

1 INTRODUÇÃO

O Direito, como Ciência, deve refletir a mutabilidade constante dos relacionamentos sociais. Esse intrincado mecanismo transforma os institutos jurídicos em um corpo, constituído de infinitas células normativas, possuindo seu ciclo vital próprio. Tem seu nascimento seguido de um movimento contínuo de amadurecimento e aprimoramento, que servirá de suporte para a geração de outros segmentos inovadores capazes de perpetuar o próprio princípio fundamental do Direito.

Nessa ordem, reconhecidamente, alguns institutos jurídicos, assumem efeitos especiais sobre a conduta social. Por tal, as Constituições assumem o dever de lhes conferir o adequado tratamento institucional que irá permear por toda a normatização interna dela decorrente.

Seguindo essa orientação, o Código Civil brasileiro e outros diplomas legislativos internos conservam o alinhamento principiológico imposto pela Carta Constitucional de 1988. Com efeito, nos moldes da maioria dos sistemas jurídicos mundiais, a posse, que ora se transforma em objeto de estudo, segue modulada pelos mesmos princípios valorativos e, por tal, confere equilíbrio harmônico ao tecido social.

De outro lado, algumas legislações variam quanto à concepção ideológica desse instituto. Em sendo assim, se revela de todo justificado o estudo das diferentes correntes conceituais sob uma perspectiva comparativa quanto aos efeitos decorrentes. Destarte, em atenção ao limite espacial imposto para esta sede, ainda que com certo desconforto, passaremos ao largo de toda a questão concernente ao regime da posse para adentrar, imediatamente, na intimidade da problemática que envolve a questão.

Definida a ordenação didática e tomando o Direito Civil Brasileiro como base estrutural, será possível equacionar a posse frente ao elenco dos direitos reais e pessoais, utilizando, para tanto, uma vertente sistemática e teleológica, com acento especial na ontogenoseologia jurídica.

Pelo mesmo viés, será possível extrair o conceito conferido à posse, segundo o perfil atual da sociedade globalizada, delinear os seus efeitos e aferir as razões que fundamentam a identificação de novos direitos reais. Nesse mesmo contexto, será possível identificar as razões que conduziram a inserção da função social no tratamento dispensado à posse.

Demais disso, num passo marcado por um grau maior de profundidade, serão identificados os fatores que propiciaram a inserção da função social nas figuras da

Desapropriação judicial privada por posse trabalho e Usucapião especial urbana por abandono do lar.

Considerando esse especial contexto e tendo por objetivo o compromisso inicialmente, pretende-se, ao final, contribuir para uma melhor otimização da política social desenvolvida pelo Estado, considerando o especialíssimo contorno em que vem se apresentando a sociedade do século XXI.

2 EXIGÍVEL EQUACIONAMENTO ENTRE OS DIREITOS REAIS E PESSOAIS

Nesse passo inicial, se revela exigível ressaltar as características que conferem identidade aos Direitos Pessoais em confronto com os Reais, considerando a diferenciada disciplina que o Código Civil reserva a esses dois institutos.

Esse delineamento divide nossos melhores doutrinadores entre a Teoria Personalista e a Realista ou Clássica. Orlando Gomes (2007, p. 12-17), assegura que, para os defensores da Teoria Personalista, as relações jurídicas pessoais são sempre estabelecidas entre sujeitos de direito, enquanto que para os direitos reais são elas intermediadas por coisas. Em outros termos, a diferença estaria centrada no sujeito passivo. Deveras, nos Direitos Pessoais, o devedor é certo e determinado, enquanto que no direito real é indeterminado, gerando, portanto, uma obrigação passiva universal de respeitar esse direito.

De outro lado, para os defensores da Teoria Realista ou clássica, no direito real a relação jurídica é estabelecida entre o sujeito de direito e a própria coisa, possuindo, portanto, eficácia erga omnes, mas que podem sofrer restrições. Por outro lado, no direito pessoal, a relação se opera, inter partes, ou seja, entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor), exigindo certos comportamentos.

Ressalte-se, todavia, que o direito de seqüela é igualmente apontado como contraponto entre os direitos reais e pessoais. Tal se dá porque, no direito real, a própria coisa responde, onde e com quem quer que esteja. Nos pessoais, entretanto, a responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento da obrigação recai sobre os bens do devedor, em conformidade com o artº 391, do Código Civil (TARTUCE, 2014, p.14).

Demais disso, os direitos reais são dotados de caráter permanente, enquanto os pessoais são marcadamente transitórios, a exemplo dos contratos. Outra diferença decorre do princípio

regulamentador. Sobre os reais incidem os princípios da publicidade ou da visibilidade como premissa à tradição e ao registro, enquanto os pessoais estão abertos à autonomia da vontade.

2.1 A POSSE SEGUNDO UMA RELAÇÃO DE DIREITO OU DE FATO

Os Romanos, segundo Silvio Rodrigues (1997, p. 17-18) disciplinavam a posse, segundo os seus aspectos práticos, sem conceituá-la. Ou seja, primitivamente, a ideia de posse estava intimamente relacionada à ideia de possuir a coisa em caráter absoluto. Ou seja, mantê-la fisicamente junto ao corpo, podendo dela usar e gozar.

Considerando, ainda, os limites espaciais preconizados para este estudo, deixaremos de abordar, com a merecida profundidade, as diferentes teorias filosóficas voltadas à concepção da natureza jurídica da posse.

Com esse foco restritivo, lembramos que Maria Helena Diniz (2008, p. 48) identifica três teorias direcionadas à questão. Para a primeira, marcada por Savigny com certo radicalismo, a posse constitui um fato ainda que preserve a sua eficácia jurídica¹. A segunda, identificada como subjetivista ou subjetiva², influenciou a maioria das legislações do século XIX. Por ela, a posse comporta dupla classificação. Ou seja, em si mesma, é um fato, mas quanto aos efeitos por ela produzidos (a usucapião e os interditos), apresenta-se como direito e, por tal, integra o rol dos direitos pessoais. Em outra formulação, a posse confere “o poder direto ou imediato de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja” (TARTUCE, Flávio. Direito das Coisas. 2014, p. 28). E são os efeitos que imprimem cunho jurídico à posse (GOMES, 2010, p. 63).

Depreende-se que esse conceito conjuga o *corpus* com o *animus domini*. Tal se dá porque a *possessio*, em sua concepção inicial, guardava íntima conexão com a detenção. Entretanto, o *corpus* nem sempre produz os efeitos jurídicos da prescrição aquisitiva ou induz à proteção através dos interditos. Isto é, quando o detentor exerce seu próprio direito de propriedade por deter a coisa (elemento intelectual), a detenção se transforma em posse como fundamento de direitos.

¹ Ampararam essa tese Merlin, Lafayette, Wodon, Namur, Domat, Ribas, Laurent, Pothier.

² Idealizada por Friedrich Carl Von Savigny em seu “Tratado da Posse” (*Das Recht des Besitzes / Traité de la Possession en Droit Romain*). Igualmente ampararam essa tese Merlin, Lafayette, Wodon, Namur, Domat, Ribas, Laurent, Pothier.

Posteriormente, tanto o conceito do *corpus* como o do *animus* sofreram mutações. Realmente, o *corpus* passou a representar a mera possibilidade de exercer o contato físico com a coisa. Ou seja, tê-la à sua disposição. (MONTEIRO, 2003, p. 17). Os dois elementos conjugados passaram a configurar a posse, da qual decorre o direito aos interditos e ao usucapião³.

