sua terra ao abandono por longos anos”.

abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante o tempo previsto em lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se fosse sua”.<sup>489</sup>

Para alguns autores, ainda, identificaríamos a existência de duas teorias fundantes para a usucapião, uma *subjetiva* e outra de natureza *objetiva*. Para primeira teoria tal aquisição se fundaria na presunção de um ânimo de renúncia do usucapido de seu direito (não exercitado) de propriedade,<sup>490</sup> e, para a segunda, de cunho objetivo, a usucapião se fundaria em razões de utilidade social, como assenta Orlando Gomes:

É socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. A ação do tempo sana os vícios e defeitos dos modos de aquisição porque a ordem jurídica tende a dar segurança aos direitos que confere, evitando conflitos, divergências e mesmo dúvidas. Bem certo é que *acabar com as incertezas da propriedade é a razão final da usucapião*.<sup>491-492</sup>

<sup>489</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>490</sup> “O raciocínio é este: se o dono de uma coisa se desinteressa de sua utilização durante certo lapso de tempo, é porque a abandonou ou está no propósito de abandoná-la. As mais das vezes, não há, de sua parte, essa intenção. Presumi-la é desconhecer a própria natureza humana” (GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 187).

<sup>491</sup> *Op. cit.*, pp. 187-188. A respeito do assunto, assim leciona Washington de Barros Monteiro: “Como é sabido, o usucapião é instituto jurídico da mais alta utilidade e relevância. Tem ele por fim, através da *continuata possessionis temporis legis definiti*, colocar termo às incertezas do domínio e às controvérsias judiciais que essas mesmas incertezas comumente suscitam. Muito se tem discutido acerca da razão por que a posse, depois de certa duração, dá origem ao direito de propriedade. (...) Para uma primeira corrente, a posse continuada gera a propriedade em virtude de presunção de abandono, por parte do precedente proprietário. Para outros, porém, tal fenômeno decorre de aplicação do princípio econômico segundo o qual tem direito de haver como sua a coisa aquele que com essa se põe em determinada relação e nela emprega sua atividade; não quem se abstém de qualquer relação com a mesma coisa e não exterioriza, de algum modo, o seu poder. Finalmente, para outros ainda, o usucapião constitui a suprema exigência de atribuir-se certeza ao domínio, assegurando-se assim a paz social, porquanto, transcorrido certo lapso de tempo, não mais se deve permitir a quem quer que seja – inclusive ao antigo proprietário – atacar a posição daquele que atualmente detenha a coisa em seu poder. Acredito piamente que, em todas essas diversas correntes se deprende inquestionável parcela de verdade. De fato, em primeiro lugar, o antigo proprietário, que tenha tido conhecimento da posse do usucapiente e, no entanto, se conserva indiferente ou inerte, assume atitude que, do ponto de vista prático, corresponde à vontade de alienar, de renunciar, de abandonar, de desvincular-se da coisa. Em segundo lugar (...), incontestável é que, do lado do prescribente, está o fato, que diz trabalho, produção e vida, enquanto do lado do proprietário está o direito, que murmura ócio, esterilidade, morte. Por fim, é fora de dúvida que, após certo tempo, mais proteção merece o possuidor, que gere a coisa e dela goza, como se fora sua, do que o *dominus negligente*, que se descarta completamente do que lhe pertence” (PASSOS, Edilence e LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**, Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno, Vol. 2, Brasília: Senado Federal, 2012, pp. 481-482).

<sup>492</sup> No mesmo sentido, sustenta Caio Mario da Silva Pereira, quanto ao fundamento (ético) da usucapião – para os adeptos das teorias subjetivistas este corresponderia ao “abandono da coisa pelo antigo dono (renúncia presumida)”. Já para os adeptos das teorias objetivistas este assentaria “na segurança social aliada ao aproveitamento econômico do bem usucapido”, sem esquecimento, ainda, para outros, da “necessidade de se atribuir certeza do direito de propriedade” (*op. cit.*, p. 119).

De outro lado, afirmando ser a usucapião um instituto de ordem e de estabilidade social (tal qual a prescrição), Francisco Morato identifica três razões que a fundamentam:

a) a necessidade de assegurar, de modo inequívoco e definitivo, a existência das relações jurídicas, o que constitui a verdadeira razão final do instituto e sintetiza todos os seus motivos justificativos; b) pena da negligência, circunstância que serve de tirar à prescrição as aparências odiosas e de apresentá-la como resultado de falta daquele mesmo contra quem atua; c) função supletória de prova do direito, o que é em fundo um dos modos porque atinge a razão final do instituto – sossego e seguridade das relações jurídicas”.<sup>493</sup>

Por derradeiro, outra corrente, acertadamente, confere razão à usucapião mediante a conjugação de dois valores essenciais do *jus positum*: de um lado, o valor *segurança jurídica*, e, de outro, o valor *justiça*.<sup>494</sup>

Desta forma, primeiro, ao se unificar a posse e o domínio na mesma pessoa, extirpando-se qualquer dúvida sobre a titularidade da coisa e sobre a fidedignidade registral, temas que interessam a toda sociedade, a usucapião evitaria um quadro de incertezas gerador de instabilidade econômica, daí sua vertente relacionada ao princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas.<sup>495</sup>

Segundo, por último, nada mais justo que reconhecer ao possuidor que confere utilidade ao bem seu direito de propriedade sobre a coisa, após o devido decurso do tempo, como salienta Paulo Nader:

Dada a função social da propriedade, o descaso ou negligência do proprietário, deixando o imóvel em estado de abandono, constitui um motivo de preocupação da sociedade, que se preocupa cada vez mais, em face do permanente crescimento dos índices demográficos, com o aproveitamento da utilidade e capacidade produtiva em geral das terras e unidades edificadas. Em contrapartida à omissão, o possuidor apropriou-se da coisa, mantendo-a publicamente e revelando interesse em tirar proveito de sua utilidade.<sup>496</sup>

<sup>493</sup> Da Prescrição nas Ações Divisórias, Ed. Saraiva, SP, 1944, 2ª edição, § 25, p. 58.

<sup>494</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 118. Já para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, “o fundamento deste modelo jurídico é duplice: representa um prêmio àquele que por um período significativo imprimiu ao bem uma aparente destinação de proprietário, mas também importa em sanção ao proprietário desidioso e inerte que não tutelou o seu direito em face da posse exercida por outrem” (*op. cit.*, p. 259).

<sup>495</sup> Não é outro o entendimento de Washington de Barros Monteiro sobre o fundamento de tal instituto: “o respeito às situações desenvolvidas e consolidadas pelo tempo. Sob esse aspecto, inegável a utilidade do usucapião, pois, decisivamente, contribui para a consolidação da propriedade, sendo assim poderoso estímulo para a paz social. Depara-se seu fundamento jurídico, segundo Messineo, na desídia, na incúria manifestada pelo proprietário na tutela de seu direito, em face da prolongada posse de outrem” (*op. cit.*, p. 146).

<sup>496</sup> *Op. cit.*, p. 118. Como afirma Marco Aurélio Bezerra de Melo, é justo que “uma pessoa que agregou valor a determinado bem em razão da utilização, do trabalho, produção ou pela moradia,

## 16 A POSSE DO ART. 1276 DO CC SOBRE O BEM ABANDONADO

Na Lei Civil de 1916, revogada pela atual, o legislador pátrio considerava a *posse de outrem* como modalidade responsável pela perda da posse das coisas, conforme a antiga redação do seu artigo 520, inciso IV.<sup>497</sup>

Nessa linha de raciocínio, mesmo contra a vontade do possuidor a *posse de outrem* causaria a perda da posse original, caso o lesado deixasse de promover a manutenção ou reintegração de seu direito em tempo hábil, de modo que, “se o possuidor, turbado ou esbulhado no exercício da posse, se queda inativo, permitindo se firme nova posse sobre a coisa, perde seu direito, que se extingue, para dar lugar a outro direito, em substituição do primeiro”.<sup>498</sup>

Assim, neste primeiro enfoque para a expressão *posse de outrem* (ou de terceiro), temos que “a constituição de uma nova posse da mesma natureza implica, salvo o caso da comosse, a destruição da posse existente”,<sup>499</sup> pelo advento de novo direito incompatível com o anterior.

E, ainda, quando o apossamento incidir sobre a *res derelicta*, destacamos o entendimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo:

interessante alteração legal é a inclusão do requisito para arrecadação de bens imóveis abandonados da ausência de posse de terceiro, o que vem demonstrar que não é interesse do Estado arrecadar para si imóveis abandonados. Para isto, o ordenamento jurídico prevê a desapropriação. A finalidade da lei é que os bens não fiquem vagos, pois isto desinteressa a sociedade e se apresenta como uma afronta ao dispositivo constitucional da função social da propriedade”.<sup>500</sup>

---

dentre outros, seja contemplado pelo reconhecimento social e jurídico de ser proprietário do bem” (*op. cit.*, p. 107).

<sup>497</sup> “Perda da posse em consequência da posse de outrem. No inciso III do art. 520, inclui-se, como um dos modos terminativos da posse, em consequência da posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor se este não for mantido ou reintegrado em tempo competente” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 170).

<sup>498</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 85. Em sentido idêntico o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira: “*Posse de outrem*. É também perda da posse, e perda *solo corpore*, o esbulho por terceiro, que passa, contra a vontade do outro, a possuir a coisa. Como já vimos, é da essência da posse a exclusividade. E, pois, se *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*, a tomada de posse por um importa, necessariamente, na sua perda pelo anterior. Não tem, aliás, outro alcance senão readquirir a posse perdida o interdito *recuperandae possessionis*” (*op. cit.*, p. 43). E, ainda, San Tiago Dantas: “muitas vezes se perde a posse por um ato de outrem. São os casos em que alguém é desapossado da coisa, em que um terceiro, contra a vontade do possuidor, dela se apodera” (*op. cit.*, p. 70).

<sup>499</sup> SOARES, Fernando Luso. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>500</sup> *Op. cit.*, p. 178.

Contudo, à luz da legalidade constitucional e sem desconsiderar a concepção já firmada sobre o tema, acreditamos que a *posse de outrem* referida no artigo 1276, que impede até mesmo a arrecadação do bem vago pela Fazenda, precisa ser compreendida sob a ótica da funcionalização.<sup>501</sup> Como salienta Marcos Alcino de Azevedo Torres:

posse com função social e posse qualificada divergem da posse simples ou comum pela presença da atividade humana social e economicamente relevante e isto se dá, através da moradia, do desenvolvimento de alguma atividade comercial ou industrial, para os imóveis urbanos e na produção de bens, serviços e moradia para a propriedade rural. A função social na posse provoca então uma dicotomia entre posse qualificada ou posse social e posse simples ou comum”.<sup>502</sup>

No mesmo sentido destaca-se o entendimento do mestre Miguel Reale que, já nos idos de 1975, assim asseverava na Exposição de Motivos da atual Lei Civil:

na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer 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”.<sup>503</sup>

Então, a nosso sentir, acreditamos que a *posse de outrem* (ou de terceiro) aludida no citado artigo 1276 do CC é justamente tal posse social ou qualificada, ou seja, aquela que se corporifica pelo atendimento da função social imobiliária, em especial nos centros urbanos, quando decorrente do estabelecimento de moradia pelas camadas mais pobres da população, em glebas abandonadas, cujo respectivo apossamento merece ampla proteção do ordenamento, inclusive se confrontado com um domínio anterior onde a propriedade não era utilizada (ou mesmo se encontrava subutilizada), pois perde a tutela possessória o proprietário que “não conferir à

---

<sup>501</sup> Para Ana Rita Vieira Albuquerque, “a função social da posse representa uma alteração do paradigma do conceito da posse, maximizando-o, para visualizar, ao lado dos elementos internos, que são a apreensão física da coisa e a vontade, um outro elemento que compõe esta vontade, qual seja, a sua utilização econômica, e um elemento externo - a consciência social, tal como proposta pela doutrina de Saleilles. A composição de todos estes elementos torna clara a função social da posse e a necessidade de proteção da posse pela posse em si mesma, como direito indeclinável do possuidor, ainda que diante da situação proprietária” (*op. cit.*, p. 208).

<sup>502</sup> A Propriedade e a Posse - um confronto em torno da função social, p. 309.

<sup>503</sup> PASSOS, Edilenice e LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**, vol. 4, 2012, Ed. Senado Federal, p. 112.

propriedade utilização socialmente adequada, desrespeitando valores constitucionalmente tutelados”.<sup>504</sup>

Ademais, a incidência dessa posse privilegiada - porquanto dotada de função social pela moradia (ou pelo trabalho) - sobre a coisa abandonada impede que o Estado arrecade para si o bem anteriormente vago,<sup>505</sup> nos exatos termos do texto codificado ora mencionado.<sup>506</sup>

Situação diversa, porém, ocorreria se o apossamento objetivasse a “mera formação de banco de terras ou a usurpação da terra para fins especulativos”,<sup>507</sup> pois, neste caso, ausente o intuito de se conferir destinação social ao imóvel abandonado, estaríamos diante de uma posse não suficientemente hígida a ponto de impedir a arrecadação estatal, face ao evidente descumprimento de sua função social, mesmo porque:

não se mostra razoável o comportamento de alguém que, encontrando determinada área vazia a invada com a única intenção de ao cabo de certo tempo, usucapí-la, transformando-a, através da posse sem função social, em propriedade para alienação e enriquecimento.<sup>508</sup>

Portanto, assim como não há mais sentido em se sustentar a liberdade plena da não utilização livre e desonerada dos bens por seus titulares, conforme antes exposto,<sup>509</sup> também não mais subsiste qualquer dúvida em relação à possibilidade jurídica da aquisição de imóveis abandonados pelos particulares através da

<sup>504</sup> TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional, *op. cit.*, p.190.

<sup>505</sup> Com base nas lições de Miguel Reale, Judith-Martins Costa também aduz que a *posse-trabalho* (“aquela posse que *vem acompanhada de um ato criador do trabalho humano*”) merece receber maior proteção do que a posse consistente em mera ocupação do bem (*in* Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, ed. Saraiva, SP, 2002, p. 155).

<sup>506</sup> “Caracterizada a *derrelição* de imóvel urbano e *desde que não se encontre na posse de alguém*, poderá ser objeto de arrecadação, como bem vago e passando, três anos após, a integrar o patrimônio do Município ou do Distrito Federal, se localizado em uma dessas circunscrições (Paulo Nader, *op. cit.*, p. 173). No mesmo sentido vide: REsp 116013/SP, rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma do STJ, vot. unân., j. em 22/06/2010, DJe 01/07/2010, RIOBDF, vol. 61, p. 149.

<sup>507</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. cit.*, p. 313.

<sup>508</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 315. Como ensina Pietro Perlingieri, “a ausência de concretização da função social, portanto, faz com que cesse a razão pela qual se garante e se reconhece o direito de propriedade” (O Direito Civil na Legalidade Constitucional, *op. cit.*, p. 948).

<sup>509</sup> Destarte, não é possível concordarmos com o seguinte pensamento de Luís da Cunha Gonçalves a respeito da utilização dos bens: “os bens imóveis urbanos ou rústicos podem ser *deixados ao abandono*, aqueles não sendo habitados, nem arrendados pelo seu proprietário; e os outros, não sendo cultivados ou de qualquer modo utilizados, nem mesmo como coutada de caça. E nem por isso podem dizer-se *abandonados*, de modo a justificar-se sua ocupação por outrem, porque o direito de propriedade é *omni-compreensivo*, na frase de Messineo, isto é, pode manifestar-se por qualquer modo não previsto e proibido por lei, e portanto também com a abstenção do seu exercício, desde que a lei não a equipare ao *abandono*, pondo a cousa à disposição do primeiro que a deseje ocupar ou fazê-la sua com exercício activo do direito” (*op. cit.*, p. 225).

ocupação, diante da ressalva legal protetiva da posse em comento incidente sobre bem anteriormente vago, posicionamentos que, aliás, encontram incontestável amparo em nosso atual regime constitucional.<sup>510</sup>

Nesse sentido, como sustentam Maurício Mota e Marcos Alcino de Azevedo Torres:

“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 Estado. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, e, no mesmo art. 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender à sua função social. Além disso, está previsto nos arts. 1º e 6º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, assegurados pelo direito social à moradia e 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 posse”.<sup>511</sup>

Por derradeiro, como se vê, identificada a derrelição do imóvel, não será qualquer posse que impedirá o poder público de arrecadar (para o atendimento das necessidades coletivas) o bem abandonado que esteja na *posse de outrem*.<sup>512</sup>

Afinal, é preciso que tal apossamento seja *produtivo*<sup>513</sup> e vinculado ao exercício da moradia, ao invés de voltado à mera especulação imobiliária: nestas circunstâncias, resta justificada a proteção do particular em face do Estado, com o

<sup>510</sup> Muito embora Carvalho Santos aponte a impossibilidade da aquisição imobiliária pela ocupação, pois inexisteriam imóveis sem dono, ao argumento de que tais bens seriam ou dos particulares ou do Estado, e, bem como, quanto ao imóvel abandonado, sustente a inviabilidade de sua ocupação pelo suposto óbice legal decorrente da exclusiva transmissão registral do domínio (*in* Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VIII, 11ª ed., RJ, ed. Freitas Bastos, 1987, p. 213), entendimento sufragado por Lacerda de Almeida (*in* Direito das Causas, RJ: J. Ribeiro dos Santos - Livreiro - Editor, 1908, p. 125, nota 3), é forçoso reconhecer que o instituto da usucapião, de assento constitucional, por si só já seria suficiente para refutar a impossibilidade jurídica descrita por tais autores, *permissa maxima venia*.

<sup>511</sup> Transformações do Direito de Propriedade Privada, *op. cit.*, p. 40.

<sup>512</sup> “No *caput* do art. 1276 do Código Civil, percebemos uma substancial inovação na identificação do abandono. O legislador assevera que o imóvel apenas não será arrecadado, se *não se encontrar na posse de outrem*. Isso significa que não basta a demonstração de que o proprietário não mais deseje a coisa para si, pois a posse de terceiros sobre o bem é fator suficiente para conceder função social à propriedade e determinar a exclusão da pretensão à titularidade pelo Poder Público” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 326).

<sup>513</sup> “Temos, ainda, quanto ao desempenho de atividade laborativa: a *posse-trabalho (pro labore)* ou produtiva, que é a obtida mediante a prática de atos que possibilitem o exercício da função social da propriedade, visto que nela há construção de morada ou investimentos econômicos, e a *posse improdutiva*, se o possuidor em nada investir, tornando o imóvel inútil, por não ser explorado” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 77).

que se demonstra a relevância da função social da posse conforme bem reconheceu o legislador - expressamente - no bojo do citado artigo 1276.

