

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

**REGINA VERA VILLAS BOAS**

**JOÃO COSTA RIBEIRO NETO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Costa Ribeiro Neto; Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-422-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Constituição. 4. Dano Moral.  
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

A presente obra exhibe os trabalhos selecionados e efetivamente apresentados no dia 20 de julho de 2017, no período compreendido entre as 14:00 e 18:00, nas dependências do Centro Internacional de Convenções do Brasil, em Brasília (DF), em parceria com a Universidade de Brasília, por meio do Curso de Pós-Graduação em Direito da UnB – Mestrado e Doutorado, que recepcionou o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, e debateu o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

Os nove trabalhos que compõem o presente livro digital foram inicialmente selecionados e efetivamente apresentados no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI.

As apresentações dos textos selecionados respeitaram um limite de tempo, previamente estabelecido, que girou em torno de dez a quinze minutos para cada exposição, abrindo-se dois intensos e frutíferos debates, que aconteceram após a quarta e a nona exposições, debates estes conduzidos pelos Coordenadores do GT “Direito Civil Constitucional”, Professores Doutores Regina Vera Villas Bôas (PUC/SP e UNISAL/Lorena) e João Costa Ribeiro Neto (UnB).

Participaram do GT pesquisadores de diferentes regiões do Brasil, o que proporcionou ao Grupo uma rica heterogeneidade de opiniões, notadamente, nos debates sobre a responsabilidade civil, o dano moral, a função social das cláusulas gerais e da boa-fé objetiva, além da análise sobre a liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Tudo isso, refletido à luz da temática principal do GT Direito Civil Constitucional I, que enfoca a contemporaneidade do Direito Civil, no contexto sistemático Constitucional.

As problemáticas jurídicas existentes em torno do tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”, que foram trazidas à baila pelos artigos expostos, propiciaram discussões relevantes, introduzidas no GT de maneira bastante clara, interessante, atual e efusiva, propiciando debates de excelente qualidade, entre os quais se destacam o enfretamento das questões civis-constitucionais contemporâneas sobre a função exercida pelo instituto da responsabilidade civil e a efetividade das indenizações por dano moral.

A seguir, relaciona-se os títulos dos trabalhos expostos, os nomes dos respectivos autores, os nomes dos expositores e os breves resumos dos temas abordados:

Título 1 - A constitucionalização do direito civil e as consequências nos defeitos do negócio jurídico, erro ou ignorância, diante da aplicação da boa-fé objetiva

Autores: Alinson Ribeiro Rodrigues e Jonas Guedes de Lima

Expositor: Jonas Guedes de Lima

Breve resumo: O trabalho analisa os efeitos da constitucionalização do direito civil nos negócios jurídicos, apresenta os deveres impostos à parte pela boa-fé objetiva, quando da celebração do negócio jurídico. Questiona o cabimento da responsabilidade civil por abuso do direito do agente, relacionado aos atos que são praticados violando deveres de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, diante da ocorrência de vício da vontade – erro ou ignorância - nos negócios jurídicos. Destaca os efeitos da violação à boa-fé objetiva diante do erro, este entendido como causa de anulabilidade dos negócios jurídicos, diante da violação do princípio da confiança.

Título 2 - A eficácia social da posse

Autores: Marcos Claro da Silva, Bruna Migliaccio Setti

Expositor: Marcos Claro da Silva

Breve resumo: O artigo discorre sobre as teorias que ensejam a estruturação e explicação dos conceitos jurídicos da posse, seus fundamentos e sua natureza jurídica. Realiza análise investigativa detalhada sobre as teorias possessórias, comparando-as a partir de seleta doutrina. Indaga a respeito da função social da posse, objetivando desencadear raciocínio que enfrente a questão civil-constitucional sobre a sua legitimidade e sua eficácia social.

Título 3 - A função das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro e a busca pela igualdade e pelo desenvolvimento nos julgamentos

Autoras: Gabriela Eulalio de Lima e Sinara Lacerda Andrade

Expositoras: Gabriela Eulalio de Lima e Sinara Lacerda Andrade

Breve resumo: O artigo discorre sobre a eficácia da aplicabilidade das cláusulas gerais, compreendidas como normas jurídicas orientadoras do sistema jurídico, oriundas do seu movimento de flexibilização, as quais inseridas no ordenamento brasileiro, se inter-relacionam com a Carta Magna e com os demais microssistemas, amparando a preocupação plural das relações de base. Revela que em um sistema aberto, o operador do direito tem maiores condições de garantir operabilidade à equidade e ao desenvolvimento dos julgamentos de conflitos contemporâneos.

Título 4 - Análise econômica do direito civil: implicações para o desenvolvimento humano e redução das desigualdades

Autoras: Edilene Lôbo e Suzana Oliveira Marques Brêtas

Expositora: Edilene Lôbo

Breve resumo: O artigo aprecia algumas implicações do desenvolvimento humano e da redução das desigualdades, a partir de análise econômica do direito civil. Recorda algumas tendências do direito de propriedade, as quais devem ser investigadas em conformidade com o texto constitucional e com a realidade social, afirmando que em situações de conflitos sociais, relacionados à matéria, oriundas da ausência de concretização de necessárias políticas públicas, o Poder Judiciário deve corrigir as distorções e desigualdades que lhes forem submetidas. No contexto da referida análise, perquire a respeito do acesso à moradia, examinando questões importantes sobre o mínimo existencial, direito social que assegura a dignidade da pessoa humana, em face do paradigma democrático contemporâneo, o que é feito a partir de análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Título 5 - As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no direito civil brasileiro

Autores: Daniel Silva Fampa e Pastora do Socorro Teixeira Leal

Expositora: Edilene Lôbo

Breve resumo: Utilizando-se da hermenêutica normativa, a investigação se refere à constitucionalização do direito e suas implicações sociais, na seara dos institutos e categorias que compõem o Código Civil. No contexto, reflete sobre o papel desenvolvido pelas cláusulas gerais, aproximando-as do pensamento de Claus-Wilhelm Canaris a respeito dos sistemas, desenvolvido em obra de sua autoria, intitulado “Pensamento Sistemático e

Conceito de Sistema na Ciência do Direito”. Explora as cláusulas gerais como técnica legislativa apta à contribuição do fortalecimento da interpretação sistemática das normas jurídicas investigadas, objetivando à concretização de princípios e valores constitucionais, além da unidade sistemática.

Título 6 - Do dano moral ao extrapatrimonial: a necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados

Autoras: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Maiara Santana Zerbini

Expositora: Maiara Santana Zerbini

Breve resumo: O texto aprecia a figura jurídica do dano moral, considerada como subespécie de dano extrapatrimonial, objetivando apontar questões relevantes sobre o bem e/ou interesse juridicamente relevante a ser tutelado, no contexto dos estudos. Recorda que as análises doutrinária, legislativa e jurisprudencial são muito importantes para demonstrar a evolução do quadro jurídico relativo ao dano moral e respectivas indenizações, revelando a atual insuficiência dos apelos unicamente sentimentais relacionados à personalidade humana, permeando os conceitos de dano moral. Arrola o dano moral como uma espécie de dano extrapatrimonial relacionada à ofensa da esfera ética do indivíduo, explorando a distinção estabelecida entre os âmbitos extrapatrimonial e moral, a partir de reflexões sobre a finalidade ressarcitória do instituto da responsabilidade civil, enquanto dever ético-jurídico.