Os maiores críticos à teoria de Savigny acentuam, “precisamente, seu exagerado subjetivismo, que faz depender a posse de um estado íntimo difícil de ser precisado concretamente”. (GOMES, 2010, p.19). Entretanto, essa dificuldade probatória é atenuada face à presunção legal que confere o título de proprietário ao possuidor respaldado por título.

Na verdade, segundo Fábio Ulhôa Coelho (1984, p. 81), “o seu mérito se encontra muito mais no fato de haver revisado e sistematizado tudo quanto se soubesse da posse”. Através dela foi possível criar as condições de desenvolvimento para uma teoria mais próxima da realidade.

Ainda assim, sua diretriz continua pontuando alguns sistemas jurídicos modernos, reconhecidamente filiados à teoria objetiva, como o Código Civil Italiano. Mesmo o Código Civil Brasileiro, que guarda relação direta com a teoria objetiva, ainda não abandonou a dicotomia entre os dois elementos que caracterizam a posse, pois, a tutela referente à usucapião ordinária conclama a aplicação da teoria subjetiva ao exigir, para sua configuração, a posse *ad usucapionem*. Ou seja, exige que a posse seja exercida de forma mansa e pacífica por determinado tempo, com a intenção de ser o proprietário do bem que está sob seu domínio físico.

A terceira das teorias é identificada como objetiva ou objetivista e teve Rudolf von Ihering como seu precursor. A sua obra prima, "Teoria unificadora da posse", se revelou tão atraente que, praticamente, aniquilou a teoria subjetiva na Alemanha⁴. O interesse implícito à posse, segundo essa linha filosófica, se revela pela utilização econômica, pouco importando se é exercida por quem tem ou não o direito. Ou seja, a posse para Ihering, representa simples relação

³ O *corpus* corresponde ao domínio fático que justifica o poder de manutenção ou de disponibilidade sobre a coisa. Consequentemente, a posse somente é possível se existir a propriedade. O *animus domini*, constitui o elemento intelectual. Expressa a intenção de ter a coisa para si e de exercer sobre ela os direitos inerentes ao proprietário. Ou seja, é o elemento subjetivo que caracteriza a posse. Não basta o *corpus*, como não basta o *animus*. (...) “Se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá simples detenção” (GOMES, 2007, p. 32). E se, “apesar do contato físico com a coisa, não existe *corpus* e *animus*, não se há que falar em posse, nem detenção, mas, apenas, relação de lugar com a coisa ou mera ‘justaposição local’ (KIPER, 2004, p. 151).

⁴ Por esse caminho, Ihering e outros como Teixeira de Freitas, Cogliolo, Demolombe, Molitor, Stahl, Ortolan, Puchta, identificam a posse como um direito, por considerarem que os direitos são os interesses juridicamente protegidos.

de proximidade material entre uma pessoa e uma coisa, o que não apresenta significação jurídica alguma (IHERING, 1926, p. 279).

Em decorrência, se revelaria imprópria a inserção do elemento subjetivo – *animus* – ao conceito de posse, posto que subtrairia a principal distinção desse instituto com a propriedade. Por sua lente objetiva, a posse deve ser aferida pelo efetivo domínio fático sobre a coisa (*corpus*) ou pela possibilidade de exercê-lo. De tal maneira, prescindindo do *animus* de ser proprietário, a posse passa a ser comprovada pela conduta externa do possuidor, direcionada a explorá-la economicamente. Daí resulta que a detenção consiste em ter o domínio fático em nome alheio e a posse é tê-lo em nome próprio⁵.

A posição do jurista alemão é dominante entre os civilistas, para os quais a posse constitui, efetivamente, o domínio de fato que a pessoa exerce sobre a coisa. Essa conformação encontrou ressonância com a “ontognoseologia” de Miguel Reale que, através de sua “Teoria Tridimensional do Direito”, concebe o direito fundado sob três pilares: fato, valor e norma, onde o fato encerra uma ideia sociológica do Direito, o Valor uma determinação filosófica e a norma uma disposição jurídica. Dessa forma, num sentido linear, sendo a posse um fato, e sendo o direito também constituído por fatos, é de se concluir que a posse constitui um direito com natureza jurídica especial. De todo modo, deduz-se que todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário” (TARTUCE, 2014, p.29).

F. Ulhôa Coelho (1984, p. 91-92), igualmente cotejando as duas teorias (posto que a primeira, caiu em desuso), evidencia que a posse “é apreensão que goza da proteção jurídica (interditos) e a detenção a que não goza”. Frente a tal postulado, conclui o autor que “em Savigny a posse é uma detenção especial”, pois dotada de vontade de ser dono “e em Ihering a detenção é uma posse especial, porque o ordenamento a trata de forma especial quando a lhe nega acesso aos interditos”. Em sendo assim, alerta para as consequências práticas da adoção legislativa de uma ou outra teoria caracterizadora da posse, dado que tal postura “deixaria ao desabrigo certas relações entre homem e coisa [...]”. Portanto, continua o autor, “não existe uma completa e fiel adesão a um ou outro modelo”. Melhor caminho será distinguir “conceituação” de “regime jurídico”, “posto que a adoção da caracterização subjetiva ou objetiva da posse não implica necessariamente na adoção do regime correspondente”.

⁵ Nesse contexto, o comodatário e o locatário deveriam ser considerados possuidores, pois usam o objeto em nome próprio. Como tal, podem utilizar as ações possessórias até contra o proprietário. Já bem diferente é a posição do caseiro, pois este exerce a posse em nome alheio, seguindo ordens de terceiro.

Mesmo frente a essa limitada abordagem, é possível aferir que a crescente mutabilidade e complexidade da sociedade conduziu à identificação da posse através de um viés mais abrangente (GOMES, 1998, p.18).

Ainda assim, segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 33-34) o termo “posse” continua sendo empregado de maneira imprópria por muitos doutrinadores. A imprecisão é justificada por Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 41) ao considerar esse instituto como o mais controvertido de todo direito, não apenas do direito civil.

2.2 FORMATAÇÃO DA POSSE SEGUNDO O NOSSO CÓDIGO CIVIL

Conferindo a disciplina do atual Código Civil, à luz dos elementos conceituais, ora deduzidos, especialmente quanto aos termos de seu art. 1196, é de se concluir por sua inclinação objetiva, especialmente ao legitimar como “possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Por tal, confere ao possuidor direto, o direito de defender sua posse contra o indireto, vedando a este opor exceção de domínio (*exceptio proprietatis*) a pedido de manutenção ou reintegração de posse (art. 1197 c.c. art. § 2º do art. 1210).

Igualmente cravado pela objetividade, o art. 1204 estabelece que a posse é adquirida desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. Com a mesma tonalidade, o art. 1223 determina que se perde a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

Realmente, tal distinção é importante porque a detenção carece de efeitos jurídicos que são atribuídos à posse. Nesse sentido, conceitualmente, considera-se detentor aquele que conserva a posse em nome de outro, em virtude de uma situação de dependência econômica ou de vínculo de subordinação. Ou seja, em cumprimento de ordens ou instruções (art.1.198 do C. Civil). Não lhe cabe, portanto, direito de invocar, em nome próprio, ações possessórias.