## 17 A POSSE DO ART. 1276 DO CC COMO OBSTÁCULO À ARRECADAÇÃO PELO ESTADO

Após tratarmos dos contornos da *posse de outrem*, passamos a discorrer sobre sua respectiva proteção possessória em relação à Administração Pública, levando em consideração a natureza do bem e o momento pelo qual se operam a perda e a aquisição da propriedade pelo abandono.

No tocante à perda do domínio pela derrelição, acreditamos que tão logo reste configurado seu abandono a coisa já pode ser considerada *res nullius*, pois, caso contrário, “o modo de supressão da propriedade particular seria a *arrecadação do bem*”<sup>514</sup> e não o próprio abandono.<sup>515</sup>

Já no que se refere à aquisição do bem, após sua arrecadação e com o decurso do triênio legal, o imóvel passará integrar o acervo estatal, nos moldes do que estabelece o citado artigo 1276.<sup>516</sup>

Ademais, quanto à natureza da coisa, abordaremos aqui tão somente a proteção possessória relativa ao apossamento de bens privados, pois é de se concluir que o referido comando legal não se destina aos imóveis públicos, seja pela já apontada imprescritibilidade da *res publicae*, seja porque o Estado não poderia adquirir um bem que já lhe pertence.<sup>517</sup>

<sup>514</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 325. Já Sílvio de Salvo Venosa, contrariamente, entende que “o ordenamento não admite imóvel sem dono”, daí porque poderia o abandonante reivindicar o bem quando lhe conviesse (*in* Código Civil Comentado, XII, SP, Ed. Atlas, 2003, p. 169).

<sup>515</sup> “Não se pode exigir que o reconhecimento de abandono (...) somente se dê, por exemplo, após a efetivação de procedimento formal de arrecadação do bem imóvel ao patrimônio público (o qual exige a constituição do débito tributário, adoção de medidas judiciais para caracterizar o bem como vago e, após três anos, viabilizar que o Poder Público possa incorporá-lo ao seu patrimônio), se as circunstâncias fáticas apontam em direção oposta” (REsp 116013/SP, rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T. do STJ, vot. unân., j. em 22/06/2010, DJe 01/07/2010, RIOBDF, vol. 61, p. 149)

<sup>516</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>517</sup> Lembro, todavia, nossa posição quanto à possibilidade do apossamento de bens públicos dominicais e da respectiva proteção possessória, através das modalidades previstas no ordenamento, como já antes afirmado. Aliás, sobre o assunto, vide o teor do REsp nº 792527/DF, de 06/03/08, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros; do REsp nº 780401/DF, de 03/09/09, da lavra da Ministra Nancy Andrighi e do AgRg nos EDcl no REsp 1099469/DF, todos da 3ª Turma do STJ, cujas ementas, respectivamente, assim dispõem: A) “RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BEM DA UNIÃO OCUPADO POR PARTICULAR. ESBULHO COMETIDO PELO DISTRITO FEDERAL. 1. Não há falta de fundamentação no acórdão que examina de forma adequada todas as questões pertinentes. 2. Não ocorre cerceamento de defesa quando uma das partes deixa de ser intimada para acompanhar vistoria que se mostrou irrelevante para o julgamento. 3. A alegação de posse de bem público não pode ser oposta, pelo possuidor, apenas ao ente público titular do domínio. Para terceiros, a ocupação deve ser vista como verdadeira posse, a ser protegida por reintegração.

Nesta linha de raciocínio, é crível respondermos aos seguintes questionamentos: ocupado o imóvel abandonado pelo particular pode a Administração Pública, *a posteriori*, valer-se de sua autoridade com o intuito de arrecadar o bem para si, desalojando o indivíduo e sua família? Merece deferimento eventual medida judicial neste sentido?

De início, lembramos que a Constituição impõe expressamente à Administração obediência ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF), de modo que “todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas”.<sup>518</sup>

Ou seja, ao administrador só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza, não podendo, ao seu alvitre, estabelecer imposições ou proibições aos cidadãos, salvo aquelas previstas em lei.

Conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da legalidade

---

no caso de esbulho, ou manutenção, no caso de turbação”; B) “Processo civil. Ação possessória, entre dois particulares, disputando área pública. Oposição apresentada pela Terracap. Extinção do processo, na origem, com fundamento na inadmissibilidade de se pleitear proteção fundamentada no domínio, durante o trâmite de ação possessória. Art. 923 do CPC. Necessidade de reforma. Recurso provido. - A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de considerar públicos os bens pertencentes à Terracap. Ao ingressar com oposição, a Terracap apenas demonstra seu domínio sobre a área para comprovar a natureza pública dos bens. A discussão fundamentada no domínio é meramente incidental. A pretensão manifestada no processo tem, como fundamento, a posse da Empresa Pública sobre a área. A posse, pelo Estado, sobre bens públicos, notadamente quando se trata de bens dominicais, dá-se independentemente da demonstração do poder de fato sobre a coisa. Interpretação contrária seria incompatível com a necessidade de conferir proteção possessória à ampla parcela do território nacional de que é titular o Poder Público. - Se a posse, pelo Poder Público, decorre de sua titularidade sobre os bens, a oposição manifestada pela Terracap no processo não tem, como fundamento, seu domínio sobre a área pública, mas a posse dele decorrente, de modo que é incabível opor, à espécie, o óbice do art. 923 do CPC. Recurso especial conhecido e provido” e C) “Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. Ação de Reintegração de Posse. Litigantes. Particulares. Oposição. Oferecimento. Companhia Imobiliária do Distrito Federal. Cabimento. Recurso Improvido. 1- É cabível o oferecimento de oposição pela TERRACAP para defesa de sua posse sobre bem imóvel, com fundamento em domínio da área pública, em ação de reintegração de posse entre particulares. 2- Se a posse, pelo Poder Público, decorre de sua titularidade sobre os bens, a oposição manifestada pela Terracap no processo não tem, como fundamento, seu domínio sobre a área pública, mas a posse dele decorrente” (Precedente. REsp 780.401/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, j. em 03/09/2009, DJe de 21/09/2009). 3- Agravo Regimental improvido”. Já quanto ao manejo dos interditos possessórios na seara administrativa, vide nosso artigo “Do cabimento dos interditos possessórios no âmbito do Direito Administrativo”, publicado na Revista do MPRJ, nº 12, 2000, pp. 133-136.

<sup>518</sup> Conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Melo, acrescentando, ainda, que tal princípio, “de um lado, proíbe restrições à liberdade individual que não estejam apoiadas em lei, e, de outro lado, só admite edição de atos administrativos para cumprimento de lei, já que até mesmo os decretos e regulamentos presidenciais, que são atos administrativos mais conspícuos, são propostos como simples instrumentos de execução de lei” (RDP 90, abril/jun de 1989, ano 22, pp. 57-58).

“constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei”.<sup>519</sup>

Em outras palavras, o princípio da legalidade exige que o Estado respeite as suas próprias leis,<sup>520</sup> submetendo-se integralmente à legalidade *latu sensu*,<sup>521</sup> circunstância que informa toda e qualquer atividade administrativa, sob pena da caracterização do desvio de poder e da mácula de nulidade nos atos praticados pela Administração.<sup>522</sup>

É bem verdade, contudo, que a lei não tem o condão de prever todas as hipóteses da vida e as respectivas soluções práticas, de modo que - por vezes - o administrador deverá buscar no seio do sistema jurídico os caminhos para as decisões administrativas, orientado, naturalmente, pela tábua axiológica da Carta da República.<sup>523</sup>

Destarte, no curso do implemento das tarefas administrativas pelos agentes estatais, não poderíamos deixar de mencionar quanto à necessidade da aplicação *in concreto* dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,<sup>524</sup> mediante “um

<sup>519</sup> *Op. cit.*, p. 67. Ou, conforme Hely Lopes Meirelles, “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (**Direito Administrativo Brasileiro**, Ed. Malheiros, SP, 1999, 24ª ed., pp. 82-83).

<sup>520</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>521</sup> JÚNIOR, José Cretella. **Princípios Informativos do Direito Administrativo**, Rev. Fac. Dir. da USP, vol. LXIII, 1968, p. 270.

<sup>522</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Op. cit.*, p.66.

<sup>523</sup> “Não é por outra razão que se fala em poderes implícitos e explícitos; também não é por outra razão que se reconhece à Administração Pública certa margem de discricionariedade para decidir segundo critérios de oportunidade e conveniência; e também não é por outra razão que o princípio da legalidade tem hoje uma amplitude muito maior do que em suas origens, porque abrange, não apenas a lei, mas também os atos normativos do Executivo e Judiciário, além dos princípios e valores previstos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010, pp. 94-95).

<sup>524</sup> Adotamos, aliás, neste ponto, o pensamento do Ministro Luís Roberto Barroso, ao dividir o princípio da proporcionalidade em três outros subprincípios, a saber: “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão” (**Interpretação e aplicação da constituição**, RJ, 6ª ed., ed. Saraiva, 2006, p. 229).

percurso de ponderação e flexibilização”,<sup>525</sup> quando estabelecido o conflito entre interesses público e privado, pois as ações administrativas se subordinam à dignidade da pessoa humana e ao “fiel respeito aos direitos fundamentais”.<sup>526-527</sup>

Desse modo será possível preservar ou menos lesar - tanto quanto possível - interesses individuais porventura em confronto com interesses típicos do Estado,<sup>528</sup> porquanto o vetor axiológico da Lei Maior se assenta na tutela veemente da pessoa humana.

Vale dizer, também, que o próprio Colendo STF costuma se utilizar do princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso) para fundamentar suas decisões, em especial para solucionar casos de restrição a direito fundamental ou de conflito entre princípios constitucionais (entre eles estabelecendo uma relação de precedência condicionada), como se observa do acórdão proferido quando do julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/SP.<sup>529-530</sup>

<sup>525</sup> FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais**, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010, p. 170.

<sup>526</sup> FREITAS, Juarez. **O Conteúdo dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, 3ªed., SP, Ed. Malheiros, 2004, pp. 34-35.

<sup>527</sup> Nessas circunstâncias, então, “a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública” (BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**, in R. Dir. Proc. Geral, RJ, n. 59, 2005, p. 56).

<sup>528</sup> Aqui considerados como os interesses primários, ou seja, aqueles que correspondem “à realização dos superiores interesses de toda a coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição” (BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução**, Rev. Diálogo Jurídico, n° 15, jan-mar/2007, Salvador, p. 20), e não mero interesse (secundário) do erário. Aliás, o Ministro Luis Roberto Barroso, no prefácio da já citada obra *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, assim discorre sobre o assunto: “O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover – justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...) O interesse público secundário - *i.e.*, o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. (...) O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único particular”.

<sup>529</sup> Conforme decidiu seu Pleno, em 26/03/03, vencido apenas o (relator) Ministro Marco Aurélio. Votaram com o Ministro Gilmar Mendes (relator para o Acórdão), os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie. Assim assentou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto condutor: “o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma

Contudo, subsiste na doutrina pátria um debate acerca da exigência (ou não) de se efetuar uma “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, tradicionalmente considerado um pilar básico do Direito Administrativo.<sup>531</sup>

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, na medida em que as ações estatais são adotadas em prol da coletividade,

não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.  
532-533

Assim, o citado princípio<sup>534</sup> - inegável axioma do atual Direito Público - estabeleceria “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência

das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)."

<sup>530</sup> Vide também: ADC 9/DF (Pleno do STF, rel. p/ac. Min. Ellen Gracie, j. em 13/12/01) e ADI 855/PR (Pleno do STF, rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, j. em 06/03/08, sendo a medida cautelar deferida em 01/07/93, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence).

<sup>531</sup> BORGES, Alice Gonzales. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>532</sup> *Op. cit.*, p. 25.

<sup>533</sup> “Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. (...) O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, *ao invés de acentuar, com se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é função qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação” (MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª ed., SP, ed. Malheiros, 2012, pp. 59-60).

<sup>534</sup> Que, de acordo com Fábio Medina Osório, resultaria implicitamente do sistema constitucional (*in* Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?, RDA nº 220, abr/jun de 2000, RJ, p. 105).

dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguração deste último”<sup>535</sup>.

Todavia, verificamos um movimento doutrinário voltado a desconstruir o referido princípio por diversos fundamentos, dentre eles, porque o conceito de interesse público seria indeterminado, porque a Constituição também ampararia os direitos individuais (fundamentais), além da indissociabilidade (e impossibilidade da prevalência) entre interesses público e privado.

Neste diapasão, e também sufragando a idéia da constitucionalização do direito administrativo, Gustavo Binenbojm afirma se encontrar em xeque o *paradigma* estabelecido pelo mencionado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, responsável pelo sustentáculo dos privilégios materiais e processuais do Estado. Para o citado autor,

não há como conciliar no ordenamento jurídico um *princípio* que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. (...) O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõem ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização. (...) Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. (...) Nessas situações, conforme esposado, não é livre o agente público para decidir por um ou outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionamos

---

<sup>535</sup> *Op. cit.*, p. 70. Ademais, segundo José Cretella Júnior, este princípio, “que consubstancia o mandamento da supremacia do interesse público, informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos nomogenéticos, mas de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, visto ser comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional” (*op. cit.*, p. 269).

chamar de *melhor interesse público*, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública”.<sup>536</sup>

Da mesma forma, Humberto Bergmann Ávila refuta a existência da norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no ordenamento pátrio, negando-o também como um postulado explicativo do Direito Administrativo, na medida em que os interesses privados integrariam uma parte do interesse público, considerando-o, em verdade, como uma *regra condicional concreta de prevalência*, ao invés de um verdadeiro *princípio abstrato de supremacia*.<sup>537</sup>

---

<sup>536</sup> *Op. cit.*, pp. 65, 69 e 70. Acrescenta o mesmo autor que “a dogmática administrativista estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do *princípio da autoridade*, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder. Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes. Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos. Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público - entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas - consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual. Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade. Assim, o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o *conceito de interesse público*, mas tão-somente a existência de um *princípio da supremacia do interesse público*. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste “interesse público” obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer” (*op. cit.*, pp. 79-80).

<sup>537</sup> Explica Ávila que “postulado, no sentido kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento”, arrematando, ainda, que “a

Igual caminho trilha Daniel Sarmento, ao afirmar que “o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuídas aos direitos fundamentais”,<sup>538</sup> daí porque Marçal Justen Filho aduz que

“é imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso. Afirma-se que o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público é o alicerce fundamental do Direito Público, o que seria suficiente para legitimar as decisões adotadas pelos administradores. Ora, juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade (no seu todo ou em parte). Mas os governantes refugiam-se neste princípio para evitar o controle de seus atos pela sociedade. Fundamentar decisões no *interesse público* produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do *interesse público* imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a convivência coletiva”.<sup>539-540</sup>

---

administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. (...) A única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais (*In Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, RE sobre a Reforma do Estado, nº 11, set-nov de 2007, Salvador, pp. 01-30*).

<sup>538</sup> **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**, Flávio Galdino (org.), Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres, RJ, ed. Renovar, 2006, p. 301.

<sup>539</sup> **O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais**, Rev. Negócios Públicos, ano II, nº 6, pp. 39-41.

<sup>540</sup> Vide também o pensamento de Emanuel Andrade Linhares: “o *princípio* da supremacia do interesse público revela-se apartado da moderna concepção doutrinária acerca dos princípios jurídicos. Neste aspecto, fica evidenciada a contraposição entre a existência de uma regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios, proporcionada pelo seu caráter abstrato. Por essa razão, a nosso ver, torna-se injustificável a manutenção de invocação do critério apriorístico da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, de forte viés autoritário, como justificativa racional para restrições legítimas a direitos fundamentais que corporificam interesses privados constitucionalmente protegidos. O pluralismo jurídico, a heterogeneidade multicultural e os fenômenos simultâneos da *publicização do direito privado* e da *privatização da gestão pública* na sociedade pós-moderna fragmenta fortemente a noção de interesse público, cuja definição, em cada caso, tornar-se-á cada vez mais dependente de juízos racionais de ponderação” (**A necessidade de superação do dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado**, in XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Vitória, publicado nos anais do referido congresso, UFES, 2011, p. 2766).

Entretanto, continua prevalecendo em nossa doutrina o entendimento da subsistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como “alicerce de toda atividade administrativa”.<sup>541</sup> Para José dos Santos Carvalho Filho,

os fundamentos invocados para o sepultamento do referido princípio são despidos de rigor lógico e sequer ameaçam o postulado, que, ao contrário, vigora em toda a sua plenitude. (...) Elidir o princípio se revela inviável, eis que cuida de axioma inarredável em todo o tipo de relação entre corporação e indivíduo. A solução, destarte, está em ajustá-lo para que os interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados.<sup>542</sup>

Em igual jaez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende o vigor do princípio em comento, identificando na corrente oposta um móvel financeiro, no sentido de dar prevalência a interesses econômicos sobre outros constitucionalmente protegidos. Assim assevera a mestre paulista:

“a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado. (...) A doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógrada, porque prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela representa a volta dos ideais de fins do século XVIII. As consequências funestas do liberalismo recomendam cautela na adoção dessas ideias, até porque se opõem aos ideais maiores que consta, do preâmbulo e do título inicial da Constituição, para valorizarem excessivamente determinados princípios do capítulo da ordem econômica, privilegiando

<sup>541</sup> FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Op. cit.*, p. 170. No mesmo sentido: GABARDO, Emerson Gabardo e HACHEM, Daniel Wunder (**O suposto caráter autoritário da Supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo; uma crítica da crítica**, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010, p. 60). Veja, ainda, a incisiva posição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre... é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado! Tal suposição corresponderia a não entender nem mesmo o que há de mais rudimentar na noção de interesse público e de sua supremacia sobre o interesse privado. Estas acacias observações, bem por isto, poderiam parecer rigorosamente descipendadas, mas, estão a ser feitas por ter havido ultimamente alguns comentários nos quais é evidente a incursão no grave equívoco mencionado. Quer-se com isto, então, prevenir a hipótese de que algum incauto, distraidamente, possa vir a lhes dar alguma atenção, ou mesmo que um estudante, ainda principiando o conhecimento do Direito, possa tomar a sério assertivas deste jaez” (*op. cit.*, pp. 69-70).

<sup>542</sup> **Interesse Público: Verdades e Sofismas**, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010, p. 82.

a liberdade de iniciativa e de competição. (...) O princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco. Ele encontra fundamento em inúmeros dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância do princípio da legalidade. A exigência da razoabilidade na interpretação do princípio da supremacia do interesse público se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado; atua como método de interpretação do princípio (na medida em que permite a ponderação entre o interesse individual e o público) e não como seu substituto”<sup>543-544</sup>.