Título 7 - Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: breve análise do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 4.815

Autoras: Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales

Expositoras: Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales

Breve resumo: O artigo aprecia a matéria da colisão entre direitos fundamentais, relevante no atual contexto civil-constitucional, lembrando que, cotidianamente, são levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, inúmeros casos concretos em que a colisão entre direitos fundamentais vem revelada. Exemplifica a matéria esquadrihada com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.815, a qual esmiúça a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do vigente Código Civil. Referida ADIN, julgada em 2015, confronta a liberdade de expressão com o direito de personalidade de biografados, reservando à primeira, no caso apreciado, tratamento preferencial. O contexto traz à baila, entre outras, discussões importantes sobre os

direitos civis e constitucionais relacionados à liberdade de expressão, aos direitos de personalidade de biografados e aos limites entre os referidos direitos e o princípio da proporcionalidade como critério adequado à resolução de referidos conflitos.

8 - Mutação jurisprudencial e responsabilidade civil das locadoras de veículos: a supera o da súmula 492 do Supremo Tribunal Federal

Autoras: Claudiane Aquino Roesel e Maria Flávia de Freitas Ferreira

Expositora: Maria Flávia de Freitas Ferreira

Breve resumo: A investiga o se refere aos precedentes que resultam a elabora o da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal, objetivando demonstrar a existência de incompatibilidade entre referida Súmula 492 e a atual ordem sócio-jurídica. Excogita o instituto da responsabilidade civil, trazendo   baila reflexões sobre a utiliza o da responsabilidade civil como base da constru o teórica da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, coloca a problemática social contemporânea da escolha jurídica da espécie de responsabilidade civil como base teórica de referida Súmula: responsabilidade civil subjetiva ou objetiva? As discussões em torno dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil, notadamente sobre a culpa, o nexos causal e o dano conduzem o operador do direito a refletir sobre a sua capacidade de “reelabora o de uma experiência”. Conclui pela inadequa o da aplica o acrítica da Súmula 492 do STF, editada em um contexto histórico distinto do atual.

9 - O princípio da boa-fé em uma interpreta o alternativa

Autor: Filipe Augusto Sales Lima Bezerra

Expositora: Filipe Augusto Sales Lima Bezerra

Breve resumo: O artigo realiza reflexões sobre o princípio da boa-fé, trazendo discussões sobre valores nas hipóteses de confronto entre o princípio jurídico e o caso concreto. Aprecia referido contexto sob uma perspectiva alternativa, que examina os seus fundamentos históricos e  ticos, de maneira a propiciar um novo contexto interpretativo jurídico   compreensão dos negócios jurídicos firmados. Vasculha os instrumentos de abertura do sistema jurídico, refletindo sobre os eventuais prejuízos que o excesso desta abertura pode causar   aplica o do princípio da boa-fé. Traz   baila discussões sobre a visão distributiva do direito e a aplica o do princípio da boa-fé.

Brasília, 26 de julho de 2017.

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas

Professora do Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-Lorena)

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados da Universidade de Brasília

**A EFICÁCIA SOCIAL DA POSSE**  
**THE SOCIAL EFFECTIVENESS OF POSSESSION.**

**Marcos Claro da Silva <sup>1</sup>**  
**Bruna Migliaccio Setti <sup>2</sup>**

**Resumo**

O artigo discorreu sobre as teorias que procuram estruturar e explicar o conceito do instituto jurídico da posse, e analisou também seus fundamentos bem como sua natureza jurídica. Visando à consecução dos fins pretendidos, a investigação passou pela análise das teorias possessórias de forma detida. Mereceu destaque também a ideia de função social da posse, teoria que aliada a outros conceitos ajudou a desencadear o raciocínio aqui empreendido, de que a posse para ser legítima deve ser eficaz socialmente, diante da comparação do instituto com a Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Posse, Teorias possessórias, Teorias sociológicas, Função social, Eficácia social

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper discussed theories that seek to structure and explain the concept of the legal institute of possession, and also analyzed its fundamentals as well as its legal nature. Aiming at achieving the intended ends, the investigation went through the analysis of possessory theories in a detained way. Also worthy of note was the idea of a social function of possession, a theory which, combined with other concepts, helped to trigger the reasoning here, that possession to be legitimate should be socially effective, in view of the comparison of the institute with the Federal Constitution.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Possession, Possessory theories, Sociological theories, Social function, Social effectiveness

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina. Tabela de Notas em João Ramalho - SP

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina. Bolsista da CAPES-CNPQ.

## INTRODUÇÃO

O estudo da posse é assunto dos mais controvertidos nos debates travados entre aqueles que cuidaram do assunto. O seu estudo ganha grandes importâncias práticas, notadamente por conta da socialização dos direitos promovida pelas Constituições em todo o mundo após a queda do positivismo puro, o que também refletiu na posse.

Prova disso é a noção de que a posse deve ser exercida com função social, podendo, em determinadas ocasiões, ultrapassar a proteção dada à propriedade, principalmente com o que se propugna pela regularização fundiária urbana, que pode, dependendo do nível de ocupação de imóveis urbanos, induzir a propriedade.

Não se pode negar, mesmo nos tempos modernos, que as teorias de Savigny e Ihering são pilares importantes para o estudo do tema aqui abordado. Por esta razão as suas conclusões foram abordadas em todos os seus aspectos, revelando um antigo debate sobre os elementos que compõem a posse, e que dividem os sistemas normativos até os dias de hoje.

Contudo, a acepção do vocábulo posse deve ser concebida de outra maneira. A sociedade hoje é permeada por valores diferentes daqueles que a norteavam nos tempos dos juristas alemães. Foi exatamente nesse contexto que surgiram as teorias sociológicas da posse, as quais contêm um conteúdo social extremamente crucial à configuração do instituto: a posse é um *status* de fato; e como tal tem valor social.

Esse prisma social, aqui analisado, não deixou de lado a ideia de que a posse é muito conectada à propriedade, ponto que é o único no qual não há dissenso entre aqueles que se preocuparam com o estudo da matéria. A posse enseja a propriedade, e isso deve influenciar o seu estudo tendente à conclusão sobre sua eficácia social, para romper com ideias privatistas e alçando o referido direito a nível constitucional.

A pesquisa parte de pressupostos genéricos para conclusões específicas, utilizando-se para tanto os métodos hipotético-dedutivo e indutivo.