Nas palavras do ilustre professor Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 52), o detentor não usufrui da posse no sentido econômico, posto que esta pertence a outro. Nessa direção, para o autor, enquadram-se como mero detentores os administradores de imóveis. Pela mesma razão, os empregados apenas detêm a posse das ferramentas e equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador. De igual modo o bibliotecário em relação aos livros e o almoxarife em relação ao

estoque. Em decorrência, afirma, o conceito de posse, expresso pelo art. 1.196 do C. Civil, deve ser articulado com os termos do art. 1.198 seguintes, respeitando-se, também, a ressalva do art. 1.208: “Não induzem posse atos de mera permissão ou tolerância”.

Nessa mesma linha, para Caio Mário da Silva Pereira (2003, p.17), a posse independe da condição de ser ou não proprietária, posto que exerce sobre a coisa poderes ostensivos, “como se senhor dela fosse, conservando-a e defendendo-a”. Assim, são tidos como possuidores o proprietário, o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o administrador, o inventariante e o síndico.

Silvio Rodrigues (2009, p. 15-16), buscando ilustrar a diferenciação conceitual, utiliza-se de dois exemplos. No primeiro, o proprietário de um imóvel é dele desapossado violentamente. Neste caso, é possível recuperar o bem através ação petitória, comprovando o domínio sobre ele. Tal se dá porque o ordenamento jurídico repele a violência. De outro lado, alguém adquire um imóvel de quem não é dono e passa a exercer a posse sobre ele. Caso o verdadeiro proprietário tome a iniciativa de, violentamente, privá-lo da posse, ele tem a seu favor o princípio jurídico que proíbe fazer justiça com as próprias mãos. Portanto, apesar da posse não corresponder a um direito, ele será nela mantido até que, em juízo, seja demonstrado quem tem melhor direito. Nesse contexto, a intenção de ser ou não dono da coisa se revela de grande importância.

De outro lado, a ordenação sistemática expressa pelo Código Civil aos direitos reais, (art. 1225 do CC), poderia conduzir ao entendimento de que a posse constitui mero fato. Tal se dá porque, tal figura não é encontrada no elenco dos direitos reais e, tampouco, integra o conjunto dos direitos pessoais. Nessa ordem, seguindo a visão clássica, o rol dos direitos reais é apresentado de maneira taxativa – *numerus clausus* – enquanto que o dos direitos pessoais é exemplificativo – *numerus apertus* – art. 425 do CC.

Conferindo maior esclarecimento, Rosenvald e Farias (2012, p.43), advertem que o princípio da taxatividade se refere à origem e o da tipicidade está ligado ao conteúdo dos direitos reais. Ou seja, pelo princípio da taxatividade, novos direitos reais só poderão ser criados por meio da atividade legislativa, não abrindo espaço para a autonomia privada⁶. Consignam, entretanto,

⁶ Nesse sentido, a Lei 11.481/07 alterou essa relação para nela incluir a concessão de direito de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, que podem ser objeto de hipoteca (art. 1473 do CC). Demais disso, não constam do referido elenco a alienação fiduciária em garantia – que mereceu tratamento através de Lei específica (L. 9.514/97) –, nem a chamada legitimação de posse – regida pela Lei nº 11.977/2009 e veiculada pelo programa “Minha casa, minha vida”. Tampouco consta a desapropriação administrativa independentemente de ação judicial.

que os envolvidos numa relação jurídica poderão criar deveres jurídicos com efeitos *erga omnes*, por meio de inovação no rol de direitos reais.

Tal se dá porque o princípio da tipicidade, ao determinar o respeito à estrutura básica ou conteúdo dos direitos reais, não impede que sejam realizadas transformações pontuais em aspectos secundários da relação real estabelecida. Portanto, a descrição legal dos direitos reais constitui, na verdade, tipos abertos que representam as balizas fundamentais do direito real abstratamente considerado, sem excluir “elementos juridicamente relevantes que lhe sejam exteriores” (GONDINHO, 2001, p. 86).

Conservando a fidelidade essa especial linha de argumentação, é de se concluir que o perfil do atual Código Civil, concebido a partir da ideia revolucionária de Miguel Reale, retrata a ideia de transformar o Direito Civil em um corpo de normas mais aberto e efetivo, segundo o princípio da operabilidade. Em decorrência, os direitos reais atuais extravasam a enumeração do art. 1225 do C. Civil. Em sendo assim, afasta-se eventual tendência de caracterizar a posse como simples fato, apenas porque não se apresenta no elenco dos direitos reais.

3 DO CONTURBADO CONCEITO DESTINADO A IDENTIFICAR O OBJETO DA POSSE

Segundo a formatação didática do Código Civil de 2002 o Direito das Coisas integra o conjunto de direitos patrimoniais de natureza real, cujo tratamento vem dispensado pelos artigos que compõe o Livro III (1196 a 1510).

Ao tratar desse ramo do direito, parte da doutrina relaciona a expressão “coisa” a bens corpóreos, tangíveis, materiais, não abrangendo os bens intangíveis. (TARTUCE, 2014, p. 2). Portanto, a princípio, são passíveis de posse todas as coisas que possam ser objeto de propriedade. Tal ilação vem respaldada pelos termos do art. 1.196 que considera possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Portanto, adverte Gomes (2007, p. 112), não se estende aos bens incorpóreos (propriedade literária, artística e científica), a valores (fundo de comércio, nome comercial, clientela, patentes de invenção) e a direitos.

Assim se posicionam os portugueses José de Oliveira Ascensão (2000, p. 63-65) e Santos Justo (2007, p. 161-163). Na Alemanha se destaca Martin Wolff (1936, p. 30) e, no Brasil, Nelson Rosenvald e Cristiano de Chaves Farias (2007, p. 56).

De outro lado, para alguns autores como Clóvis Beviláqua, Serpa Lopes, Carvalho Santos, Tito Fulgêncio e Washington de Barros Monteiro, além dos bens corpóreos, podem ser objeto de posse os direitos reais. Nessa regra exclui-se a hipoteca, cujo bem dado em garantia não fica sob o poder material do credor.

Ouros ainda, dos quais se destacam Vicente Ráo, Astolfo Rezende e Messineo, asseguram que é possível exercer a posse sobre os direitos pessoais patrimoniais ou de crédito, como os direitos do locatário, do comodatário e do depositário, que mantém relação direta com a coisa. Orlando Gomes, por sua vez, consigna que, para ser objeto do direito de propriedade, não basta que seja bem corpóreo. Deve ser, ainda, especificamente determinado. Em decorrência, não é possível exercer a “propriedade de um patrimônio considerado em sua unidade, mas, sim, tantos direitos de propriedade quantos sejam os bens que o componham (GOMES, 2007, p. 112). Por esse novo encaminhamento conceitual, foi superado o entendimento de Ruy Barbosa que incluía entre o objeto da posse os direitos em geral, como o direito ao exercício de um cargo público.

A base dessa intensa discussão remonta ao Código Civil de 1916 que incluía, entre o Direito das Coisas, a propriedade literária, científica e artística. De outro lado, Código Civil de 2002 se posta omissivo quanto a essa diferenciação, utilizando o vocábulo “bem”, de maneira abrangente, na Parte Geral e “coisas” no Livro III da Parte Especial, ao disciplinar a propriedade, a posse e seus desdobramentos.

Infere-se que Direito das Coisas, como regra, disciplina o poder dos homens sobre as coisas materiais ou bens corpóreos susceptíveis de apropriação e os modos de sua utilização econômica. De outro lado, alinha situações em que Direitos Reais, incidem sobre bens imateriais, como a caução de créditos ou o usufruto sobre ações ou cotas de uma sociedade.

