

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Denise Carteri Beutler

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA POSSE PRECÁRIA
PARA FINS DE USUCAPIÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO À
MORADIA

Carazinho
2012

Denise Carteri Beutler

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA POSSE PRECÁRIA
PARA FINS DE USUCAPIÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO À
MORADIA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Carazinho, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Prof. Me. Maurício Nedeff Langaro.

Carazinho
2012

Ao meu filho Danrlei Rafael e ao meu esposo Arcenio, pelo amor, apoio e incentivo durante esta caminhada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força que me concedeu, fazendo-me acreditar nesta vitória.

Ao meu filho, pelo amor e compreensão.

Ao meu esposo pela paciência, pelo incentivo, pela força e principalmente pelo carinho.

Ao Prof. Me. Maurício Nedeff Langaro, pela excelente orientação, pelo conhecimento, disponibilidade, incentivo e dedicação nas diversas análises deste trabalho.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação.

A todos os familiares e amigos que compartilharam da minha caminhada e que mesmo distantes torceram por mim.

“Os direitos reais são outorgados para a realização do sujeito, que os deve exercer em benefício social”.

José de Oliveira Ascensão

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a possibilidade de utilização da posse precária para fins de usucapião. O tema analisado justifica-se em virtude de que a propriedade, ainda que um direito real, oponível *erga omnes*, pode ser relativizado, visando à coletividade, já que o proprietário possui direitos e deveres guiados por princípios constitucionais. O estudo objetiva demonstrar o conceito, a natureza jurídica, as teorias que tratam da posse, e as diferenças entre posse, propriedade e detenção, abrangendo a sua destinação social. O problema a ser respondido é se a posse injusta, precária, pode convalescer e ser útil para aquisição da propriedade privada pela usucapião. A resposta envolveu a análise das seguintes hipóteses: a posse precária jamais convalesce, pois representa a quebra da confiança; a posse precária é capaz de gerar a usucapião em atendimento ao princípio da função social e ao direito à moradia. Assim, o trabalho analisa os vícios objetivos da posse e a interversão da posse violenta, clandestina e precária, bem como a propriedade, a qual se transformou em um instituto de natureza social. A função social da posse passa a ser vista como um instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Os vícios objetivos da posse fazem com que a mesma seja considerada injusta. Para chegar aos resultados, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. A técnica de pesquisa baseou-se em consultas bibliográficas, sobretudo na doutrina e jurisprudências. Então, evidenciou-se a possibilidade de transformação do caráter da posse precária, capaz de gerar a usucapião.

Palavras-chave: Direito à Moradia. Função Social da Propriedade. Posse Injusta. Posse Precária. Usucapião.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
2.1 Conceito e natureza jurídica da posse.....	9
2.2 Teorias justificadoras da posse: teoria subjetiva e teoria objetiva.....	15
2.3 Teorias sociológicas da posse	22
3 POSSE <i>VERSUS</i> PROPRIEDADE E DETENÇÃO	27
3.1 Diferença entre os institutos da posse, propriedade e detenção.....	27
3.2 Função social da propriedade	32
3.3 Função social e proteção da posse	39
4 VÍCIOS OBJETIVOS DA POSSE E A POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DO CARÁTER INJUSTO DA POSSE	45
4.1 Posse injusta: violenta, clandestina e precária.....	45
4.2 A interversão da posse violenta e clandestina	49
4.3 A possibilidade de transformação do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião, tendo em vista a função social e o direito à moradia	53
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisará a possibilidade de transformação do caráter injusto da posse e sua utilização para fins de usucapião, levando-se em consideração a evolução do direito de propriedade que, na atualidade, encontra-se condicionado a uma finalidade social, perdendo o cunho absoluto e individualista de que outrora se impregnava.

O interesse pelo tema em análise justifica-se em virtude de que a propriedade, ainda que um direito real, oponível *erga omnes*, pode ser relativizado, visando alcançar a coletividade, uma vez que o proprietário possui direitos e deveres, guiados por princípios constitucionais. E, ainda, em razão de divergências doutrinárias que existem sobre a inversão da posse injusta. O método de abordagem a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho será o dedutivo, que parte de uma noção geral para uma noção particular. O método de procedimento se desenvolverá através de pesquisa bibliográfica, revistas científicas e jurisprudências.