### 1 TEORIAS SOBRE A POSSE

A posse é tema dos mais controvertidos dentro do direito civil, situação que provoca embates desde a Roma antiga persistindo até os dias de hoje. Percebe-se isso por conta de todas as definições que envolvem a posse – seus elementos, características, fundamentos, efeitos e natureza jurídica – existindo divergências a respeito de todos estes aspectos.

Com o conceito que caracteriza o referido instituto jurídico não poderia ser diferente. É um dos debates mais antigos do Direito, travado entre Savigny – com sua concepção subjetiva do instituto – e Ihering – precursor da teoria objetiva da posse. Aquele, compreende a posse como a junção dos elementos *corpus* e *animus* para que se tenha verdadeiramente o que é posse (SAVIGNY, 1866, p. 355).

De outro lado, Ihering, na contramão do que preceituou Savigny e criticando severamente as conclusões por ele obtidas, sustenta que a posse configura somente a relação de sujeição existente entre o sujeito e a coisa, dando ao *animus* conotação diferente, se concentrando em romper o paradigma vigente até àquela época, em relação à posse (IHERING, 2005, p. 42-44).

Em linhas de evolução, surgiram as teorias sociológicas, que denotam ao instituto função social a qual passa a compor sua finalidade imediata bem como sua estrutura. Dentre elas, destaca-se a de Perozzi na Itália, Salielles na França e Hernández Gil na Espanha (HERNANDEZ GIL, 1969, p. 123). Essas teorias têm ganhado corpo, o que sustenta a hipótese que norteia este trabalho.

Nesse contexto, a posse será analisada sob uma perspectiva na qual a sociedade legitimará o exercício desse direito pelo possuidor, desde que ele cumpra os requisitos da função social. Quando estiver ela legitimada alcançará a posse plena daquele determinado bem, consolidando esse estado de maneira efetiva.

A análise das teorias que se fará aqui tem por fim encontrar o conceito ideal de posse. Na ciência – mesmo naquelas tidas por dialéticas como é o caso do Direito – deve se procurar um consenso para alcançar denominadores comum, e, nesse caso, propiciar a construção dogmática daquilo que se entende por posse nos dias atuais.

Deve se levar em conta então que a posse deve ser legítima. Essa legitimação advém da própria sociedade, a qual se comportará nessa relação de maneira dinâmica, ora a exigir condutas do possuidor ora a suportá-las. Essa busca pelo conceito ideal de posse requer uma aproximação com as premissas estabelecidas pela função social da propriedade.

Isso porque a posse é muito ligada ao direito de propriedade, considerada pela maioria da doutrina como reflexo desse direito, além de ser considerada também como o aspecto que lhe confere visibilidade. Portanto, a análise da função social da propriedade será a base para a construção do conceito a ser aqui empreendido.

Demais disso, em que pese a utilização dos preceitos da função social da propriedade, e de toda a proximidade existente este direito e a posse, será necessário diferenciar os dois institutos, de maneira que esta última seja considerada – como de fato é – um direito

autônomo, o que importará para as conclusões almejadas, na medida em que será considerado, quando da definição do conceito de posse, os fins sociais do instituto, os quais apesar de atrelados com a função social da propriedade não podem ser com eles confundidos.

Passa-se à análise das teorias e ao final à proposição da eficácia social da posse.

## 2 TEORIA SUBJETIVA DE SAVIGNY

No ano de 1.803, quando tinha apenas 24 anos, Friederich Karl von Savigny publicou o seu *Tratado da Posse* (Das Recht des Besitzes), no qual propôs uma teorização completa do instituto jurídico da posse, analisando todos os elementos que o compõe. Toda a doutrina civilista é assente em dizer que a obra de Savigny revolucionou tudo o que se entendia sobre a posse até aquela época, pois não havia um estudo sistematizado sobre o instituto até então.

O próprio Ihering (2005, p. 67) reconheceu a importância da obra de Savigny como marco à definição da posse, nas seguintes linhas:

A primeira é a de Savigny, *O Direito de Posse*, cuja primeira edição foi publicada em 1803 e a segunda em 1865, esta última lançada depois da morte de seu autor, por Ruddorff. Este livro rasgou novos horizontes, influenciando não só sobre a teoria da posse, como no desenvolvimento de toda a ciência romanista, fato tanto mais digno de nota, quanto era o primeiro trabalho de um jovem de vinte e quatro anos.

É evidente que a obra de Savigny marcou época ao lidar de forma tão acintosa com todos os elementos que envolvem o instituto da posse. Cuidou ele de analisar sua natureza jurídica, seus componentes, seus efeitos assim como seu conceito. Ressalte-se também que os preceitos por ele estabelecidos têm influenciado legislações até os dias atuais, e encontra defensores nos mais diversos lugares do mundo. Até nos sistemas que adotam a teoria objetiva de Ihering – como é o caso do Brasil – são encontrados influências da teoria subjetiva (BESSONE, 1996, p. 68).

Em virtude dessa influência ainda existente é que nasce a necessidade de se esmiuçar a teoria empreendida por Savigny, já que ela irradia ainda nos dias de hoje efeitos práticos. Cite-se, a título de exemplo, o instituto da usucapião, o qual exige para a aquisição originária da propriedade a posse exercida pelo sujeito de forma qualificada pela vontade de ser dono da coisa. Há em casos tais a necessidade de se analisar o elemento volitivo do sujeito em relação à coisa. Não basta que a possua, sendo necessária que sua intenção (*animus*) seja a de tê-la para si.

Savigny (2005, p. 65-66) relaciona a posse a dois efeitos: o usucapião e os interditos, assim alinhavando:

Las indagaciones que hasta ahora hemos hecho, han demostrado que toda posesión jurídica se refiere a la usucapión o a los interditos, y que ambas consideraciones tienen su fundamento en la idea general de una posesión jurídica que para hacer posible la usucapión no debe reunir sino algunas más condiciones. Ahora es cuando nos hallamos en posición para proponer la cuestión siguiente: qué es necesario para que haya posesión jurídica? o bien: cuáles son las condiciones materiales constitutivas de su noción? Hemos tomado como punto de partida la idea general de la detentación, esto es, de la consideración natural que corresponde a la propiedad como consideración legal; pero esta idea originaria de la posesión debía recibir modificaciones jurídicas desde que la posesión fue considerada como condición de ciertos derechos [...] En efecto, cualquiera detentación para poderse modificar en posesión, debe ejercerse con intención, esto es, que para ser poseedor es preciso no sólo que haya retención, sino también voluntad de que la haya.<sup>1</sup>

Diante disso, é imperioso concluir que a teoria subjetiva da posse ainda tem aplicação prática e seu estudo transpassa a mera curiosidade histórica, aspecto que revela a importância daquilo que foi construído por Savigny em sua obra. Para ele a posse é caracterizada por dois elementos, o *corpus* e o *animus*, não sendo possível determinar como possuidor aquele que detivesse em sua relação com a coisa apenas um dos elementos por ele destacados.