Após tais considerações, sem esquecimento de que não vigora no ordenamento princípio (ou direito) absoluto, passamos então a responder às indagações antes formuladas, a respeito da possibilidade do Estado desalojar o possuidor qualificado (e sua família) de imóvel anteriormente abandonado.

A nosso sentir, se a redação do citado artigo 1276 do CC não fizesse expressa menção à *posse de outrem* e se o Estado efetivamente desejasse afetar o imóvel abandonado (recém-ocupado pelo particular), de modo a nele construir uma escola, um hospital, uma creche, etc., acreditamos que deveria prevalecer o interesse público, nestas condições, sem prejuízo do ente estatal reparar o

---

<sup>543</sup> Acrescenta a citada escritora que “a *indeterminação do conceito jurídico de interesse público* não pode servir de empecilho à aplicação das normas constitucionais. Sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação. Existe hoje toda uma doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, exatamente para permitir ao intérprete a sua definição e ampliar a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos. Se a indeterminação do conceito jurídico fosse empecilho para sua aplicação, o mesmo ocorreria com inúmeros outros princípios constitucionais como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros. As idéias de utilidade pública, interesse social, perigo iminente e outras semelhantes, de que são ricos todos os ramos do direito, ficariam sem aplicação. (...) A doutrina que se considera inovadora ou incide no erro de acabar com o princípio da supremacia do interesse público (o que equivaleria à negação dos próprios fins do Estado) ou incide no erro de achar que está inovando, quando, na realidade, está fazendo afirmações que desde longa data são amplamente aceitas pela doutrina e pela jurisprudência. Muitos exageram intencionalmente os efeitos do funesto princípio, para depois se apresentarem como os salvadores dos direitos fundamentais. Só que parece não terem percebido que esses direitos existem e são reconhecidos desde longa data e sempre conviveram com o princípio da supremacia do interesse público” (**O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010, pp. 96-97, 97-98, 100, 101 e 102).

<sup>544</sup> Ainda, de acordo com Irene Patrícia Nohara, “a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público (primário) interessa imediatamente aos grupos que desejam que o Estado se subordine aos seus interesses particulares. (...) A desconstrução, portanto, tanto pode servir a um *discurso ultraliberal*, no sentido de restaurar a noção de liberdade incondicionada do particular em buscar meios e fins de sua conduta, sem a *indevida* intervenção estatal, como pode servir também ao *discurso neoliberal*, que objetiva impor restrições ao intervencionismo estatal na economia, limitando-o a setores tidos como *imprescindíveis*, no intuito de restaurar um projeto de Estado mínimo, daí porque, *grosso modo*, se diz que também se trata de resgate dos desígnios liberais” (**Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo**, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010, p. 141).

possuidor, indenizando-o, inclusive fornecendo-lhe outro local semelhante e gratuito para sua moradia.

Entretanto, considerando a clara opção legislativa no sentido de amparar esta *posse de outrem*, entendemos que - ocupado o imóvel abandonado pelo particular - não é possível valer-se a Administração de sua autoridade, *a posteriori*, com o intuito de arrecadar o bem para si.

Portanto, não merece deferimento qualquer medida judicial no sentido de desalojar o indivíduo e sua família do imóvel ocupado, antes abandonado, como acima exposto, por força do seu direito à moradia assegurado pela atual lei civil e em especial pelo artigo 6º da Constituição Federal.

## 18 A POSSE DO ART. 1276 DO CC COMO FORMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A *posse de outrem* prevista no artigo 1276 do CC incidente sobre bem imóvel urbano abandonado descumpridor de sua função social merece receber o devido reconhecimento pelos aplicadores do Direito, de modo que seja possível extrair do ordenamento não apenas a respectiva proteção possessória, mas, principalmente, o descobrimento de um caminho destinado à célere consolidação do domínio em benefício do possuidor e de sua família, assegurando-se assim aos necessitados o pleno exercício do direito à moradia, como estabelecido no artigo 6º da Carta da República.

Aliás, conforme leciona Marcos Alcino de Azevedo Torres sobre o assunto,

não cumpre função social a ocupação que não produz, na posse urbana, moradia e habitação, indispensáveis ao atendimento de necessidades básicas do cidadão e de sua família (...) Morada, habitação e produção de alimentos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdade sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade humana.<sup>545</sup>

Nessa linha de raciocínio, despindo-se dos rigores patrimonialistas incompatíveis com o atual regime constitucional, hoje fulcrado precipuamente no respeito à dignidade da pessoa humana, o exegeta necessita conferir plena *eficácia* ao comando ao citado artigo 1276 do CC, viabilizando então a criação de uma sociedade justa e solidária, além da erradicar a pobreza.

Importante frisar também que a expressão *eficácia*, para melhor esclarecimento de sua realidade e abrangência, deve ser compreendida nos seus aspectos social e jurídico: socialmente, determinada norma será eficaz na hipótese do comportamento humano se efetivar de acordo com seus preceitos, indicando que está sendo realmente seguida e aplicada, bem como pela sua adequação em face da realidade social, por ela disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade.<sup>546</sup>

---

<sup>545</sup> *Op. cit.*, p. 313.

<sup>546</sup> Nesse sentido aduz Maria Helena Diniz, em sua obra **Norma constitucional e seus efeitos**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva Ed., 1992, p. 27 e 28.

De outro lado, juridicamente, *eficácia* seria a produção de efeitos jurídicos próprios das normas e dos atos jurídicos em geral, ou, para Geraldo Ataliba,<sup>547</sup> a força ou poder atribuídos às normas integrantes do ordenamento jurídico, no sentido da aptidão que elas possuem para produção desses efeitos.

Em sentido semelhante, afirma José Afonso da Silva<sup>548</sup> que *eficácia jurídica* deve ser entendida como a “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados”.

Já Pinto Ferreira,<sup>549</sup> por sua vez, a define como a possibilidade de aplicação da norma, “de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida, por meio de um comando, determinando um agir, uma conduta positiva ou uma omissão, e neste caso com uma força paralisante” daquela conflitante com determinada regra, daí porque terá *eficácia jurídica* a norma que, tecnicamente, tiver condições de *aplicabilidade*, podendo, então, produzir seus próprios efeitos de direito.<sup>550</sup>

E aplicabilidade, também juridicamente, vem a ser a possibilidade da norma ser aplicada ou a sua atuação em face de uma relação da vida real, com a utilização de um dispositivo legal a um fato determinado, tutelando, dessa forma, um interesse humano.<sup>551</sup> Por isso, quando esta norma efetivamente regular a realidade social nela estipulada, diz-se, como acima mencionado, que possui “eficácia social”. Daí decorre o conceito de “efetividade” da norma, que segundo Luís Roberto Barroso<sup>552</sup> significa

a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social.

Assim, com base em tais conceitos, impõem-se ao exegeta a adoção de “uma nova hermenêutica jurídica de modo a atender aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito”,<sup>553</sup> mediante a aplicação direta da Carta da República e da legislação infraconstitucional, a fim de privilegiar a posse qualificada exercida sobre

<sup>547</sup> **Decreto-lei na Constituição de 1967**, São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 1967, p.21.

<sup>548</sup> **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 4ª edição, São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 66.

<sup>549</sup> Eficácia (Direito constitucional), *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 30, 1979, p.156 e ss.

<sup>550</sup> FERRAZ, Jr. **Regras para a eficácia constitucional**, Revista da OAB, p. 26.

<sup>551</sup> Nesse sentido: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 15ª edição, Ed. Forense, RJ, 1995, pp. 07-09.

<sup>552</sup> **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar Ed., 1993, p.79.

<sup>553</sup> TORRES, Marcos Alcino de. *Op. cit.*, p. XXXIV.

o imóvel abandonado, consolidando o mais rápido possível a propriedade nas mãos daqueles que conferem utilidade à *res derelicta*.

Destarte, não podemos interpretar o direito em *tiras*, aos pedaços, na medida em que nenhuma lei vaga solta no espaço, sem apoio ou escora, porque, ou ela faz parte de um sistema, nele encontrando fundamento, ou não existe juridicamente.<sup>554</sup>

E mais, é sempre importante lembrarmos que o direito existe em função da sociedade, não o contrário, motivo pelo qual nem a intenção do legislador ou o espírito da lei vinculariam o intérprete, mas sim a obrigação de interpretar o direito como mecanismo de mutação social.

Portanto, devemos considerar que no exercício hermenêutico o intérprete sempre possuirá uma disposição prévia para compreender o texto de uma certa maneira - uma pré-compreensão - a partir de um determinado horizonte de expectativa, que influencia o ato de interpretar e seu resultado.

Todavia, como ensina Pietro Perlingieiri, é necessário impedir que “pré-opiniões entrem em jogo sem que sejam conhecidas e que impossibilitem a compreensão dos textos”,<sup>555</sup> ou mesmo que se tornem preconceitos:

a guiar a atividade do intérprete não deve ser a sua teimosa orientação subjetiva, mas, antes, o cumprimento da sua tarefa de respeitar e, com a própria ação, de realizar a legalidade constitucional.<sup>556</sup>

Ademais, na tarefa de compreensão dos textos jurídicos verificamos uma dúlice tendência: de início, o intérprete capta o sentido do texto, e, em seguida, concretiza o princípio da justiça, conexamente, valendo destacar que esta compreensão deita suas raízes em uma disposição de fundo,<sup>557</sup> ou seja, em uma *asserção axiológica*.

---

<sup>554</sup> Conforme afirma Eros Grau, “a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (*in Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, Malheiros Ed., 5ª. Ed., SP, 2009, pp. 44 e 131-132)

<sup>555</sup> **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, Ed. Renovar, 2008, RJ, trad. de Maria Cristina de Cicco, pp. 607-608.

<sup>556</sup> *Op. cit.*, p. 608.

<sup>557</sup> Diversa da pré-compreensão.

Em outras palavras, o exegeta deve atentar para o dado concreto a ser extraído da mutável e complexa realidade, de um lado, e, de outro, deve agir de modo a afirmar os valores prioritários do ordenamento.

Assim, segundo Perlingieri, feita a escolha consciente, passa-se da lei ao direito, segundo um processo lógico-axiológico, que precisa ser explícito, justamente para permitir o controle de seu percurso, à luz da coerência, da adequação, da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>558</sup>

E mais, é importante destacar que as interpretações literais, lógicas, sistemáticas não se constituem fases cronológicas e logicamente separadas, porquanto perfazem, em verdade, um *processo cognoscitivo* unitário, até porque a hermenêutica não vem a ser uma mera operação aritmética, mas sim um atuar *lógico-sistemático* e *teleológico-axiológico* voltado à concretização dos valores constitucionais.

Nesta trajetória - de concretização da Carta, diz o autor italiano com acerto, que “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do

---

<sup>558</sup> Outrossim, quanto à regra *in claris non fit interpretatio*, Perlingieri sustenta que tal brocardo deveria ser banido da prática jurídica, posto se tratar de um *prejuízo superado*, até porque o intérprete não poderia se limitar a conhecer a fórmula legislativa, mas sim identificar sua *ratio iuris*, independente da clareza ou ambigüidade da norma, já que esta “clareza” seria justamente o resultado da interpretação (*posterius*), e não seu pressuposto (*prius*). Ou seja, não seria possível se retirar do exegeta sua *sensibilidade axiológica*, lhe indicando um modo de decidir separado da regra geral de interpretação, algo que não se coaduna com o papel da magistratura e com o princípio da legalidade no vigente sistema constitucional: em tempos modernos, não mais se admite uma interpretação meramente literal por força de uma suposta clareza do texto legislativo, desconectada dos movimentos culturais e da experiência global do intérprete (*op. cit.*, pp. 613-615 e 619). Aliás, a qualidade de ser claro - do texto - é meramente relativa, eis que atrelada, como toda hermenêutica, a uma *diversidade temporal*, segundo a cultura da época de determinada comunidade, cabendo ao intérprete estabelecer em qual sentido a palavra há de ser entendida, sem esquecimento da constante *defasagem cronológica* existente entre a atividade legiferante, o conhecimento e a própria aplicação da norma. Vale esclarecer, todavia, que o debate sobre o brocardo *in claris non fit interpretatio* ganha especial destaque no direito italiano, em função do que dispõe o artigo 12 do Código Civil daquele país, sem similar em nosso ordenamento. Entretanto, os ensinamentos do mestre italiano têm imensa valia e ampla aplicabilidade para o direito pátrio, mesmo neste ponto. Assim consta do citado artigo: “**Art. 12 - Interpretazione della legge** - *Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.* Nossa tradução seria a seguinte: ao aplicar a lei não se lhe pode atribuir outro sentido que não aquele extraído do significado próprio das palavras segundo a conexão deste (significado) e da intenção do legislador. Se uma controvérsia não puder ser decidida com uma disposição específica, devem ser verificadas as disposições que regulam casos similares ou matérias análogas; se o caso permanecer ainda duvidoso, se decide segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”).

ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento, de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei”.<sup>559</sup>

Por isso, com base em uma hierarquia de fontes, a partir da prevalência das normas constitucionais (mesmo em face de regra inferior expressa em contrário), conclui o citado autor que - em um ordenamento *aberto* - “os enunciados normativos devem ser especificados em conformidade com que dispõe a tábua de valores que fundamenta o ordenamento”,<sup>560</sup> representando a interpretação sistemática e axiológica, portanto, “a superação histórica e cultural da interpretação literal”.<sup>561</sup>

Desta forma, comungamos com o pensamento de Perlingieri no sentido de que a legalidade constitucional obriga que o exegeta efetue a interpretação da norma “à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes”<sup>562</sup>, através de um controle de valor destas regras, em busca de uma razão jurídica qualificada pela harmonia e pela conformidade sistêmica no momento de sua aplicação, até porque, “se toda norma exprime sempre um princípio, este não pode deixar de ser confrontado com os princípios fundamentais. O recurso à *ratio iuris* é um problema de cotejo<sup>563</sup> do princípio, que a *ratio* representa, como de outros princípios”,<sup>564</sup> dentro de uma valoração qualitativa do ordenamento.

Em outras palavras, todas as disposições legais devem se harmonizar e adequar à normativa constitucional, e serem interpretadas com obediência à hierarquia das fontes e dos valores da Lei Maior, cabendo ao hermeneuta justamente a tarefa de garantir a prevalência desses valores relevantes em nível constitucional, quando da aplicação da norma ao caso concreto.

Assim sendo, e de acordo com a lição do citado autor, podemos asseverar que, para a escolha do caminho a ser seguido pelo intérprete no momento da solução dos conflitos, a opção deve recair sobre aquela que melhor responda “à lógica e aos valores do sistema centrado no respeito à pessoa”,<sup>565</sup> mediante uma exegese axiológica e fundada na essência do ordenamento.

Neste diapasão, portanto, e antes de tratarmos do lapso temporal próprio para a aquisição da *res derelicta*, com base na opção acima mencionada, acreditamos

---

<sup>559</sup> *Op. cit.*, p. 617.

<sup>560</sup> *Op. cit.*, p. 620.

<sup>561</sup> *Op. cit.*, p. 620.

<sup>562</sup> *Op. cit.*, p. 622.

<sup>563</sup> Ou ponderação.

<sup>564</sup> *Op. cit.*, pp. 622-623.

<sup>565</sup> *Op. cit.*, p. 626.

que a ocupação de imóvel abandonado não importará em turbação ou esbulho, nem será maculada pelos vícios de precariedade, clandestinidade ou violência, pois estaremos diante de um apossamento *justo*.

Afinal, se mesmo à própria detenção gerada pela violência a lei admite sua purgação em determinados casos, o que não se dizer em favor do ocupante de imóvel abandonado, merecedor de tratamento jurídico benéfico, até porque, se o bem foi deixado de lado pelo antigo dono (ou possuidor), sequer haverá prejuízo em seu desfavor pelo ato de apossamento.

Em outras palavras, a ocupação de um imóvel abandonado - na qualidade de bem desprovido de utilidade - submete-se a um regime diverso do apossamento (viciado) das coisas em uso, daí porque, em relação aos bens abandonados, “não há de se cogitar de esbulho, posse injusta ou ação de reintegração de posse, pois só é possível se reintegrar naquilo que se perdeu, jamais no que se deixou perder”.<sup>566</sup>

Assim sendo, no apossamento de imóvel abandonado avulta *ab initio* a juridicidade da posse por ausência de vício em seu exercício,<sup>567</sup> de modo que vale à pena indagarmos sobre as medidas previstas no ordenamento em favor daquele que ingressa na *res derelicta*, no seu duplo enfoque, quer dizer, tanto no âmbito possessório, quanto no petitório. E mais, fará diferença ser o ingresso recente ou não?

Ressalvada a hipótese de ocupação de área vazia com finalidade meramente especulativa (para posterior comercialização, após sua aquisição eventual pelo decurso do tempo), a posse de imóvel abandonado para fins de moradia, habitação, cultivo ou trabalho merece plena proteção interdital, o que inviabiliza o manejo de qualquer medida possessória ou petitória contra seu ocupante, desde o início do exercício de sua posse (qualificada), e durante todo o prazo que ela perdurar, nessas circunstâncias.

---

<sup>566</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 136. Portanto, resta indiferente nestes casos o elemento anímico (interno) do apossamento, já que “só é possuidor de boa-fé aquele que possui ignorando prejudicar o direito de outrem” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 42), pois a boa ou má-fé irá influir apenas no prazo da “prescrição aquisitiva”.

<sup>567</sup> Confira, no mesmo sentido: “Ação de reintegração de posse. Autora que abandona bem imóvel, que vem a ser legitimamente ocupado por terceiro. Inexistência de vício na aquisição originária da posse. Ocupação que se coaduna com o princípio constitucional implícito da função social da posse. (...) Recurso conhecido e desprovido” (TJRJ, Ap. Cív. 2007.001.02335, 14ª CC, rel. Des. Mauro Martins, julg. 25/04/2007).

Mesmo porque, como aduzem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“se prevalecesse a tese da qualificação da posse como injusta, em todas as hipóteses de aquisição contrárias ao desejo do proprietário, autorizar-se-ia a ele, a qualquer tempo, ajuizar ação possessória para recuperação do bem abandonado, mesmo que descumprisse deveres fundamentais perante a comunidade. Seria um prêmio em favor do titular desidioso da propriedade, e uma sanção sem qualquer plausibilidade contra quem exerce ingerência socioeconômica sobre o imóvel e faz jus ao acesso a bens fundamentais dentro de um mínimo social”<sup>568</sup>.

Outrossim, ainda respondendo a tais indagações sobre o apossamento de bem abandonado, esclarece Marcos Alcino Torres que

“o encobrimento do direito de propriedade perdura enquanto os possuidores estiverem cumprindo com a função social 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”<sup>569</sup>.