A pesquisa tem como cerne responder à seguinte questão: É possível a utilização da posse precária para fins de usucapião? Sendo que uma das hipóteses é a de que a posse precária jamais convalesce, pois ela representa um abuso de confiança. Por outro lado, tem-se a hipótese de que é possível a transformação do caráter da posse precária, sendo esta capaz de ensejar a usucapião, tendo em vista o princípio da função social e o direito à moradia. O estudo também objetiva demonstrar o conceito, a natureza jurídica e as teorias que tratam da posse, analisando, ainda, as diferenças existentes entre posse, propriedade e detenção, abrangendo a função social inerente ao instituto da propriedade e também da posse. Busca-se, além disso, demonstrar quais sejam os vícios objetivos da posse, verificando a interservação da posse violenta, clandestina e precária.

A presente monografia apresenta-se em três capítulos. No primeiro capítulo se abordará o conceito e a natureza jurídica, abrangendo, também, uma análise sobre as teorias subjetiva e objetiva, que buscam justificar a posse com base em seus elementos constitutivos. Do mesmo modo, serão analisadas as teorias sociológicas, que atribuem à posse autonomia e maior relevância, considerando a sua função social.

O segundo capítulo tratará sobre o instituto da posse, da propriedade e também da detenção, pondo em destaque as suas distinções fundamentais e abrangendo a sua destinação social. A função social impõe-se como pressuposto para que tanto a posse quanto a

propriedade possam estar legitimadas. Desse modo, necessário se faz uma análise sobre a função social da posse e da propriedade.

Por fim, o terceiro capítulo, tem por escopo definir quais sejam os vícios objetivos da posse, o momento em que surgem, bem como a intersetorização da posse violenta e clandestina, detendo-se a pesquisa em verificar a possibilidade de convalidação da posse precária e sua utilidade para fins de aquisição do domínio através da usucapião, tendo por fundamento o princípio da função social da posse e o direito à moradia.

A função social passa a integrar o próprio conteúdo do direito de propriedade, legitimando dos demais poderes que a ela são inerentes. O direito de propriedade não pode fundamentar-se apenas no direito privado, devendo ser interpretado em consonância com os dispositivos constitucionais. Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal assegura o direito de propriedade lhe impõe uma finalidade social.

A função social, ainda que de forma implícita, também abrange o instituto da posse, o que torna relevante o seu estudo, na atualidade, tendo em vista o cumprimento de preceitos constitucionais que primam pela dignidade da pessoa humana e especialmente pelo direito à moradia.

A posse é classificada segundo critérios legais, atribuindo a cada classificação determinados efeitos. Na presente pesquisa tratar-se-á dos vícios objetivos da posse, os quais evitam que a mesma seja considerada justa.

Dessa forma, busca-se verificar a possibilidade de transmutação do caráter da posse, inicialmente injusta, nos casos em que houver uma alteração dessa situação possessória, a fim de proporcionar ao possuidor, dotado de *animus domini*, a aquisição da propriedade através da usucapião. O direito à usucapião - um dos principais efeitos da posse – confere ao possuidor o título do domínio, pelo decurso do tempo.

2 A POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A posse é um tema controvertido na doutrina, assim, no primeiro capítulo, será abordado o conceito e a natureza jurídica, o que abrange, também, uma análise sobre as teorias subjetiva e objetiva, que justificam a posse considerando seus elementos constitutivos. E, em razão da função social da propriedade e da posse, presente no ordenamento jurídico, tratar-se-á das teorias sociológicas da posse.

2.1 Conceito e natureza jurídica da posse

A posse no ordenamento jurídico brasileiro¹ pode ser conceituada como o poder de fato que um indivíduo exerce sobre um ou alguns dos atributos inerentes à propriedade. Cumpre observar que, muitas vezes, o possuidor é também o proprietário do bem. Entretanto, ainda que não seja o titular da coisa, tem o direito de tutelar a sua posse quando violada².

No que concerne à natureza jurídica da posse, importa saber se a mesma é um fato ou um direito, pois a questão é controvertida entre os doutrinadores e, em sendo um direito, se pertence à categoria dos direitos reais ou pessoais. Para Melo (2011, p. 27), a posse pode ser entendida como um fato e também como um direito, pois um fato que possui importância jurídica é direito, assim como o direito nasce de um fato.

Na lição de Coelho (2010, p. 31) tem-se que:

A posse, em suma, pode ser vista como um fato jurídico ou direito tanto quanto a propriedade. São, por óbvio, fatos jurídicos ou direitos diferentes. O que interessa é conhecer os parâmetros que a ordem positiva fornece para nortear conflitos de interesses entre possuidores ou entre possuidor e proprietário. Quando conflitam os direitos de posse e propriedade, ora prevalece um, ora outro. O proprietário que pretende haver a posse de seu bem diretamente (ameaçando, turbando ou esbulhando a posse alheia) será barrado por ordem judicial expedida em proteção ao possuidor; já o proprietário que reivindica em juízo a posse do bem obtê-la-á em detrimento dos interesses do possuidor. [...]. Essas e outras regras jurídicas podem ser estudadas, interpretadas e aplicadas, independentemente da resposta que se dê à questão da natureza da posse.