Em suas concepções existem dois elementos a constituir de fato o estado de possuidor, um deles físico e o outro psíquico os quais devem ser conjugados para a definição do instituto da posse. O elemento físico – *corpus* – é evidenciado pela sujeição física existente entre a pessoa e a coisa. Em outras palavras, pode ser definido com o poder de gerência que o possuidor tem sobre a coisa.

Configura portanto a parte material da posse, e confere ao possuidor a possibilidade de dispor da coisa fisicamente, além da possibilidade de defender contra agressões de qualquer espécie. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 14):

[...] o *corpus* ou elemento material da posse, caracteriza-se como a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defende-la das agressões de quem quer que seja; o *corpus* não é a coisa em si, mas o *poder físico da pessoa sobre a coisa*.

---

<sup>1</sup> Tradução Livre: As perguntas que têm feito até agora, demonstraram que uma posse legal é relativa à usucapião ou aos interditos, e ambas as considerações são baseadas na ideia geral de que uma posse legal para permitir o usucapião deve reunir várias condições. Agora é quando estamos em condições de propor a seguinte questão: O que é necessário para ter a posse legal? ou: quais são as condições materiais constitutivos desta noção? Tomamos como ponto de partida a ideia geral do detentor, ou seja, a consideração natural que corresponde à propriedade e considerações de ordem jurídica; mas esta ideia original de posse deve receber alterações legais desde que a posse foi considerada como uma condição de certos direitos [...] Na verdade, qualquer detentor para ser possuidor, deve exercer com intenção, isto é, para ser possuída não deve apenas ter a retenção, mas também vontade.

De outro lado, o elemento psíquico – *animus* – é definido como a intenção de ser proprietário da coisa, aspecto volitivo que é necessário ao possuidor em seu comportamento em relação à coisa e é, por isso, o elemento interno que se revelará diante das condutas do sujeito objetivamente consideradas, para que o seu *status* seja considerado o de possuidor.

Merece transcrição a célebre definição de Savigny (2005, p. 135-136):

Ya hemos trazado los limites del contenido de esta sección en la exposición de lo que materialmente debemos comprender por posesión. Toda adquisición de la posesión reposa sobre un acto corporal (*corpus factum*) acompañado de una voluntad determinada (*animus*). El hecho debe ser de tal naturaleza que ponga al que ha de adquirir la posesión en estado de tratar la cosa según su voluntad y con exclusión de cualquier otro, esto es, en disposición de ejercer el derecho de propiedad<sup>2</sup>.

Segundo esses preceitos não há como confundir a posse com a detenção, uma vez que o detentor não possui o *animus* de haver a coisa para si, aspecto que lhe retira completamente a possibilidade de ser considerado possuidor. Nesse contexto, José Carlos Moreira Alves (1985, p. 212) esclarece toda a teorização de Savigny nas seguintes linhas:

Quais, então, os elementos essenciais da noção de posse jurídica? São eles dois: um fato exterior (o *corpus*) e uma vontade determinada que o acompanha (o *animus*, fato interior). O *corpus* não é, como pretendiam os juristas desde os tempos da glosa, o contato material com a coisa, nem são os atos simbólicos que, graças a uma ficção jurídica, representam esse contato, mas, sim, a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la contra agressões de terceiro. Já o *animus* que caracteriza a posse é o *animus domini* (a intenção de ter a coisa como se fosse proprietário dela [...]) Portanto, o que distingue a posse da detenção é a circunstância de que, na posse, mister se faz a existência de um *animus* especial: o *animus domini*.

Percebe-se, portanto, que o aspecto volitivo existente na relação de imediação entre o sujeito e a coisa tem muita importância naquilo preceituado por Savigny, do que resulta na distinção por ele elaborada entre posse e detenção. Os preceitos estabelecidos por Savigny em sua teoria subjetiva foram de extrema importância para o estudo da posse. Uma das fragilidades encontradas em suas ideias é falta de explicação para a posse exercida em virtude da celebração de negócios jurídicos, tais como a locação e o comodato.

---

<sup>2</sup> Tradução Livre: Nós já traçamos os limites do conteúdo desta seção da exposição, materialmente, o que entendemos por posse. Qualquer aquisição de posse repousa sobre uma ação corporal (*corpus factum*), acompanhada por uma vontade determinada (*animus*), o fato deve ser de molde a colocar a pessoa a adquirir a propriedade e a tratar a coisa conforme sua vontade excluindo qualquer outro, ou seja, pronto para exercer o direito de propriedade.

É evidente que o locatário e o comodatário exercem posse sobre a coisa objeto da relação jurídica, assim como é evidente que não possuem eles *animus* de ser proprietário do bem. Esses contratantes seriam considerados meros detentores, não podendo se valer da proteção possessória conclusão que é insustentável no direito moderno, já que para a proteção da obrigação pactuada devem ser considerados possuidores.

Nessa linha, comentam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2014, p. 53):

Excepcionalmente, nas situações em que alguém atue materialmente sobre a coisa sem o *animus*, cogitar-se-ia de mera *detenção* (v.g, locatário, comodatário, usufrutuário e outras pessoas que entraram na coisa em virtude de relação jurídica). Os detentores não fariam jus à tutela possessória, justamente pela carência do elemento volitivo.

Essas são as ideias centrais da teorização levada a termo por Savigny, os quais foram duramente criticadas por Ihering, cuja teoria passa-se a expor.

### 3 TEORIA OBJETIVA DE IHERING

Em linhas contrárias, Rudolf Von Ihering, partiu de uma releitura da sistematização sobre a posse efetuada por Savigny, para propor em uma de suas obras *Grund des Besitzschutzes* (Teoria Simplificada da Posse) a teoria objetiva da posse.

Ihering desconsiderou o elemento *animus* da estrutura conceitual da posse, revelando como único aspecto a ser levando em conta na definição do instituto jurídico o *corpus*, sustentando àquela época que o *animus* é inerente ao próprio *corpus* não se dissociando o primeiro para compor um elemento distinto. Em outras palavras a vontade é ínsita à relação de imediação existente entre o sujeito e a coisa.

Dessa forma, a posse seria caracterizada principalmente em razão de sua função econômica, a qual para Ihering é dar visibilidade ao exercício do direito de propriedade. Sobre essa diferenciação – existente entre as teorias construídas por Savigny e Ihering – Sílvio Rodrigues (2009, p. 18) explica que:

Teoria de *Ihering* – Este jurista considera, de início, que a posse é a condição do exercício da propriedade, pois esta sem aquela é como um cofre sem chave. Ihering dirige a Savigny veemente crítica. A seu ver a distinção entre *corpus* e *animus* é irrelevante, pois a noção de *animus* já se encontra na de *corpus*, sendo a maneira como o proprietário age em face da coisa de que é possuidor. Posse não significa apenas detenção da coisa; ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o *animus* nada mais é que o propósito de servir-se da coisa como proprietário

Por isso é que a lei protege a posse, para resguardar em última análise o proprietário, surgindo a ideia da necessidade de se conferir guarida à posse, em razão dessa facilidade. Presume-se, por tal razão, que aquele que é possuidor, na maioria das vezes, será considerado também como o proprietário, e essa visibilidade é que gerará a proteção à posse (IHERING, 2005, p. 10).