A título de exemplo, imagine-se alguém que adquire um terreno e nele começa a construir. Porém, por qualquer motivo, justificado ou não, interrompe a obra e não mais intervém em sua gleba, por período suficiente para que sua propriedade se encha de mato, sujeira, ratos, etc., o eventual ocupante desse terreno, para fins de moradia (ou trabalho), deverá receber amparo do ordenamento em decorrência do abandono real (ou de fato) do bem, na medida em que o não uso da coisa, quando sucedido pela utilização de terceiros, importará na perda da posse (e após, da propriedade), por descumprimento de imposição constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXIII, da CF.

Destarte, entendemos que a não utilização do imóvel (o que é diferente de pouco usá-lo) poderá levar à perda do domínio, se o imóvel sofrer apossamento

---

<sup>568</sup> *Op. cit.*, p. 80. Aliás, repita-se, por sua precisão, o pensamento de Antônio Menezes Cordeiro, “o abandono tem um relevo dogmático que, normalmente não lhe é atribuído. Na verdade, depois dele, o apossamento levado a cabo por um terceiro já não constitui esbulho” (*op. cit.*, p. 111).

<sup>569</sup> *Op. cit.*, p. 425.

qualificado por outrem, pela falta de atendimento da exigência de se conferir função social aos bens por parte do possuidor anterior.<sup>570</sup>

Igual raciocínio, *permissa venia*, há de ser aplicado também para as hipóteses de especulação imobiliária, como afirma Marcos Alcino Torres:

a falta de exercício da posse efetiva pelo proprietário, isto é, o exercício da posse *solo animo* (quando não for propriedade que cumpra função social individual), como por exemplo num terreno urbano que o titular mantém cercado e vez por outra livra-se do mato e de entulhos e lixos (quando faz isso) que causam insalubridade na vizinhança com infestação de mosquitos, ratos, mau cheiro, etc. Eis aí um elemento de constatação objetiva da falta de exercício da função social da propriedade, mas, além de indicativo da falta cumprimento de um mandamento legal, outro dado sobressai: o objetivo de manter o imóvel apenas para fins de investimento (capital), especulando com a terra, aguardando a instalação de equipamentos urbanos (luz, água, esgoto, ruas e outros melhoramentos à custa da receita de todos) para a desova na melhor oportunidade do mercado.<sup>571</sup>

Aliás, de um modo geral, observamos que a propriedade urbana se concentra na mão dos detentores do poder econômico, de forma desproporcional, ou seja, poucos dotados de muitos imóveis e muitos sem imóvel nenhum. Daí porque entendemos que à aplicação das normas relacionadas ao tema é preciso fazer uma escolha político-jurídica: ou continuar se adotando o pensamento oitocentista relativo à posse e ao direito de propriedade, ou reconhecer-se a necessidade da democratização de acesso à terra...

Já elegendo a segunda opção como a razoável - aquela que se situa dentro da *legalidade constitucional*, destaca-se, conforme menciona Jacques Távora, ser necessário

“compatibilizar o *subjetivo* do proprietário que goza do seu direito com o *objetivo* do exercício do seu mesmo direito, condicionado por um entorno de outros sujeitos, com outros interesses e direitos, sobre um território com outras exigências não exclusivamente privadas”.<sup>572</sup>

<sup>570</sup> “Com relação aos bens imóveis, haverá abandono se o possuidor se ausenta indefinidamente, não se utilizando deles e não deixando quem o represente. (...) Não haverá abandono, porém, se a desocupação do imóvel representa fenômeno natural de sua utilização, como, por exemplo, se se trata de casa de campo. Nessa hipótese, nada denota omissão por parte do possuidor, ou sugere haja este deixado de ser dono. Sua ausência é temporária e nada evidencia a resolução de abandonar a posse, sem embargo da falta de exercício dos respectivos poderes por lapso de tempo mais ou menos longo” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Op.cit.*, p. 84).

<sup>571</sup> *Op. cit.*, p. 310.

<sup>572</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. **A função social da cidade e da propriedade urbana como propriedade de funções**, Betânia & FERNANDES, Edésio (org.), Direito à moradia e segurança na

Por isso, o direito de propriedade, ao nascer, já se atrela à solidariedade social, como um *direito-poder*, vinculado ao cumprimento de sua função social,<sup>573</sup> tendo-se em vista que o solo urbano apresenta duas finalidades bem claras: o atendimento do bem coletivo e a satisfação das necessidades da população.<sup>574</sup> E não há quem negue a existência do conflito entre o individualismo expresso pela propriedade privada nos moldes capitalistas atuais e o solidarismo ínsito à função social dessa mesma propriedade no solo urbano.

Portanto, é preciso que se compatibilize a *autonomia privada* (dos proprietários cuja terra não cumpre sua função social) com a *solidariedade* (em prol dos despossuídos), daí porque sequer se justifica o pagamento de indenização nas desapropriações realizadas sobre a gleba que não cumpre sua função social, “único caso, talvez, em que o direito brasileiro reconhece como legal e justo o pagamento devido a, mais do que um ato, uma atitude ilícita”.<sup>575</sup>

Ou seja, o poder-serviço (da propriedade privada) precisa então ser concretizado com vistas a modificar “a vergonhosa situação em que se encontra o solo urbano distribuído”.<sup>576</sup> O tijolo constrói a casa, mas pode servir também de arma: a função social da propriedade e da posse afastam qualquer argumentação fundante da tese hegemônica de proteção eterna aos titulares do domínio privado destoantes do caráter de solidariedade que precisa permear a sociedade, até para reformá-la, pacificamente.

Destarte, merece integral proteção em face do Estado e em relação ao antigo dono aquele possuidor que ocupar o imóvel abandonado, para fins de trabalho ou moradia, juntamente com sua família, por conferir utilidade à coisa, cumprindo assim

---

posse no Estatuto da Cidade, diretrizes, instrumentos e processo de gestão. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2004, p. 53.

<sup>573</sup> Aliás, de acordo com Jacques Távora, a responsabilidade (do proprietário) neste caso seria objetiva, “seja para aferição dos efeitos jurídicos que ela desencadeia, no plano do direito material, seja para a distribuição do ônus da prova, no plano do direito processual” (*op. cit.*, p. 55).

<sup>574</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>575</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 72. Mesmo porque, “a disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não proprietárias” (TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, *op. cit.*, p. 323). E mais, no tocante ao domínio, o Código atual explicitamente “condiciona a conveniência privada ao interesse coletivo” (Diário do Senado Federal – Suplemento A – p. 0008 – publ. 15/11/97, Parecer Final n. 749 da Comissão Especial destinada a examinar o PL 634/75, que instituiu o atual Código Civil, Rel. Sen. Josaphat Marinho).

<sup>576</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 76.

a imposição constitucional no sentido de que a propriedade deverá atender a sua função social.<sup>577</sup>

De outro lado, já no tocante ao lapso temporal da posse *de outrem* necessário à aquisição do imóvel abandonado, faz-se mister lembrar que, em Roma, a “primeira manifestação da usucapião se caracterizou por uma posse prolongada durante o tempo exigido então apenas de *dois anos* para os imóveis”.<sup>578</sup>

Outrossim, no curso do tempo surgiram diversos prazos para fins de usucapião, e, como já afirmava José Frederico Marques, em 1971,

“no Brasil de hoje, a usucapião vintenária, ou a de dez anos, não passa de instituto estéril, sem aplicação e até mesmo ridículo, porquanto leva a pensar que alguém possa ficar tanto tempo *na inciência de que um intruso lhe havia ocupado as terras e as tratava como sua*”.<sup>579</sup>

<sup>577</sup> “Assim, demonstrada a existência do exercício de atos de posse por terceiro não permite seja o bem arrecadado como vago” (Apelação nº 005496-70.208.8.26.041, julgada pela 7ª Câmara de Direito Público do TJSP, vot. unânime, relator Des. Eduardo Gouvêa, em 07/11/2011). E mais, “em verdade, parece que o legislador ao impedir no *caput* do art. 1276 do Código Civil a arrecadação pela Fazenda como bem vago de imóvel alheio que esteja na posse de alguém, está a reconhecer na ocupação uma forma de aquisição do direito e elevando a posse à condição de um direito subjetivo oponível ao direito do Estado de arrecadas bens vagos. Portanto, sem a prova cabal de que está se cumprindo a função social da propriedade e de que está se satisfazendo as obrigações fiscais, não se deve conceder liminar de manutenção ou reintegração na posse, muito menos tutela antecipada nas ações reivindicatórias” (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. cit.*, p. 344).

<sup>578</sup> “E de um ano para *caeters res*, o que compreendia os bens móveis e as mulheres, pois o *usus* também foi uma forma de matrimônio na antiga Roma” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 538).

<sup>579</sup> No bojo de seu parecer favorável à aprovação de projeto de lei de autoria do Deputado João Paulo Arruda Filho visando diminuir os lapsos vigentes à época. Assim acrescenta o citado mestre: “(Cf. SÁ PEREIRA, Direito das Coisas, 1924, vol. VIII, p. 232). Se até mesmo em épocas pretéritas *de guerras longínquas, de exílios infindos de navegação a vela, de estradas apenas carroçáveis*, os romanos mantinham a usucapião de dois anos e os povos germânicos a *recht Gewere a vraie saisine*, ou os luzitanos (*sic*) a *possessio ad usu capionem* de um ano e um dia dos costumes municipais portugueses (*sic*), - inexplicável é que ainda se encontre, no Direito brasileiro, a continuação da *praescriptio longi temporis*, que apenas serve para lastrear a prova diabólica do domínio, ou o que é pior, para fomentar lutas cruentas na defesa da terra. Em nenhum quadrante do Universo, há tanta necessidade de encurtamento temporal da *continuata possessio*, na usucapião, que no Brasil, onde a propriedade imóvel se assenta em sistema precário e pouco eficaz (*sic*) de registro público, e em que imensas glebas inexploradas revivem aquele *ager desertis* do Direito romano pós-clássico, em que o cultivo da terra, por se tornar necessário, fez operar-se parcial reparação da usucapião bial. Segundo informa FERRINI, falando do *ager desertus, por uma constituição de VALENTINIANO, TEODÓSIO e ARCÁDIO* (C. 8, Cód. 8, 59) *quem ocupa fundos deixados desertos pelo dono e os cultiva, tem direito, se o proprietário quer recuperá-los, dentro no biênio, ao ressarcimento das despesas; passado o biênio, ele se torna proprietário: si biennii carebit jure qui siluit* (Apud SÁ PEREIRA, *op. cit.*, p. 138). (...) Na Alemanha e Suíça, onde o registro fundiário propicia um quadro perfeito da propriedade territorial, não existe a usucapião de bens imóveis. Entre nós, porém, em que *as condições especiais da nossa propriedade territorial*, como acentua o professor SORIANO NETO, *jamaiz permitiriam assentássemos o nosso direito imobiliário nos moldes aperfeiçoadíssimos do sistema germânico*, a não ser que acelerássemos a *marcha evolutiva de nossas instituições de direito privado* (Publicidade Material do Registro Imobiliário, 1940, págs. 11 e 12), somente a usucapião a curto prazo criaria condições para a a garantia do domínio e formação, de futuro, de um registro imobiliário capaz (*sic*) de assegurar a tutela do *jus proprietatis*. Com o encurtamento da prescrição aquisitiva, imprimiríamos feição nova a nosso direito privado, permitindo que ulteriores medidas

Afigura-se para nós, então, uma inegável premência na redução dos lapsos temporais fixados para fins de aquisição da propriedade através da posse *ad usucapionem*, desde que, por óbvio, seja respeitado o devido processo legal.<sup>580</sup>

---

viesses a sanar, definitivamente, as imperfeições do sistema cadastral ainda vigente” (*in* Memória Legislativa do Código Civil, Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno, Vol. 2, Edilenice Passos e João Alberto de Oliveira Lima, Brasília: Senado Federal, 2012, p. 489).

<sup>580</sup> Aliás, podemos dizer que “o devido processo legal atua como a mais forte barreira protetora dos direitos do cidadão contra a usurpação do poder público, garantidor do direito à vida, à liberdade, à propriedade, em sentido amplo, protegendo o indivíduo contra arbitrariedades de quem quer que seja, nos mais variados aspectos de nossa existência. Funciona, então, como o maior corolário do Estado Democrático de Direito, pois cria uma estrutura ampla de proteção às pessoas e enseja no exegeta a noção de que sua violação importa em ofensa a um direito fundamental pertencente a toda coletividade. Pode ser usado para explicar e expandir os termos da vida, liberdade e propriedade, protegendo-os contra a legislação opressiva ou não razoável, *para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo* (Thomas Cooley, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston: Little, Brown and Company Ed., 1931, p. 279). Outrossim, tal princípio - manto protetor de tudo o que disser respeito à tutela do trinômio vida-liberdade-propriedade (Angélica Arruda Alvim, *Princípios Constitucionais do Processo*, RP 74/20-39, p. 21), se divide em *substantive* e *procedural due process*. O aspecto processual (adjetivo) ou restrito deste princípio é formado pelo conjunto de regras responsáveis pelos *procedimentos* que levam à privação do indivíduo de seus bens e de sua liberdade, ou ainda, inclui todas as garantias constitucionais que *de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional* (Ada Pelegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 10ª ed., SP: Malheiros Ed., 1994, p. 82). De outro lado, em sua parte ampla, material ou substantiva, o princípio do devido processo legal corresponde à possibilidade do exame judicial com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade - das leis e atos administrativos em geral, que, por arbitrários, contrariem o interesse popular. Aliás, a origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Já em 1798, no caso *Calder v. Bull*, antes, portanto, do famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), que marcou o início da doutrina do *judicial review*, a Suprema Corte, pelo voto de Chase, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo Poder Judiciário. Ou seja, quando a lei ou o ato administrativo carecer de uma justificação racional, por não fundar-se em uma real necessidade coletiva, os tribunais poderão retirar-lhes a eficácia, sob pena de violar-se a lei da terra. Destarte, a parcela substantiva do *due process of law* impede o abuso do poder governamental, em todas as suas exteriorizações, de modo a *repelir os males da irrazoabilidade e da irracionalidade, ou seja, do destempero das instituições governativas, de que não está livre a atividade de criação ou concreção das regras jurídicas nas gigantescas burocracias contemporâneas* (Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2ª ed., RJ, Ed. Forense, 1989, p. 160). Portanto, o Pretório Excelso já assentou o entendimento de que *a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal* (Pleno do STF, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1063/DF, da relatoria do Min. Celso de Mello, acórdão publicado no DJU

Até porque, as hodiernas exigências sociais face ao volume de pessoas na urbe sem teto ou residindo em ambientes inóspitos, ao lado da necessidade de se conferir estabilidade e segurança jurídica ao apossamento qualificado com sua posterior titulação dominial indicam a urgência na diminuição dos referidos lapsos.

No mesmo sentido, vale destacar as palavras de Miguel Reale, em Conferência realizada no Instituto dos Advogados do Distrito Federal<sup>581</sup> sobre o assunto, em agosto de 1972:

“A redução dos prazos de usucapião atende, sem dúvida, a uma exigência social, mas, por isso mesmo os critérios de sua efetivação devem estar ligados a fatores de ordem produtiva. Daí a idéia que tive de inserir no Código o conceito de *posse-trabalho*, expressão que empreguei, pela primeira vez, ao analisar o projeto de decreto-lei sobre terras devolutas, do Estado de São Paulo, em 1943, quando membro do seu Conselho Administrativo. *Posse-trabalho* é a posse socialmente qualificada, isto é, a posse que, além do exercício de fato de uma das faculdades inerentes à propriedade, consubstancia uma efetiva utilização da coisa para fins sociais, de moradia, ou educação ou produção econômica. É a construção de uma casa, ainda que modesta, para que nela habite o possuidor com sua família; é uma roça, um serviço de irrigação, uma fábrica, uma escola, uma forma qualquer de *investimento social* que dá nascimento à *posse-trabalho*, marcando a passagem da compreensão individualista para a concepção social da propriedade. Quando, pois, a posse se une ao trabalho, quando é mais do que a simples exteriorização abstrata de um direito, para ser a concretização viva de uma projeção humana, compreende-se e legitima-se a redução do prazo de usucapião a limites mínimos”.<sup>582</sup>

Ora, como se vê, mesmo na década de setenta, quando da elaboração do Projeto do atual Código Civil, já se discutia no Congresso quanto à diminuição do citado prazo de vinte para cinco anos em relação à sua modalidade extraordinária, e de dez para dois anos em relação à ordinária.

Em parecer favorável à apontada redução, datado de 06 de abril de 1971, Washington de Barros Monteiro defendia iniciativa legisferante neste sentido,

---

de 27/04/01, p. 057). Concluindo, pode-se afirmar, em síntese, que o princípio do devido processo legal se traduz por uma ampla garantia ao cidadão, positivada, de direito natural, consistente em receber um julgamento inspirado por princípios de justiça – substancial e não apenas formal, com o que se assegura a todos o direito à ordem jurídica justa” (BITTENCOURT, Marcelo M. R. Princípios e garantias constitucionais do indivíduo no processo penal, RJ, ed. Espaço Jurídico, no prelo, *op. cit.*, pp. 46-49).

<sup>581</sup> Então presidido por Ricardo Pereira Lira.

