



FELIPPE RAMOS DO NASCIMENTO

**A POSSE E OS DESPOSSUÍDOS: UMA PROPOSTA DE
RECARACTERIZAÇÃO DOS VÍCIOS SUBJETIVOS DA POSSE A
PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**LAVRAS-MG
2018**

FELIPPE RAMOS DO NASCIMENTO

**A POSSE E OS DESPOSSUÍDOS: UMA PROPOSTA DE RECARACTERIZAÇÃO DOS
VÍCIOS SUBJETIVOS DA POSSE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada à Universidade Federal
de Lavras, como parte das exigências do Curso de
Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Me. Thaís Fernanda Tenório Sêco
Orientadora

**LAVRAS-MG
2018**

FELIPPE RAMOS DO NASCIMENTO

**A POSSE E OS DESPOSSUÍDOS: UMA PROPOSTA DE RECARACTERIZAÇÃO DOS
VÍCIOS SUBJETIVOS DA POSSE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada à Universidade Federal
de Lavras, como parte das exigências do Curso de
Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADO em 06 de dezembro de 2018.
Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro - UFLA
Dr. Fernando Nogueira Martins Junior - UFLA

Prof. Me. Thaís Fernanda Tenório Sêco
Orientadora

**LAVRAS-MG
2018**

À minha mãe, pela dedicação na minha formação acadêmica. Ao meu avô, que mesmo distante fisicamente, contribuiu de forma significativa para a concretização desse sonho. À minha avó, pelo apoio em todas as etapas. A todos que lutam pelo acesso aos direitos fundamentais e fazem disso sua expressão de vida.

Dedico

AGRADECIMENTOS

À Deus, por sua graça ao longo destes anos.

À minha mãe, pelo exemplo, apoio e dedicação na minha formação como ser humano.

Aos meus avós, Maria e Antônio, pelo apoio em todas as etapas desta caminhada acadêmica e em todos os momentos da minha vida.

À minha família, por sempre acreditar no meu potencial.

À professora, Thaís Fernanda Sêco, pelo conhecimento compartilhado, orientação e paciência.

Aos meus amigos e colegas pela ajuda e companheirismo ao longo da formação.

Aos professores que contribuíram para minha graduação.

À Universidade Federal de Lavras, especialmente ao Departamento de Direito, pela oportunidade.

“Qual o objetivo do Direito? O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana? Se não tivéssemos uma preocupação constante, todos os dias de nossas vidas, pelo homem, por sua felicidade, pela sua dignidade, pela satisfação de suas necessidades, pela superação dos obstáculos de direito e de fato que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana? O que seria de nós, juristas? Haveríamos perdido nossa razão de ser, a razão de nossa existência”.
(Jorge Mosset Iturraspe)

RESUMO

Pretendeu-se, neste trabalho, analisar os vícios subjetivos da posse (boa-fé e má-fé) em uma ocupação para os fins de concretização de direitos fundamentais, de um bem sobre o qual o proprietário não exerce o direito de posse e nem cumpre com a função social. Para tanto, a pesquisa valeu-se do método da análise de revisão bibliográfica. Analisou-se, primeiramente, o desenvolvimento do instituto da posse na legislação privada e sua relação com o direito de propriedade, tendo como fundamento, a teoria da função social da posse. Logo após, expôs-se a classificação civilista da posse e as graves consequências elencadas no dispositivo legal resultantes de uma posse subjetivamente viciada, bem como as diferenças de tratamento dados à posse de boa-fé em relação à posse de má-fé. Procedeu-se, também, a partir do processo de constitucionalização do direito civil, à apreciação dos princípios fundamentais que informam o instituto possessório e à recharacterização da posse de boa-fé no âmbito das ocupações a partir dos fundamentos constitucionais. Por fim, partindo de uma análise jurisprudencial, analisou-se o conflito jurídico-normativo que se instaura entre a propriedade descumpridora da função social e o possuidor não-proprietário, que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse. Em síntese, demonstra-se que a posse realizada por meio de uma ocupação como instrumento na efetivação de direitos fundamentais constitucionais, é de boa-fé e merecedora de tutela.

Palavras-chave: Boa-fé. Função social. Má-fé. Ocupação. Posse. Possuidor. Propriedade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. TEORIAS SOBRE A POSSE E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	11
3. TEORIA SOCIAL DA POSSE.....	16
4. POSSE: CLASSIFICAÇÃO E EFEITOS	22
4.1 Classificação da posse.....	22
4.2 Relação entre os vícios subjetivos da posse e as ocupações.....	24
4.3 Efeitos da posse	26
5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	32
5.1 A posse de boa-fé e a Constituição de 1988	34
5.2 A posse e os conflitos multitudinários.....	40
6 CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1 INTRODUÇÃO

No dia 22 de janeiro de 2012, ao executar uma decisão judicial de reintegração de posse em favor da massa falida do grupo Selecta S/A, dois mil soldados da Polícia Militar de São Paulo desalojaram cerca de 1.600 famílias que ocupavam um terreno de 1,3 milhão de metros quadrados em São José dos Campos (SP), conhecida como a comunidade do Pinheirinho.¹

Em 2017, no Município de Pau D'Arco, no Pará, nove homens e uma mulher, trabalhadores rurais, foram mortos durante uma ação policial que tinha o objetivo de cumprir mandados judiciais. A Fazenda Santa Lúcia, local do massacre, era motivo de disputas entre seu proprietário e trabalhadores sem terra.²

De acordo com os dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT),³ no ano de 2017 foram registrados 884 conflitos fundiários, envolvendo mais de 100.000 famílias e 71 assassinatos resultantes destes conflitos.

Atualmente, encontra-se em debate no âmbito político a tipificação como terrorismo das denominadas invasões de propriedades rurais e urbanas no território brasileiro. É uma iniciativa de criminalizar movimentos sociais que pleiteiam pelo cumprimento de direitos sociais positivados na Constituição de 1988.

Estes são apenas alguns exemplos dos inúmeros casos envolvendo conflitos possessórios que acontecem no Brasil e como o tema é importante do ponto de vista político e jurídico. Trata-se, portanto, de um problema social grave decorrente da formação histórica marcada por latifúndios, desigualdades sociais e injusta distribuição de terras, que tem colocado em discussão temas de suma importância no direito pátrio, como a posse, o direito de propriedade, a função social da posse, a função social da propriedade e os conflitos entre os direitos dos proprietários e os direitos dos despossuídos.

A *priori*, nos conflitos entre proprietários e possuidores, o Poder Judiciário tem escolhido, em regra, o direito de propriedade. Isso decorre da forma como o instituto da posse foi desenvolvido na legislação privada e dos mecanismos dispostos em favor dos possuidores

¹ SENADO FEDERAL; SENADO NOTÍCIAS. **Entenda o Caso Pinheirinho**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/02/23/entenda-o-caso-pinheirinho>>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

² PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Dez Pessoas são Assassinadas na Fazenda no Sudeste do Para**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/dez-pessoas-sao-assassinadas-em-fazenda-no-sudeste-do-para.ghtml>>. Acesso em: 19 de nov. de 2018.

³ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Massacres no Campo**. Disponível em: <<https://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/category/3-cadernoconflitos?Itemid=-1>>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

proprietários. Devido ao viés patrimonialista da legislação privada, ainda são recorrentes situações como a de Pinheirinho, em que se dá preferência no desalojamento de cerca de 1.600 famílias para assegurar o direito de propriedade.

A partir da questão fundiária, Falcão constata que existe no Brasil uma diferença considerável entre justiça legal e justiça social no que concerne ao tratamento dado para os conflitos possessórios. Justiça legal não é necessariamente igual à justiça social, e aplicar a ordem legal para assegurar o direito de propriedade, não é, em muitas situações, fazer justiça social.⁴

Diante de tais problemas e da relevância do tema, o presente artigo pretende responder às seguintes questões: é legítima, dentro da legislação brasileira, uma ocupação para fins de moradia e trabalho, de uma terra improdutiva ou edifício abandonado, sobre qual o proprietário não exerce o direito de posse e nem cumpre com sua função social? Mais especificadamente, baseado na legislação civilista acerca da classificação da posse, seria de boa-fé uma ocupação nos termos supramencionados?

Para responder ao questionamento, o artigo divide-se em três partes. Em primeiro momento, analisa-se o instituto da posse na legislação privada, ou seja, como o fenômeno possessório foi historicamente desenvolvido até chegar ao código civil brasileiro e sua relação com o direito de propriedade a partir da função social da posse. Posteriormente, expõe-se a classificação civilista da posse e as consequências elencadas no dispositivo legal resultantes de uma posse subjetivamente viciada, bem como as diferenças de tratamento dados à posse de boa-fé em relação à posse má-fé.

Após a análise do instituto da posse no Código Civil, estabelece-se a relação entre a classificação subjetiva da posse e os possuidores não proprietários. O direcionamento tem o

⁴ De acordo com Falcão, a concepção de ordem jurídica enquanto ordem legal, formulada pela associação do positivismo dogmático à ideologia liberal é hegemônica e fundamenta doutrinariamente o senso comum de que, ao aplicar o direito positivo estatal e fazer justiça legal, estaria, por consequência, realizando a justiça social. Segundo o autor, isso se explica em, pelo menos, três aspectos: 1º) no sentido de que as nossas constituições enquanto normas fundamentais teriam sempre (com exceções transitórias) transformado ideais liberais, enquanto ideais sociais dominantes, em ideais legais; 2º) no sentido de que a estrutura lógico-hierárquica da ordem legal, ao submeter normas inferiores às normas superiores, asseguraria o compromisso de toda ordem legal com os ideais liberais já constitucionalizados; 3º) no sentido de que fora desta ordem legal liberalmente submetida, não existiria direito nem justiça. Nesse sentido, no tocante aos conflitos possessórios, Falcão faz os seguintes questionamentos acerca dessa divisão entre justiça legal e justiça social: será que justiça legal é necessariamente igual à justiça social ou será esta igualdade apenas uma pretensão que pode ou não ser concreta? Em outras palavras: será que no Brasil de hoje aplicar a ordem legal é fazer justiça social? (FALCÃO, J. de A. **Conflito de Direito de Propriedade**, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 79 e 80.)

objetivo de situar o tratamento dado na legislação privada aos despossuídos. Procede-se, também, a partir do processo de constitucionalização do direito civil, à apreciação dos princípios fundamentais que informam a posse e à recharacterização da posse de boa-fé no âmbito das ocupações a partir dos fundamentos constitucionais.

Por fim, verifica-se, através da análise jurisprudencial, o conflito jurídico-normativo que se instaura entre a propriedade descumpridora da função social e o possuidor não-proprietário que concede função social à posse.

A partir desta conjuntura, os problemas relacionados à codificação de 2002 poderão ser relidos ao influxo de uma nova metodologia principiológica, de forma a garantir um tratamento diferente aos despossuídos e estabelecer o cumprimento de garantias constitucionais. Nesse sentido, será possível resgatar a dupla dimensão do direito na concretização da justiça, ou seja, de que fazer justiça legal implica, necessariamente, na satisfação da justiça social.

2 TEORIAS SOBRE A POSSE E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A origem da posse é historicamente justificada no poder físico sobre as coisas e na necessidade do homem de apropriar-se de bens. Diversas teorias procuraram, a partir de então, justificar a necessidade de proteção à posse. As teorias mais conhecidas e de larga repercussão na doutrina e nas legislações são a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering. Ambas fornecem elementos de identificação dos limites da tutela da posse, individualizam, a seu modo, as figuras do possuidor e do detentor e procuram justificar a essência da proteção possessória.⁵

As principais ideias de Savigny encontram-se elaboradas na obra intitulada “Tratado sobre a posse”, do ano de 1803. De acordo com o autor, a posse é a união de dois elementos: o *corpus* e o *animus domini*. O *corpus* diz respeito ao mundo físico e consiste no poder físico que uma pessoa possui sobre uma coisa. O *animus domini*, por sua vez, corresponde ao elemento subjetivo, identificado com a intenção do sujeito de ter como sua, de tornar-se proprietário da coisa.⁶

Excepcionalmente, nas situações em que alguém atue materialmente sobre a coisa sem o *animus*, ou seja, sem a intenção de possuir, ficaria caracterizada a mera detenção.⁷ Nesse sentido, os detentores não fariam jus à tutela possessória, justamente pela carência do elemento volitivo.⁸

A teoria subjetiva de Savigny não foi adotada pelo Código Civil brasileiro em relação ao conceito de posse. Entretanto, é uma teoria relevante no direito brasileiro sendo encontrada em outros dispositivos legais, como os relativos à usucapião e à perda da propriedade pelo abandono,

O grande mérito de Savigny foi projetar autonomia à posse, por explicar que o uso dos bens adquire relevância jurídica fora da estrutura da propriedade privada e que a titularidade formal desse direito subjetivo não encerra todas as possibilidades de amparo jurídico. A posse passa a ser vislumbrada como uma situação fática merecedora de tutela, que decorre da necessidade de proteção à pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas.⁹

⁵ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

⁶ GUERRA, C. E.; SANTOS, M, A. **A tutela da posse**: novas possibilidades. In: TEPEDINO, G; FACHIN, L, E. Diálogos Sobre Direito Civil: Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 474.