Ademais, conceitualmente, “bens corpóreos” constituem gênero que abrange tudo o que satisfaz a necessidade humana e “coisa” representa uma espécie de bem, de natureza corpórea. Assim, “a honra é um bem, mas não é uma coisa. Um imóvel é um bem e também é uma coisa, porque corpóreo” (LOUREIRO, p. 978).

Numa linha divergente, Silvio Venosa (RT 626/45), aduz que também se protege a posse de bens imateriais quando suscetíveis de uso e apropriação, como ocorre com a marca comercial e os símbolos que a acompanham”.

Em sentido contrário, outra importante corrente descarta os bens imateriais como objeto do direito das coisas, aduzindo que a exclusividade que caracteriza do direito de propriedade não é própria dele, mas de um conjunto mais amplo de direitos, no qual o Direito de Propriedade se insere. Nesse sentido, destaca-se a posição de Oliveira Ascensão (2000, p. 39): “Os bens intelectuais não são objeto de propriedade, mas de direitos de exclusivo, de natureza diferente”. Por tal, alija do elenco dos direitos intelectuais quaisquer preceitos aplicáveis à propriedade, que não sejam resultantes de características comuns a todos os direitos absolutos. Conclui, portanto, que os bens intelectuais não são objeto de direitos reais e “a aplicação subsidiária das regras do direito real só poderá fazer-se em relação a disposições não características da propriedade, como as dos arts. 1208º e 1309º” (artigos do Código Civil Português).

Orlando Gomes (2007, p. 112), perfilha a mesma opinião acentuando que, somente pode ser objeto do direito de propriedade bens corpóreos, não se estendendo, portanto, a bens incorpóreos (propriedade literária, artística e científica), a valores (fundo de comércio, nome comercial, clientela, patentes de invenção) e a direitos. Com a mesma convicção, encontramos Santos Justo (2007, p. 161-163), Martin Wolff (1936, p. 30) e Nelson Rosenvald e Cristiano de Chaves Farias (2007, p. 56)

Registre-se que a propriedade literária, cultural e artística que não mais se encontra disciplinada pelo Código Civil, vem regulada pela Lei nº 9.610/1998. Tais direitos, são, na essência, direitos intelectuais, portanto não sujeitos ao regime possessório. Na mesma direção, os direitos do autor devem ser considerados como “direitos pessoais de personalidade”. (TARTUCE, 2014,p. 3). Essa resistência entre os doutrinadores persiste mesmo após a edição da Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”. Como justificativa, o Tribunal assegura que, em se tratando de bem imaterial, não ocorre o desapossamento de fato do bem.

Dada a relevância da questão o Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão (1979, p. 106) consigna que “o direito de autor (e analogamente deveríamos falar dos direitos sobre bens industriais) não é nem uma propriedade nem um direito real”. Demais disso, em outro momento, buscando afastar qualquer argumento contrário afirma que nunca utilizará a expressão

“Propriedade Intelectual” para designar o direito de autor. Ou seja, para ele, o direito de autor não representa verdadeiramente uma propriedade. A questão deve se enquadrar na seara do Direito Intelectual em vez de Propriedade Intelectual (ASCENSÃO, 2010, p. 15).

Com tal suporte, nasceu a proposta de alteração do Título do Livro III do Código Civil (Projeto 699/2011, antigo Projeto 6960/2002). Entretanto, alguns autores (v.g. Tartuce, 2014, p.3) ponderam, que a preconizada alteração não se faz necessária. Outros, entretanto, defendem a alteração legislativa para incluir a “coisa” como gênero que abrange tudo que não é humano e os “bens”, como espécies, representando coisas com interesse jurídico e/ou econômico.

Em nosso entendimento, a proposta de um novo paradigma relacionado ao tema abriria novo campo para infundáveis debates. Por certo, as diferentes teses jurídicas continuarão permeando o mundo jurídico. Entretanto, é tempo de considerar que a ordenação lógica e consistente de doutrinadores como José de Oliveira Ascensão e Flávio Tartuce entre outros, refletem, pela abrangência, um juízo harmônico e adequado com os princípios socialmente relevantes que acompanham e seguirão acompanhando a história viva de nosso direito civil.

Sob um viés mais específico, Rui Barbosa sempre defendeu a adequação dos interditos possessórios à tutela dos direitos pessoais. Tucci (1978, p. 11-12) se apresenta lembrando que esse esforço se justificava face à patente anomia de meio idôneo e eficaz para proteger os direitos do indivíduo dos atos ilegais do Estado Moderno. A polêmica, segundo o autor, se estendeu mesmo após a vigência do anterior Código Civil “tendo-se concluído, obviamente, pela inadmissibilidade da proteção interdital dos direitos pessoais”.

Atualmente, sob a égide do C. Civil de 2002, que consubstancia primordialmente as ideias de Miguel Reale, a doutrina identifica a posse como exteriorização da propriedade que integra o campo do direito patrimonial. Portanto, inapropriada a utilização dos interditos possessórios para a tutela de direitos pessoais ou obrigacionais, de conteúdo extrapatrimonial. Orlando Gomes (2000, p. 33-36), acentua, ainda, que a defesa dos direitos pessoais dessa ordem, que tenham sido lesados por ato de autoridade, processa-se através do mandado de segurança, criado pela carta de 1934, que substitui, com vantagens, os interditos possessórios.

Nossa jurisprudência majoritária acerca do assunto, já de longa data, inclina-se no sentido de não conceder defesa possessória para os direitos pessoais. Mencione-se, a exemplo: “A ordem jurídica pátria inadmite ação possessória de direito pessoal”. Embargos desacolhidos.

(Embargos Infringentes Nº 590024568, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Celeste Vicente Rovani, Julgado em 06/09/1991).

4 NOVOS CONTORNOS DELIMITADORES E IMPULSIONADORES DA POSSE

Assim, à par das referidas teorias subjetivas e objetivas já consideradas, emergem novas teses que, formatadas sob matizes sociológicas, concebem o caráter econômico e a função social da posse. Esses traços inovadores são reconhecidos em Silvio Perozzi, na Itália, Raymond Saleilles, na França, e Antônio Hernández Gil, na Espanha. Ainda sob os influxos desses doutrinadores, Ana Rita V. Albuquerque (2002, p. 121) retrata, com objetividade, a preconizada reformulação, que tem por precípua finalidade conferir tratamento mais abrangente a esse importante instituto.

Com efeito, diz ela, Perozzi contextualizou a posse como “fenômeno social” em sua obra “Instituição de Direito Romano”, em 1906. Para ele, a posse consiste no “poder ou a plena disposição de fato de uma coisa, e um estado capaz de durar indefinidamente, desde que não advenham circunstâncias aptas a fazê-lo cessar” (PEROZZI *apud* ALBUQUERQUE, 2002, p. 121)

Demais disso, destacou a coexistência de duas facetas: uma positiva e outra negativa. A negativa insta todos à renúncia do uso e gozo da coisa em respeito ao titular da posse. A positiva confere total liberdade ao possuidor em relação à coisa que possui, justamente pelo fato de todos terem dela se abdicado.

Saleilles, segundo Ana Rita, apoia sua teoria na questão da apropriação econômica; “um vínculo jurídico ligado à propriedade, mas revela um vínculo econômico decorrente de uma situação jurídica instintiva e não legislativa”. (SALEILLES *apud* ALBUQUERQUE, 2002, p. 89).

Com efeito, esse especial filósofo do direito restou reconhecido como principal defensor da função social da posse ao conduzir seu pensamento a um ponto reflexivo: se a posse é anterior à propriedade, aquela não poderia exteriorizar um direito, pois sequer existia, assim teria que ser algo independente do direito real de propriedade.