<sup>582</sup> A Conferência teve o intuito de expor as linhas do Anteprojeto de Codificação do Direito Privado, então entregue ao Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, após 03 anos de pesquisas e estudos iniciados em 1969, *in* Revista de Informação Legislativa, julho-setembro de 1972, p. 18.

formulada pelo então Deputado João Paulo Arruda Filho, pois, “numa época de aceleração do direito, não se compreende permaneçamos amarrados a lapsos excessivos, desproporcionados com o tempo em que vivemos, como os dos artigos 550 e 551 do Código Civil”.<sup>583</sup>

Todavia a opção legislativa à época acabou sendo *tímida*, fixando-se em 15 anos o lapso da usucapião extraordinária e em 10 anos a ordinária,<sup>584</sup> apesar das vozes doutrinárias e parlamentares em contrário.<sup>585</sup>

---

<sup>583</sup> Seguem trechos do o citado parecer: “Eis que a grande virtude do usucapião, cujo reconhecimento, (...) põe fim ao estado de incerteza e insegurança das relações e decorrente daquele contraste formado entre o direito e o fato. Por essa razão, creio que, *a priori*, deva merecer beneplácito a orientação legislativa que atualize o instituto jurídico em questão, permitindo que este desenvolva toda a utilidade e proveito, de que é capaz, em menor espaço de tempo. Um dos modos pelos quais, sem dúvida, se o atualizaria, atribuindo-se-lhe renovado vigor, seria, precisamente, o resultante do encurtamento dos prazos respectivos, fixados atualmente pelos artigos 550 e 551 do Código Civil. Esse encurtamento vem processando-se com regularidade ao longo da história do nosso direito. De fato, prazos mui extensos contrastam com o princípio fundamental do usucapião – filho do tempo e da paz. Assim, no direito pré-codificado, no que tange ao usucapião extraordinário – de resto, então, matéria bastante confusa a respectiva consumação só se verificava ao cabo de quarenta anos. Pelo Código Civil, todavia, em sua redação primitiva, tal prazo se fixou em trinta anos, que a Lei n. 2.437, de 07 de março de 1955, entrada em vigor a 1º de janeiro de 1956, baixou para vinte anos. Se o Congresso Nacional acolher agora a nova redução, proposta pelo Deputado JOÃO PAULO ARRUDA FILHO, terá acompanhado aquela orientação, que tem sido verdadeira constante, seguidamente observada, no direito positivo brasileiro. Demais disso, não se justificam, nos tempos atuais, de real aceleração, os longos prazos prescristivos presentemente consagrados pelos artigos 550 e 551 do Código Civil. Nestes últimos anos, o progresso material do País foi verdadeiramente excepcional, tendo atingido índices, que o situam num dos primeiros lugares na escalada do desenvolvimento e da prosperidade. A rapidez dos meios de transporte encurtou as distâncias. O proprietário já não encontra maiores dificuldades para pôr-se em direto contacto com o que lhe pertença. Por sua vez, aperfeiçoou-se o direito. Novas técnicas acrescentaram-se às anteriores. De seu lado, a Justiça mostra-se cada vez mais acessível, de sorte que apta se acha a intervir prontamente, tão logo requeira o interessado. Essas condições econômicas dos tempos atuais demonstram exagero dos prazos prescristivos, contemplados na lei em vigor, deixando evidenciada a suficiência do *temporis praescriptio*, ora proposto pelo Deputado ARRUDA FILHO. De feito, com medíocre diligência, o proprietário poderá presentemente inteirar-se da usurpação porventura sofrida e promover cabalmente a defesa de seus direitos. Se mais de cinco anos deixa ele passar, não há razão plausível para que se queixe da usurpação, com que foi prejudicado. Por que, então, conceder-se-lhe o dilatado prazo de vinte anos, como está no artigo 550, ou mesmo dez ou quinze, como prevê o artigo 551? Tais artigos envelheceram. Hoje, constituem eles manifesto exagero. Urge, pois, sejam postos em conformidade com as exigências do nosso tempo. (...) O encurtamento induzirá o proprietário a mostrar-se mais zeloso na guarda do é seu. O tempo atualmente marcado pelo artigo 550 e 551 é muito longo, desde que se tenham em contas as presentes condições de consórcio civil, a rapidez dos meios de comunicação, a facilidade e multiplicidade, cada vez mais acentuada, do tráfico e das trocas. De resto, durante apreciável espaço de tempo (cinco e dois anos), o prescristente teve razões para haver como sua a coisa usucapienda. Tranquilamente, percebeu-lhe os frutos, dela usou e gozou. Não seria justo despojá-lo dessa posição para restituir a mesma coisa ao antigo proprietário, que, com sua passividade, deixou claramente evidenciado dela não carecer ou necessitar” (*in* Memória Legislativa do Código Civil, *op. cit.*, pp. 482-483).

<sup>584</sup> Atuais artigos 1238 e 1242 do CC, respectivamente.

<sup>585</sup> Iniciativa do Deputado João Paulo Arruda Filho, através de projeto de lei, que tentava modificar a redação original do PL 634/75 (então art. 1278), atual artigo 1238, antes mesmo do Projeto ter passado pelo Senado Federal, em sintonia com a emenda 649 formulada pelo finado Deputado Tancredo Neves, no mesmo sentido e também rejeitada.

Diga-se de passagem, no curso do extenso debate legislativo do Projeto de Lei 634/75<sup>586</sup> enviado em 10 de junho de 1975 pelo então Presidente Ernesto Geisel ao Congresso Nacional, a Carta da República foi promulgada em 1988, estabelecendo o prazo quinquenal para a usucapião *pro moradia e pro labore*<sup>587</sup>.

Ademais, quase treze anos depois, entrou em vigor a lei 12.424/11, em 16 de junho de 2011, introduzindo o artigo 1.240-A ao Código Civil, criando a figura da usucapião *familiar* ou *conjugal*, ao estabelecer que

“aquele que exercer, por *dois anos* ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

Ou seja, o citado prazo bienal relacionado à hipótese de *abandono* do lar, como acima descrito, demonstra, sem sombra de dúvidas, quanto à razoabilidade e adequação social da necessária redução dos lapsos exigidos para fins de usucapião de bens imóveis.<sup>588</sup>

Já no que se refere à origem legislativa do citado artigo 1276 do CC, que também versa sobre imóveis abandonados, como antes mencionado, verificamos que de 1975 até 2002 ocorreram algumas mudanças introduzidas pelo Congresso Nacional, antes da adoção de seu texto final.

---

<sup>586</sup> Após sofrer emendas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (PLC118/84), o PL 634 retornou à Câmara para votação em 2º turno (1988), ensejando a Lei 10.406/2002 (Novo Código Civil).

<sup>587</sup> Artigos 183 e 191 da CF.

<sup>588</sup> Aliás, a título de comentário sobre o novo dispositivo legal, acreditamos que o lapso bienal respectivo começa a correr a partir da efetiva separação de fato do casal ou da concessão de medida liminar pleiteada em demanda de separação de corpos, pois “não corre a prescrição entre cônjuges na constância da sociedade conjugal” (art. 197, I, do CC). Outrossim, o citado *abandono* precisa corresponder a uma total ausência da prática de atos possessórios, diversamente da ocorrência de atos de mera tolerância (como permitir que o cônjuge fique no imóvel com os filhos, até para pôr fim às brigas conjugais). Ainda, não haveria derrelição na hipótese do consorte propor a partilha do bem, postular o arbitramento (recebimento) de um aluguel por sua parte no imóvel ou mesmo nos casos de afastamento do lar em decorrência do deferimento de medida protetiva fundada na Lei Maria da Penha. Ademais, registre-se que a menção legal à *posse direta* vedaria a usucapião de imóvel comum alugado e que se o bem for exclusivo - em decorrência do regime da separação convencional ou porque adquirido antes da união do casal - também a incidência de tal dispositivo legal restaria excluída. Entrementes, a nosso sentir, a lei nova - mais que visando punir o consorte desidioso - objetivou privilegiar e reconhecer a importância da função social da posse, indicando, assim, que toda e qualquer família também merece receber idêntico título de domínio quanto ao bem ocupado, em circunstâncias similares.

Em sua primeira redação (1975) o lapso era de cinco anos para que o imóvel urbano vago e arrecadado passasse à propriedade do Estado, e de dez em relação aos imóveis rústicos (rurais) abandonados,<sup>589</sup> cuja diferença de prazo foi posteriormente igualada pela Câmara dos Deputados, em cinco anos. Em seguida, após receber emenda no Senado, restou consolidada a redução para 03 anos tanto para os imóveis urbanos, quanto para as áreas rurais, nos moldes do texto promulgado e atualmente em vigor.<sup>590</sup>

Aliás, assim constava da justificativa à Emenda 132 do Senado Federal responsável pela mencionada redução para o prazo trienal:

“nesse particular, a emenda encurta o prazo de incorporação do bem vago ao patrimônio dos órgãos públicos territoriais, militando em favor da política habitacional urbana e da reforma agrária, constitucionalmente previstas (CF, arts. 182/183 e 184/191). À vista do incremento numérico dos chamados *sem teto* e *sem terra*, fenômeno inquestionável nos dias atuais, a exigir, nessa área, uma atuação crescente e eficaz da União e dos Municípios, temos como merecedora de acolhimento a emenda que aliás não nos parece padecer de qualquer vício formal. Pela aprovação”.<sup>591</sup>

Destarte, ao lado da apontada necessidade da redução dos prazos de usucapião - entendimento que em nada afronta o direito de propriedade, na medida

<sup>589</sup> Pelo revogado artigo 589 do CC de 1916, após arrecadado o bem vago, se localizado em zona urbana, este passava ao domínio do Estado 10 anos depois, e, se rural, após 03 anos da arrecadação...

<sup>590</sup> No PL 634/1975 constava: **Art. 1.311.** O imóvel urbano 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, cinco anos depois, à propriedade do Município, ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. O imóvel rústico abandonado, nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado como bem vago, e passar, dez anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize; após Emendas na Câmara dos Deputados: **Art. 1276.** O imóvel urbano 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, cinco anos depois, à propriedade do Município, ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. O imóvel, situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado como bem vago, e passar, cinco anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize; após emendas no Senado (PLC 118/84): **Art. 1276.** O imóvel urbano 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, três anos depois, à propriedade do Município, ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. § 1º. O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize; após, em segundo turno na Câmara (PL 634-C/75 - 1998) passou a corresponder ao artigo 1275, porém, sem qualquer alteração de conteúdo, retornado a corresponder ao o artigo 1276 no texto final promulgado - Lei 10.406/2002 (*in* Memória Legislativa do Código Civil, vol. 01, pp. 383-384).

<sup>591</sup> Parecer final do Deputado Ricardo Fiuza, *in* Memória Legislativa do Código Civil, *op. cit.*, vol. 03, p. 379.

em que o domínio que cumpre sua função social continua plenamente protegido em nosso sistema jurídico, temos de reconhecer também que, em relação aos imóveis abandonados, não se justifica a existência no ordenamento de soluções diversas para o tratamento de situações jurídicas semelhantes.

Portanto, diante da redação do artigo 1276 do CC, propomos, analogicamente, que seja aplicado ao particular idêntico tratamento conferido ao Estado, de modo que o imóvel abandonado que se mantiver na *posse de outrem* pelo prazo ininterrupto de 03 anos também *passa à propriedade* do respectivo possuidor, tal qual ocorre com bens idênticos arrecadados pela Administração, como instrumento direto à concretização da dignidade humana e mecanismo de consolidação do domínio, assegurando assim moradia e trabalho aos menos favorecidos.

Afinal, primeiramente, destaca-se que a analogia importa em um “recurso técnico que consiste em se aplicar a uma hipótese não-prevista pelo legislador a solução por ele apresentada para uma outra hipótese fundamentalmente semelhante à não-prevista”.<sup>592-593</sup> Ainda, em seguida, a especial circunstância do apossamento ocorrer em imóvel *abandonado* - o que por si só já estabelece uma distinção em relação às hipóteses corriqueiras de usucapião estabelecidas no restante da legislação - ampara a aplicação do artigo 1276 também em benefício do possuidor, e

---

<sup>592</sup> NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, ed. Forense, 2008, RJ, p. 519.

<sup>593</sup> Aliás, como explica Carlos Maximiliano, a analogia encontra fundamento “no princípio da verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes; neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito”. Ainda, para o citado mestre, “a respeito da analogia duas possibilidades merecem registro: ou falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante (analogia *legis*); ou não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto; encontra-se o juiz em face de instituto inteiramente novo, sem similar conhecido; é força, não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro (analogia *juris*). A primeira hipótese é mais comum e mais fácil de resolver; apenas se trata de *espécie* não prevista, inesperada controvérsia acerca de instituto já disciplinado pelo legislador; argumenta-se com a solução aplicável a *um fato semelhante*. É o caso da segunda quando não existe regra explícita, nem caso análogo; reconstrói-se a norma pela combinação de muitas outras, que constituem visível aplicação de um princípio geral, embora ao expresso; elabora-se preceito completamente novo, ou um instituto inteiro, segundo os princípios de todo o sistema em vigor. A analogia *legis* apóia-se em uma regra existente, aplicável à *hipótese* semelhante na essência; a *analogia juris* lança mão do conjunto de normas disciplinadoras de um *instituto* que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar; a primeira encontra reservas de soluções nos próprios repositórios de preceitos legais; a segunda, nos *princípios gerais de Direito*”. E por fim, arremata o mencionado autor, que a analogia “pressupõe: 1º) uma hipótese não *prevista*, senão se trataria apenas de *interpretação extensiva*; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo” (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Forense, 15º ed., RJ, 1995, pp. 210-212).

não somente em favor do Estado, de modo a construir uma sociedade mais justa e solidária.

Tal entendimento, se acatado, atenderia inclusive à mencionada exigência de redução do prazo de aquisição da propriedade pelo decurso do tempo, com base na posse qualificada, de inegável utilidade social e decorrente do uso efetivo do imóvel, bem como poderia alterar *in concreto* a realidade de diversas famílias em todo o território brasileiro, não podendo ser considerado um prêmio à má-fé e muito menos um ilícito civil, porquanto a ocupação da coisa abandonada não se estabelece através de uma posse viciada, pois se opera *nec clam, nec vic e nec precario*.

Ademais, não se é possível alegar como óbice ao pensamento exposto o empecilho de que o imóvel - pelo fato do abandono - passaria diretamente a pertencer ao Estado, pois isto não se dá automaticamente. Há uma sucessão de atos-fatos necessários para que a um só tempo ocorra a perda da propriedade pelo particular e a aquisição pelo poder público. Neste sentido, veja-se a lição presente em nossa doutrina, desde Lafayette Rodrigues Pereira:

“não há lei escrita que atribua o imóvel abandonado ao Estado. No caso de dúvida ou questão entre o fisco e o particular, a decisão deve ser em favor do particular. Não há aplicação, na hipótese, do princípio em virtude do qual o Estado adquire a propriedade das coisas perdidas e dos bens dos ausentes, quando não são reclamados pelos donos ou seus herdeiros. Nestes casos, o Estado adquire a propriedade dos ditos bens ou por prescrição, ou como sucessor, em falta de herdeiros legais. Mas em relação ao imóvel abandonado nos termos ditos, o Estado não pode invocar a prescrição, porque não há prescrição momentânea, nem o direito de sucessão, porque não há sucessão em bem que não faça parte de herança alguma”.<sup>594</sup>

Ainda, se o imóvel se encontra de fato abandonado, sua ocupação ocorrerá de boa-fé diante do ônus constitucional de se conferir função social à propriedade, sendo que tal apossamento sequer causará prejuízo ao titular formal do direito de propriedade que não exerce nenhum ato de posse, já que este não mais deseja se utilizar da coisa.<sup>595</sup>

---

<sup>594</sup> *Op. cit.*, p. 139.

<sup>595</sup> Todavia, para Silvio Rodrigues, “o imóvel abandonado permanecerá como coisa de ninguém, ainda que declarado vago ou ocupado por terceiro, durante um período de três anos (...). Por conseguinte, enquanto não ocorrer o transcurso desse prazo, o prédio não fica sob a sujeição de quem quer que seja. Acho que houve, da parte do legislador, o propósito de conceder ao proprietário, durante tal intervalo, a possibilidade de se arrepender” (*op. cit.*, pp. 176-177). Diversamente, acreditamos ser eficaz tal “arrependimento” somente se o imóvel continuasse abandonado, hipótese

A qualificação desta posse de imóvel abandonado como sendo de boa-fé foi reconhecida pelo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, como se observa no julgado abaixo transcrito:

“O que sobreleva, na interpretação da norma brasileira, é a 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”.<sup>596</sup>

Outrossim, recorrendo-se aos elementos da analogia (em especial os aspectos da situação fática), mostra-se razoável deduzir que, embora não tenha sido dito pelo legislador, a posse referenciada no artigo 1276 do CC - impeditiva da arrecadação pelo poder público - deve ser havida como uma modalidade de usucapião, desde que o possuidor mantenha sua condição no mesmo prazo estabelecido pela norma para aquisição da propriedade pelo Estado, ainda que o legislador não o tenha afirmado expressamente. Tal reconhecimento, aliás, outorga segurança e estabilidade à *posse qualificada* exercida sobre o imóvel antes abandonado, premiando, desta forma, o possuidor que confere destinação social à coisa, através de moradia ou trabalho.

Assim, se de um lado ocorre a *aquisição* dos bens arrecadados tão logo transcorra o lapso legal da posse exercida pelo Estado sobre os imóveis abandonados, de outro, opera-se uma modalidade de usucapião (instituto caracterizado pela posse de coisa hábil durante o tempo previsto em lei) em favor do particular que possuir gleba abandonada, em igual prazo, *cum animus rem sibi habendi*. Neste caso, é suficiente para se obter o domínio a posse qualificada por sua função social aliada ao triênio, mais a característica do imóvel como coisa abandonada.

---

em que o abandonante poderia voltar a exercer os atos de posse em relação ao imóvel, ocupando-o novamente.

<sup>596</sup> 1º TACívSP, Ap. Cív. 1.109.230-7, 9ª Câm., rel. João Carlos Garcia, j. em 13/05/03.

Desta forma, embora não expressamente mencionado no texto legal, o artigo 1276 do CC estabelece - em verdade - tanto uma modalidade de aquisição, ao impor a transferência da coisa, após prazo certo (três anos), do patrimônio do antigo titular para o domínio do Estado, quanto também fixa parâmetros para a usucapião pelo particular que esteja na posse (qualificada) de imóvel abandonado.

Do mesmo modo que se reconheceu após longo embate doutrinário que a enumeração dos direitos reais não era só aquela prevista na lei civil, alvitando-se ao intérprete que se deparasse com algum direito que apresentasse as características dos direitos reais (eficácia *erga omnes*, direito de seqüela e publicidade formal) que este direito deveria ser identificado como real, não há nenhum obstáculo que o exegeta proceda da mesma forma em relação à modalidade aquisitiva, se, ao examinar determinada situação fática, nela encontre os requisitos básicos da usucapião, ainda que o legislador não tenha dito de modo expreso. Afinal, inegavelmente, o citado artigo fixa um prazo no qual o bem abandonado passa ao patrimônio estatal se o ente público ingressar na sua posse, através da respectiva arrecadação, como sói ocorre nos demais casos de usucapião.

E mais, diante da escolha formulada pelo legislador, só é possível ao Estado adquirir a propriedade do bem abandonado após o triênio de sua arrecadação, se tal imóvel não se encontrar “na posse de outrem”, aqui compreendida como aquela cumpridora de sua função social, de inegável relevância, tanto que se sobrepõe ao próprio interesse estatal ao privilegiar o particular que conferir utilidade à coisa para fins de trabalho ou moradia.

Em outras palavras, essa “posse de outrem” só pode ser posse *ad usucapionem*, permitindo ao particular adquirir a propriedade do bem abandonado no mesmo prazo fixado para o Estado, considerando como termo *a quo* para o início do triênio necessário ao reconhecimento da usucapião, aquele a partir do qual o possuidor utilizar o imóvel para fins de moradia ou de cultivo (posse funcionalizada).