Assim, é irrelevante analisar o aspecto volitivo nas relações possessórias, já que estará ele sempre ínsito nos atos praticados pelo possuidor, que sempre mostrarão o direito de propriedade. Estabelece Ihering (2005, p. 11) uma tensão entre o direito de propriedade e o direito de posse, de modo que um existe em função do outro, numa dissociação impossível de ser negada.

Sobre essa complementariedade existente entre os dois institutos, salienta Ihering (2005, p. 12) que:

O fato e o direito: tal é a antítese a que se reduz a distinção entre a posse a propriedade. A posse é o poder de fato, e a propriedade é o poder de direito, sobre a coisa. Ambas podem encontrar-se reunidas no proprietário, como também podem estar separadas; e isto ocorre de duas maneiras: ou o proprietário transfere a outro a posse, reservando para si a propriedade, ou a posse da coisa lhe é tirada contra a sua vontade

Nessa perspectiva é que exsurge a importância prática que o instituto da posse ocasiona ao proprietário, de forma que poderá ele cindir o seu direito a outrem, transferindo-lhe a posse para que a coisa tenha utilização econômica. Sobre a utilização econômica da coisa e a viabilização dessa utilidade, Ihering (2005, p. 12-13) conclui que:

A utilização econômica da propriedade tem como condição a posse. Já a propriedade sem posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem meios necessários para a colheita de seu frutos. A utilização econômica da propriedade consiste, de acordo com as diversas características das coisas, no *uti, frui, consumere*. O proprietário pode torná-la efetiva pessoalmente (utilização imediata ou real), ou então por intermédio de terceiro (utilização mediata ou jurídica), a quem cede, ora em troca de dinheiro (arrendamento, venda, permuta), ou gratuitamente (empréstimo, doação).

O grande mérito dessa discussão é viabilizar sobremaneira a cisão do exercício possessório em posse *direta e indireta*, permitindo assim que, a coisa, acaso não interesse ao proprietário, possa ter utilidade econômica. Ressalte-se que Ihering não nega a existência do elemento volitivo, mas conclui que deve ser ele extirpado na configuração do que seja posse. Nas palavras Joel Dias Figueira Jr. (1994, p. 87):

Para ele (Ihering), o elemento intencional deve ser abstraído como não-essencial à configuração da posse, tratando-se de fator demasiadamente particular (subjeto) e de difícil objetivação (comprovação objetiva).

Trata-se, portanto, de uma relação existente entre o sujeito e a coisa, não havendo motivos práticos para que o *animus* constitua elemento da posse, posto que ele estará sempre presente na necessidade de se conferir utilização econômica à coisa. Nas palavras de Ihering (2005, p. 45) a posição da posse no sistema jurídico é a seguinte:

A posse aparece como uma relação imediata da pessoa com a coisa; pertence pois ao direito das coisas. Não existe um acordo sobre se deve ser colocada antes ou depois da propriedade.

Evidente, por tudo que se disse que a teoria objetiva de Ihering leva em conta o elemento material que envolve o direito à posse, colocando de lado o *animus* inerente à essas relações. Nos termos do que já foi exposto a teoria objetiva é a que norteia o Código Civil brasileiro, já que nesse diploma se define como possuidor aquele que tem de fato o exercício pleno ou não de algum dos poderes da propriedade.

No que concerne à detenção, define Ihering (2005, p. 45) que é ela considerada uma posse desqualificada pela lei. Ontologicamente é inviável distinguir posse e detenção quando se leva em conta os preceitos da teoria objetiva, já que os dois institutos retratam uma relação de imediatidade entre sujeito e coisa.

Analisando a diferença entre os institutos estabelecida por Ihering, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 349) define que:

[...] a detenção encontra-se em último lugar na escala das relações jurídicas entre a pessoa e a coisa. Na linha de frente estão a propriedade e seus desmembramentos; em segundo lugar, a posse de boa-fé; em terceiro a posse; e, por fim, a detenção [...] o que distingue a posse da detenção é um elemento externo e, portanto, objetivo, que se traduz no dispositivo legal que, em referência a certas relações que preenchem os requisitos da posse e têm a aparência de posse, suprime delas os efeitos possessórios. A detenção é, pois, uma posse degradada: uma posse que, em virtude da lei, avilta-se em detenção.

Para que se distinga os dois institutos é necessário buscar uma análise deontológica, de forma que em sua forma intrínseca de ser constituam realidades jurídicas distintas, como de fato o são. Em breve análise essa é a estrutura da posse levada a termo por Ihering.

### 3 TEORIAS SOCIAIS

Partindo das considerações elaboradas por Ihering e Savigny em suas obras surgem as teorias sociológicas da posse, que levam em conta preceitos sociais para a definição do instituto. Em suas definições, os juristas que cuidam do assunto levam em conta preceitos sociológicos para alcançarem uma definição jurídica mais ajustada do que se deve entender por posse.

Buscam eles ressaltarem o aspecto social que gira em torno deste tipo jurídico, para depois darem as linhas jurídicas que o envolvem e alcançando de fato os fins por eles almejados. É de se destacar ainda que as teorias a serem referidas deram grande contribuição ao estudo da posse, facilitando a sua definição como categoria jurídica autônoma, a ser desvincilhada cada vez mais da propriedade.

Elas levam em conta principalmente a finalidade do instituto, fazendo surgir a função social da posse, expressão que alberga diversas acepções entre os juristas brasileiros, relacionando-se com o caráter dado pela Constituição Federal aos institutos jurídicos de maneira geral, fazendo refletir seus preceitos em todo o direito privado.

Diga-se também que Savigny e Ihering analisaram também os fins sociais do instituto da posse, principalmente quando definiram os fundamentos da proteção possessória, o faziam, entretanto, de forma subsidiária e se concentraram principalmente nos elementos internos do instituto, sem levar em conta os efeitos pragmáticos que dele exsurgem.

Partem os sociólogos cujas premissas serão adiante analisadas da ideia de que a posse devem ser encarada diante dos fins estabelecidos pelo legislador, vetor que conferirá uma integração do instituto com o sistema jurídico.

Vários foram os autores que cuidaram de analisar a posse sob esse enfoque, analisar-se-á aqueles que construíram na doutrina alienígena as premissas que servirão ao fins aqui almejados, destacando-se, entre eles, as teorias sociológicas de Sílvio Perozzi (Itália), Raymond Salielles (França) e Antonio Hernández Gil (Espanha).

A teoria sociológica estabelecida por Sílvio Perozzi descarta a ideia de que o *corpus* e o *animus* estão presentes no conceito do instituto da posse, argumentando que resulta ela simplesmente do fato social. Esse fato social, segundo os preceitos por ele estabelecidos, tem a ver com todos os integrantes da sociedade, de maneira que a coisa a ser possuída ganha relevo dentro do meio social.