De seu lado, Gil Hernández, com a obra *La Posesión*, em 1987, é considerado por muitos como pioneiro da proposta que confere função social à posse, por considerá-la a mais ligada à realidade social do que todos os direitos. Para ele a posse é “um direito, ainda que

contenha um forte elemento de fato”. Tomando, pois, a posse como fenômeno social, entende que este atua não só como pressuposto, mas como fim das instituições jurídicas. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 135-137).

Nessa mesma linha, Miguel Reale, em sua singularidade, identificou três princípios basilares que respaldam a aplicação do novo Código brasileiro e atinge os direitos pertinentes a essa esfera jurídica, quais sejam, a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

A sociabilidade, por sua especial natureza, conduz à aplicação da função social a todos os institutos jurídicos, inclusive à posse. Nesse ponto, invoca-se, por oportuno, a lição de Albuquerque (2002, p.12):

“[...] este germen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida”.

Por isso, prossegue o autor, “pode-se dizer que a função social da posse não é limitação ao direito de posse. É sim, exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 12).

Portanto, sob as vestes de sua função social, a posse é identificada como o principal elemento de exteriorização da propriedade. Frise-se, porém, que não existe confusão essencial entre os dois institutos. Tal ocorre porque a propriedade implica, necessariamente, no domínio da coisa, cujo fator deixa de se apresentar na posse. Ou seja, a posse confere, ao seu detentor, apenas, o direito de ter a coisa a sua disposição, dela utilizar e/ou dela retirar os frutos com fins socioeconômicos. Seguindo esse perfil, a relação de soberania fática constitui a posse, enquanto que a relação de soberania jurídica constitui a propriedade.

Interessante destacar uma imagem concebida por Gil Hernández com o objetivo de tornar concretas as ideias que representam as diferentes teorias: invoca, ele, a imagem de um homem andando na rua com um chapéu na cabeça.

Sob a visão de Savigny, segundo sua teoria subjetiva, o homem é considerado possuidor do dito chapéu porque, além de ter o mesmo na cabeça, está secundado pelo animus domini. De

outro lado, para a teoria objetiva, o homem é considerado possuidor simplesmente porque está com o chapéu.

Entretanto, segundo o prisma da função social da posse (terceira teoria) o homem é possuidor do chapéu porque, além de o levar consigo, atribui uma função para o chapéu e a sociedade o aceita como titular da posse porque ele está usando o chapéu.

O exemplo faz por ressaltar que a função social longe está se ser, tão somente, limitadora da posse, posto que igualmente integrada de finalidade impulsionadora. É, segundo Albuquerque (2002, p. 12) a “exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade”.

À partir dessa contextualização, Ana Rita V. Albuquerque (2002, p. 40), esclarece que “a função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais”. Ou seja, segundo a autora, a função social da posse visa atender, especificamente, “[...] as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal”.

Demais disso, segundo a autora, a função social impregnada à posse pelas normas infraconstitucionais, constitui a melhor forma de tornar efetivos os referidos preceitos constitucionais, “[...] já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos”. (ALBUQUERQUE, 2002, p.40)

Ainda, segundo, Joel Dias Figueira (2003, p.1095), as teorias sociológicas colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva, de Ihering e Savigny e, igualmente, tornaram-se responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, com especial destaque para a posse, como exteriorização da propriedade. Em outros termos, tem-se a posse a partir da aceitação e reconhecimento da coletividade de que a pessoa é possuidora e, também, pela destinação dada à coisa.

Ainda assim, importante salientar que o nosso Código Civil não acolheu, expressamente, a teoria que emoldura a posse segundo sua função social. Esse passo conduziria ao definitivo

afastamento das tradicionais teorias, que já não refletem o real desenvolvimento das relações sociais de nossos tempos.

De outro lado, a partir de uma interpretação teleológica, Renato Duarte Franco de Moraes assegura que “a função social da posse advém da função social da propriedade (art. 5º., XXIII, da Constituição Federal), aplicada conjuntamente com o princípio constitucional da isonomia substancial (art. 5º., caput, da Constituição Federal)” (2006, p. 580).

Em seu pensamento construtivo, Moraes procura equalizar o tratamento a ser dispensado ao possuidor, em caráter isonômico com a proteção dispensada ao proprietário. Ou seja, ao proprietário são concedidas tutelas inerentes ao domínio que exerce sobre o bem. Este, em contrapartida, assume os deveres que decorrem dessa especial posição jurídica. Portanto, de todo legítimo conceder tutela semelhante ao possuidor, que exerce, de fato, várias posições jurídicas do *dominus*. Entretanto, legítimo seria também dele exigir os mesmos deveres, pois, segundo o autor, “não há, nesse ponto, diferenças substanciais que permitam um tratamento diverso da lei” (MORAES, 2006, p. 580).

Assegurando efetividade à função social da posse, foi aprovado, na V Jornada de Direito Civil, de 2011, o Enunciado n. 492 que confere precisa conceituação à função social da posse. Segundo seu texto: “A posse constitui direito autônomo com relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”.

Demais disso, identificam-se movimentos legislativos no sentido de acolher a função social da posse, através de lei específica. Nesse sentido destaca-se o Projeto 699/2011, antigo Projeto 6960/2002 (autoria original de Ricardo Fiuza). Segundo os termos do projeto, o art. 1196 do CC passaria a vigorar com o seguinte texto:

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

É de ser salientado, entretanto, que nenhuma iniciativa atenderá ao seu objetivo, enquanto a função social da posse não for associada ao princípio da igualdade substancial. Em outros termos “posse social” somente será atendida por completo se não contrariar o princípio da isonomia substancial. Essa é a tese defendida, arduamente, por Flávio Tartuce, por entender que a

função social da posse advém da função social da propriedade, que está prevista no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Em suma, a função social da posse atende ao basilar princípio de que “todo homem tem direito natural ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse”. Ou seja, esse direito tem por fim de atender a necessidade individual e bem comum” (BERCOVICI, 2001, p. 107).

5 USUCAPIÃO: EXTERIORIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Como traço comum, a Usucapião, em qualquer modalidade, deriva de aquisição da propriedade, independente da vontade de seu titular anterior. Ou seja, quando alguém detém a posse, com ânimo de dono, por certo período, sem interrupção ou oposição, pode exercer o pleno do direito de usucapir. Em tal conformidade, a função social se revela ao atribuir a propriedade a quem dela se utiliza eficazmente. Nesse estudo, focaremos apenas os modelos especialmente voltados a assegurar esse direito calcado sob a matiz do social.

5.1 Desapropriação judicial privada por posse trabalho

Esse instituto é criação do Direito Brasileiro a partir do Código Civil de 2002, através do disposto nas disposições dos §§ 4º e 5º do art.1.228⁷.

O próprio Miguel Reale salienta que o dispositivo carrega, como conteúdo, a função social que permeia todas as relações jurídicas que envolvem direitos reais no Código Civil atual:

[...] trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do seu Conselho Consultivo”.

Em tal conformidade, o sentido social de propriedade contagiou o conceito de posse na figura da posse-trabalho. Assim, atualmente, adquire a condição de proprietário, aquele que por

⁷ Até o momento, não se tem notícias de que tal figura possa ser encontrada em qualquer outro ordenamento jurídico estrangeiro.

12 anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, independentemente de título e boa-fé ou por 7 anos, se respaldado em justo título e boa-fé, desde que nele imprima o esforço do trabalho.