⁷ Exemplos: Locatário, comodatário, usufrutuário e outras pessoas que entraram na coisa em virtude de relação jurídica.

⁸ Ibid, p. 36.

⁹ Idem

A teoria adotada pelos Códigos Civis de 1916 e 2002 em relação à posse foi a proposta por Ihering, denominada “teoria objetiva”. Para ele, a posse é o mero exercício da propriedade, ou seja, a exteriorização de poderes proprietários. Nesse sentido, dispõe o art. 1.196, do Código Civil de 2002, que possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns poderes inerentes à propriedade.

Na teoria de Ihering a posse seria o poder de fato, e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. A posse não é reconhecida como modelo autônomo, pois o possuidor seria aquele que concede destinação econômica à propriedade, isto é, visibilidade ao domínio. Dessa forma, a posse é a porta que conduziria à propriedade, um meio que conduz a um fim.¹⁰

Ihering estabelece a diferença entre as noções de posse e propriedade. Segundo o autor, quando a posse e a propriedade estão reunidas na mesma pessoa a distinção é desnecessária, porém, pode acontecer a separação entre posse e propriedade, evidenciando, assim, o contraste entre as duas noções. Nesse sentido, a distinção revela-se, mais nitidamente, quando a coisa é subtraída, violenta ou clandestinamente, do poder de seu proprietário. Isso feito, verifica-se que há um conflito entre o proprietário que não possui e o proprietário que possui. De um lado, o direito; do outro, o fato. Tal é, segundo Ihering, a antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade.¹¹

Para melhor esclarecer a diferenciação entre posse e propriedade na teoria de Ihering,

A posse é poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. Esses dois poderes se enfeixam geralmente nas mãos do proprietário, mas também se separam por forma a que o poder de fato não esteja com o proprietário. Nem sempre, porém, a separação ocorre em consequência de subtração da coisa que é arrebatada ao proprietário, contra a sua vontade. Ao contrário, normalmente é o proprietário mesmo que transfere a outrem o seu poder de fato sobre a coisa. No primeiro caso, aquele que subtrai a coisa tem sobre ela posse injusta. No segundo, posse justa, isto é, direito de possuir, tendo a posse, nesse caso, o caráter de uma relação jurídica.¹²

A teoria objetiva repele a conceituação da posse que se baseia no elemento puramente subjetivo (*animus*), pois ele está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. A posse é evidenciada pela existência exterior, sem qualquer necessidade de descermos a intrincada questão do plano íntimo da vontade individual. Dessa forma, a posse é reconhecível externamente por sua destinação econômica, independentemente de qualquer manifestação

¹⁰ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**, p. 37.

¹¹ GOMES, O. **Direitos Reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 33.

¹² *Ibid*, p. 33 e 34.

volitiva do possuidor, sendo suficiente que ele proceda em relação à coisa como se comportaria o proprietário em relação ao que é seu.¹³

O *jus possidendi* tem grande importância prática para o proprietário. Para que possa utilizar economicamente a coisa que lhe pertence, o proprietário deve ter a posse. Nesse sentido, a utilização econômica da propriedade pela teoria objetiva consiste em usá-la de duas maneiras: a primeira é por si mesma; a segunda é cedendo-a a outrem. A primeira forma chama-se de utilização imediata ou real. A segunda, utilização mediata ou jurídica. A cessão do poder de fato a outrem pode dar-se gratuitamente, como se verifica, por exemplo, quando a empresta, ou onerosamente, em troca de dinheiro, como no caso do arrendamento.¹⁴

Todos esses atos, de uso e gozo das coisas, têm por condição a posse, do que resulta que o proprietário privado da posse fica paralisado quanto à realização econômica de sua propriedade. Tirar a posse é, portanto, paralisar a propriedade¹⁵. Nesse sentido, Ihering afirmava,

Donde se conclui que tirar a posse é paralisar a propriedade, e que o direito a uma proteção jurídica contra um ato tal, é postulado absoluto da ideia de propriedade. Esta não pode existir sem tal proteção, donde se infere que não é necessário procurar outro fundamento para a proteção possessória; ela é incita à propriedade em si mesma.¹⁶

Nota-se, que, considerada em sua relação com a propriedade, a posse se apresenta como elemento indispensável ao proprietário para a utilização econômica da coisa. Em consequência, a noção de propriedade acarreta necessariamente o direito do proprietário à posse.¹⁷ A teoria objetiva perpetua a ideia de submissão da posse à propriedade.

É importante ressaltar que sendo a posse o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao direito de propriedade ou de outro direito real, a qualidade de possuir é atribuída a muitas pessoas. Assim, tem esta condição o usufrutuário, o locatário, o comandatário, o depositário, entre outros que utilizam coisas alheias por força de um direito ou obrigação.¹⁸

¹³ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 37.

¹⁴ *Idem*

¹⁵ *Idem*

¹⁶ IHERING, R. V. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: Rideel, 2005, p. 13-14.

¹⁷ GOMES, O. **Direitos Reais**. p. 34.

¹⁸ Na teoria subjetiva, ao exigir o *animus domini* como requisito indispensável à configuração da posse, o locatário, o comandatário, o depositário, o mandatário e tantos outros que, por títulos análogos, têm poder físico sobre determinadas coisas, são considerados apenas detentores. (*Ibid*, p. 33).

Neste sentido, a doutrina objetiva admite a posse por outrem, já que não existe a intenção do dono para que alguém seja possuidor. Permite, assim, o desdobramento da relação possessória como um processo normal, que resulta da diversidade de formas da utilização econômica da coisa.¹⁹

No tocante às diferenças entre as duas teorias, Gomes descreve que elas se distinguem em três pontos fundamentais: 1º) na determinação dos elementos constitutivos da posse; 2º) na explicação da natureza da posse e; 3º) na fundamentação da proteção possessória. Segundo o autor, em relação à determinação dos elementos constitutivos da posse,

Entende Savigny que são o *corpus* e o *animus*. Este há de se configurar, todavia, como *animus domini*. A consequência mais importante que resulta dessa exigência é que não podem ter a qualidade de possuir aqueles que têm a coisa *corpo e alieno*. Faltando o *animus domini*, haverá, apenas, *detenção*. Ihering não leva em conta tais elementos. Ainda que se pudesse lobrigar em sua doutrina uma concessão ao elemento psicológico, a intenção seria simplesmente a de ter a coisa, traduzindo-se, assim, no *animus tenendi*, que é comum a quem possui como se fosse proprietário e a quem detém a outro título. Em consequência, a distinção entre *possuidores* e *detentores*, tal como é feita na doutrina de Savigny, perde a sua razão de ser. Os efeitos da posse, e, de modo especial, a proteção possessória, são estendidos àqueles que, na concepção savigniana, se consideram *detentores*. Protege-se, pois, todo ocupante de uma coisa que, por força da *causa possessionis*, se apresenta numa situação que deve ser tutelada pela ordem jurídica.²⁰

Em relação à natureza da posse e fundamentação da proteção possessória, Gomes explica que as divergências entre ambas são consideráveis. Vejamos,

Savigny sustenta que a posse é um *fato*, que se converte em direito, porque a lei o protege. Ihering propugna a tese de que a posse é um direito. Finalmente, quanto ao *fundamento da proteção possessória*, as duas teorias divergem. A de Savigny justifica a defesa da posse como decorrência do princípio geral de que toda pessoa deve ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. A de Ihering justifica a proteção possessória como meio de facilitar a defesa da propriedade.²¹

Ao comparar as diferenças práticas entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva, Farias e Rosenvald explicam que do ponto de vista econômico e prático, a teoria de Ihering é um avanço em comparação com a de Savigny pois, ao abdicarmos da exigência do *animus domini*,

¹⁹ Cabe ressaltar que a teoria subjetiva não comporta o desdobramento da relação possessória, visto que não admite a posse por outrem. Muitas dificuldades de ordem prática se dissipam, todavia, diante da presunção estabelecida em lei pela qual o possuidor é tido como proprietário, se possui esse título. (GOMES, O. **Direitos Reais**. p. 36).

²⁰ Ibid, p. 38.

²¹ Idem

ampliamos consideravelmente o rol dos possuidores, deferindo àqueles antes considerados meros detentores pela teoria subjetiva, proteção possessória direta e imediata, podendo agir por conta própria na tutela de sua situação jurídica. Também, qualificando-se a posse como situação fática de poder sobre a coisa, pouco importa a condição jurídica de quem exerce – proprietário ou não proprietário -, afinal, a posse recai sobre o bem e não sobre o direito.²²

²² Savigny e Ihering concebem suas teorias com base em um ponto de partida comum: a detenção. Todavia, visceral é compreender que a teoria de Ihering é tida por objetiva pelo fato de explicar que a distinção entre possuidores e detentores não é traduzida à luz do elemento anímico da vontade de possuir, e sim por uma prévia conformação do ordenamento objetivo, que cuidará de explicitar as hipóteses em que certas pessoas não alcançarão a tutela possessória por expressa opção de política legislativa, em razão da forma pela qual ingressaram na coisa. A posse seria a regra: sempre que uma pessoa tenha uma coisa em seu poder, deverá ser protegida legalmente. Excepcionalmente, o direito a privará de defesa: nesse caso, haverá detenção. De fato, Ihering vislumbrava na detenção uma posse desqualificada pelo sistema jurídico, por razões objetivas e de ordem prática. (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais. 2015. p. 39.)

3 TEORIA SOCIAL DA POSSE

Percebe-se que tanto na teoria subjetiva da Savigny, quanto na objetiva de Ihering, a posse é definida como recurso à ideia de propriedade. Na teoria subjetiva exige-se a intenção do sujeito de se tornar proprietário; na teoria objetiva exige-se a exteriorização dos poderes do proprietário. Dessa forma, as referidas definições perpetuam a submissão da posse à propriedade, tornando-a figura secundária em relação a esta.

Guerra e Santos escrevem que esta subordinação da posse à propriedade é aceita até hoje por amplos setores da doutrina e jurisprudência, e isso deriva não apenas das teorias possessórias mencionadas, mas também do discurso do proprietário formal, que se desenvolveu com base nos autores da época iluminista e se consolidou como verdade absoluta nas codificações oitocentistas.²³

É necessário, entretanto, superar essa noção de que a posse representa, simplesmente, a exteriorização do direito de propriedade. O direito de propriedade recebeu, modernamente, uma configuração relativizadora na Constituição da República, inspirada, sobretudo, pelo princípio da função social da propriedade, do qual decorre, conforme veremos adiante, em um conjunto de limitações ao exercício deste direito.

De outra parte, a escolha dos objetivos e garantias fundamentais pelo constituinte, como, por exemplo, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais²⁴ e a preocupação com a concretização dos direitos fundamentais, como o direito à moradia e ao trabalho²⁵, promoveram a valorização da posse.

Isso se justifica porque, em diversas situações, o exercício do direito de posse é o único instrumento para a concretização desses objetivos e direitos consagrados pelo texto constitucional, especialmente nas situações em que o possuidor é um não-proprietário.