Analisando os preceitos da teoria sociológica de Perozzi, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 346) estabelece que:

Para o referido autor, a posse prescinde do *corpus* e do *animus*, e resulta do fato social, dependente da abstenção de terceiros, que se verifica costumeiramente.

Consistirá o fato social no dever geral de abstenção de todos aqueles que integram a sociedade; em outras palavras todos os sujeitos têm o dever geral de passividade em relação ao fato social posse, o que leva à conclusão de que direito à posse somente é concebido quando a sociedade respeitar o poder de gerência que o possuidor tem sobre a coisa, sem ser necessário investigar a importância do *corpus* e do *animus*.

Ao encarar a definição de Perozzi, Joel Dias Figueira Júnior (1994, p. 91) consigna que:

A *teoria social* da posse preconiza [...] a caracterização da posse pelo comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato, ou seja, a abstenção de terceiros com referência à posse.

Instala-se então uma relação entre aquele que exerce a posse e a coletividade, relação na qual há um dever geral de sujeição, uma vez que a sociedade respeita o estado daquele possuidor e não atenta contra o direito que ele detém sobre a coisa. O fim social do direito à posse, nos termos dos preceitos estabelecidos por Perozzi é o de que toda a sociedade reconheça aquele estado de fato. Assim, é necessário que a coletividade legitime aquela situação como verdadeira e se abstraia de qualquer conduta danosa.

Dessa forma, possuir significa uma relação aquém daquela que é estabelecida entre o sujeito e a coisa, de modo que sua finalidade real é transparecer o estado possessório e deixar o possuidor a salvo de qualquer infortúnio.

Neste mesmo contexto propugna José Carlos Moreira Alves (1985, p. 241):

A posse tem, à semelhança da propriedade, duas facetas: a negativa, que consiste na abstenção de todos os outros homens com referência à coisa; e a positivo, que se consubstancia na plena liberdade de ação que, em virtude dessa abstenção, a pessoa tem com relação à coisa [...] E a posse se torna tanto mais estável quanto mais esse costume social de abstenção é observado como decorrência da progresso da sociedade. Não é a posse, por outro lado, uma relação de direito, pois a vontade do Estado em nada contribui para sua constituição; é, sim, uma relação ético-social, porque se baseia em costume que faz parte da moralidade social.

Confere-se então à posse um caráter mais genérico e sua análise trespassa a relação orgânica existente entre sujeito e coisa, para alcançar um ideário social, e, de fato, o objeto de estudo na teoria sociológica de Perozzi se concentra no fato social, deixando de lado as discussões em torno do *corpus* e do *animus*, distanciando-se do embate travado entre as teorias subjetiva e objetiva da posse.

Para conotar essa diferença, Perozzi oferece o seguinte exemplo, citado por José Carlos Moreira Alves (p. 241-242):

Essa teoria – que o próprio Perozzi denomina *teoria social da posse* – se contrapõe à de Savigny (que é uma teoria física, porque, para ela, a posse seria a disposição de fato que tem o homem sobre a coisa por circunstâncias físicas, com a de se encontrar nela, ou tê-la consigo ou próxima de si) e à de Ihering (pela qual a posse consiste na exterioridade do domínio). Para demonstrá-lo, vale-se [...] de um exemplo: o de um homem que caminha por uma rua com um chapéu na cabeça. Segundo Savigny, tem ele posse sobre o chapéu, porque o tem sobre a cabeça, podendo tirá-lo dela e nela recoloca-lo, e está pronto para defender-se se outrem tentar arrebatá-lo. Para Ihering, é ele possuidor, porque aparenta ser o proprietário do chapéu. De acordo com Perozzi, há nesse caso, posse, pois quem tem o chapéu na cabeça torna aparente que quer dispor dele só, e todos, espontaneamente, se abstêm de importuná-lo.

Assim sendo, a teoria sociológica encampada por Perozzi tem uma conotação sociológica muito grande, e afasta-se da juridicidade alçada ao instituto por Savigny e Ihering, por esta razão suas ideias não são tão difundidas no meio jurídico. Num outro campo do aspecto sociológico está o que Saleilles denominou de *teoria da apropriação econômica* para conceituar o que retrata o direito de posse.

Segundo os preceitos por ele lançados a posse deve consistir num meio pelo qual a coisa tem utilização econômica, tanto para o proprietário quanto para a sociedade, sendo que esse viés econômico difere daquele mencionado por Ihering, na medida em que Saleilles não relaciona em momento nenhum os institutos da posse e da propriedade (FACHIN, 1988, p. 20).

Para Ihering (2005, p. 45), a posse tem como finalidade precípua dar visibilidade ao direito de propriedade, e esse fator leva à utilização econômica da coisa já que promove tranquilidade para que o possuidor possa exercer seu poder de maneira equilibrada.

De outro lado Saleilles viabiliza a posse somente como retratação econômica da coisa, não fazendo qualquer menção à visibilidade ou não do direito de propriedade. Nas suas

palavras, Saleilles definiu no seu trabalho intitulado *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*<sup>3</sup> que (1909, p. 285):

La volonté de réaliser cette appropriation économique de la chose, la volonté d'agir comme le maître de fait de la chose [...] la réalisation consciente et voulue de l'appropriation économique des choses<sup>4</sup>.

Em sua conclusão, portanto, a posse tem como finalidade principal propiciar condições para que a coisa tenha economicidade dentro do meio social, e seja útil à esfera de direitos do possuidor. Vale dizer ainda que os preceitos por ele estabelecidos mostram que o conceito de posse é retratado única e exclusivamente por essa questão, já que o fator econômico se torna o fundamento e o fim da proteção possessória.

Em outro trabalho de sua autoria, denominado *La Théorie Possessoire du Code Civil Allemand*, Saleilles<sup>5</sup> (1909, p. 345) sintetiza suas conclusões da seguinte maneira:

Détenir, c'est bien sans doute exercer une maîtrise de fait, mais non une affection économique. Posséder c'est réaliser une affection économique des choses à leur destination individuelle. Du mois, ai-je essayé dans les études sur la possession que j'ai fait paraître, il y a bientôt dix ans, d'établir ce caractère purement économique et social du rapport possessoire<sup>6</sup>.

Dessa forma a posse retrataria a utilização econômica da coisa, bem como o meio pelo qual esse aspecto é levado a termo pelo possuidor, deixando um tanto de lado a teoria objetiva de Ihering, admitindo, portanto, Saleilles que a relação possessória é a relação de imediação inerente ao sujeito e à coisa, mas confere finalidade diversa, qual seja a de que a posse revela o fim socioeconômico do bem.

Sobre a teorização de Saleilles, Joel Dias Figueira Junior (1994, p. 91) acentua que:

[...] a denominada *teoria da apropriação econômica*, de Saleilles, preceitua a independência da posse com referência ao direito real, tendo em vista que ela se manifesta pelo juízo de valor segundo a consciência social considerada economicamente.