É de ser esclarecido que na expropriação privada a posse antecedente, exercida pelo proprietário (*jus possidendi*), não pode ser somada à exercida pelo possuidor não-proprietário (*jus possessionis*) para fins da *accessio possessionis*. (TJSC - Apelação Cível AC 20110095089 SC 2011.009508-9).

Conceitualmente, esse novo modelo caracteriza uma posse qualificada pelo exercício positivo da função social. Portanto, “ao imóvel foi dada alguma utilidade, ou seja, houve uma atuação positiva por parte do possuidor” (TARTUCE, 2014, p.31).

Ademais o benefício, que prevê reduções do tempo prescricional para adquirir a propriedade, guarda íntima relação com o princípio da solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e com a proteção do direito à moradia, tal como estabelecido no artº 6º da C. Federal. Tal se dá, também, porque o princípio da sociabilidade (preconizadas por Miguel Reale) permeia, soberanamente, as normas constitucionais.

Por essa nova forma de aquisição da propriedade o legislador pretendeu atender pessoas que, sem título de propriedade, ocupam áreas temporariamente abandonadas e as tornam produtiva em detrimento dos que não a utilizam.

Aliás, a jurisprudência brasileira demonstra estar evoluindo no sentido de reconhecer que o princípio da função social da posse encontra-se, implicitamente, previsto nos termos dos já mencionados dispositivos (TJDF, Recurso 2006.05.1.001936-7, Acórdão 350.544, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Alfeu Machado, DJDF 222.04.2009, p. 149).

Ainda que vozes se levantem em sentido contrário, “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil” (Enunciado nº 82 do CSJF).

5.2 Questão processual: Matéria de defesa ou ação autônoma.

Considerando que o texto do art. 1228 fez uso do termo “reivindicado”, infere-se que, no caso de reivindicatória proposta pelo proprietário, os possuidores poderão contestá-la, invocando esse tipo de desapropriação.

Esse entendimento encontra-se consolidado pela Súmula 237 do STF e pelo enunciado nº 84 do Conselho Superior da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil: "A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §4º e 5º, do novo Código Civil), deve ser arguida pelos réus na ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização".

Demais disso, é de todo indiferente que a ação proposta pelo proprietário seja de cunho possessório, e não somente petitório como a ação reivindicatória. Tal entendimento encontra-se expresso pelo Enunciado 310, da IV Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: "Interpreta-se extensivamente a expressão 'imóvel reivindicado' (art. 1.228, §4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório".

É de ser considerado, entretanto, que tal disposição, literalmente interpretada, impõem aos possuidores a necessidade de aguardar ajuizamento de ação (petitória ou possessória) pelos proprietários para só então exercer seu direito à desapropriação judicial privada. Realinhando o foco da atenção do legislador, o Enunciado 496, da V Jornada de Direito Civil prescreve: "O conteúdo do artigo 1.228, §§4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias".

De outro lado, o Enunciado 83 esclarece que "Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil". Tal enunciado se impôs porque a Súmula 237 do STF permite a arguição do usucapião em defesa de reivindicatória, mas não abrange, especificamente, as que envolvem o Poder Público.

Posteriormente, o Enunciado 304 CJF/STJ modificou o Enunciado 83, passando a admitir a aplicação do instituto aos bens públicos dominiais: "São aplicáveis as disposições dos §§4º e 5º do artigo 1.228 do CC às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominiais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil no que concerne às demais classificações dos bens públicos".

Sob um viés objetivo, o § 4º do art. 1.228 do C. Civil impõe que a posse seja exercida de boa-fé. Por tal, necessário invocar o conceito de boa-fé expresso pelo art. 1.201 do mesmo diploma legal: "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Em razão de diferentes interpretações emprestada ao texto, o Enunciado 309 do CJF/STJ, afirma que “O conceito de posse de boa-fé de que trata o artigo 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no §4º do artigo 1.228 do Código Civil”. Ou seja, o conceito de boa-fé para aplicação dessa especial desapropriação não tem lastro subjetivo. Portanto, a boa-fé dos ocupantes deve ser comprovada de maneira objetiva em relação à conduta e não ao elemento intencional. (TARTUCE e SIMÃO, p. 136).

Em suma, para sua configuração é exigível um “trabalho criador, feito em conjunto ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço ou construção de uma morada”. Indiferente também que se manifeste em “investimentos de caráter produtivo ou cultural”, desde considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (DINIZ, 2008, p. 195).

5.3 Da Justa Indenização

Consta do §5º do art. 1.228 que o proprietário deverá ser indenizado de maneira justa. Tal dispositivo já permite deduzir que a desapropriação por posse-trabalho não se compara a qualquer outra modalidade de usucapião, posto que o nosso Código não a acolhe em sua forma onerosa.

É de se observar igualmente que a desapropriação judicial por posse-trabalho não se confunde com a usucapião coletiva, previsto nos arts. 9º e 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01). Tal se dá porque, na desapropriação judicial por posse-trabalho a indenização deverá ser paga pelos ocupantes para que tenham direito à desapropriação, na usucapião coletiva não há pagamento de qualquer indenização.

De outro lado, esse ônus imposto pela lei já ensejou acirrados debates quanto ao sujeito passivo dessa obrigação, De início, entendeu-se que, por se tratar de desapropriação judicial de natureza privada, ao Estado não deverá ser atribuída essa obrigação. Nesse sentido, foi editado o Enunciado 84 do CJF/STJ: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§4º e 5º) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.

Dúvidas surgiram quanto à aplicação de tal entendimento quando os possuidores não conseguiam arcar com os valores fixados pelos juízes, posto que, comprovadamente de baixa renda. Tal considerado, o Enunciado 308 do CFJ/STJ imprimiu outra direção à questão:

“A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, §5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil”.

Portanto, o Estado passou a responder de maneira subsidiária pelo pagamento da justa indenização fixada pelo magistrado. Para muitos, esse último Enunciado representou um avanço institucional porque concretizou a justiça social, tornando viável esse modo de aquisição da propriedade.

Sob o viés dos que, não sendo hipossuficientes, apresentam incapacidade financeira para arcar com a indenização arbitrada, o instituto se mostra de pouca utilidade. De toda maneira, sob o ponto de vista conceitual, o pagamento da indenização como condição para adquirir a propriedade, através de tal modalidade, se revela de grande utilidade no sentido de coibir a atuação de oportunistas.

É de ser considerado, entretanto, que esse juízo de valoração, no que se refere ao montante a ser fixado, é exercido segundo o poder discricionário do Magistrado e esta missão, dada sua inerente complexidade, constitui uma das mais árduas a ser enfrentadas. Discute-se, pois, qual o parâmetro objetivo que deveria ser utilizado para tal fixação: o preço de mercado ou valor venal?

Buscando pacificar as intensas discussões travadas, surgiu o Enunciado 240 do CFJ/STJ: “A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do artigo 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”. Ou seja, o juiz poderá se valer de outros fatores, como a condição econômica dos possuidores e do proprietário.

Interessante anotar que o Enunciado 311 CJF/STJ estabelece uma punição ao proprietário que se quedar inerte na cobrança da indenização. Tal determinação não é aplicável quando o pagamento da indenização está a cargo do Administração Pública: “Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores”.