Nesse sentido, em razão das modificações constitucionais no Direito Civil, a doutrina repensou os parâmetros com que acostumava avaliar a posse. Ganhou espaço, assim, a chamada “teoria social da posse”, que destaca a sua importância e defende sua completa autonomia em relação à propriedade.²⁶

²³ GUERRA, C. E.; SANTOS, M. A. **A tutela da posse: novas possibilidades.** In: *Diálogos Sobre Direito Civil: Volume III*, p. 475.

²⁴ Art. 3º, da Constituição Federal: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

²⁵ Art. 6º, da Constituição Federal: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁶ *Ibid*, p. 477-478.

Diante desta nova compreensão de posse, não é mais possível compartilharmos das concepções de Savigny e Ihering, apesar do mérito de ambas em procurar um fundamento autônomo para a proteção possessória. A posse não é protegida em razão da proibição à violência; pelo contrário, por se proteger a posse é que se evita a violência. Também, proteger a posse como forma de zelar pela propriedade não passa de uma forma de amesquinhar a posse e relegar o seu aspecto social.²⁷

No mais, os momentos históricos e Savigny e Ihering são, atualmente, insuficientes para exprimir a densidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, além de completamente dissonantes da realidade brasileira, como nação de injusta distribuição de terras e enormes conflitos fundiários.²⁸

É importante ressaltar a crítica feita por Aronne no sentido de que a posse foi edificada no livro do Direito das Coisas como escudo a eventuais ataques à propriedade imobiliária. Assim, a vida é regulada a partir de um filtro artificial denominado relação jurídica, no qual o trânsito jurídico se dá em face do reconhecimento da condição de sujeito de direito, que, no caso do direito das coisas, implica a titularidade e não a condição humana, localizada em um mínimo social.²⁹

Nesse sentido, é necessário superar essa noção civilista de que a pessoa é apenas o ser abstrato e neutralizado que ocupa um dos polos da relação jurídica patrimonial. É preciso levar em conta que, além da condição de sujeito de direito, a pessoa é um ser humano em seu contexto e circunstâncias e que por detrás da pessoa da relação jurídica, existe um ser em busca da concretização de um mínimo existencial garantido pelo próprio ordenamento jurídico.

Além dessa relação jurídica mencionada e materializada pela posse real e pela posse obrigacional, o fenômeno possessório também ingressa no direito através da “posse fática”³⁰,

²⁷ Farias e Rosenvald ressaltam que toda a ordem jurídica, em sua essência, deseja evitar a violência, portanto, não se trata de uma peculiaridade capaz de justificar isoladamente a tutela da posse. (FARIAS, C. C. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 46.)

²⁸ Idem

²⁹ ARONNE, R. **Propriedade e Domínio. A Teoria da Autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 217.

³⁰ Farias e Rosenvald explicam que o fenômeno possessório ingressa no Direito através de três vias: a) posse real – seria a posse decorrente da titularidade da propriedade ou de outro direito real (exemplos: usufruto, superfície); b) posse obrigacional – é a posse que advém da aquisição do poder sobre um bem em razão de relação de direito obrigacional (exemplo: locação, comodato) e; c) posse fática – também chamada de posse natural, exercitada por qualquer que assume o poder fático sobre a coisa, independentemente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe conceda substrato, sendo suficiente que legitimamente seja capaz de utilizar concretamente o bem. (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 47).

ou seja, independentemente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe conceda substrato, exercitada por qualquer um que assume o poder fático sobre a coisa. Dessa forma, quando o Código Civil acolhe a teoria de Ihering a posse perde em efetividade, pois passa a ser abstratamente avaliada como uma aparência de propriedade, reduzida, então, a uma mera atividade privativa do titular do direito real. Com isso, a posse fática, exercida por possuidores não-proprietários, não é reconhecida como sendo legítima.³¹

Ademais, esse posicionamento sacrifica a autonomia da posse, uma vez que ela é vista apenas como um instrumento mais célere posto à disposição do proprietário para facilitar a defesa jurídica de sua situação patrimonial.³²

A teoria social da posse vai na contramão desta concepção adotada pelo Código Civil ao demonstrar que o instituto possessório não pode ser visto como um apêndice da propriedade, como a mera exteriorização do domínio. A posse precisa ser reinterpretada de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa. A posse deve ser considerada como um fenômeno de relevante densidade social, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais.³³

Dessa forma, embora o Código Civil (2002) tenha consagrado a teoria objetiva da posse, não se pode admitir que esta seja vista apenas como mera exteriorização do domínio. A posse tem importância em si mesma, independentemente de ser derivada da condição de proprietário e sua relevância se evidencia especialmente quando se torna o único meio para a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à moradia, ao trabalho e acesso a bens vitais mínimos indispensáveis na concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, o instituto da posse não pode deixar de receber o influxo constitucional, adequando suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade da pessoa humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.³⁴

Quanto aos efeitos práticos da constitucionalização do direito civil, Varela (2002 citado por FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 49) aponta duas consequências em relação ao instituto da posse. Primeiramente, há uma nova percepção da pluralidade de sujeitos possuidores, que se

³¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 47.

³² Idem

³³ Idem

³⁴ ALBURQUEQUE, A, R, V. **Da Função Social da Posse**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 16.

diferencia da noção abstrata e monolítica do possuidor do art. 1.196³⁵, do Código Civil. Há o possuidor urbano, o rural, bem como a coletividade de possuidores que realizam obras de valor social, todos com suas especificidades. Em segundo lugar, o operador do direito se obriga a lidar com conflitos possessórios de acordo com a diversidade dos padrões valorativos de cada caso, tendo-se como vetor de ponderação de tais lides a proteção da dignidade dos diversos sujeitos possuidores e na valorização dos efeitos da posse *per se* e não em função do direito de propriedade.³⁶

Desta discussão adveio o Enunciado n. 492, do Conselho de Justiça Federal, que ressaltou a autonomia da posse em relação à propriedade e da valorização da posse em si. De acordo com o referido enunciado, “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais, merecedores de tutela”.³⁷

Por fim, Melo elencou algumas consequências da função social da posse. De acordo com o autor, a função social da posse implica nas seguintes questões,

1) elevação da dignidade da pessoa humana a um plano concreto como um instrumento efetivo para atender às exigências de moradia, de aproveitamento do solo e os programas de erradicação da pobreza; 2) reforço ao entendimento de que a posse é um direito autônomo e independente da propriedade e, portanto, não pode funcionar apenas como um mecanismo de defesa contra eventuais agressões, mas sim um instrumento positivo de afirmação da cidadania; 3) desnecessidade de formalismo para a prova da posse, como exigia o revogado – a bom tempo – artigo 507 do Código Civil, que estabelecia ser melhor a posse que se fundasse em justo título. Com efeito, a bem da verdade, a melhor posse é aquela que cumpre a sua inexorável função social; 4) relativização da teoria objetiva de Ihering tendo em vista que pela função social da posse a causa da aquisição já não se reveste da mesma importância de tempos passados. De fato, o que ganha mais relevo é o modo como se utiliza a posse (posse para fins de moradia, posse produtiva) e não a efetiva causa da aquisição do bem, que embasa a concepção da posse como exteriorização da propriedade; 5) possível diminuição das nocivas práticas de arrebatação de terras por meios escusos, inclusive violentos, pois a atividade dos grileiros perderia o alcance, pois nada adiantaria a formalização do título se no embate entre a formalidade do título e a funcionalidade do direito este último deveria preponderar; 6) o sepultamento definitivo da *exceptio proprietatis* nas lides possessórias, fato que com o novo Código Civil já se operou a teor do que prescreve o artigo 1.210.³⁸

³⁵ Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

³⁶ VARELA, 2002 apud FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 49.

³⁷ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 492**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso em: 27/11/2018.

³⁸ MELO, M, A, B. **Direito das Coisas**: Volume V. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

Observa-se que, com base na teoria social da posse, deixa de haver uma situação de hierarquia entre posse e propriedade. Ambas são tuteladas pelo ordenamento jurídico. Essa conclusão tem como principal fundamento a Constituição Federal, na medida em que o instituto possessório garante segurança jurídica para a satisfação de necessidades básicas e direitos fundamentais constitucionais de significativa parcela da população brasileira.

Tal análise é essencial para debater um dos principais problemas sociais do Brasil: a ocupação de terrenos ou prédios urbanos, particulares ou públicos, bem como ocupação de áreas rurais para fixar moradia, garantir o cumprimento de promessas constitucionais e buscar justiça social.

Este é um problema social recorrente e dele resultam inúmeros conflitos possessórios que colocam em xeque dois direitos: o direito de propriedade e a função social da propriedade, evidenciada pela posse. Assim, na hipótese de atender a eventual reivindicação do bem pelo proprietário, garantir-se-ia o direito de propriedade, contudo, comprometeria a força normativa do princípio da função social. E na hipótese de solução contrária, atender-se-ia a função social, mas limitaria a força normativa do princípio norteador do direito de propriedade.

Entretanto, ocorre que estes conflitos possessórios geralmente redundam em demandas judiciais de iniciativa dos proprietários, que buscam a tutela do direito de propriedade. Assim, o exame da jurisprudência permite verificar que, em relação às demandas de natureza cível, têm-se privilegiado, de um modo geral, a garantia do direito de propriedade.³⁹

Isso se explica em razão da forma como a legislação privada caracteriza o instituto da posse, tendo em vista que ao reduzirmos a noção de posse à concepção objetiva, invariavelmente estaremos submetendo o instituto ao império do direito de propriedade, diminuindo, assim, sua importância social. Noutro sentido, como consequência da concepção objetiva da posse, os mecanismos que a ordem jurídica privada coloca à disposição do proprietário frente ao possuidor não proprietário têm viés fortemente patrimonialista e partem de uma perspectiva de defesa do direito de propriedade.

Essa questão fica evidente em relação aos efeitos da posse dispostos no Código Civil. Conforme veremos a seguir, além da legislação civilista exigir do possuidor não proprietário uma convicção interna acerca da legitimidade de sua posse, identificada pela ignorância dos vícios possessórios, os efeitos de uma posse viciada subjetivamente são extremamente graves, mesmo em situações em que o possuidor tinha o objetivo de acessar direitos constitucionais.

³⁹ SAVASCKI, T. A. **A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2470/1693>>. Acesso 06/06/2018, p. 21.

Nota-se, portanto, que existem dois problemas relacionados ao instituto da posse: o primeiro está conexo com a submissão da posse ao direito de propriedade, tendo em vista à adoção da teoria objetiva na conceituação do possuidor; o segundo problema relaciona-se às exigências do Código Civil para o possuidor e aos efeitos advindos de uma posse viciada. O primeiro problema foi superado a partir da reinterpretação do instituto possessório à luz da teoria social da posse. Em relação ao segundo problema, trataremos nos próximos tópicos.

4 POSSE: CLASSIFICAÇÃO E EFEITOS

4.1 Classificação da posse

A posse, conforme visto, é um poder de fato que corresponde ao exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio, servindo-se o possuidor de suas utilidades econômicas, sem que isso implique qualquer conexão com o ato aquisitivo do direito de possuir, seja a propriedade, um direito real limitado ou um negócio jurídico obrigacional.⁴⁰

Assim, no exercício de uma dessas faculdades, o possuidor pode ter obtido a posse de modo lícito, de sorte que o poder de fato seja legítimo, ou pode detê-lo por fato reprovado pelo Direito. A obtenção da posse por meio ilícito a vicia. Por conseguinte, a apresentação de quaisquer dos vícios objetivos⁴¹ influi na sua classificação.⁴²

Não basta, porém, que a posse seja limpa de qualquer mácula para que juridicamente se considere pura. É preciso ainda que o possuidor possa ter a convicção de que seu poder é legítimo. Do contrário, a posse estará subjetivamente viciada. Assim, a presença de vícios objetivos ou subjetivos influi na qualificação da posse.⁴³

Nesse contexto, o Código Civil concebe os vícios subjetivos como uma convicção interna do possuidor acerca da legitimidade de sua posse, ou seja, a boa-fé é vista de modo negativo, como ignorância, não como convicção. Trata-se da boa-fé⁴⁴ subjetiva, identificada pela ignorância dos vícios possessórios.⁴⁵

Segundo Noronha, a boa-fé subjetiva diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito. É um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresentam suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Assim, uma pessoa com boa-fé subjetiva acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva,

⁴⁰ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 105.