---

<sup>3</sup> *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. 1909. Acesso em [books.google.com.br](http://books.google.com.br) em 06/02/2015.

<sup>4</sup> Tradução Livre: a vontade de realizar essa apropriação da coisa, a vontade de agir como senhor de fato da coisa [...] a posse é a realização consciente e querida da apropriação econômica das coisas.

<sup>5</sup> *La Théorie Possessoire du Code Civil Allemand*. 1909. Acessado em [books.google.com](http://books.google.com) em 06/02/2015.

<sup>6</sup> Tradução Livre: Deter é exercer, sem dúvida, uma senhoria de fato, mas não uma destinação econômica. Possuir é realizar uma destinação econômica das coisas de acordo com sua destinação individual. Ao menos, procurei, nos estudos que publiquei sobre a posse, há dez anos, estabelecer esse caráter puramente econômico e social da relação possessória.

Difere por isso das conclusões obtidas por Ihering, para considerar a posse objetivamente mas conferindo finalidade social ao instituto, aspecto até então não abordado. Assim, dentre os elementos da posse inclui Saleilles a destinação econômica da coisa, colocando o *animus* e o *corpus* num segundo plano.

Por fim, no que diz respeito às teorias que procuram explicar a posse como fenômeno social, surge o raciocínio entabulado por Antônio Hernández Gil, cuja obra, *La Función Social de la posesión*, publicada em 1.969, mencionou pela primeira vez a expressão função social da posse.

Todas as instituições jurídicas, para ele, têm como seu principal fundamento a sua função dentro da sociedade, posto que se dirige a regular a vida entre os pares, tornando-se também o seu fim. Sobre esse aspecto, Hernández Gil (1969, p. 74) obtempera que:

La función social actúa como un requisito previo y como un fin en las instituciones y situaciones ordenadas por la ley. Como supuesto dado es inherente a las relaciones de interacción e interdependencia. Toda esta clase se compara tanto social y se refiere a una pluralidad humana. El factor social es parte de la infraestructura del sistema jurídico que supone y organiza interdependencias. El derecho, aunque hoy en día predominantemente formular su Estado no obtiene de ella. Todo lo que relación interdependiente incorpora al menos una normatividad incipiente que emana de sí mismo.<sup>7</sup>

Para explicitar o real conceito da posse Hernández Gil partiu da premissa de que o referido instituto jurídico constitui um fenômeno social, assim como todos os tipos jurídicos, situação que lhe garantiria o *status* de direito protegido pelo ordenamento.

Sintetizando o raciocínio de Hernández Gil, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 346) acentua que:

Segundo o mencionado professor espanhol, a função social atua como pressuposto e como fim das instituições reguladas pelo direito. Na sua doutrina, as grandes coordenadas da ação prática humana, que são a necessidade e o trabalho, passam pela posse.

Entende ele que a posse é um estado de fato, e essa questão – fática – é mais presente no direito possessório, o que levou à conclusão de que esse direito deve retratar os objetivos

---

<sup>7</sup> Tradução Livre: A função social atua como pressuposto e como fim relativo às instituições e às situações ordenadas pelo direito. Como pressuposto é um dado inerente às relações de interação e interdependência. Toda a relação desta classe é social e tanto se refere a uma pluralidade humana. O fator social forma parte da infraestructura do ordenamento jurídico que pressupõe e organiza as relações de interdependência. O direito, ainda que hoje, predominantemente, lhe formule o Estado, não começa a partir dele. Toda relação de interdependência dele incorpora ao menos uma incipiente normatividade emanada dela mesma.

pretendidos pela sociedade. Quanto a tal aspecto, as palavras do próprio Hernández Gil (1969, p. 84):

Posesión, enmarcado en la estructura y función del estado de bienestar con un programa de igualdad en la distribución de los recursos colectivos, es probable que desempeñe un papel importante. Para ello sería una colaboración adecuada de los juristas y sociólogos, o enfrentar la investigación jurídica con preocupaciones sociológicas<sup>8</sup>.

Ademais, cita o jurista espanhol que a posse é o direito que contém maior carga de densidade social, sobressaindo esse aspecto diante de outros interesses protegidos, situação que não deve ser desprezada na conceituação do instituto. Para dar solidez ao raciocínio, mais uma vez as conclusões de Hernández Gil (1969, p. 75):

La función social por hecho y cómo se mantiene el orden. Esto, en términos generales considerado, es el establecimiento de mayor densidad social, expresando manera principal la proyección del hombre hacia sí mismo. Nos lleva a los objetos que son indispensables para nosotros. Esta externalización y proyección, que está sujeta a numerosas restricciones políticas y económicas, mientras que la posesión, tiene alguna forma de presentarse siempre. La proscripción de la propiedad es al menos probable; la tenencia no es. Es tan apoyada en evento social que la ley se refiere frecuentemente a socialmente permitido<sup>9</sup>.

Não há como reconhecer na posse, segundo os preceitos dessa teoria, qualquer relação com o direito de propriedade, na medida em que a sua relação com a coletividade é que fez nascer a importância do instituto. Dessa forma, conclui-se que a posse, nos termos do que estabelece o autor espanhol, assim como todos os direitos, tem como pressuposto e como fim a sua função dentro da sociedade, de forma que retrata o homem em si mesmo e o projeta em relação às coisas necessárias à vida coletiva.

---

<sup>8</sup> Tradução Livre: A posse, enquadrada na estrutura e na função do Estado social com um programa de igualdade na distribuição dos recursos coletivos, encontra-se chamada a desempenhar um importante papel. Para tal fim seria conveniente a colaboração de juristas e sociólogos, ou afrontar a investigação jurídica com preocupações sociológicas.

<sup>9</sup> Tradução Livre: A função social como pressuposto e como fim encontra-se na posse. Esta, amplamente considerada, é a instituição de maior densidade social, enquanto expressa de maneira primária a projeção do homem em direção a si mesmo. Nos conduz aos objetos que são para nós indispensáveis. Essa exteriorização e projeção, que está submetida a numerosos condicionamentos políticos e econômicos, enquanto posse, tem de algum modo de apresentar-se sempre. A proscrição da propriedade é, ao menos, passível; a da posse não é. Encontra-se tão apoiada no acontecimento social que o ordenamento jurídico remete com frequência ao socialmente permitido.

#### 4 EFICÁCIA SOCIAL DA POSSE

Por fim, a investigação aqui empreendida leva à necessidade de se estabelecer uma relação essencial à designação do instituto jurídico da posse, ligando-o à Constituição Federal. O artigo 5º, inciso XXIII<sup>10</sup>, estabelece que a propriedade deverá atender a sua função social, preceito que influi diretamente no que se pretende nessa pesquisa. Constitui a posse um direito, superando a ideia de que ela é um mero fato (DINIZ, 2014, p. 87), superando, entre nós, o que preconiza Pontes de Miranda (1955, p. 15), que sustentava ser a posse um fato protegido.