Ou seja, diante do destaque conferido pelo legislador à “posse de outrem”, conclui-se que o bem abandonado também passará à propriedade do particular que utilizá-lo pelo período de três anos, não sendo razoável se adotar tratamento jurídico diverso para situações semelhantes, nem se exigir o cumprimento de outros requisitos ou de maior lapso temporal para fins da usucapião, justamente em razão

da importância conferida a tal posse, alçada a patamar superior ao próprio interesse estatal.<sup>597</sup>

Para tanto, pragmaticamente, sugerimos que sejam aplicadas as mesmas regras processuais ínsitas à ação de usucapião, de forma a viabilizar o reconhecimento ou declaração judicial de domínio na hipótese, como previsto nos artigos 942 e seguintes do Código Civil.<sup>598</sup>

Assim, de início o requerente exporá os fatos relativos ao apossamento, juntando os devidos documentos - em especial a planta do imóvel, fundamentando seu pleito nos argumentos acima deduzidos.

A seguir, o possuidor solicitará a citação (pessoal) dos confinantes e daquele em cujo nome o imóvel esteja registrado, bem como a citação (editálicia) dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados.

Após, deverão ser intimados os representantes da Fazenda (União, Estado e Município) para manifestarem eventual interesse na causa, sendo obrigatória a participação do Ministério Público em todos os atos do processo.

Julgado procedente o pedido, o juiz determinará a expedição de mandado de averbação para que seja feito o registro da sentença declaratória de usucapião no RGI respectivo, nos termos do artigo 167, I, 28, da Lei 6015/73.

Todavia, identificamos algumas críticas doutrinárias em relação ao citado artigo 1276 do CC, em especial quanto ao teor de seu parágrafo segundo:<sup>599</sup>

Inicialmente, contra o *caput* de tal dispositivo legal argumenta-se quanto à sua eventual *inconstitucionalidade*, pois não haveria previsão de indenização em favor do proprietário que viesse a perder o imóvel em função do abandono, situação que somente a Constituição Federal poderia supostamente autorizar.<sup>600</sup>

<sup>597</sup> Daí porque, nessa linha de raciocínio, o possuidor do art. 1276 do CC poderá também alegar como matéria de defesa sua aquisição em sede de eventual reivindicatória ajuizada pelo antigo dono, isso sem contar no inegável contrassenso de uma demanda petitória manejada por alguém que abandonou seu próprio imóvel.

<sup>598</sup> Para os imóveis abandonados ocupados pelo Estado, Marco Aurélio Bezerra de Melo indica que o procedimento para a respectiva arrecadação seria “aquele destinado às coisas vagas, previsto nos arts. 1170 a 1176 do Código de Processo Civil” (*op. cit.*, p. 178).

<sup>599</sup> “§2º - 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”.

<sup>600</sup> Vejam as assertivas de Adolfo Mamoru Nishiyama: “(...) as limitações ao direito de propriedade estão previstas na Constituição Federal (LGL\1988\3). O art. 5.º, XXII, da CF/1988 (LGL\1988\3), ao estabelecer a garantia do direito de propriedade, tornou-a cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Sendo assim, qualquer limitação à propriedade, principalmente no tocante à sua perda, deve estar de acordo com a Magna Carta (LGL\1988\3). Assim temos as limitações dos arts. 5.º, XXIII, XXIV, XXV; 182, § 4.º; 183; 184; 191; 216, § 1.º, e 243, da CF/1988 (LGL\1988\3). A perda da propriedade, sem nenhum tipo de indenização, deverá estar prevista expressamente na

Ademais, mormente quanto ao mencionado §2º, se alega que seu conteúdo violaria o devido processo legal (art. 5, LV, da CF), a regra do não confisco (art. 150, IV, da CF) e o princípio da razoabilidade, sendo inaceitável, assim, “permitir ao Estado privar o titular de sua propriedade como consequência (verdadeira sanção) do simples inadimplemento fiscal (causa)”,<sup>601</sup> por suposta ausência de justificativa entre causa e efeito.<sup>602-603</sup>

---

Magna Carta (LGL\1988\3). A legislação infraconstitucional pode criar hipóteses de limitação à propriedade, mas sempre observando os ditames constitucionais. Se até mesmo a propriedade que não cumpre sua função social é indenizável - com títulos da dívida pública resgatáveis durante certo período -, o que dizer então do imóvel que é perdido por abandono? Com maior razão, o proprietário também deve ser indenizado nessa situação. Ressalte-se que o Código Civil (LGL\2002\400), em outras situações, prevê o pagamento de indenização ao proprietário que sofre algum tipo de limitação em seu domínio. Por exemplo, na passagem forçada, o art. 1.285, do CC/2002 (LGL\2002\400) prescreve que *o dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário*. A passagem de cabos e tubulações (art. 1.286, do CC/2002 (LGL\2002\400)) também é uma limitação à propriedade mediante pagamento de indenização. Verifica-se que a regra na limitação da propriedade é o pagamento de indenização. No caso do abandono do imóvel (art. 1.276, do CC/2002 (LGL\2002\400)), não há previsão de nenhuma indenização ao proprietário de imóvel urbano ou rural, o que torna o dispositivo inconstitucional” (**in A inconstitucionalidade do art. 1276 do novo CC e a garantia do direito de propriedade**, RDPPRIV, vol. 18, abril de 2004, pp. 05-06).

<sup>601</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **O calvário do §2º do art. 1.276 do Código Civil: vida e morte de um malfadado dispositivo legal a partir de uma interpretação constitucional**, RTDC, ano 08, vol. 30, abril a junho de 2007, p. 21. Vide também CALCINI, Fábio Pallaretti. A perda da propriedade imóvel por débitos fiscais no Novo Código Civil – Inconstitucionalidade, Revista de Direito Público, Editora Síntese, abr/jun de 2004, v. 04, p. 78. Lembra-se, também, que o artigo 13 da Lei 10.257/01 estabelece que “a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis”.

<sup>602</sup> E ainda, “causa estranheza a lei estabelecer uma presunção absoluta da intenção do proprietário de não mais conservar o imóvel em seu patrimônio pelo simples fato de *deixar de satisfazer os ônus fiscais*, sem que seja observado o devido processo legal e, conseqüentemente, o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Conforme disposição constitucional expressa, o indivíduo só poderá ser privado de seus bens com a observância do devido processo legal” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Op. cit.*, p. 06).

<sup>603</sup> Contra: “evidencia-se claramente que a legislação civil que trata da possibilidade de abandono da coisa imóvel está em perfeita consonância com a Constituição Federal e com a visão do Capitalismo Humanista. Face ao Estado Democrático de Direito vigente não se pode admitir o exercício de forma absoluta e irrestrita do direito de propriedade particular, sem atenção ao preceito da função social, sendo certo que é esta que confere a proteção constitucional a este direito. A perda da propriedade pelo abandono, nos termos do art. 1.276 do Código Civil só se dará ante a perfeita atenção ao processo judicial em que se irá conferir ao proprietário o direito de provar que não houve de sua parte a intenção de abandonar, consignando-se que a inclusão do bem no quadro do patrimônio público haverá de ser precedida pela vacância do bem e posterior decurso de tempo (03 anos). O decurso de tempo, segundo o § 2º do art. 1.276, pode ser dispensado na hipótese de ter o proprietário deixado de satisfazer os ônus fiscais atinentes ao bem abandonado, sem que, contudo, se possa afastar o procedimento judicial cabível. Nesta última hipótese não há que se falar em confisco ou em utilização de ausência de pagamento de tributos como forma de arrecadação de patrimônio, vez que o não pagamento por si só não é requisito suficiente para gerar a perda da propriedade em razão do abandono. O bem só passará ao Poder Público caso não exista quem esteja exercendo a posse sobre ele e se houver a desídia no dever de satisfação com suas responsabilidades fiscais. Por não se tratar de uma hipótese de desapropriação não há que se falar em indenização prévia, justa e em dinheiro. Por características, é possível mesmo se afirmar que a idéia descrita na lei está mais relacionada à usucapião (não que seja uma hipótese deste instituto), na qual o decurso de tempo

Ora, muito pelo contrário, nosso entendimento é firme no sentido da constitucionalidade do *caput* do artigo 1276 do CC, na medida em que desde o Código Beviláqua de 1916, no início do século passado, já havia previsão legal para a arrecadação de bens abandonados pelo Estado, sem menção a qualquer *indenização*, valendo destacar que o revogado artigo 589 continuou hígido até o advento do novo Código, em 2002, porquanto recepcionado pela Constituição de 1988.

Importante também destacar quanto à inexistência de decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, sendo certo que a própria Carta da República trata de matéria relativa à usucapião,<sup>604</sup> instituto que também não prevê como contrapartida à perda do domínio o pagamento de qualquer indenização em suas hipóteses.<sup>605</sup>

Entretanto, como já aqui afirmado, temos como inquestionável a necessidade da aplicação do *due process of law* para a obtenção do título dominial decorrente da ocupação de imóveis abandonados, oportunizando-se ao antigo proprietário a possibilidade de alegar o que for de direito, em seu interesse, como estabelece o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Da mesma forma, acreditamos que o §2º do artigo 1276 do CC precisa receber uma interpretação conforme a Constituição,<sup>606</sup> de modo a respeitar o

sem o exercício da posse por parte do proprietário gera a aquisição da propriedade a quem a exerce. Na hipótese, contudo, não há a posse exercida por terceiro, mas apenas a ausência de posse, sendo certo que se esta existir, não é possível a caracterização do abandono. Atendendo a uma visão plana e social da propriedade não se pode admitir a existência de direito sobre um bem imóvel sem que ele atinja seus fins precípuos, buscando atender aos interesses da coletividade, sem descuidar dos preceitos capitalistas inerentes à sociedade atual, atendendo ao Capitalismo Humanista (DA CUNHA, Leandro Reinaldo e DOMINGOS, Terezinha de Oliveira, **A perda da propriedade imóvel em razão do abandono e o capitalismo humanista**, <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3523.pdf>).

<sup>604</sup> Cujos artigos 182 e 183, aliás, decorreram de uma emenda de iniciativa popular.

<sup>605</sup> Mesmo a perda da propriedade prevista no artigo 1228, §§ 4º e 5º não se trata de usucapião, pois possui natureza de verdadeira “desapropriação por interesse social” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 47) ou “judicial baseada na posse *pro labore* ou posse-trabalho” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 197), tal qual uma “intervenção judicial expropriatória” (GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 128).

<sup>606</sup> O princípio de interpretação conforme a constituição, originado e desenvolvido pela jurisprudência alemã (TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração no direito tributário**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 43, n. 35), autoriza o aplicador do direito a buscar uma interpretação - dentre várias possíveis - de uma norma infraconstitucional que seja firmemente compatível com a Carta, mesmo que fundada em um raciocínio complexo, permitindo então ao exegeta “corrigir” o texto legal, excluindo dele interpretações que violem a Lei Maior, importando, assim, em uma técnica de controle de constitucionalidade sem redução de texto da norma (BARROSO, Luís Roberto e BARCELOS, Ana Paula de. **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 3ª. Ed., 2008, SP, Ed. Renovar p. 361). Ou seja, “havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma

mandamento do artigo 150, IV, da Lei Maior, e, ainda, que o abandono há de se caracterizar em decorrência de uma situação fática conjuntural em relação ao bem dissociada de critérios presuntivos relacionados a impostos, pois, em síntese, na derrelição “o possuidor abdica de sua situação jurídica desligando-se da coisa com a intenção de se privar definitivamente de sua disponibilidade física e de não mais exercer sobre ela atos possessórios”.<sup>607</sup>

Aliás, como assevera Carlos Alberto Dabus Maluf:

é de causar espécie a possibilidade de ser considerado abandonado o imóvel cujo proprietário não venha pagando os impostos sobre ele devidos, uma vez que a inadimplência pode ter como causa, inclusive, a discussão, administrativa ou judicial, dos valores lançados, ou mesmo motivos de força maior, sendo tal possibilidade um autêntico confisco, vedado pela CF/1988, que assegura, também, o direito de propriedade maculado por essa hipótese.<sup>608</sup>

Destarte, concordamos com os Enunciados 242 e 243 do Conselho da Justiça Federal, aprovados na III Jornada de Direito Civil, ocorrida em Brasília, entre 01 e 03 de maio de 2004, sob a Coordenação-Geral do Ministro Ari Pargendler, que, respectivamente, assim dispõem:

“a aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não-cessação da posse” e

---

com a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo desta forma o preceito em vigor” (ROBERTO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª Ed., Ed. Saraiva, SP, 2006, p. 178). E mais, segundo Jorge Miranda, “a interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme a Constituição, quanto em discernir *no limite* - na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido *necessário* e o que ser torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental” (*in Manual de direito constitucional*, 2ª. ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1983, 4 t., p. 233). Já para Gilmar Ferreira Mendes, a “oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição” (*in Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 222), daí porque tal princípio “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco” (STF, Pleno, ADin 1.344-1/ES, medida liminar, rel. Min. Moreira Alves). Sempre que for possível, entre duas – há de se preferir a exegese que reconheça a validade do ato de autoridade (Carlos Maximiliano, *in* *Hermenêutica e aplicação do direito*, 15ª. Ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995, p. 307). Por fim, veja também, a respeito, no STF, o voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADin 581-2/DF, em 12/8/92 e a decisão da Rep. N. 1.417-7, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, julgada em 9/12/87.

<sup>607</sup> REsp 1003305/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma do STJ, vot. unân., j. em 18/11/2010, DJe 24/11/2010, LEXSTJ vol. 256 p. 74.

<sup>608</sup> *In Código Civil Comentado*, 6ª ed., Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva, SP, ed. Saraiva, 2008, p. 1329.

que “a presunção de que trata o § 2º do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, inc. IV, da Constituição da República”.<sup>609</sup>

Portanto, diante de todo o exposto, em função dos objetivos fundamentais almejados pelo constituinte originário no artigo 3º da Carta da República, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais, propomos, em relação à ocupação dos imóveis abandonados no decurso do tempo, que sua aquisição ocorra no prazo de três anos pelo particular, na mesma medida em que se beneficia o Poder Público.

Afinal, como aduz Marcos Alcino de Azevedo Torres:

“o uso do solo urbano, pela via da posse com função social, é instrumento adequado para atingir estes objetivos, pois visa a assegurar o direito à moradia, condição mínima para preservação da vida com dignidade, eliminando a marginalização, evitando a ocupação em locais de difícil acesso, de risco e de periferia, espaços vagos porque não há interesse por eles pelos detentores do capital por ser *mercadoria* de pequeno valor”.<sup>610</sup>

Desta forma, tomando por base o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido no artigo 1º, III, da CF e mediante uma *exegese promocional* no sentido de garantir sua realização prática, sustentamos que a *posse de outrem* por três anos em imóvel abandonado, ininterrupta e para fins de moradia ou trabalho, mais do que apenas impedir a arrecadação do bem pelo Estado, ensejará a aquisição do domínio da coisa pelo possuidor, diante da aplicação analógica do art. 1276 do Código Civil.

Por derradeiro, à guisa de encerramento, vê-se que nos capítulos anteriores, abordamos diversos aspectos da teoria possessória, da função social da posse, bem como da perda da propriedade imóvel, em especial do *abandono*. Em seguida, discorreremos a respeito da usucapião, mormente quanto às suas razões e fundamentos, para, posteriormente, expormos nosso pensamento acerca da *posse funcionalizada* sobre a *res derelicta*.

Após, analisarmos a respeito da proteção possessória em face do Estado, e, por derradeiro, anunciamos entendimento no sentido da posse do artigo 1276 do

<sup>609</sup> Jornadas de Direito Civil I, III e IV - Enunciados Aprovados, Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília: CJP, 2007, p. 55.

<sup>610</sup> *Op. cit.*, p. xxxiii.

Código Civil funcionar como forma de aquisição da propriedade imóvel privada, analogicamente, tal qual se estabelece em relação à Administração Pública.

Para nós, o intérprete deve observar os comandos normativos em sua atividade hermenêutica, diante do princípio da legalidade, porém, há de respeitar os valores regentes do ordenamento, procedendo a uma filtragem das regras jurídicas e compatibilizando-as com a essência da Carta da República, para que seja priorizado

“os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto”.<sup>611</sup>

Assim, a concretização do valor justiça se aponta como a finalidade precípua dos aplicadores do Direito, sem olvidar, contudo, da segurança jurídica, dentro da legalidade constitucional, daí porque, no dizer de Larenz, o “juiz tem, de entre as várias possíveis ou pensáveis proposições jurídicas, de escolher precisamente aquela que seja fundamentalmente a justa”<sup>612</sup> e sintonizada com a realidade, uma vez que

“perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então uma frustração material de seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais (...). Afirmo que ao intérprete incumbe, sob o manto dos princípios, atualizá-lo”.<sup>613</sup>

Destarte, cabe ao intérprete atualizar os textos legais, “sob o manto dos princípios”,<sup>614</sup> evitando-se o malogro do constitucionalismo, hodiernamente “associado à falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de moldar e submeter a realidade social”.<sup>615</sup>

---

<sup>611</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**, Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, 2006, p. 9.

<sup>612</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª. Ed., 1997, Lisboa, p. 122.

<sup>613</sup> GRAU, Eros. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>614</sup> *Idem, op.cit.*, p. 58.

<sup>615</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. Interpretação e Aplicação da Constituição, *op. cit.*, p. 221. Daí porque “a atuação do juiz pode e deve se revestir de um caráter propulsor da observância dos Direitos Fundamentais, independentemente de qualquer mediação do legislador. Não se trata de forma alguma de usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, sobremaneira em nosso modelo misto de controle de constitucionalidade, mas sim de uma atuação judicial concatenada com a evolução social, de respeito e de atenção ao princípio basilar do Direito - a eterna busca de

E a realidade brasileira indica um elevado *déficit* de moradias nos grandes centros urbanos, além da existência de grandes extensões de terras improdutivas na zona rural, de modo que a ocupação (em especial pela população mais carente) de glebas e imóveis que se encontrem realmente abandonados, precisa receber integral proteção do Estado, concretizando-se, assim, a regra constitucional de que a propriedade deverá atender a sua função social.

Na medida em que não deve existir hierarquia entre os institutos da posse e da propriedade e porque o espírito da Lei Maior se destina à defesa da dignidade da pessoa humana, nos tempos atuais não é mais possível ao exegeta se valer dos cânones hermenêuticos patrimonialistas e individualistas do século passado, desconsiderando a realidade social e a tábua axiológica estabelecida pela Carta da República.

Lotes e imóveis abandonados nos centros urbanos, além de área rurais sem cultivo ou utilidade, na mesma situação, não podem ser objeto de proteção jurídica, pois “não há fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular da propriedade que não está a cumprir sua função social”.<sup>616</sup>

Em outras palavras, como aduz Ricardo Pereira Lira,

“o direito à moradia, o direito à habitação, o direito ao mínimo de abrigo, o *shelter* (no dizer dos anglos-saxônicos) é um direito fundamental já assegurado na Constituição da nossa República, mesmo antes da emenda constitucional que o explicitou, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos direitos fundamentais da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988), se podem erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, da Constituição da República)”.<sup>617</sup>

---

promoção da Justiça” (Marizélia Peglow da Rosa, *in A função social da posse no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*, [http://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/camposmarizelia\\_pelow\\_da\\_rosa-1.pdf](http://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/camposmarizelia_pelow_da_rosa-1.pdf), p. 16).