⁴¹ Os vícios objetivos se referem ao modo pela qual a posse foi externamente adquirida e a sua situação com o mundo fático. Assim, a posse pode ser qualificada como justa ou injusta, dependendo da forma pela qual ocorreu a sua aquisição. De acordo com o art. 1.200, do Código Civil, “é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

⁴² GOMES, O. **Direitos Reais**. p. 80.

⁴³ Idem

⁴⁴ Art. 1.201, do Código Civil: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

⁴⁵ TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição**: Volume III. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2014, p. 462.

relativa à estabilidade da situação jurídica que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas.⁴⁶

Nesse sentido, se o indivíduo tem consciência de que há obstáculo, ou se sabe da existência do vício que impede a aquisição da coisa, e, não obstante, a adquire, torna-se possuidor de má-fé. É a ideia de que a posse precisa ser adquirida com fundamento numa relação positiva com o antigo possuidor, que traduz intrinsecamente, ausência de lesão a direito de outrem.⁴⁷

É importante frisar que não há vínculo obrigatório de simetria entre a posse justa/injusta⁴⁸ e a posse de boa-fé/má-fé. À primeira vista, toda posse justa seria de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa. Mas a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquiriu de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência. Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária.⁴⁹

Diante do exposto, surge o segundo problema mencionado sobre a posse, qual seja: a boa-fé subjetiva estaria presente na conduta daquele que exerce poder de fato sobre bem abandonado, concedendo-lhe destinação econômica para satisfazer promessa de garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito fundamental a moradia? Mais especificadamente,

⁴⁶ NORONHA, F. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

⁴⁷ Idem

⁴⁸ **Posse justa** é aquela cuja aquisição não repugna ao direito, isenta de vícios de origem, posto não ter sido obtida pelas formas enunciadas no art. 1.200 do Código Civil. Trata-se de investigação distinta ao qualificativo “justo” ou “injusto” do “direito de possuir” do proprietário. Justo será o direito de possuir quando houver titulação; injusto se dela carecedor. Se o proprietário exercita a pretensão reivindicatória contra aquele que ocupa o bem sem qualquer titulação, terá este posse injusta (art. 1.228, CC), independentemente desta em sua facticidade ser violenta, clandestina ou precária. **Posse injusta** é aquela que se instala no mundo fático por modo proibido e vicioso, ou então, mesmo iniciada de forma pacífica e pública, se converte em viciosa em momento posterior. Subdivide-se em três categorias: a) posse violenta: adquire-se pelo uso da força (vis absoluta) ou pela ameaça (vis compulsiva). Seja pelo uso da força brutal ou da intimidação, não se indaga se a violência foi praticada contra o real possuidor ou em face do servidor da posse, bem como os motivos que a inspiraram, pois o vício é objetivo, sendo bastante a aquisição ilícita da coisa; b) posse clandestina: adquire-se às ocultas de quem exerce a posse atual, sem publicidade ou ostensividade, mesmo que a ocupação seja eventualmente constatada por outras pessoas; c) posse precária: resulta do abuso de confiança do possuidor que indevidamente retém a coisa além do prazo avençado para o término da relação jurídica de direito real obrigacional que originou a posse. Inicialmente, o precarista era qualificado como titular de uma posse direta e justa, obtida através de negócio jurídico celebrado com o proprietário ou possuidor, conduzindo-se licitamente perante a coisa. Todavia, unilateralmente delibera por manter o bem em seu poder, além do prazo normal de devolução, praticando verdadeira apropriação indébita. (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais, p. 105 a 107).

⁴⁹ GOMES, O. **Direitos Reais**, p. 83.

se uma posse for adquirida por ato de ocupação, os possuidores estariam agindo de boa-fé ou má-fé nos termos do disposto no Código Civil?

4.2 Relação entre os vícios subjetivos da posse e as ocupações

Vimos que a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais, positivados no texto constitucional e merecedores de tutela. A partir desse pressuposto, é importante analisar se a posse exercida por atos de ocupação é de boa-fé e merecedora da tutela em face do proprietário que não deu destinação funcional à sua propriedade.

A ocupação⁵⁰, urbana ou rural, é um ato-fato de ingresso em bens abandonados pelo proprietário e, portanto, privados de qualquer função social.⁵¹ Elas ocorrem em decorrência da necessidade de melhor distribuição do acesso aos direitos de propriedade, em grande medida pautados pela busca de direitos fundamentais presentes na Constituição de 1988 e também das consequências da não observância da função social exigida em cada hipótese.

O que ocorre no âmbito desses conflitos possessórios é um questionamento acerca da manutenção do direito de propriedade em favor daquele que deixa de efetivamente exercê-lo, ou o que o faz de modo indevido, ou seja, não cumpre com sua função social. Não se trata, portanto, do desconhecimento acerca do fato de que o apossamento realizado em tais circunstâncias confronta o alegado direito de outrem, como exige a visão tradicional.⁵²

Para testificar tal questão, é imperioso utilizar o estudo de campo elaborado por Joaquim de Arruda Falcão acerca dos conflitos em torno da terra em Recife, no ano de 1978. Neste estudo, Falcão, detectou em sua pesquisa que “os invasores quererem ser proprietários. Justificam a invasão de propriedade alheia porque, sobre o direito de usar e dispor segundo a livre vontade do proprietário deve prevalecer o direito de moradia de todos.”⁵³

⁵⁰ É importante ressaltar que ocupação é diferente de invasão. De acordo com Almeida, invasão possui um sentido construído e torna de alguma ilegalidade. Como afirmam os dicionaristas, denota algo contrário ao juízo de valor social, algo reprovável. De seu turno, a ocupação mitiga essa ilegalidade e nos põe a par de um sentido mais brando, é posse legalizada de algo; significa ter a posse legal de uma coisa abandonada ou ainda não apropriada. Ocupação, aliás, possui até mesmo um sentido outro: o de trabalho, de labor, de emprego de força intelectual ou física para auferir renda ou para produção de algo. (ALMEIDA, G. do. C. de. **Invasão ou ocupação?** Ensaio sobre a função social da propriedade. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26812-26814-1-PB.pdf>> Acesso em: 27/11/2018).

⁵¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 76.

⁵² DANTAS, M. E. C. **Toda Posse Ad Usucapionem é Uma Posse Injusta**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Dantas-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>> Acesso em: 28/11/2018, p. 13.

⁵³ FALCÃO, J. de. A. **Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife**. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). **Conflitos de Direito de Propriedade: Invasões Urbanas**. p. 112 e 113.

Nesse sentido, o questionamento da legitimidade da propriedade não utilizada pressupõe, logicamente, o conhecimento de sua existência enquanto tal. Assim, não se pode questionar aquilo que se ignora. E se não se ignora, não seria possível afirmar a boa-fé.⁵⁴

Dessa forma, de acordo com o disposto na tradição legalista, não seria de boa-fé a posse daqueles que ocupam imóveis abandonados e que não cumprem com a função social, sem autorização do proprietário, pois, por mais que o apossamento seja moralmente justificável do ponto de vista da justiça social e tenha legitimidade nos princípios fundamentais positivados na Constituição, os possuidores não ignoram o fato de que o bem é de outra pessoa. Portanto, tratar-se-ia de uma posse ilegítima, subjetivamente viciada.

Dantas escreve em relação a esta questão que há uma diferença no significado da palavra “injusta” quando em referência ao modo como a posse foi obtida e quando em referência ao conteúdo da solução dada pelo legislador. Dessa forma, uma posse pode ser “injusta” em um aspecto formal, decorrente do fato de que foi obtida de forma não autorizada, mas “justa” porque, de um lado, não vem sendo utilizada pelo proprietário e, de outro, representa a materialização de direitos fundamentais sociais negligenciados pelo Estado.⁵⁵

O fato, complementa Dantas, é que a justiça material da ocupação de terrenos abandonados por pessoas que não têm acesso aos direitos de moradia frente à proprietários negligentes não é incompatível com o reconhecimento de que o apossamento não foi autorizado, conforme exige a boa-fé e, neste sentido estritamente formal, gera uma posse injusta.⁵⁶

Nota-se, contudo, que essa opção legislativa contradiz o ordenamento jurídico pátrio em vários aspectos a partir da ótica da Constituição Federal. Também evidencia a necessidade de repensar a caracterização da posse de boa-fé através da cláusula geral da função social da posse e das garantias fundamentais presentes no texto Constitucional, bem como a partir dos fundamentos da República.

Porém, antes de adentrar nessas questões, é importante salientar os efeitos que a legislação civil atribui a uma posse subjetivamente viciada. Conforme veremos, além de qualificar, a princípio, como má-fé uma posse derivada de uma ocupação para fins de moradia e trabalho, de uma terra improdutiva ou edifício abandonado, sobre qual o proprietário não exerce o direito de posse e nem cumpre com sua função social, o ordenamento jurídico impõe ao possuidor não proprietário, nestas condições, severas consequências.

⁵⁴ DANTAS, M, E, C. **Toda Posse Ad Usucapionem é Uma Posse Injusta**, p. 14.

⁵⁵ Ibid, p. 13.

⁵⁶ Idem

4.3 Efeitos da posse

Os efeitos jurídicos de uma posse subjetivamente viciada refletem no direito à percepção de frutos, no direito à indenização e a retenção das benfeitorias e na responsabilidade civil do possuidor. Todavia, existem diferenças consideráveis das consequências dada pelo legislador ao possuidor de boa-fé em relação ao possuidor de má-fé.

No tocante ao direito à percepção de frutos⁵⁷, dispõe o art. 1.214, do Código Civil que o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos⁵⁸. Complementando, determina o parágrafo único desse comando legal que os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas de produção e custeio. Devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

No que concerne ao possuidor de má-fé, de acordo com o art. 1.216, do Código Civil, responde ele por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé. Todavia, esse possuidor tem direito às despesas da produção e de custeio.

Tepedino, Barboza e Moraes explicam que a responsabilidade do possuidor de má-fé reside no dever de restituir os frutos percebidos, aos quais não tem direito em decorrência da

⁵⁷ Os frutos da coisa pertencem a seu dono ou a quem ele transferiu o direito de fruí-la. Assim, quando a coisa se acha em poder de alguém que carece do direito de gozo, o proprietário, que a reivindica, faz jus à restituição dos frutos percebidos. É importante ressaltar que os frutos não têm existência independente. Eles dependem da coisa principal, cuja sorte seguem. Nesse sentido se dizem bens acessórios, na classificação dos bens reciprocamente considerados. Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquela cuja existência supõe a da principal. (GOMES, O. p. 75). No que concerne à origem, três são as categorias de frutos: a) frutos naturais, que são aqueles provenientes diretamente da coisa, em decorrência de sua força orgânica, renovando-se periodicamente pela força da natureza, não perdendo tal característica, mesmo que o homem concorra com processos técnicos para melhorar a qualidade ou intensificar a produção, pois sua participação não é essencial (ex: colheitas); b) frutos industriais, que são aqueles cuja produção decorre da atuação do engenho humano sobre a natureza. O homem interfere no ciclo biológico de forma determinante. Havendo dúvida a respeito da natureza dos frutos, se naturais ou industriais, não há maior relevância, eis que sujeitos a idêntico regime, como se extrai da leitura do art. 1.215 do Código Civil (ex: produção de uma fábrica); c) frutos civis, consistindo nas rendas periódicas provenientes da concessão do uso e gozo de uma coisa frutífera por outrem que não o proprietário (ex: juros e aluguéis). (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais, p. 139.)