Isso porque, a posse tem como fundamento, e disso não se pode olvidar, conferir visibilidade ao direito de propriedade, retratando o meio pelo qual toda a sociedade o enxerga. Nesse contexto, o fundamento da proteção possessória é bem definido por Ihering – nos termos do que já foi exposto linhas atrás -, conferindo, em última análise, guarida à propriedade.

Assim, a Constituição promulgada em 1.988 deu uma nova releitura à posse, já que a propriedade somente estará plenamente consolidada caso atenda a sua função social, pois, como a posse retrata a propriedade, revela esse direito fundamental a toda sociedade, deverá o exercício possessório ser levado adiante cumprindo também a chamada função social.

A essa ordem de ideias, tem-se que a posse deverá atender às funções tidas por úteis dentro do meio social, para que reflita na propriedade da mesma forma e não lhe retire esse caráter. Ademais, a Constituição inovou também em matéria possessória quando criou as figuras do usucapião especial, urbano e rural, estabelecidos respectivamente 183<sup>11</sup> e 191<sup>12</sup> do texto, estabelecendo o que a doutrina veio a denominar como posse trabalho.

Observa-se da leitura dos dispositivos em questão que a o possuidor deverá dar à coisa destinação econômica para que alcance a propriedade, vetor que revela axiologicamente a função social da posse. De outro lado, os preceitos estabelecidos pelo texto maior refletem

---

<sup>10</sup> *Constituição Federal* - Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>11</sup> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

<sup>12</sup> Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

também no Código Civil quando estatui em seu artigo 1.228, §4<sup>o</sup><sup>13</sup> que o proprietário será privado da coisa senão der a destinação socialmente aceita ao seu bem.

Ressalte-se que esse dispositivo mostra bem o que aqui se pretende provar: que a posse tem como função dar visibilidade ao direito de propriedade, traduzindo também os atos possessórios que o sujeito pratica perante a coisa; a prática desses fatos (possessórios) deve ser norteadada também pela função social, senão não seria possível que a propriedade alcançasse esse *status*.

Sobre esse dispositivo, e consubstanciando tudo que aqui se disse, Miguel Reale (1999, p. 82) dissertando sobre o projeto do Código Civil sintetiza que:

[...] a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, 'como se' fora atividade do proprietário, com a 'posse qualificada', enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de 'posse trabalho' justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicando receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como o determina a Constituição.

Valoriza-se a posse em detrimento do direito da propriedade. A redação do dispositivo em questão não deixa margem para outra interpretação na medida em que o proprietário é privado da coisa que passará a pertencer aos que antigamente eram considerados possuidores, dando à posse substrato constitucional (REALE, 1999, p. 82).

Essa premissa leva à conclusão de que a posse é um direito autônomo em relação à propriedade. Como foi dito, tem ela por função dar visibilidade ao direito de propriedade, mas é essa é uma de suas funções, dentre tantas outras previstas no ordenamento, não podendo, contudo, receber os influxos constitucionais inerentes (ALBUQUERQUE, 2002, p. 16).

Essa projeção da posse – como direito autônomo – permite dar a ela a conotação aqui pretendida: quem legitima verdadeiramente o exercício possessório é a própria sociedade. Os fins sociais do instituto são seus fundamentos e constituem seus objetivos: a posse nasce em decorrência da necessidade social de conferir visibilidade à propriedade e tem como diretriz que esse exercício seja levado a termo em prol dessa mesma sociedade.

---

<sup>13</sup> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

## CONCLUSÃO

Num primeiro momento fora discutida a teoria implementada por Savigny, denominada subjetiva e que sustenta a ideia de que integram a estrutura da posse o *corpus* e o *animus*. Para essa vertente considerar-se-á possuidor aquele que tenha o exercício de um poder sobre a coisa com a intenção de se tornar proprietário da coisa, o que mostrou a importância dada por Savigny à vontade do possuidor.

Em contraponto à teoria subjetiva surge a teoria objetiva da posse, cujo precursor foi Ihering, que em sua tese deu uma conotação diferente à vontade do possuidor, sustentando que ela está ínsita ao *corpus*, constituindo uma unidade indissociável. Para ele então será considerado possuidor aquele que tiver o poder de domínio sobre a coisa, não sendo necessário que a vontade apareça como elemento autônomo para que se configure a posse. Essa teorização é amplamente aceita em diversas codificações pelo mundo todo, inclusive no Brasil.

Em linhas de evolução dos preceitos estabelecidos por Savigny e Ihering em suas teorias surgem aquelas denominadas como sociológicas, que consideram o clamor social em suas considerações. Foram analisadas então as teorias de Silvio Perozzi, Saleilles e Antônio Hernández Gil, para concluir que todas elas têm como principal preocupação estabelecer como elemento da posse a função social.

O possuidor então deve exercer o poder possessório sobre a coisa de forma a lhe conferir utilidade dentro do meio social, considerando os reclamos da sociedade para aquele determinado bem. Diante da evolução das teorias possessórias, fora obtida a conclusão final de que, no Brasil, após a edição da Constituição Federal em 1.988 houve uma releitura do que é a posse quando considerada em si mesma.

Ficou previsto no texto maior que a propriedade atenderá a sua função social, e esse novo contexto levou ao arremate de que a posse também deve atender a sua função social. Como direito que é a posse tem com finalidade conferir visibilidade à propriedade, mas essa não é a sua única finalidade, como quis pretender Ihering, mas apenas uma delas.

Dentro desse panorama, a finalidade da posse que mais se destaca é a sua função social, dentro do que se chama *posse trabalho*. O possuidor, quando efetiva os atos possessórios levando em conta a função social poderá dar ensejo, conforme estabelece o artigo

1.228 do Código Civil, à desapropriação judicial privada, aspecto que confere autonomia à posse e destaca a função social que deve ser conferida ao instituto.

Daí exsurge a conclusão final aqui obtida de que a posse será legítima quando tiver eficácia social. A sociedade resguarda os direitos do possuidor para se resguardar no seu direito de ver todos os bens que compõem o meio bem utilizados, de maneira sócio-econômica.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_. **Posse**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

BRANCA, Giuseppe. *Il Possesso come Diritto Affievolito, in Scritti Giuridici in Onore du Francesco Carnelutti*. vol. III. Milão: 1950.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2014. v.5.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Posse e ações possessórias**. Curitiba: Juruá, 1994.

FULGÊNCIO, Tito; DIAS, José de Aguiar. **Da posse e das ações possessórias**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GIL, Antonio Hernández. *La Función social de la posesión*. Madrid: Alianza, 1969.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1984.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998-2009.

SALEILLES, Raymond. *La Théorie Possessoire du Code Civil Allemand*. Paris: Éditeur, 1904.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de la Possession en Droit Romain*. 2. ed. Paris: Éditeur, 1839.

\_\_\_\_\_. *Tratado de la Posesión*. 1. ed. Granada: Comares, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Vol. 05.