<sup>616</sup> Carta de Ribeirão Preto pela reforma Agrária e em Defesa do Meio Ambiente, Seminário “Meio Ambiente e Reforma Agrária”, 13/12/99, Ribeirão Preto, SP, 1999, *in Questões Agrárias*, Juvelino J. Strozake (org.), Editora Método, SP, 2002, p. 360. Mesmo porque, “quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo” (Gustavo Tepedino, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*, *op. cit.*, pp. 319-320).

<sup>617</sup> *In Direito à moradia, cidadania e o estatuto da cidade*, Rev. Trimestral de Direito Civil, vol. 12, out/dez de 2002, ed. Padma, p. 260.

Ou seja, o que deve ser amparado, na verdade, ao invés da propriedade sem função social, é a posse qualificada (funcionalizada) exercida pela população carente em relação a tais bens, ou a *posse de outrem* sobre o imóvel abandonado, como expressamente previsto no artigo 1276 do Código Civil.

Como se vê, portanto, interpretar importa sempre em fazer escolhas, guiadas, de um modo ou de outro, pela postura ideológica do intérprete: isso ninguém pode negar. Mesmo diante de uma norma detalhada e específica haverá sempre um espaço para o agir hermenêutico, ou seja, para eleição de um caminho dentre os existentes à solução dos casos concretos. Contudo, a escolha não pode violar a CF, já que esta é a “matriz axiológica de todo o ordenamento jurídico, de modo que a tecitura normativa é por ela alicerçada teleologicamente para o alcance do programa constitucional de promover um Estado Social e Democrático de Direito”<sup>618</sup>.

O que aqui defendemos, repita-se, é que a escolha recaia sobre a opção que dê efetividade à dignidade da pessoa humana, por sua ímpar fundamentalidade, ao invés de privilegiar outros valores ou interesses, nem sempre nobres ou democráticos.

Neste diapasão, assim sustenta Gustavo Tepedino, indicando com precisão qual a direção que deve ser tomada pelo hermenauta, em sua tarefa decisório-interpretativa:

“com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”.<sup>619</sup>

Daí porque, conforme Ricardo Aronne,

“perceber a interpretação que mais eficácia dê aos direitos fundamentais, bem como à toda principiologia do ordenamento, é um dos papéis da hermenêutica contemporânea, lastreada pelos princípios

<sup>618</sup> ARONNE, Ricardo. **Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza, O Novo Código Civil e a Constituição**, Ingo Wolfgang Sarlet – org., livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2003, p. 240.

<sup>619</sup> *In* Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, *op. cit.*, p.13.

objetivadores, em especial os princípios da unidade, hierarquização axiológica, concordância prática e otimização”.<sup>620</sup>

Diante de tais considerações, o possuidor de imóvel abandonado que com sua família conferir utilidade ao bem de raiz deve merecer pleno reconhecimento do ordenamento, não somente em seu aspecto interdital, mas também com vistas à rápida aquisição do domínio da coisa pela efetiva posse no decurso do tempo indicado pelo legislador.

Em outras palavras, como assevera Marcos Alcino de Azevedo Torres,

“a posse com função social permite o atendimento aos princípios fundantes do sistema, conferindo dignidade ao trabalhador do campo, com a consciência de sustento próprio e de outros através de produção, e ao morador na cidade, eliminando as habitações indignas e humilhantes. Através da posse com função social é possível erradicar a pobreza e eliminar as desigualdades sociais”.<sup>621</sup>

Desta forma, a especial proteção conferida pelo legislador à posse exercida sobre o imóvel abandonado, inclusive em relação ao Estado, demonstra a relevância deste instituto, de modo que nada mais razoável e justo que o possuidor adquira a propriedade nos mesmos moldes conferidos ao ente público pelo art. 1276 do CC.

O princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas impõe a necessidade da consolidação do domínio - o mais breve possível - nas mãos daqueles que vierem a conferir utilidade ao bem, respeitando-se, assim, a imposição prevista no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República.<sup>622</sup>

Ademais, o entendimento ora proposto não oferece mácula à propriedade que atender sua função social, pois, *in casu*, tratamos aqui apenas do imóvel inequivocamente abandonado por seu titular, ou seja, do bem sem qualquer *utilidade* ou *destinação social*.

Em outras palavras, a propriedade que cumpre a sua função social continua intangível, mas o bem efetivamente *abandonado*, sem uso, inútil, diversamente, se

<sup>620</sup> ARONNE, Ricardo. *Op. cit.*, p. 245

<sup>621</sup> *Op. cit.*, 348.

<sup>622</sup> “A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela - independentemente se formal ou informal - o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurado a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias independentemente de idade, *status* econômico, grupo ou outra afiliação e *status*” (OSÓRIO, Leticia Marques. **Direito à moradia adequada na América Latina**, in *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*, BH, Ed. Fórum, 2006, p. 35).

sujeitará à ocupação de terceiros, cuja iniciativa merece integral proteção do ordenamento, mormente em relação aos antigos proprietários.<sup>623</sup>

Assim sendo, considerando a necessidade de redução dos atuais lapsos referentes à aquisição dos domínios fulcrados na posse qualificada (*pro-labore* ou *pro-moradia*), bem como porque “os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico”,<sup>624</sup> sustentamos que o particular também adquirirá a propriedade do imóvel (antes abandonado) que ocupar, pelo prazo ininterrupto de 03 anos, tal qual se confere ao Estado.

Destarte, mediante o uso da analogia,<sup>625</sup> diante da especial característica de eventual abandono sobre determinado bem de raiz, sustentamos que a propriedade do imóvel passe à titularidade do particular em 03 anos, como ocorre em relação à Administração Pública.

Portanto, na medida em que o exegeta precisa apresentar soluções referentes à aplicação da composição normativa em relação ao presente vivenciado pela sociedade, serve a mencionada proposta então como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia.

Afinal, se “a apropriação e utilização dos bens encontra sua legitimidade no uso que os torna produtivos”<sup>626</sup> e porquanto a função social da propriedade é a própria posse como fato socialmente relevante exercido sobre o bem, nada mais justo que o domínio seja convolado em benefício do ocupante de imóvel abandonado, no mesmo triênio legal, unificando posse e propriedade em um só titular.

A posse exercida sobre imóvel abandonado, espelho da moradia e do trabalho, haverá então de prevalecer em relação ao domínio desfuncionalizado do antigo proprietário, porque, sem dúvida,

“a Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o

---

<sup>623</sup> Como bem observa Marcos Alcino de Azevedo Torres, “na maioria dos litígios pode-se observar que a disputa se dá entre proprietários que tinham suas áreas ocupadas, de regra, porque estavam abandonadas, portanto, sem função social, mas que logra provar de imediato sua propriedade, bem como o pagamento dos tributos relativos à coisa e de outro lado meros ocupantes (ou possuidores, conforme o tempo e as características da posse) que dão destinação à coisa, com moradia, ou com esta e com o cultivo” (*op. cit.*, p. 349).

<sup>624</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>625</sup> *Legis*.

<sup>626</sup> VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil**, ed. Forense, RJ, 2004, p. 47.

sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para sua proteção (...) Opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento”.<sup>627</sup>

Dessa forma, concluindo, a leitura do texto do artigo 1276 do CC precisa ser feita à luz da Constituição,<sup>628</sup> a partir da concepção de que o direito necessita funcionar como instrumento de modificação da realidade, de modo que a adoção prática do presente entendimento - ao assegurar moradia e trabalho aos ocupantes de imóvel abandonado, velando pela dignidade da pessoa humana,<sup>629</sup> mas sem violar o instituto da propriedade que cumpre sua função social - permitirá a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária, como previsto nos artigos 1º, III, e 3º, I e III, da Carta da República.<sup>630</sup>

<sup>627</sup> FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, RTDC, n° 4, 2000, p. 44.

<sup>628</sup> “Não é a Constituição que deve ser lida à luz do Código Civil, e sim o Código que deve ser aplicado sob a regra constitucional, ficando sem proteção possessória a propriedade imobiliária” descumpridora de sua função social (FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**, ed. Renovar, SP, 2008, p. 58). Ou, em outras palavras, “a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de *despatrimonialização* do direito privado (...) A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil de 1916, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura” (TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**, *op. cit.*, p. 313 e 321).

<sup>629</sup> Servindo, portanto, de referência à “correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutele a idéia de existência digna no caso concreto” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**, ed. Saraiva, 2010, RJ, pp. 144-145).

<sup>630</sup> Como anuncia Juarez Freitas, “o jurista, sob pena de omissão e cumplicidade farisaica, deve captar a mensagem para o seu tempo, não lhe cabendo acastelar-se em elocubrações vãs, na ânsia de interpretar fossilizados textos legais, em função de suas vírgulas ou reticências. Não pode limitar-se a uma postura estática na defesa de uma ordem senil, que não assimila o impacto das exigências sociais. Ao contrário, o jurista tem de colocar seu pensamento e sua cultura a serviço de uma missão evangelizadora no objetivo de desfazer a rede de peias arquitetadas pelo egoísmo em sua voracidade autofágica de lucro. Sem inovação e rejuvenescimento, todo o conservadorismo é misoteísta, ao enredar-se no passado. O jurista tem de compreender que, do mesmo modo que o reino dos bacharéis está sendo desconstituído, também o será o reino dos economistas. Deve abandonar, pois, todo o medo de utopias concretas e colocar-se despojadamente a serviço do povo” (*in As grandes linhas da filosofia de direito*, 3ª ed., ed. Caxias do Sul, EDUCS, 1993, p. 119).

Por fim, quanto à árdua tarefa de interpretar o Direito e aplicá-lo aos casos concretos, ao encerrar este trabalho, não poderia deixar de citar Ludwig Wittgenstein,<sup>631</sup> que com muita propriedade assim escreveu no século passado:

“demora extraordinariamente muito até que algo fique claro para mim. – Isso é verdadeiro nos mais diversos domínios. Por exemplo, minha relação com as pessoas torna-se clara para mim apenas após longo tempo. É como se fosse preciso um tempo colossal para que a densa neblina se disperse e o próprio objeto se torne visível. Durante esse tempo, entretanto, não chego a ter total e clara consciência de minha falta de clareza. E de uma só vez vejo então como a coisa realmente é ou era. Por isso sou sempre inútil nas situações que requerem decisões razoavelmente urgentes. Fico, por assim dizer, cego por algum tempo e só então consigo ver com clareza”...

---

<sup>631</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Movimentos de Pensamento – Diários de 1930-32/1936-37**, trad. de Edgar da Rocha Marques, Ed. Martins Fontes, SP, 2007, pp. 31-32.

## CONCLUSÃO

Em razão da pesquisa realizada e de tudo que foi verificado no decorrer desta tese, após a análise das questões relacionadas ao tema investigado, pode-se concluir o seguinte:

1 - que, nos tempos modernos, a usucapião é uma modalidade aquisitiva decorrente da associação entre a posse *ad usucapionem* e o decurso de um prazo indicado pelo legislador;

2 - que a usucapião não se dá apenas quando o legislador faz expressamente referência a ela, mas também quando se está diante de uma hipótese fática que associe posse qualificada (funcionalizada pela moradia ou pelo cultivo), tempo e coisa hábil;

3 - que a aquisição operada em favor do Poder Público de imóvel abandonado associa posse do Estado por três anos e coisa hábil, de modo que não é suficiente para a perda da propriedade pelo particular e para a aquisição pelo Poder Público apenas estar o imóvel abandonado;

4 - que a arrecadação e a posterior aquisição não visa apenas transferir a titularidade do bem abandonado do particular para a titularidade do Poder Público;

5 - que a arrecadação de imóvel abandonado é providencia de grande relevância social e jurídica, porque o Poder Público, ao ingressar na posse do bem abandonado, deverá dar ao imóvel uma destinação socialmente útil, cumprindo assim com sua função social;

6 - que dar cumprimento à função social da propriedade deve ser compreendido como a causa justificadora do apossamento e da posterior aquisição do imóvel abandonado pelo Estado;

7 - que as hipóteses anteriores confirmam a hipótese da tese: o imóvel abandonado que se encontra na posse de outrem que não o titular ou alguém autorizado por ele, não pode ser arrecadado porque a finalidade da arrecadação - dar uma função social ao bem - já estaria sendo cumprida por aquele que está na posse, deixando assim de justificar sua arrecadação e posterior aquisição pelo Estado;

8 - se a posse de outrem impede a arrecadação é porque essa posse é uma posse qualificada por sua função social e se ela perdurar pelo tempo previsto na

regra legal deve permitir ao particular invocar sua aquisição, do mesmo modo que faria o Poder Público;

9 – que, para o Poder Público, após a arrecadação do bem abandonado, a associação entre posse e tempo, mais coisa hábil prevista no art. 1276 do CC se chama aquisição e para o particular esta mesma modalidade se chama usucapião.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *A função social da cidade e da propriedade urbana como propriedade de funções, Direito à moradia e segurança na posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processo de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2003.
- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1908.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. Posse: Estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1991. V. II. Tomo I.
- \_\_\_\_\_. Posse: introdução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1985. V. 1.
- 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*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Tomo II. V.5 e 6.
- ARAÚJO, Bárbara Almeida de. *A Posse dos Bens Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARMELIN, Donaldo. O Novo Código Civil. In: FRANCIULLI NETO; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra (Coord). *Estudos em Homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2006. p. 951-980.
- ARONNE, Ricardo, Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Propriedade e Domínio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Reais*. 5. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

ATALIBA, Geraldo, *Decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

AUTUORI, Luiz. *Regulae Iuris - Regras de Direito*. Rio de Janeiro: Tavares e Tristão ed., [19\_\_?].

ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n.11, set./nov. 2007.

AZZARITI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Ed., 1951.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 9., 1982, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: OAB, 1982.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. V.2.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Lúmen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva Ed., 1990.

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

\_\_\_\_\_. *Direitos Reais*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. Da imissão na posse e da ação possessória – Duplo significado do qualitativo especial, RT 678, ano 81, abril de 1992.

BERNARDI, Jorge Luiz. *Funções Sociais da Cidade: conceitos e instrumentos*, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/15/TDE-2006-07-06T120818Z-356/Publico/jorge.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/15/TDE-2006-07-06T120818Z-356/Publico/jorge.pdf)> .

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. V.1.

BINEBOJM, Gustavo, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, Rev. Dir. Proc. Geral, RJ, n. 59, 2005.

BITTENCOURT, Marcelo M. R., *A interpretação no Direito Tributário*, Rev. MPRJ, nº 09/1999, p. 179/195.

\_\_\_\_\_. *A Interpretação segundo o Direito Civil-Constitucional*, RJ, 2012, ed. Espaço Jurídico, 63 p.

\_\_\_\_\_. Do cabimento dos interditos possessórios no âmbito do Direito Administrativo, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, número 12, 2000, p. 133/136.

\_\_\_\_\_. *Princípios e garantias constitucionais do indivíduo no processo penal*, RJ: Espaço Jurídico, 2014. no prelo.

BOINA, Katiucia. *Como encantar a cidade: um estudo sobre a função social da cidade dentro do paradigma da distribuição das águas*. In: MOTA, Mauricio & TORRES, Marcos Alcino. *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 241-274.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. Malheiros, 2007.

BORGES, Alice Gonzales, *Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução*, Rev. Diálogo Jurídico, nº 15, jan-mar/2007, Salvador.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo, *Embargos de retenção por benfeitorias*, Ed. RT, 1999, SP, 296 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, RJ, 2008. V.1.

CAMBI, Eduardo, *Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil*, Rev. Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano V. n° 25, set-out de 2003, pp. 124-136.

CAMPOS FILHO, Cândido Malta. *Direitos Humanos e Urbanismo*, SP, Ed. Brasiliense, 1992, v. 2.

CANEPA, Carla e GARCIA, M. (coords.). *Cidades sustentáveis: a cidade e o seu estatuto*, Ed. Juarez de Oliveira, SP, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. V. 1., Coimbra, Coimbra Ed., 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª ed., 1983.

CHAMOUN, Ebert, *Instituições de Direito Romano*, 1951, Ed. Rev. Forense, 515 p.

CARVALHO, Eusébio, *Direito à propriedade – do discurso à realidade*, Rev. Síntese de Direito Civil e Processo Civil, n° 24, ANO IV, jul-ago de 2003, pp. 14-24.

CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1935.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, RJ, 2005, ed. Forense, 779 p.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Dos Elementos da Posse no Direito Comparado, Justitia*, SP, 46 (126), jul/set de 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª Ed., 2004, Ed. Saraiva, SP.

\_\_\_\_\_. *Fundamento dos Direitos Humanos*, artigo apresentado ao Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997, vide [www.iea.usp.br/artigos](http://www.iea.usp.br/artigos).

\_\_\_\_\_. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, Rev. Minist. Público, RJ, vol. 07, 1998, pp. 71-85.

CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, ed. Livraria Almedina, 3ª ed., Coimbra, 2000, 194 p.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989, pp. 93-166. Capítulo 2 – Linhas de evolução histórica do direito urbanístico.

COSTA, Dilvanir José da, *Inovações principais do Novo Código Civil*, Revista dos Tribunais, ed. RT, vol. 796, fev de 2002.

\_\_\_\_\_. Sistema de Direito Civil à luz do Novo Código, ed. Forense, RJ, 2003, 736 p.

COSTA, Heloísa S. De M. BRAGA, Tânia M. *Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental*. In: ACSELRAD, Henri (org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro; Relume Dumará. 2004.

COSTA, Judith-Martins, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, (e Gerson Luiz Carlos Branco), ed. Saraiva, SP, 2002, 226 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Forense Universitária Ed., 1992, 581 p.

DALLARI, Adilson Abreu, e Sérgio Ferraz (coord.), *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, 3ª ed., Malheiros Ed., 2009, SP.

DANIEL, Sarmento, *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*, Flávio Galdino (org.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, RJ, ed. Renovar, 2006.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago, *Programa de Direito Civil III*, Direito das coisas, 3ª edição, RJ: Editora Rio, 1984, 462 p.

DINIZ, Maria Helena, Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 27ª ed., Ed. Saraiva, SP, 2012, 674 p.

\_\_\_\_\_. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Ed., 1992, 155 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14ª edição, Ed. Atlas, SP, 2002, 727 p.

\_\_\_\_\_. *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. E. De Cocard, Successeur. Paris: Ancienne Librairie Fontémoing & Cie, Éditeurs, 1921.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo III, 9ª ed., Ed. Forense, RJ, 2008, 694 p.

FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª ed., Ed. Renovar, RJ, 2006, 326 p.

\_\_\_\_\_. *A função social da posse e da propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988, 102 p.

\_\_\_\_\_. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Ed. Renovar, 2008, SP, 345 p.

\_\_\_\_\_. A Cidade Nuclear e o Direito Periférico (reflexões sobre a propriedade urbana), RT, vol. 743: 107-110, 1996.

\_\_\_\_\_. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição, (Carlos Eduardo Pianovski), RTDC, nº 4, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direitos Reais*, 5ª ed., Ed. Lumen Juris, RJ, 2008, 698 p.

\_\_\_\_\_. O calvário do §2º do art. 1.276 do Código Civil: vida e morte de um malfadado dispositivo legal a partir de uma interpretação constitucional, RTDC, ano 08, vol. 30, abril a junho de 2007.

FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução*. In "Direito e política urbana no Brasil". Edésio Fernandes organizador. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Minidicionário da língua portuguesa*, 5ª ed., Ed. Nova Fronteira, RJ, 2001, 873 p.

FERREIRA, Pinto. *Eficácia (Direito constitucional)*. Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 30, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito constitucional*, 16ª ed., SP, Ed. Saraiva, 1987, 337 p.

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

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 16ª. edição, Ed. Lumen Juris, RJ, 2006, 1026 p.

\_\_\_\_\_. Interesse Público: Verdades e Sofismas, *in* Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo, SP, Ed. Atlas, 2010.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Ed., 1987, 337 p.

\_\_\_\_\_. Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas. RDA 202/11-17. out./dez. 1995.

FILHO, Marçal Justen, *O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais*, Rev. Negócios Públicos, ano II, nº 6.

FILHO, Vicente Greco Filho, *Processo Civil Brasileiro*, vol. 3, 14ª ed., 2000, Ed. Saraiva, SP, 260 p.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos, *Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais, Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez, *O Conteúdo dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ªed., SP, Ed. Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *As grandes linhas da filosofia di direito*, 3ª ed., ed. Caxias do Sul, EDUCS, 1993.

FULGENCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*, V. I, 9ª ed., Ed. Forense, RJ, 2000, 377 p.

\_\_\_\_\_. *Da posse e das ações possessórias*, V. II, 9ª ed., Ed. Forense, RJ, 2000, 475 p.

FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., H. Garnier, Livreiro-Editor, RJ, 1896, 774 p. (índice 114 p.).

GABARDO, Emerson e Daniel Wunder Hachem, *O suposto caráter autoritário da Supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo; uma crítica da crítica, Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*, SP, Ed. Atlas, 2011, 652 p.

GUILHERMINO, Everilda Brandão, *Propriedade Privada Funcionalizada*, ed. GZ, 2012, RJ, 151 p.

GIL, Antonio Hernandez Gil, *La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, 220 p.

\_\_\_\_\_. *La posesion*, Obras Completas, Tomo 2, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1987, 870 p.

GIORDANI, José Acir Lessa, *Curso Básico de Direito Civil - Direito das Coisas - Tomo I - Introdução e Posse*, RJ, Ed. *Lumen Juris*, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Freiras, *Notas sobre o "Direito das Coisas" no Projeto do Código Civil*, Rev. de Direito do TJRJ, nº 45, out-dez de 2000, pp. 60-73.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*. Editora Forense, 11ª ed. 1995.

\_\_\_\_\_. *Direitos Reais*, 19ª ed., RJ, 2004, ed. Forense, 496 p.

\_\_\_\_\_. *Questões de Direito Civil, Pareceres*, 2ª ed., Cingrafí Ed., Salvador, 2002.

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Da propriedade e da posse*, Edições Ática, 1952, 239 p.

GONÇALVES, Marcos F. R., *Direito da Cidade*, Ed. Renovar, RJ, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Dos vícios da posse*, 3ª ed., 2003, Ed. Juarez de Oliveira, 105 p.

GONDINHO, André Osório, *Função Social da Propriedade*, in Problemas de Direito Civil-Constitucional, Ed. Renovar, RJ, 2000, coord. Gustavo Tepedino, 397 p.

GRAU, Eros R., *Aspectos jurídicos da noção do solo criado*. RT, vol. 504, 1977.

\_\_\_\_\_. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros Ed., 5ª. Ed., SP, 2009, 327 p.

GRAMSCI, Antonio, *Escritos Políticos*, volumes 1 a 4, Lisboa: Editora Seara Nova, 1976.

GRECO, Leonardo, *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Ed. Forense, RJ, 2010, 579 p.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, *Direito Civil*, 2007, Elsevier Ed., RJ, 256 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 10ª ed., SP: Malheiros Ed., 1994.

GUSMÃO, Paulo Dourado de, *Introdução à Ciência do Direito*, p. 136.

HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*. Madri, Centro de *Estudios Constitucionales*, 1983.

HERNANDEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

IHERING, Rudolf Von, *La Posesión*, trad. por Adolfo Posada, 2ª ed., Madri, Ed. Reus, 1926, 646 p.

\_\_\_\_\_. *O Fundamento dos Interditos Possessórios*, 2ª ed., 1908, Ed. Livraria Francisco Alves, RJ, trad. de Adherbal de Carvalho, 366 p.

\_\_\_\_\_. *O Fundamento dos Interditos Possessórios*, Ed. Edipro, SP, trad. de Adherbal de Carvalho, 2007, 239 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria simplificada da posse*, trad. Heloísa da Graça Buratti, ed. Rideel, 1ª ed., SP, 2005, 68 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria simplificada da posse*, BH, Ed. Líder, 2004.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de, *Direitos Humanos: Por que sua fundamentação moral é necessária?* - O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Ed. Quartier Latin, SP, 2009.

JÚNIOR, Clito Fornaciari, *Da tutela antecipada nas possessórias fundadas na posse velha*, Rev. do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 14, julho de 2004, pp. 171-176.

JÚNIOR, Edílson Pereira Nobre, *A posse e a propriedade no Novo Código Civil*, Rev. Forense, RJ, ed. Forense, 1998, vol. 364, nov-dez de 2002.

JÚNIOR, Ferraz. *Regras para a eficácia constitucional*. Revista da OAB.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed., Ed. Forense, RJ, 1989, 704 p.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 13ª ed., Ed. Forense, RJ, 1996, 542 p.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira, *Novo Código Civil comentado*, 2ª ed., Ed. Saraiva, SP, 2003, coord. Ricardo Fiúza.

JÚNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, 11ª ed., Ed. RT, 2010.

JÚNIOR, José Cretella, *Princípios Informativos do Direito Administrativo*, Rev. Fac. Dir. da USP, vol. LXIII, 1968.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar, (org.) *Jornadas de Direito Civil I, III e IV - Enunciados Aprovados*, Brasília: CJF, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação Física dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., SP, Ed. Martin Fontes, 1999.

KOJRANSKI, Nelson, *Direitos Reais, O Novo Código Civil, Estudos em Homenagem ao professor Miguel Reale*, coord. Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins, SP, LTR ed., pp. 981-106.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. Paris, Félix Alcan, 1926.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª. Ed., 1997, Lisboa.

LEAL, Antônio Luiz de Câmara, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, RJ, vol. IV (29-31).

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, 174 p.

LEONETTI, Carlos Araújo. *Função social da propriedade: mito ou realidade*. 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.

LINHARES, Emanuel Andrade, *A necessidade de superação do dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, in XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Vitória, publicado nos anais do referido congresso, UFES, 2011.

LIRA, Ricardo Pereira, *Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, impresso pela gráfica Riex, Editora S.A, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito à moradia, cidadania e o estatuto da cidade*, Rev. Trimestral de Direito Civil, vol. 12, out/dez de 2002, ed. Padma, p. 259-291.

LOBO, Paulo L. N., *A Repersonalização das Relações de Família*, in C. A Bittar (coord.) *O direito de Família e a Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*. São Paulo, Nova Cultural, 1997.

LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil, vol. VI*, Livraria Freitas Bastos, 3ª ed., SP, 1964, 604 p.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, Sevilha: Universidade de Sevilha, Ed., 1979.

MACHADO, Hugo de Brito, *A Interpretação e o Direito Tributário Brasileiro*.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Código Civil Comentado*, 6ª ed., coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva, SP, ed. Saraiva, 2008.

MARICATO, E. *As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias*. In: ARANTES, O; VAINER, C; MARICATO, E. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. 3ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

MARMO, Roberto Kaisserlian, *Direito das Coisas*, ed. Harbra, SP, 2004, 245 p.

MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, ed. Forense, RJ, 1971, v. II, 395 p.

MARTINS, Vilas Boas, *Breve estudo sobre a posse*, Movimento Editorial da UFMG, BH, 1995, 62 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 15ª edição, Ed. Forense, RJ, 1995, 426 p.

MEDAUAR, Odete e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (dir.). *Estatuto da cidade*. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 214 p.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., Ed. Malheiros, SP, 1999, 749 p.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, RDP 90, abril/jun de 1989, ano 22.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Direito das Coisas*, ed. Lumen Juris, RJ, 2007, 499 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.

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

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, 2ª. ed., Ed. RT, SP, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, vol. 2, Ed. Atlas, 10ª ed., SP, 1996, 525 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª. ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1983, 4 t.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado*, vol. 10, 3ª ed., RJ, Ed. Borsoi, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 41ª ed., vol. 3, 2011, SP, ed. Saraiva, 588 p.

MORAES, Maria Celina B. de, *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, vol. 65, ano 17.

\_\_\_\_\_. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo* (coord.), RJ, Ed. Renovar, 2006.

MORATO, Francisco. *Da Prescrição nas Ações Divisórias*, Ed. Saraiva, SP, 1944, 2ª edição, 191 p.

MOREIRA, Álvaro e Carlos Fraga. *Direitos Reais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1971, 446 p.

MOTA, Mauricio & TORRES, Marcos Alcino. *A função social da posse no Código Civil*. In: MOTA, Mauricio & TORRES, Marcos Alcino. *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2009, 423 p.

\_\_\_\_\_. Maurício. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos Teóricos da Função Social da Propriedade: A Propriedade em Tomás de Aquino*, RDE, Ed. Renovar, Ano 3, nº11: 105-140, jul/set de 2008.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil*, vol. 4, *Direito das Coisas*, 4. ed., Editora Forense, RJ, 2010, 512 p.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, ed. Forense, RJ, 2008.

NEQUETE, Lenine, *Da Prescrição Aquisitiva – Usucapião*, Livraria Sulina, 1954.

NETTO, Sérgio de Oliveira, *Relativismo ou universalismo das leis sobre direitos humanos*, vide <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2041/relativismo-ou-universalismo-das-leis-sobre-direitos-humanos>

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, *A inconstitucionalidade do art. 1276 do novo CC e a garantia do direito de propriedade*, RDPPRIV, vol. 18, abril de 2004.

NOHARA, Patrícia, *Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo*, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, SP, Ed. Atlas, 2010.

OLIVEIRA, A. de C. Carvalho P. C. P. *Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10257/01*, de 10.07.2001, Curitiba, Ed. Juruá, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina, RDA nº 220, abr/jun de 2000, RJ.

OSÓRIO, Leticia Marques, *Direito à moradia adequada na América Latina*, in *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*, BH, Ed. Fórum, 2006.

PASSOS, Edilenice e João Alberto de Oliveira Lima, *Memória Legislativa do Código Civil*, vol. 4, 2012, Ed. Senado Federal.

\_\_\_\_\_. *Memória Legislativa do Código Civil, Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno*, Vol. 2, Brasília: Senado Federal, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*, 2ª ed., Ed. RT, SP, 2012, 662 p.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. *Universalismo e Relativismo Cultural*, Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 10, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. IV. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 395 p.

PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes, *A disputa da posse*, Ed. LTR, SP, 2000, 296 p.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, vol. I, Editora Fac-similar, 2004, Brasília, 518 p.

\_\_\_\_\_. *Direito das Coisas*, Editora Fac-similar, 2004, Brasília, 408 p. V.2.

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

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais nas relações privadas, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999.

\_\_\_\_\_. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Ed. Renovar, 2008, RJ, trad. de Maria Cristina de Cicco, 1161 p.

\_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil*, Trad. de Maria Cristina de Cicco, RJ, Ed. Renovar, 2ª ed., 2002.

PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1ª edição, G. Barbéra, Editore, Firenze, 1906.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª edição, vol. 1, 1928, Roma, Ed. Atheneum, 884 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, Max Limonad, 1996.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

QUEIROZ RIBEIRO, Luiz César e CARDOSO, Aduino Lucio. *Plano diretor e gestão democrática da cidade*. In *Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Organizado por Luiz César de Queiro Ribeiro e Aduino Lucio Cardoso. RJ: Renovar: FASE, 2003.

RAWLS, John. *Le Droit des Gens*, Paris, *Éditions Esprit*, 1996.

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

\_\_\_\_\_. *Exposição de motivos do supervisor da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil*. Brasil. Código Civil. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002.

REIS, Márcio Monteiro, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Ed. Renovar, 2ª ed., Org. Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, 2004.

RIBAS, Jose Antonio. H. Laemmert & C, Livreiros-Editores, Rio de Janeiro, 1883, 317 p.

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

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Civitas, 1986.

RODRIGUES, Manuel. *A posse: estudo de direito civil português*, 4ª ed., ed. Coimbra: Almedina, 1996.

RODRIGUES, Silvio, *Direito das Coisas*, vol. 5, 2009, 28ª ed., SP, ed. Saraiva, 432 p.

\_\_\_\_\_. Variações sobre o tema da posse, RT, ano 49, janeiro de 1960, volume 291, pp. 18-28.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, 3ª ed., RJ, Ed. Impetus, 2004, 432 p.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*, volume I, trad. da 4ª. Edição italiana, Madrid, 1929.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. II, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Milão, 1934, 660 p.

SALEILLES, Raymundo, *La posesión: elementos que la constituyen y su sistema en el Código Del Imperio Alemán*, trad. de J. M.ª Navarro de Palencia, Madri, 1909, 397 p.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*, 6ª ed., Ed. RT, SP, 2005, 573 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais – Retórica e Historicidade*, Ed. Del Rey, BH, 2004.

SANT'ANNA, Valéria Maria, *na apresentação da Teoria Simplificada da Posse*, de Rudolf Von Ihering, Ed. Rideel, 1ª ed., SP, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura\\_dh.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm).  
SANTOS, João Manuel de Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vols. VII a X, 11ª ed., RJ, ed. Freitas Bastos, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7ª ed., Ed. Livraria do Advogado, 2009, Porto Alegre.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Ed. Livraria do Advogado, 2007, Porto Alegre, 501 p.

\_\_\_\_\_. O Novo Código Civil e a Constituição,(org.), Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

\_\_\_\_\_.Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, 3ª ed., livraria do Adv. Ed., Porto Alegre, 2010, 364 p.

\_\_\_\_\_.Direitos fundamentais, orçamento e a reserva do possível, Luciano Benetti Timm (org.), 2ª ed., 2010, livraria do Adv. Ed., Porto Alegre, 2010, 411 p.

SARMENTO, Daniel, *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*, Flávio Galdino (org.), Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres, RJ, ed. Renovar, 2006.

SATO, Jorge, *A posse e sua proteção por meio dos interditos: dúvidas e controvérsias*, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, nº 44.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2004, pp. 293-330, capítulo VIII.

SAVIGNY, Frederico Carlos de, *Traité de la Possession en Droit Romain*. Trad. do alemão por Henri Staedtler da 7ª ed. original, 1879, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 3ª ed., Paris, 814 p.

\_\_\_\_\_. *Il Diritto del Possesso (Trattato Civile)*, trad. por Pietro Conticino, Napoli, 1840, 428 p.

\_\_\_\_\_. *Tratado de La Posesion, segun los principios de derecho romano, Madrid, 1845, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, calle de la Manzana, num. 14, 261 p.*

SCHREIBER, Anderson, *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*, Rev. Trimestral de Direito Civil, nº 6, abril-jun de 2001.

SILVA, Daniel Pereira Militão da. *Direitos Humanos: Concepção e Fundamento*, Feusp/IJI-Univ. do Porto, 2009.

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, 270 p.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª edição, São Paulo: Malheiros Ed., 2007, 926 p.

SILVA, José Antonio Tietzmann e. *As perspectivas das cidades sustentáveis: entre a teoria e a prática*. In: Revista de Direito Ambiental, vol. 43, ano 11, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Ed., 1989.

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, 382 p.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *O desafio metropolitano: um estudo sobre a problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, pp. 251-332. Parte II.

SOARES, Ricardo Maurício Freire, *in* *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*, ed. Saraiva, 2010, RJ, 218 p.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de La República Federal Alemana*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lênio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Livraria do Advogado Editora, 4ª edição, Porto Alegre, 2003.

STROZAKE, Juvelino J., (org.), *in* *Questões Agrárias*, Editora Método, SP, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ary. *Função social da propriedade*. In *Temas de Direito Urbanístico*, coordenado por Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TAPAI, Giselle de Melo Braga (coord.), *Novo Código Civil Brasileiro - Estudo comparativo com o Código Civil de 1916*, 3ª ed., ed. RT, SP, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 1990, 222 p.

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.

\_\_\_\_\_. *Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional*, Estudos Jurídicos, Ed. IEJ, RJ, 1991, coord. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante.

\_\_\_\_\_. *A função social da propriedade e o meio ambiente*, *Temas de Direito Civil*, Tomo III, RJ, Ed. Renovar, 2009, 469 p.

\_\_\_\_\_. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*, *Temas de Direito Civil*, t. I, 3ª ed. Ed. Renovar, 2004, RJ.

\_\_\_\_\_. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, *Temas de Direito Civil*. Ed. Renovar, 2006. Tomo II. p. 03-20.

\_\_\_\_\_. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, *Temas de Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 2004.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

\_\_\_\_\_. Normas de interpretação e integração no direito tributário, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1988.

\_\_\_\_\_. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2. ed. Renovar, (org.), 2001, RJ, 454 p.

TRABUCCHI, Alberto. *In Istituzioni di Diritto Civile*, 22<sup>a</sup> ed., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1977, 968 p.

VIANA, Marco Aurélio S., *Curso de Direito Civil*, ed. Forense, RJ, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. vol. V. São Paulo: Atlas, 2003, 620 p.

\_\_\_\_\_. Código Civil Comentado, XII, SP, Ed. Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo, *Direito das Coisas*. 10. ed., ed. RT, SP, 1995, 419 p.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Movimentos de Pensamento – Diários de 1930-32/1936-37*, trad. Edgar da Rocha Marques, Ed. Martins Fontes, SP, 2007, 261 p.

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

\_\_\_\_\_. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil, Rev. Direito e Democracia, Canoas, vol. 5, n° 1, 1° sem de 2004.