⁵⁸ Imprescindível quanto aos frutos é a apuração do momento de sua percepção em cotejo com o bem principal e o estado psicológico do possuidor naquele instante. Assim, de acordo com o estado em que se encontram, surgem quatro denominações de frutos que se ajustam à conduta do possuidor de boa-fé ou má-fé: **a) percebidos**: são os frutos que já foram separados da coisa principal ao tempo da citação e colhidos na constância da boa-fé; **b) pendentes**: são os frutos que ainda aderem naturalmente à coisa e não podem ser colhidos, posto não separados da coisa principal, no momento em que cessa a boa-fé, sendo ainda que considerados bem imóveis por natureza; **c) colhidos com antecipação**: são os frutos percebidos prematuramente, quando ainda eram pendentes; **d) percebidos**: são os frutos que deviam ou podiam ter sido colhidos, mas não foram. (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais, p. 140.)

má-fé. Da mesma forma, os frutos colhidos por terceiros deverão ser restituídos. Além disso, o possuidor de má-fé não terá direito aos frutos pendentes ou aos colhidos por antecipação. Já em relação aos frutos que deixou de perceber por sua culpa, estes constituem lucros cessantes a ensejar responsabilidade civil, como na hipótese em que o possuidor impediu a produção ideal da coisa possuída ou deixou de receber valores a título de utilização da coisa por outrem.⁵⁹

Percebe-se que as consequências dos efeitos da posse de má-fé são mais graves em relação à posse de boa-fé. Enquanto o possuidor de má-fé tem direito apenas às despesas de produção e custeio dos frutos colhidos e percebidos, o possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos e às despesas da produção e custeio dos frutos pendentes e colhidos, não tendo direito apenas aos frutos pendentes, aos frutos antecipadamente colhidos e aos produtos.⁶⁰

Nesse sentido, Farias e Rosenvald explicam que, em razão da função social da posse, a lei homenageia a eticidade da conduta do possuidor de boa-fé em detrimento do proprietário inerte que abandonou a posse, outorgando àquele o direito à percepção dos frutos, enquanto a posse remanescer com tal qualidade. Segundo os autores, há uma relativização evidente dos princípios da sequela e aderência no cotejo com a boa-fé imprimida pelo possuidor.⁶¹

Em síntese,

Tabela 1

	Posse de boa-fé	Posse de má-fé
<i>Frutos percebidos</i>	Direito do possuidor	Indenização ao possuidor legítimo, com direito à dedução das despesas
<i>Frutos pendentes</i>	Restituição, com direito à dedução das despesas.	Só lhe assiste o direito às despesas
<i>Frutos percebidos</i>	Não há consequências	Indenização ao possuidor legítimo

Fonte: Do autor (2018).

Em relação ao direito à indenização e a retenção das benfeitorias⁶², dispõe o Código Civil, no art. 1.219, que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias

⁵⁹ TEPEDINO, G; BARBOZA, H, H; MORAES, M, C, B. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. 2014, p. 485.

⁶⁰ GOMES, O. **Direitos Reais**. p. 78.

⁶¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 139.

⁶² Gomes explica que todas as benfeitorias são acessórias da coisa, sejam voluptuárias, úteis ou necessárias. Consequentemente, assim como o possuidor tem direitos aos frutos que percebeu em virtude de ter a posse da coisa principal, deveria adquirir todo e qualquer melhoramento que fizesse no bem possuído, incorporando-o definitivamente a seu patrimônio, de maneira que, perdendo a posse para o proprietário, conserva, não obstante, o direito adquirido. Acontece, porém, que as benfeitorias, via de regra, aderem à coisa principal por forma que se torna impossível ou extremamente dificultoso separá-las. Outras, que, materialmente, comportariam a separação, não podem ser levantadas sem

necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias.

Já em relação ao possuidor de má-fé, de acordo com o art. 1220, do Código Civil, serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias.

Segundo Tepedino, Barboza e Moraes tal disposição tem o condão de impedir o enriquecimento sem causa do retomante, desvinculando-se da qualidade da posse. Assim, na medida em que as benfeitorias necessárias constituem despesas efetuadas com a finalidade de conservação da coisa, seriam inevitavelmente realizadas pelo proprietário ou legítimo possuidor. Todavia, por se tratar de possuidor de má-fé, não haverá direito de retenção como garantia pelo valor da dívida.⁶³

Além disso, conforme se observa na segunda parte do art. 1.220, do Código Civil, não caberá reparação pelas benfeitorias úteis e voluptuárias porventura realizadas, tendo em vista que nenhuma delas se mostram indispensáveis, de modo que se pode considerar que o proprietário não as teria realizado.

Quanto a isto, não há uniformidade na doutrina, tendo em vista que muitos teóricos sustentam que o direito à indenização das benfeitorias úteis também deve ser estendido ao possuidor de má-fé, porque, sendo melhoramentos que aumentam ou facilitam o uso da coisa, valorizam-na para o proprietário reivindicante, o qual, em consequência, obtém proveito à custa de outrem.⁶⁴

No tocante às benfeitorias voluptuárias, o possuidor de má-fé, ao contrário do possuidor de boa-fé, não pode retirá-las, perdendo-as, conseqüentemente, em proveito do proprietário. A qualidade da sua posse e a finalidade da benfeitoria voluptuária não autorizam a concessão de

detrimento da coisa. Apenas algumas suportam retirada sem perda do valor próprio e sem sacrifício do bem principal. Nessas condições, o direito do possuidor aos melhoramentos introduzidos na coisa muda qualitativamente de conteúdo, quando obrigado a restituí-la. Converte-se, necessariamente, em direito ao valor da benfeitoria. Não podendo conservar a coisa acessória, quando absorvida pela principal, o possuidor fará jus ao equivalente em dinheiro (GOMES, O. **Direitos Reais**, p. 79).

⁶³ TEPEDINO, G; BARBOZA, H, H; MORAES, M, C, B. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, p. 489.

⁶⁴ Quanto a esta questão, Gomes expõe que a orientação seguida pelo legislador brasileiro merece aprovação, tendo em vista que os melhoramentos introduzidos pelo possuidor de má-fé para facilitar o uso da coisa, não sendo estritamente indispensáveis, poderiam ter sido feitos pelo proprietário, se não estivesse privado da posse, inclusive, pela razão decisiva de não os suportar financeiramente. Por outro lado, ficaria obrigado a pagar, de uma só vez e de imediato, o que poderia ter gasto parcimoniosa e paulatinamente. Demais disso, não se justifica o ressarcimento de benfeitorias úteis ao possuidor de má-fé, porque, sabendo que não pode possuir a coisa, age culposamente em lhe introduzindo melhoramentos que o proprietário poderia dispensar (GOMES, O. **Direitos Reais**, p. 82).

qualquer direito, por se entender, além do mais, que, propriamente falando, tal melhoramento não aproveita ao proprietário.⁶⁵

Nota-se, mais uma vez, que o Código Civil atribui consequências graves ao possuidor de má-fé. Enquanto este tem direito exclusivamente à indenização das benfeitorias necessárias, o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias, à indenização das benfeitorias úteis, ao levantamento das benfeitorias voluptuárias e a exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias ou úteis.

Vejamos,

Tabela 2

	Posse de boa-fé	Posse de má-fé
<i>Benfeitoria Necessária</i>	Direito à indenização e à retenção	Apenas restituição do valor gasto pelo possuidor
<i>Benfeitoria Útil</i>	Direito à indenização e à retenção	Não tem direito
<i>Benfeitoria Voluptuária</i>	Direitos ao levantamento, sem direito de retenção	Não tem direito

Fonte: Do autor (2018).

Por fim, em relação à responsabilidade do possuidor, a legislação civil também dispõe no art. 1.218, do Código Civil, que o possuidor de má-fé responde pela perda, deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

O referido dispositivo legal refere-se à possibilidade e imputação de responsabilidade civil ao possuidor pela perda ou deterioração da coisa que vem a ser retomada. Nesse sentido, observa-se que o possuidor de má-fé responde pela perda e pela deterioração da coisa, mesmo se decorrentes de caso fortuito ou força maior, em razão da ampliação da responsabilidade do possuidor de má-fé. Assim, se o possuidor tinha a convicção de que a coisa não lhe pertencia, não lhe seria lícito dispor desta, nem abandoná-la, nem deixar e cuidar com o zelo que se exige no trato das próprias coisas e, com muito rigor, das de outrem.⁶⁶

Desse modo, o possuidor de má-fé equipara-se a devedor em mora, quanto à perpetuação da obrigação, já que o devedor moroso se responsabiliza pelos danos causados à coisa ainda que provenientes de caso fortuito. Nesse caso, o legislador presume a sua responsabilidade, cabendo ao possuidor provar que o dano sobreviria mesmo que a coisa estivesse na posse do

⁶⁵ GOMES, O. **Direitos Reais**, p. 82

⁶⁶ SANTOS, C. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 10. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, p. 214.

reivindicante, rompendo a causalidade entre o exercício possessório e o evento danoso, a evitar o enriquecimento sem causa do proprietário.⁶⁷

Tal tratamento também se diferencia do possuidor de boa-fé. De acordo com o art. 1.217, da legislação civil, o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa, ou seja, até que a boa-fé cesse, apenas haverá a responsabilidade do possuidor quando o retomante provar a culpa ou dolo pelo perecimento da coisa, devendo então ressarcir pelo montante equivalente à depreciação econômica provocada.⁶⁸

É importante ressaltar que o Código Civil, a rigor, impõe ao possuidor de má-fé, quanto à sua responsabilidade, duras consequências. Assim, ainda que o evento lesivo tenha sido determinado pela força maior, como, por exemplo, a destruição de uma casa através de um terremoto ou enchente, será do possuidor de má-fé a responsabilidade pelo perecimento ou degeneração do bem.

Nesse sentido,

O legislador criou uma verdadeira hipótese de *responsabilidade objetiva pelo risco integral* (ou responsabilidade objetiva agravada), na qual o real titular do bem não precisará provar a culpa do possuidor de má-fé, nem este poderá elidir o dever de reparar por eventos externos à sua atuação, como o fortuito externo e o fato de terceiro. Assim, o possuidor de má-fé tem a convicção que deveria restituir o bem a quem de direito, mas se mantém inerte. Esse comportamento moralmente reprovável merecerá intensa sanção por parte do ordenamento. Consequentemente, qualquer evento danoso será imediata e objetivamente imputado ao possuidor – tal como um mal gestor de bens alheios -, mesmo sem correspondência causal com um comportamento que lhe pudesse ser atribuído.⁶⁹

Para melhor entender as consequências de uma posse subjetivamente viciada em relação à responsabilidade civil do possuidor,

Tabela 3

	Posse de boa-fé	Posse de má-fé
<i>Indenização por prejuízos sofridos</i>	Responde apenas pela perda ou deterioração da coisa que lhe der causa	Responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo de comprovar que de igual modo a perda ou a deterioração teria ocorrido estando a coisa na posse do proprietário

Fonte: Do autor (2018).

⁶⁷ TEPEDINO, G; BARBOZA, H, H; MORAES, M, C, B. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. p. 486.

⁶⁸ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais. p. 142.

⁶⁹ Ibid, p. 143.

É compreensível que o Direito não trate em pé de igualdade os possuidores de boa-fé e de má-fé. Contudo, percebe-se que as consequências dadas ao possuidor de má-fé são desproporcionalmente mais graves em comparação com o possuidor de boa-fé. Tal questão assevera a necessidade da reconstrução da concepção da boa-fé em uma posse motivada pela concretização de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

Dessa forma, além de dar autonomia à posse em relação ao direito propriedade, é preciso recharacterizar a posse de boa-fé subjetiva com base nos direitos fundamentais constitucionais. Tal esforço encontra guarida na visão constitucional do direito civil e visa funcionalizar a posse como um instrumento de efetivação de direitos fundamentais a favor dos possuidores não proprietários em ocupações de terras e edifícios abandonados que não estão cumprindo com a função social.

5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Primeiramente, é preciso entender o papel histórico da Constituição Federal na reinterpretção dos institutos jurídicos do Direito Civil, principalmente em relação ao direito de propriedade e ao instituto da posse, para, posteriormente, adentrar nos princípios e fundamentos constitucionais que informam o atual regime jurídico da posse.