De outra parte, ao submeter ao Judiciário a análise dos fatores que delimitam o instituto, o legislador deixou evidenciado que a Desapropriação Privada por Posse-Trabalho guarda distância da desapropriação comum ou administrativa, realizada pelo Poder Público. Nesta, existe previsão de Decreto expropriatório declarando de utilidade pública ou interesse social determinada propriedade, sem que seja considerado qualquer limite de tempo de posse no local. Na privada, entretanto, exige-se que a desapropriação seja declarada pelo magistrado em ação judicial.

De toda maneira, “o registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, §5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.” (Enunciado 241 CJF/STJ).

5.4 Usucapião especial urbana por abandono do lar

Ainda que a inserção desse tema possa se revelar espúria para alguns, ousamos enfrentá-lo dada o manifesto interesse de ordem social que o reveste. Aliás, considerando a especialíssima disciplina dessa modalidade de usucapião, seria de todo apropriado acolhê-la sob a denominação de posse-propriedade sob o viés da função social.

A partir da edição da Lei 12.424/11, que acrescentou o art. 1240 A ao Código Civil, o nosso sistema jurídico passou a contar com mais essa modalidade de usucapião, que se tornou conhecida por alguns como usucapião familiar. Flávio Tartuce, entretanto, em artigo publicado pela Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo, em 2014, adota o termo usucapião especial urbano por abandono do lar, para diferenciá-lo, de um lado da categoria de usucapião especial rural ou agrária – que também tem uma conotação familiar (art. 1240 do CC e 183 da CF) – e, de outro lado, para destacá-lo da usucapião ordinária, da extraordinária, da especial indígena e da usucapião especial urbana coletiva⁸.

Numa apertada síntese, o modelo legal se apresenta quando um cônjuge ou companheiro, num contexto de entidade familiar, equiparada à união estável (mesmo decorrente de relação homoafetiva) toma a iniciativa de abandonar o lar e deixa para trás o domínio do

⁸ Disponível em: < <http://bit.ly/1wWY2AO> >

imóvel comum, que pode, então, ser adquirido pelo que nele permaneceu, atendidas determinadas exigências.

Tal se dá porque, à partir do abandono do lar, pode surgir um impasse de difícil solução, pois, na maioria das vezes, inexistente a intenção, daquele que abandonou o lar, de renunciar à propriedade. Em sendo, assim, aquele que, tendo sido abandonado e não possuía outro imóvel urbano ou rural, exercer, por 2 anos, ininterruptamente e sem oposição a posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m², cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, pode adquirir o domínio integral do imóvel

José Fernando Simão, em esclarecedor artigo sobre o tema, acentua que a intenção do legislador ao empreender essa importante alteração ao Código Civil guarda íntima relação com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal. Trata-se, pois, de norma que protege pessoas, normalmente de baixa renda, que não têm imóvel próprio, seja urbano ou rural. Pela redação do dispositivo, constata-se que as exigências nele previstas, praticamente se equiparam às insertas no art. 183 da Constituição para fins da chamada usucapião urbana ou pro moradia.

Esse instituto já ensejou a edição do enunciado CFJ nº 499, sob um viés conceitual. Entretanto, em razão de situações de ordem prática, relacionadas à restrição prevista no parágrafo único do referido artigo, surgiram dúvidas quanto à aplicabilidade da norma. Com efeito, resta disposto que esse direito, só é passível de ser reconhecido, ao mesmo possuidor, por uma vez. Em sendo assim, indaga-se se tal modalidade se aplica, por mais de uma vez, à mulher casada que, após ter sido abandonada e permanecido no imóvel comum por dois anos, valeu-se da referida regra para adquirir a propriedade do mesmo. De fato, ocorrendo a mesma situação fática com diferente parceiro em relação a outro imóvel de propriedade comum, ela terá legitimidade para pleitear o direito, desde que não possua mais o imóvel anterior. Tal se dá porque, além dos fundamentos já apontados no Enunciado 499, resta clara que a intenção do legislador ao empreender essa importante alteração ao Código Civil guarda íntima relação com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal. Se tal não fosse, teria que valer-se da usucapião extraordinária, prevista no art. 1238 do CC ou no art. 183 da Constituição Federal, que se revela de maior complexidade.

É de ser esclarecido, ainda, que a previsão abrange apenas o imóvel urbano, considerando que surgiu no mundo jurídico, pela faceta de regulamentação ao programa do Governo Federal "Minha casa, Minha vida", que é voltado apenas a esse tipo de imóvel, Portanto, não há regra análoga ao art. 191 da Constituição com relação à usucapião de imóvel rural, qual seja, a usucapião pro labore.

Ressalte-se que esse instrumento estabelece o prazo de dois anos para a configuração de tal direito, sendo que, em cotejo com as demais modalidades, assume a condição de menor prazo prescricional, inclusive, em relação aos 3 (três) anos necessários para os bens móveis.

Outro pressuposto de admissibilidade diz respeito à extinção de fato da comunhão de vidas entre cônjuges e companheiros. Assim, estando em curso ações judiciais ou extrajudiciais, disputando o bem, a medida não se impõe, pois, tais circunstâncias descaracterizam o precisado abandono. De todo imprescindível, igualmente, que não sejam praticados atos inerentes à propriedade como a reivindicação. Tal se dá porque é exigida a falta de oposição como fator determinante da usucapião⁹.

Sob outro prisma, de todo indiferente que a união seja regida pela comunhão universal de bens, posto que, os bens anteriores e posteriores ao casamento, adquiridos a qualquer título, são considerados comuns e, portanto, podem ser usucapidos por esta nova modalidade.

De outro lado, a posse comum não enseja a aplicação do instituto em análise, pois é exigível que o imóvel seja de propriedade dos cônjuges ou companheiros (cf. supra referido artigo)

Nas cercanias do novo procedimento, surgem outras questões que estão merecendo estudos aprofundados quanto à aplicabilidade desse instituto. Um dos mais acirrados debates diz respeito à possibilidade de usucapião do bem em condomínio entre os cônjuges

Da leitura literal do texto decorre que o casal deve ser proprietário do bem imóvel. Ou seja, este pode pertencer ao casal em condomínio ou comunhão. Dessa maneira, se a união for regida pelo regime da separação total de bens e, nesta condição, ambos adquiriram o imóvel, não haverá comunhão e sim condomínio. Ainda assim, poderá ser usucapido. De outro lado, caso o

⁹ A título de exemplo: ação para arbitramento de aluguel, pelo uso exclusivo da coisa comum; ação de partilha do bem comum; concessão de usufruto; fixação de comodato; utilização do bem como pagamento de alimentos in natura ou parte da pensão alimentícia em ação de alimentos ou como custeio das despesas e manutenção do bem, passa a configurar litigiosidade que ilide a prescrição aquisitiva. Na mesma razão, se a mulher se valeu das medidas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) para o afastar do cônjuge, não resta configurado o abandono.

imóvel seja integrante dos bens particulares de um deles, a situação igualmente não se enquadra no modelo legal.

Existem situações, ainda, em que a propriedade é exercida por vários condôminos, que toleram o uso por um deles, após o abandono. Nesse caso, não se caracterizam os pressupostos para este tipo de usucapião. Diferente resultado ocorre quando um dos condôminos exerce posse própria do bem em condomínio, pois, em tal circunstância, pode usucapir ocorrendo o abandono. Tal entendimento é acolhido pela jurisprudência: “Pode o condômino usucapir, desde que exerça posse própria sobre o imóvel, posse exclusiva. Caso, porém, em que o condomínio exercia a posse em nome dos demais condôminos. Improcedência da ação (Código Civil, arts. 487 e 640). 2. Espécie em que não se aplica o art. 1.772, § 2.º, do CC. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 10.978/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3.ª Turma, j. 25.05.1993, DJ 09.08.1993, p. 15.228).