O direito civil, na tradição romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Era o ramo mais distante do direito constitucional e a verdadeira constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal, infenso às mudanças sociais, políticas e econômicas com que conviveu. Segundo Lôbo, parecia que as relações jurídicas interpessoais não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemoriais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada.⁷⁰

Contudo, a civilística mais recente tem demonstrado a falácia desta visão estática e atemporal do direito civil. Não se trata apenas de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos. Opera-se, assim, uma mudança substancial de atitude: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código Civil, como ainda ocorre.⁷¹

Dessa forma, os princípios fundamentais do direito civil, elevados ao plano constitucional, passam a ser por este condicionados; de outra forma, ficam submetidos aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, imprescindíveis, hoje, para a compreensão do moderno direito civil atual.⁷² Esse processo é chamado de constitucionalização do direito civil e passa a condicionar a observância, pelos cidadãos, e a aplicação, pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Esta mudança da forma de interpretação do Direito Civil a partir do texto constitucional está relacionada com a transformação do Estado Liberal para o Estado Social. De acordo com Grisard, nos códigos civis do Estado Liberal, o cidadão paradigmático era o cidadão dotado de

⁷⁰ LÔBO, P, L, N. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, n. 141, a. 36, jan./mar./1999. Brasília: Senado Federal, p. 1.

⁷¹ Idem

⁷² FILHO, W. G. **A Função Social da Propriedade: Do Direito de Propriedade ao Direito à Propriedade**. In: RAMOS, C, L, S (Org.). **Direito Civil Constitucional: Situações Patrimoniais**, Curitiba, Jaruá, 2012, p. 241.

patrimônio, cabendo ao Estado disciplinar as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, sem considerar suas desigualdades reais. Segundo o autor, este modelo de codificação e a ausência de uma constituição econômica, que permitiam a exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerou reações e conflitos, resultando no advento do Estado Social.⁷³

Caracteriza-se o Estado Social pela inserção na Constituição da regulação da ordem econômica e social, limitando o poder político e o poder econômico, projetando para além do indivíduo a tutela dos direitos, com inegáveis reflexos sobre o direito civil. Assim, o social passou a dominar o cenário constitucional no século XX, orientando a atuação do Estado ao interesse coletivo. Se o Estado e a sociedade mudaram, o mesmo não aconteceu com os códigos civis, que continuaram amarrados à ideologia do Estado Liberal, persistindo na hegemonia dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.⁷⁴

Como consequência da resistência do direito civil frente à mudança de valores, os códigos civis tornaram-se obsoletos pela completa incompatibilidade com a nova orientação jurídico-ideológica constitucionalmente estabelecida. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares⁷⁵, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil,⁷⁶

Se antes o paradigma era o cidadão dotado de patrimônio, a prevalência deste sucumbiu à pessoa humana, sujeito em si, abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações no Estado moderno torna-se incompatível com o princípio fundante da República, a dignidade da pessoa humana, condição primeira de adequação do direito à realidade aos fundamentos constitucionais. Daí dizer-se da repersonalização do direito civil, no sentido de repor a pessoa humana no centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.⁷⁷

Assim, devido ao processo de constitucionalização da legislação privada, ficou estabelecida a necessidade de recuperar o fundamento da tutela das coisas, reaver que a titularidade das coisas tem que ser instrumento para a realização concreta da existência humana, ver a apropriação de bens por outros olhos. Como disse Cortiano, é preciso enxergar que “as

⁷³ FILHO, W. G. **A Função Social da Propriedade: Do Direito de Propriedade ao Direito à Propriedade**, p. 241.

⁷⁴ Ibid, p. 242.

⁷⁵ São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.

⁷⁶ LÔBO, P, L, N. **Constitucionalização do Direito Civil**. p. 4.

⁷⁷ Ibid, p. 242.

coisas de que o homem se apropria servem para realizar o homem, e não para serem realizadas no homem”.⁷⁸

Nesse contexto, o instituto possessório e o direito de propriedade também são submetidos a um juízo de constitucionalidade. Torna-se necessário buscar no texto constitucional os fundamentos que informam tais institutos do Código Civil. A posse é vista como um direito autônomo apto a tutelar situações em que se busca o cumprimento de princípios fundamentais. A propriedade é funcionalizada por valores sociais e existenciais, condicionadores do sujeito proprietário.

De acordo com Fachin (2003 citado por GOMES, 2002, p. 2) no âmbito do direito interno, a transformação do governo jurídico da propriedade e da posse é reconhecida em duas travessias: a primeira é a senda que vai do Código Civil de 1916 à Constituição de 1988; a segunda é a ponte que a hermenêutica crítica e construtiva está construindo entre a nova codificação civil e a principiologia axiológica de índole constitucional.⁷⁹

Dessa forma, tendo em vista esse processo de constitucionalização do Direito Civil, os problemas relacionados aos institutos podem ser relidos ao influxo de uma nova metodologia de índole constitucional. Assume-se, assim, o tempo da atualização como aquele vincado por princípios constitucionais vinculantes, normas que incidem direta e imediatamente nas relações interprivadas, reconhecendo-se as transformações operadas no sistema clássico originário insculpido no Código Civil do século pretérito, sem jamais relegar a um patamar despreciando o legado daí advindo, útil e necessário à análise crítica.⁸⁰

5.1 A posse de boa-fé e a Constituição de 1988

Diante da posição civilista tradicional em relação aos possuidores não proprietários que ocupam imóveis e terras que não estão cumprindo com a função social e do processo de constitucionalização do direito civil, é necessário repensar a caracterização da posse de boa-fé subjetiva no instituto possessório.

A posse, conforme visto, não representa, simplesmente, a exteriorização do direito de propriedade, mas é um direito autônomo que, dentro do contexto social brasileiro, revela-se como um instrumento efetivo na concretização de direitos fundamentais.

⁷⁸ CORTIANO JR, E. **Para além das coisas**: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In RAMOS, C, L, S (org). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

⁷⁹ FACHIN, 2003 apud GOMES, 2012, p. 02.

⁸⁰ GOMES, O. **Direitos Reais**. p. 2.

Nesse sentido, qualificar uma posse de má-fé em razão de ser adquirida por ato de ocupação com fundamento em princípios fundamentais, seria reafirmar o posicionamento civilista tradicional, qual seja, da supremacia do direito de propriedade. E não apenas isso, mas também relegar, a segundo plano, direitos fundamentais constitucionais, como o direito à moradia e ao trabalho. Trata-se, portanto, de uma situação notadamente inconstitucional.

Daí a necessidade de repensar a caracterização da posse de boa-fé sob os mesmos prismas constitucionais que informam o instituto possessório, a saber, a função social, o direito fundamental à moradia, a prevalência de situações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais, e a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, é importante ressaltar que a Constituição brasileira garante à propriedade o *status* de direito fundamental. No entanto, é igualmente verdadeiro que esta garantia não se limita à tutela da situação de proprietário, mas consubstancia-se também no direito de acesso dos possuidores não proprietários.⁸¹ Nesse sentido, a afirmação da Fachin,

Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatário no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser lido como direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso.⁸²

Por outro lado, no art. 5º da Constituição Federal encontra-se positivado a função social da propriedade, que é condicionante do exercício do proprietário. Nesse sentido, não há dúvida de que a propriedade que cumpre a função social será garantida. A mesma certeza não existe, entretanto, para aqueles que descumprem. Tepedino (1989 citado por GUERRA; SANTOS, 2012, p. 487) afirma que “não haverá propriedade, mesmo dentre as espécies tuteladas especificadamente pela Constituição, que escape ao pressuposto da função social, de conteúdo pré-determinado, cujo descumprimento ocasionará a perda da proteção constitucional.”⁸³

Segundo Zavascki,

Por função social da propriedade há de entender o princípio que diz respeito à *utilização* dos bens, e não a sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão

⁸¹ GUERRA, C, E; SANTOS, M, A. **A Tutela da posse: novas possibilidades.** In: *Diálogos Sobre Direito Civil: Volume III*, p. 487.

⁸² FACHIN, L, E. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 289.

⁸³ TEPEDINO, 1989 apud GUERRA; SANTOS, 2012, p. 487.

submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo.⁸⁴

Nesse sentido, a função social da propriedade realiza-se ou não mediante atos concretos, da parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.⁸⁵ Percebe-se, dessa forma, que a função social da propriedade “é mais evidente na posse e muito menos na propriedade”.⁸⁶

Esta relação de pertinência entre posse e função social permeia-se no atual regime da Constituição. Assim, do ponto de vista constitucional, a tutela da posse como instituto autônomo é plenamente justificada e merece, independentemente de sua relação com o direito de propriedade, um trato especial, apropriado à sua vocação natural de instrumento concretizador do princípio da função social da propriedade.⁸⁷

O direito à moradia, por sua vez, traduz necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna e complemento de sua personalidade e cidadania. Este direito atua com eficácia normativa imediata, tutelando diretamente situações jurídicas individuais.⁸⁸

Segundo Milagres, o direito à moradia como dimensão fundamental da existência humana, transcende a ideia de prestação estatal ou particular e também não se restringe a uma função de defesa. O destinatário a um espaço essencialmente propício à proteção de sua dignidade é a pessoa em si, independentemente de um contraponto com o poder público ou com poderes privados. O ser humano é artífice de seu espaço, e o direito à moradia deve ser compreendido como categoria autônoma de direito de personalidade, com contornos precisos, exaltando a essencialidade do bem inerente à personalidade humana.⁸⁹

Para Silva, o direito à moradia tem duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a

⁸⁴ ZAVASCKI, T. A. **A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil**. p. 8.

⁸⁵ Idem

⁸⁶ FACHIN, L. E. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 19.

⁸⁷ Ibid, p. 9.

⁸⁸ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 92.

⁸⁹ MILAGRES, M. de. **O Direito à Moradia: Direito Especial de Personalidade?** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2009, p. 79-184.

pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva do Estado que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia.⁹⁰

Nesse sentido, o direito à moradia,

Está previsto em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não ter um teto para si e para a família -, e promover o bem de todos, o que pressupõe um mínimo, ter onde morar dignamente. Além dessas normas e princípios gerais, há ainda o disposto no art. 23, X, que dá competência comum a todas as entidades públicas da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, o que importa, só por si, criar condições específicas determinando ação positiva no sentido da efetiva realização do direito à moradia, quando, no mesmo art. 23, IX, se estabelece a competência comum para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.⁹¹

Outra questão refere-se à centralidade da dignidade da pessoa humana no direito pátrio, tendo em vista ser um dos princípios fundamentais da República⁹². Nesse sentido, Barroso escreve que o referido princípio identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Assim, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial.⁹³

De acordo com Moraes, o princípio cardeal no cenário do direito civil contemporâneo é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. O resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração

⁹⁰ SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 315.

⁹¹ Idem

⁹² Art. 1, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

⁹³ BARROSO, L. R. **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf> Acesso em: 28/11/2018, p. 41.

em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida.⁹⁴

Ademais, além dos dispositivos constitucionais citados, uma reflexão mais abrangente é necessária. A Constituição impôs aos juristas uma reflexão sobre o papel desempenhado pelas situações subjetivas patrimoniais e existenciais do ordenamento e na sociedade brasileira, especialmente no âmbito do Direito Civil.⁹⁵

A doutrina civil-constitucional, neste particular, passou a defender a prevalência das situações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais.⁹⁶ Segundo Filho. C. (2008 citado por GUERRA; SANTOS, 2012, p. 487) “uma das proposições do direito civil contemporâneo consiste na “distinção e prevalência, nas situações de conflito dos valores não patrimoniais sobre os patrimoniais, por opção, democrática, do Poder Constituinte”.⁹⁷

Assim, a patrimonialização das relações no Estado moderno torna-se incompatível com o princípio fundante da República, a dignidade da pessoa humana, condição primeira de adequação do direito à realidade aos fundamentos constitucionais. Nesse diapasão, o patrimônio não pode ser considerado mais importante que as necessidades vitais do ser humano e a titularidade das coisas tem que ser instrumento para a realização concreta da existência humana.

Diante disso, com base nos princípios fundamentais constitucionais acima mencionados e na atual sistemática da legislação civil que preza pela supremacia das questões existenciais em detrimento de questões patrimoniais, a boa-fé também está presente na conduta do possuidor que exerce poder de fato sobre bem abandonado, concedendo-lhe uma funcionalidade.

A boa-fé subjetiva necessita passar pela cláusula geral da função social. Nesse diapasão, desde o momento em que o possuidor utiliza da posse como um instrumento na efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição, como o direito à moradia, ao trabalho e acesso a bens vitais mínimos indispensáveis na concretização da dignidade da pessoa humana, fica caracterizada a boa-fé.

O possuidor, nestas condições, tem a convicção de que pode ocupar o bem em razão dos princípios e garantias dispostos no texto constitucional. Não se trata de uma ignorância de que a propriedade na qual adentra não lhe pertence, contudo, baseado nos princípios fundamentais

⁹⁴ MORAES, M. C. B. de. **O princípio da solidariedade.** In PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; FIRLY, N. F. [orgs.]. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 176.

⁹⁵ GUERRA, C. E e SANTOS, M. A. **A Tutela da posse:** novas possibilidades. In: *Diálogos Sobre Direito Civil: Volume III*, p. 487.

⁹⁶ Idem

⁹⁷ FILHO, 2008 apud GUERRA; SANTOS, 2012, p. 487.

mencionados e no estado de necessidade social em que se encontra, considera que o ato que realiza não é eivado de vícios, e sim ato justo, apto na concretização de direitos.

Nesse sentido, a conduta do possuidor não proprietário se amolda à boa-fé, pois, legitimado pela materialização de direitos fundamentais sociais negligenciados pelo Estado, acredita não haver vícios no ato de ocupação. Nesta perspectiva, o ato possessório se dá dentro dos limites dos direitos garantidos no ordenamento jurídico. O possuidor não proprietário possui convicção acerca da legitimidade de sua posse.

É importante destacar que o art. 1.228, §4º, do Código Civil⁹⁸, que trata da aquisição da posse coletiva, também conceitua boa-fé nos moldes do art. 1.201, do Código Civil, ou seja, como aquela em que o possuidor desconhece a origem viciosa do bem. Nesse sentido, a boa-fé nas ocupações de imóveis por pessoas que possuem ciência no ingresso em coisa alheia se baseiam na convicção de que o ato de ocupação não é eivado de ilegalidades, uma vez que estão diante de terrenos negligenciados por titulares inadimplentes da função social e visam a concretização de direitos fundamentais.⁹⁹

Por fim, cabe mencionar que na hipótese da posse ser adquirida por ato de ocupação, qualificar a atuação do possuidor como de má-fé pela ausência de título seria considerar que só existe ética no direito de propriedade e que toda situação fática que dela não fosse emanada seria contrária ao ordenamento.¹⁰⁰

Outrossim, há a inegável necessidade de ponderar a atuação do possuidor que deu destinação econômica à coisa, mesmo sem qualquer titulação, diante da inação do proprietário desidioso que não zelou pelo que lhe pertence. Não atenderia a noção de proporcionalidade e razoabilidade obrigar o possuidor diligente a restituir todos os frutos que recebeu e não ser

⁹⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e do 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.

⁹⁹ Farias e Rosenvald ressaltam que, com base no princípio da função social da posse e no direito fundamental à moradia, a boa-fé também está presente na conduta daquele que exerce poder de fato sobre bem abandonado, concedendo-lhe destinação econômica. Do contrário, se for adotado entendimento restritivo, ou seja, qualificar a atuação do possuidor como de má-fé, nenhuma eficácia restará à desapropriação judicial concebida pelo art. 1.228, § 4º, que dentre os seus requisitos postula pela boa-fé de considerável número de possuidores. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 5 – Reais**, p. 116-117.)

¹⁰⁰ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 116.

indenizado por acessões e benfeitorias ao final de uma ação reivindicatória, pelo simples fato de ter exercido poder fático sobre a coisa sem um título que lhe desse amparo jurídico.¹⁰¹

Diante destas questões, a boa-fé está presente na conduta daquele que exerce poder de fato sobre bem abandonado – que não esteja cumprindo com a função social – concedendo-lhe destinação econômica por meio da concretização de direitos fundamentais constitucionais. Tal posicionamento concede efetividade à posse como instrumento jurídico na promoção de direitos fundamentais e garante inúmeros direitos decorrentes da boa-fé.

5.2 A posse e os conflitos multitudinários

Superado os dois problemas suscitados no artigo, quais sejam, a funcionalização da posse como um direito autônomo em relação à propriedade e a reconstrução da caracterização da posse de boa-fé a partir dos princípios fundamentais constitucionais, urge debater o conflito jurídico-normativo que se instaura entre dois direitos: de um lado, o proprietário, titular do direito real oponível *erga omnes*, mas que não lhe concedeu a função social e, do outro, o possuidor que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse.

É importante ressaltar que posse e propriedade, fenômenos jurídicos autônomos, convivem, de modo geral, harmonicamente, em relação de mútua complementariedade, refletindo, cada um deles, princípios constitucionais não excludentes, mas, ao contrário, também complementares um do outro. Direito de propriedade e função social da propriedade são, com efeito, valores encartados na Constituição como direitos fundamentais (art. 5, XXII)¹⁰² e como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III)¹⁰³, com força normativa de mesmo quilate e hierarquia.¹⁰⁴

Não obstante sua inegável relação de complementariedade, pode ocorrer, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro. É o que ocorre nas situações em que o detentor da titulação jurídica é omissivo no desempenho da função social, a qual, todavia, vem sendo exercida por longo tempo e em sua plenitude por outrem, possuidor não proprietário.¹⁰⁵

¹⁰¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5: Reais**. p. 117.

¹⁰² Art 5º, XXII, da Constituição Federal: é garantido o direito de propriedade.

¹⁰³ Art. 170, II e III, da Constituição Federal: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) I – propriedade privada; III – função social da propriedade.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, T, A. **A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil**. p. 9.

¹⁰⁵ Ibid, p. 10.

Neste conflito, duas ordens se colocam em tensão: a de garantia e conservação de bens (estatuto patrimonial) e a de acesso aos mesmos bens (estatuto existencial). Trata-se, na verdade, de um enfrentamento em que o direito subjetivo público e difuso a bens mínimos e vitais é contraposto a direitos individuais formalmente tutelados pelo sistema.¹⁰⁶

Quando houver essa divergência entre os anseios do proprietário que deseja a posse, mas nunca lhe deu a função social, e, de outro lado, o possuidor, que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse, é preciso priorizar a interpretação que mais sentido possa conferir à dignidade da pessoa humana.

Logo, nos casos de conflito entre uma propriedade descumpridora de sua função social e de uma posse qualificada pela concretização de direitos fundamentais, a tutela da posse deverá prevalecer sobre o direito de propriedade.

Para tanto, Torres indica requisitos para que a posse prevaleça sobre a propriedade, vejamos: a) que o possuidor ocupe o imóvel com vistas à satisfação de necessidades vitais como moradia e subsistência; b) que a posse seja meio eficaz para satisfazer estas necessidades; c) que o possuidor não tenha meios para adquirir o imóvel; d) que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel; e) que a área ocupada se limite ao necessário para o atendimento da moradia e do cultivo.¹⁰⁷ Nesse sentido, ainda que exista um título de propriedade formalmente válido, a posse deverá ser tutela em detrimento dele.

É importante ressaltar que o próprio legislador já instituiu diversos instrumentos jurídicos aptos a tutelar a posse em face da propriedade, como a usucapião, a perda da propriedade pelo abandono, o art. 1.228, §4º, do Código Civil e a legitimação da posse da lei 11.977/2009.¹⁰⁸

Em que pesem tais questões, a jurisprudência é bastante controversa em relação ao tema. Zavascki explica que as decisões judiciais levam em consideração as peculiares circunstâncias do caso concreto. Todavia, pode-se afirmar que, no que se refere às demandas de natureza cível, têm-se privilegiado, de um modo geral, a garantia do direito de propriedade.¹⁰⁹

Segundo o autor, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de desapropriação indireta, ou nas de usucapião especial *pro-labore* ou urbano (em que a tutela do possuidor

¹⁰⁶ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil 5**: Reais. p. 103.

¹⁰⁷ TORRES, M, A, A. **A propriedade e a Posse**: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 422.

¹⁰⁸ GUERRA, C, E.; SANTOS, M, A. **A Tutela da posse**: novas possibilidades. In: *Diálogos Sobre Direito Civil: Volume III*, p. 488.

¹⁰⁹ ZAVASCKI, T, A. **A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil**. p. 21.

ocorre quando a afetação do bem ao patrimônio público, ou de sua destinação à moradia ou ao trabalho produtivo, já está plenamente consolidada, o que legitima o privilégio ao princípio da função social), no caso das ocupações, a reação do proprietário ocorre imediatamente, de modo que não se pode afirmar a existência, naquele momento, de uma situação fática por si só valiosa, do ponto de vista social ou jurídico, em favor dos ocupantes, a ponto de permitir a limitação das faculdades decorrentes dos direitos de propriedade em benefício de outro princípio constitucional.¹¹⁰

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem várias decisões no sentido da prevalência do direito de propriedade. O Tribunal entende que a aferição da função social da propriedade é desnecessária quando se tratar de ação possessória. Assim, é concedida a tutela possessória ao proprietário, mesmo quando fica reconhecido que o imóvel não cumpre a função social. Vejamos,

A sentença, ao negar provimento ao pleito possessório, consignou que o imóvel rural não estava cumprindo sua função social, constitucionalmente imposta. Segundo o Juízo de 1º Grau, a posse só existe quando observada referida função. Não é bem assim. Muito embora existam nos autos informações advindas do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA – noticiando que imóvel em comento foi reconhecido como “grande propriedade improdutiva” e declarado de interesse social para fins de reforma agrária por decreto do executivo federal, não se pode concluir que a recorrente não tinha posse do imóvel (...) em suma, o descumprimento da função social da propriedade não pode ser utilizado como permissivo para que um grupo de pessoas processa ao exercício arbitrário das próprias razões. A autotutela, primitiva forma de solução de conflitos, largamente encontrada na história da humanidade, é hoje repudiada pela sociedade, mormente quando há outros meios constitucionalmente consagrados para fazer valer o princípio da função social da propriedade”.¹¹¹

Observa-se que a decisão se limitou a argumentar que o descumprimento da função social não significa, necessariamente, a inexistência de posse. Também afirmou que o descumprimento da função social não pode ser utilizado para a posse sem um justo título. Tal julgamento não encontra guarida na teoria social da posse.

Em decisões mais recentes, o TJMG tem reafirmado o posicionamento de que a função social da propriedade não pode ser considerada como requisito para a concessão da proteção possessória, devendo prevalecer, nesse conflito jurídico-normativo, o direito de propriedade. Nesse sentido,

Quanto à função social da propriedade, embora detenha status constitucional, não pode ser considerada como requisito para a concessão da proteção

¹¹⁰ ZAVASCKI, T, A. **A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil**. p. 21.

¹¹¹ TJMG. Ap. Cív. 1.0024.03.999614-5/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 14º Câmara Cível, julgado em 14/12/2006, Dje: 06/02/2007.

possessória. A Constituição Federal prevê que cabe apenas à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, a propriedade que não cumpra sua função social, mediante prévia e justa indenização. Logo, o argumento utilizado pela parte apelante não pode ser considerado como algo absoluto, vez que o próprio diploma constitucional também assegura ao indivíduo que o Estado exercerá a proteção à propriedade privada, conforme se observa no artigo 5º, XXII, da CR/88.¹¹²

Em outro prisma, releva pontuar que embora tenha conhecimento da realidade que angustia os integrantes dos movimentos sociais que reivindicam a reforma agrária, o fato de um imóvel rural ser ou não produtivo não interessa ao deslinde da ação possessória, pois a lei não exige a comprovação que a posse esteja cumprindo sua função social, para que esta seja protegida judicialmente. Sendo assim, ainda que o imóvel não esteja cumprindo a sua função social, isto não autoriza a sua invasão, pois, se assim o fosse, estaríamos legitimando a autotutela, o que é vedado pelo Direito. Importante gizar que a função social da propriedade deve ser averiguada para fins de desapropriação do imóvel pelo Estado, com intuito de promover a reforma agrária, que somente será procedida mediante a justa e prévia indenização ao proprietário. Como se observa, a análise acerca da função social da propriedade não é objeto de discussão nas ações possessórias, as quais estão adstritas ao jus possessionis. Por conseguinte, o direito à posse, em virtude da propriedade não cumprir sua função social, deve ser discutido em via própria, qual seja, a ação de desapropriação, que em previsão na Carta Magna.¹¹³

Há de registrar, entretanto, a existência de corrente jurisprudencial em outro sentido, minoritária, reconhecendo a legitimidade da permanência, ainda que provisória, dos ocupantes da área, em nome da garantia de bens fundamentais como mínimo social das pessoas carentes.