De toda maneira, ainda que se possa admitir interpretação teológica mais extensiva ao artº 142-A, não há como afastar a relação afetiva familiar como premissa caracterizadora desse instituto.

É de ser ressaltado que o alinhamento, aqui apresentado, quanto aos contornos da figura jurídica em análise, está em conformidade com o pensamento majoritário da doutrina e jurisprudência dominante em relação aos embates que decorreram de sua aplicação. Longe se encontra, portanto, qualquer pretensão de absorver todas as nuances passíveis de configurar outros conflitos de interesses. Nesse contexto, basta citar os debates doutrinários envolvendo a necessidade de serem avaliadas as responsabilidades pelo abandono do lar. Nesse particular, possível adiantar que o pensamento majoritário inclina-se no sentido de ser rechaçada a identificação da responsabilidade pelo afastamento do casal. Nessa ordem, não sem razão, o alerta expresso pelo Enunciado CFJ/STJ nº 499:

“A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da

manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião”.

Em relação às regras procedimentais a matéria não se revela de menor complexidade. Basta, para tanto, imaginar a situação de um cônjuge ou companheiro que reúne as condições para requerer usucapião urbano por abandono do lar. Indaga-se, nesse caso, se poderá apresentar oposição por usucapião em divórcio ou ação de dissolução de união estável em que houver o pleito de partilha do bem comum, a fim de excluir o referido bem da partilha do casal, tal como ocorre nas outras modalidades.

À guisa, ainda, de gerar novos desafios, mencionamos questão referente ao “bem de família” constituído anteriormente sobre o imóvel. Nessa direção, destaca-se decisão pelo STJ:

“Usucapião. Bem de família. Mudança ou abandono. Admissibilidade. CCB, arts. 70, parágrafo único e 551. CCB/2002, art. 1.716. O bem de família, sobrevivendo mudança ou abandono, é suscetível de usucapião. (...) A circunstância de haver sido instituído o imóvel, em sua integralidade, como bem de família pelo antecessor dos autores, Luiz Piccolo, não constitui motivo impeditivo ao aperfeiçoamento da usucapião”.

Por certo, outras implicações conduziram a um maior aprofundamento mas, com o mesmo desconforto, somos instados a mantê-las alijadas deste loco, tendo, por certo, entretanto, que outros especiais desdobramentos advirão, quiçá conduzindo ao aperfeiçoamento legislativo, dado que não restou claro entre os doutrinadores e, em especial, para José Fernando Simão, se esta usucapião deve ser considerada problema ou solução.

De toda maneira, ainda que existam entendimentos contrários, essa modalidade especial de usucapião guarda íntima relação com a função social da propriedade. Por fim, é de ser reiterado que o valor protegido por essa especial modalidade de usucapião é a moradia e esse constitui um direito constitucionalmente previsto com formato social. Portanto, ao estabelecer esse mecanismo rápido e desburocratizado, o legislador nada mais fez do que dar fiel cumprimento a um basilar princípio Constitucional.

6 CONCLUSÃO

Homenageando os grandes Mestres do Direito que, ao longo dos diferentes tempos, foram instados a empreender um estudo aprofundado sobre a posse em sua relação com a

propriedade, ousamos adentrar na análise substancial da matéria, com o objetivo de contribuir com o movimento direcionado à inserção da função social aos institutos jurídicos que regem os relacionamentos sociais.

Com tal alinhamento, percorreu-se o caminho arduamente conquistado pelo direito possessório. Evidenciaram-se as diferenças existentes entre coisa, como algo que existe fora do homem, e os bens, que se referem aos valores materiais ou imateriais, frente à possibilidade de constituírem objeto da posse.

Seguindo, pela concepção subjetivista de Savigny à qual se contrapôs Ihering, através de parâmetros objetivos, o presente trabalho foi estruturado com lastro nos princípios que emolduram o nosso sistema jurídico a partir da Constituição. Dessa maneira, apresentou-se, de maneira inteligível, o tratamento dispensado a Institutos jurídicos disciplinados pelo Código Civil, que guardam estrita relação com o tema em análise, com destaque para os disciplinados pelo Direito das Coisas.

Alçando o tema a um patamar conceitualmente valorativo, foi a posse equalizada como fator indispensável para encampar as necessidades atuais de uma sociedade micro facetada socialmente. A complexidade que decorreu desse dinamismo conduziu o foco da atenção à ontognoseologia jurídica de Miguel Reale, situando a posse como fato e como direito de natureza especial, postado na fronteira entre os direitos pessoais e reais. Esse equacionamento desvendou que a teoria sociológica identificou na posse um caráter demarcador e impulsionador da função social.

Demais disso, restou evidenciado que o princípio que informa a função social da posse está sediada, implicitamente, nas regras do Código Civil que valorizam a posse-trabalho, através da redução do tempo prescricional para adquirir a propriedade. Por tal, guarda relação com o princípio da solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e com a proteção do direito à moradia, atendendo, assim, o preceito constitucional inserto no artº 6º da C. Federal.

Evidenciou-se, também, que a prestigiada função social, pela mesma razão principiológica, embasa, através de regramento específico, a desapropriação privada e, de maneira inusitada, a usucapião urbana por abandono do lar.

Em suma, o exame e reflexão empreendidos asseguram que restou cumprida a proposição inicialmente formulada e que ora é posta à disposição para novas iniciativas investigatórias.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, A. R. V. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ASCENSÃO, J. de O. **Direitos Reais, Almedina**, 1978.

_____. **Direito Civil: reais**. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AZEVEDO, R. F. de. **Posse: efeitos e proteção**. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, F. U. C. **Dos elementos da posse no direito comparado**. Justitia, São Paulo, 46 (126): 77-100, jul/set.1984.

DINIZ, M H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Civil anotado**. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENNECCERUS L, KIPP T, e WOLFF M. **Tratado de Derecho Civil: Derecho de cosas**. V,II, T.III, 4º mayor. Barcelona: Bosch, XIX-1936.

FACHIN, L. E. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FIGUEIRA JR, J. D. **Novo Código Civil Comentado**. Ricardo Fiúza (Coord.) 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GONDINHO, A. P. da R. O. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade** (O Princípio da Tipicidade dos Direitos Reais). 1. ed. RJ : Renovar, 2001.

GOMES, O. **Direitos Reais**. 13ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

IHERING, R. V. **La posesión**. Tradução Adolfo Posada. Madrid: Editorial Reus, 1926.

JUSTO, A. dos S. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

KIPER, C. (dir.). **Código Civil comentado**, derechos reales, tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

LOUREIRO, F. E, et al. **Código Civil Comentado**. Ministro Cezar Peluso (Coord.), Barueri: Manoele Ltda, 2007.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil**. 37ª ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA A. J. C. **Posse**. Estudo Dogmático. 2ª ed. v. II, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PENTEADO, L. de C. **Efeitos Contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, C. M. da . **Instituições de Direito Civil**. v. IV, 18ª ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**, vol. 5: direito das coisas. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSENVALD, N.; FARIAS, C. C. **Curso de Direito Civil – Reais**. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

TARTUCE, F. **Direito das Coisas**. v. 1: 6ª ed. Rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

_____. **Função Social dos Contratos** – do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. SIMÃO, J. F. **Direito Civil**. v. 4. Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2012.

TORRES, M. A. de A. **A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.