Como exemplo deste último caso, temos uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no sentido de que é possível a tutela da posse quando a propriedade tenha descumprido sua função social. No caso em tela, neutralizou-se uma ação reivindicatória proposta por particulares que buscavam desalojar de uma área de sua titularidade 30 famílias carentes que ocupavam o local há vários anos e ali formavam uma favela. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão do TJSP, que julgou improcedente a demanda e transferiu a propriedade aos ocupantes, com fundamento no exercício da função social de posse sobre bem abandonado. Também considerou que o titular não havia realizado a função social da propriedade.

Em sede de apelação em ação de reivindicação, o voto vencedor consignou,

¹¹² TJMG. Ap. Cív. 1.0024.15.046060-8/003, Rel. Des. Pedro Aleixo, 16º Câmara Cível, Data de julgamento: 20.06.2018, Dje: 29/06/2018.

¹¹³ TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.15.093017-0/001, Rel. Des. (a) Aparecida Grossi, 16º Câmara Cível, Data de julgamento: 01/08/2018., Dje: 02/08/2018.

O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela (...) No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento pelo menos no que diz respeito aos 9 (nove) lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978-1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários. O *jus reivindicandi* fica neutralizado pelos princípios constitucionais da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.¹¹⁴

O proprietário não obteve sucesso na demanda, porque se considerou que o descumprimento da função social neutralizou seu direito de reivindicar. Foram tutelados, portanto, os ocupantes da área, porque estes implementaram, naquele espaço até então inutilizado, uma funcionalidade.

Em situação semelhante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul decidiu favoravelmente às famílias que ocupavam uma área de terra que não cumpria sua função social. No caso, houve a prevalência dos direitos fundamentais das famílias acampadas em detrimento do direito patrimonial de uma empresa. Consta na ementa,

Garantia a bens fundamentais com mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstancia esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união.¹¹⁵

Comparato explica que quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, explicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal,

¹¹⁴ TJSP. Ap. Cív. 212.726-1-8, Rel. Des. José Osório, 8º Câmara Cível, Data de julgamento: 16/12/1994., Dje: 16/12/1994. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/alcides_tomasetti_jr._-_perecimento_do_direito_de_dominio.pdf> Acesso em 01/10/2018.

¹¹⁵ TJRS. Agravo de Instrumento nº 598360402, Rel. Des. Guinther Spode, 19º Câmara Cível, Data de Julgamento: 06/10/1998., Dje: 06/10/1998.

estadual e municipal – de uma política de distribuição equitativa de propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias.¹¹⁶

Noutro sentido, o descumprimento do dever social do proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à da exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.¹¹⁷

Esse posicionamento jurisprudencial favorável aos proprietários, mesmo nas situações onde não há o cumprimento da função social, confirma a necessidade de caracterizar a posse exercida por meio de ocupações como de boa-fé. Tal posicionamento confere aos possuidores inúmeros direitos que, no caso de uma posse de má-fé, não lhes seriam assegurados. Assim, é garantido ao possuidor de boa-fé a percepção dos frutos, a indenização das benfeitorias, o direito de retenção por acessões implantadas, irresponsabilidade pelo dano a que não deu causa, e, ainda, prazos menores para usucapião de bem móvel e imóvel, dentre outros direitos.

Diante de tais questões, uma posse motivada para fins de moradia e trabalho, de uma terra improdutiva ou edifício abandonado, sobre qual o proprietário não exerce o direito de posse e nem cumpre com sua função social é legítima e de boa-fé. Nesses casos, o instituto possessório poderá ser tutelado, pelo Poder Judiciário, ainda que a ela se contraponha o direito de propriedade, quando não atender, injustificadamente, a função social da propriedade. Assim, a propriedade será submetida ao controle constitucional e perderá as garantias do sistema jurídico, uma vez que não se coaduna com os escopos constitucionais.

¹¹⁶ COMPARATO, F. K. **Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade.**

Disponível em: <

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf>. Acesso em 05/11/2018, p. 7.

¹¹⁷ Ibid, p. 8.

6 CONCLUSÃO

Diante de uma sociedade desigual e marcada pela injusta distribuição de terras e inúmeros conflitos possessórios, urbanos e rurais, a posse se mostra como um dos institutos mais relevantes do ordenamento jurídico brasileiro, sendo instrumento essencial na concretização de direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, principalmente em relação aos despossuídos.

Nesse sentido, as teorias clássicas, como a teoria objetiva de Ihering e a subjetiva de Savigny, que perpetuam a ideia de submissão da posse à propriedade, se mostram insuficientes para exprimir a densidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, além de dissonantes da realidade brasileira. O instituto possessório necessita ser reinterpretado de acordo com os valores sociais nele impregnados, tendo como ponto de partida os fundamentos, objetivos e princípios constitucionais.

Dessa forma, com base na teoria social da posse, deixa de haver uma situação de hierarquia entre posse e propriedade. A posse constitui direito autônomo e expressa o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais, merecedores de tutela. E não apenas isso, mas também rompe com o absolutismo da propriedade, o qual, fundado no pensamento iluminista, perdurou por muito tempo e ainda permeia as consciências.

Entretanto, em que pese a concepção da posse como um instituto autônomo, apto na satisfação de direitos fundamentais e merecedora de tutela, a legislação civilista exige do possuidor não proprietário a boa-fé subjetiva, identificada pelo estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresentam suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem.

Por conseguinte, os possuidores não proprietários que utilizam dos atos de ocupação para acessar a propriedade e buscar o cumprimento de direitos fundamentais, não ignoram o fato de que o bem é de outra pessoa. Assim, em um sentido estritamente formal, gera uma posse de má-fé.

Contudo, qualificar uma posse de má-fé em razão de ser adquirida por ato de ocupação com fundamento em princípios fundamentais, seria reafirmar o posicionamento civilista tradicional da supremacia do direito de propriedade. E também, relegar, a segundo plano, direitos fundamentais constitucionais, como o direito à moradia e ao trabalho. Trata-se, portanto, de uma situação inconstitucional, que não encontra guarida na teoria social da posse.

A boa-fé no âmbito das ocupações, precisa ser caracterizada sob os mesmos fundamentos constitucionais que informam o instituto possessório. É preciso repensá-la através da função social, do direito fundamental à moradia, da prevalência de situações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais e da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, uma posse concretizada por meio de uma ocupação, como instrumento na efetivação dos referidos direitos fundamentais, é de boa-fé. O possuidor, nestas condições, tem a convicção de que pode ocupar o bem em razão dos princípios e garantias dispostos no texto constitucional. Assim, com fundamento em tais princípios e no estado de necessidade social, o possuidor considera que o ato que realiza não é eivado de vícios.

Nesse sentido, a conduta do possuidor não proprietário se amolda à concepção de boa-fé subjetiva, pois, baseado na materialização de direitos fundamentais sociais negligenciados pelo Estado, possui convicção acerca da legitimidade de sua posse.

Tal posicionamento tem o condão de conceder efetividade à posse como instrumento jurídico na promoção de direitos fundamentais, além de garantir aos possuidores não proprietários inúmeros direitos decorrentes da posse de boa-fé.

Ademais, em relação ao conflito jurídico-normativo que se instaura entre o direito de propriedade que não está cumprindo com a função social, e o possuidor que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse, é preciso priorizar a prevalência dos direitos do possuidor não proprietário sobre os direitos dos proprietários.

O exame da jurisprudência, contudo, é controvertido em relação ao tema. Existe uma corrente jurisprudencial, minoritária, no sentido de reconhecer a legitimidade e permanência, ainda que provisória, dos ocupantes, em nome da garantia de bens fundamentais. Contudo, a jurisprudência majoritária demonstra que nas demandas de natureza civil, privilegia-se o direito de propriedade.

Tal posicionamento assevera a necessidade de caracterizar a posse exercida por meio de ocupações como de boa-fé. Assim, é conferido aos possuidores não proprietários inúmeros direitos, como o direito à percepção dos frutos, a indenização das benfeitorias, o direito de retenção por acessões implantadas, a irresponsabilidade pelo dano a que não deu causa, entre outros.

Portanto, uma posse motivada pela concretização de direitos fundamentais constitucionais, de um bem abandonado, sobre qual o proprietário não exerce a posse e nem cumpre com a função social é legítima e de boa-fé. Nesses casos, a posse, materializada por meio de ocupações, poderá ser protegida, ainda que a ela se contraponha o direito de propriedade.

REFERÊNCIAS

- ALBURQUEQUE, A, R, V. **Da Função Social da Posse**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALMEIDA, G. do C. de. **Invasão ou ocupação?** Ensaio sobre a função social da propriedade. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26812-26814-1-PB.pdf>> Acesso em: 27/11/2018.
- ALVES, J. C. M. **Posse, II, 1º tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forente, 1991.
- ARONNE, R. **Propriedade e Domínio. A Teoria da Autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BARROSO, L, R. **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 28/11/2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal: 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.15.093017-0/001, Rel. Des. (a) Aparecida Grossi, 16º Câmara Cível, Julgado em 01/08/2018, data da Publicação: 02 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.15.093017-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 03/11/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Cív. 1.0024.15.046060-8/003, Rel. Des. Pedro Aleixo, 16º Câmara Cível, Julgado em 20/06/2018, data da Publicação: 29 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.15.046060-8%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 03/11/2018
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Cív. 1.0024.03.999614-5/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 14º Câmara Cível, Julgado em 14/12/2006, data da Publicação: 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.03.999614-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 03/11/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap. Cív. 212.726-1-8, Rel. Des. José Osório, 8º Câmara Cível, julgado em 16/12/1994, data da Publicação: 16/12/1994. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/alcides_tomasetti_jr._-_perecimento_do_direito_de_dominio.pdf> Acesso em 01/10/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. n. 598360402, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, 19º Câmara Cível, Julgado em 06/10/1998, data da Publicação: 06/10/1998. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=598360402&num_processo=598360402&codEmenta=137327&temIntTeor=false>. Acesso em 01/10/2018.

COMPARATO, F. K. **Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf>. Acesso em 05/11/2018.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 492.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso em: 27/11/2018.

CORTIANO JR., E. **Para além das coisas:** breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DANTAS, M, E, C. **Toda Posse Ad Usucapionem é Uma Posse Injusta.** Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Dantas-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 28/11/2018.

FACHIN, L. E. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, C, C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil:** Reais. 12. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILHO, W. G. **A Função Social da Propriedade:** Do Direito de Propriedade ao Direito à Propriedade. Direito Civil Constitucional: Situações Patrimoniais, Curitiba, Jaruá, 2012.

GOMES, O. **Direito Reais.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUERRA, C, E.; SANTOS, M, A. **A tutela da posse:** novas possibilidades. In: TEPEDINO, G; FACHIN, L, E. Diálogos Sobre Direito Civil: Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

IHERING, R. V. **Teoria Simplificada da Posse.** Coleção Fórum. Salvador: Progresso, 1957.

LÔBO, P, L, N. **Constitucionalização do Direito Civil.** Revista de Informação Legislativa, n. 141, a. 36, jan./mar./1999. Brasília: Senado Federal.

MELO, M, A, B. **Direito das Coisas**: Volume V, São Paulo: Atlas, 2015.

MILAGRES, M. de O. **Direito à Moradia**: Direito Especial de Personalidade? Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.

MONTEIRO FILHO, C, E, R. **Rumos Cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje**, in: Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional.

MORAES, M. C. B. de. **O princípio da solidariedade**. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FIRLY, Nascimento Filho (orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NORONHA, F. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, C. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 10. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.

SILVA, J, A. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
TEPEDINO, G. (org.), São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, G. **A Nova Propriedade**. RF, n° 306, 1989.

TEPEDINO, G; BARBOZA, H, H; MORAES, M, C, B. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição** – Volume III, 2. ed., São Paulo: Renovar, 2014.

TORRES, M, A, A. **A propriedade e a Posse**: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, T. A. **A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil**. Revista Brasileira da Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun, 2005.