¹ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 238.

² Art. 1.210. O possuidor tem o direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no caso de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Ibidem*, p. 238.

Nessas condições, a posse designa um fato jurídico ou mesmo um direito tanto quanto a propriedade, à medida em que a ordem legal confere proteção a ambas, ora amparando uma, ora a outra.

Por outro lado, Wald (2002, p. 48-49) entende que a posse não deve ser considerada um direito, isso porque a situação fática se reflete no mundo jurídico independentemente de se questionar sobre a existência do direito do possuidor. Logo, a posse é um mero fato, sendo jurídica apenas a forma utilizada para protegê-la.

Cumprido referir que a posse pode ser vista como o poder de fato que um indivíduo exerce sobre um bem, assim é possível dizer que a mesma constitui um direito, entretanto, com natureza jurídica peculiar, haja vista que possui conceito intermediário entre os direitos reais e os direitos pessoais, tendo, portanto, caráter híbrido, o que não afasta a ideia de ser tida como um direito. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 48)

Ressalte-se que a posse é um estado de fato regido pelo direito; trata-se, desse modo, de um instituto jurídico que gera vários efeitos legais, tais como a utilização dos interditos possessórios contra turbação e esbulho e, principalmente, a aquisição da propriedade privada através da usucapião³. Evidente, portanto, tratar-se de um verdadeiro direito. Assim, se o poder de fato exercido pelo indivíduo sobre o bem é considerado posse, produzindo efeitos jurídicos, é natural que esta seja vista como um direito e não como um mero fato. (OLIVEIRA, 2001, p. 183)

Sobre a natureza jurídica da posse, veja-se a opinião de Venosa (2011, p. 28):

[...] a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece ser mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito. Se o Direito protege a posse como tal, desaparece a razão prática, que tanto incomoda os doutrinadores, em qualificar a posse como simples fato ou como direito. Protege-se o estado de aparência, situação de fato, que pode não corresponder ao efetivo estado de direito, o qual poderá ser avaliado, com maior amplitude probatória e segurança, posteriormente. Assim, a situação de fato é protegida, não somente porque aparenta um direito, mas também a fim de evitar violência e conflito. O legislador prefere, num primeiro enfoque, proteger o possuidor, ainda que este não tenha relação juridicamente perfeita e técnica com a coisa.

³ Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial. BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 444.

Em razão da paz social protege-se a situação possessória sem necessidade de se indagar, em um primeiro momento, se o possuidor é também o titular do bem, uma vez que a tutela processual da posse decorre da simples situação de fato que a pessoa exerce sobre o bem. Desse modo, “defende-se a posse porque é uma situação de fato que provavelmente envolve um direito”. (VENOSA, 2011, p. 29)

Da mesma forma, demonstra-se a lição de Farias e Rosenvald (2010, p. 32):

Entendemos que, para além da concepção da posse como relação de fato ou mera exteriorização de um direito de propriedade, as normas que tutelam a posse são a ela direta e imediatamente dirigidas. Portanto, a posse é um direito subjetivo dotado de estrutura peculiar. Ressalta-se que não só a posse é alicerçada em uma situação de fato, pois outros modelos jurídicos também o são. Todavia, à medida que o ordenamento jurídico concede ao possuidor o poder de satisfazer o direito fundamental de moradia, naturalmente defere-lhe uma gama de pretensões que lhe assegurem proteção perante terceiros, o que revela nitidamente a existência do direito subjetivo de possuir.

Tais observações levam ao entendimento de que a posse, sem deixar de ser um fato, deve, igualmente, ser vista como um direito, pois há de se levar em conta que o possuidor pode invocar as ações possessórias para defender a sua posse independentemente de se questionar sobre o direito de propriedade, já que “[...], o fato jurídico *posse* desencadeia o direito de *possuir*, independentemente de qualquer cogitação sobre a propriedade”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 33, grifo do autor)

Portanto, se a posse é um direito, deve-se analisar se é um direito real ou pessoal. Mas, antes, é preciso entender as diferenças entre esses direitos. Os direitos reais possuem características e princípios próprios, o que os difere dos direitos pessoais. Sendo assim, “para saber se a posse deve ser incluída entre os direitos reais, ou entre os direitos pessoais, faz-se mister averiguar se os princípios que a regulam aproximam-na mais daqueles ou destes”. (GONÇALVES, 2010, p. 74). Os direitos reais são regidos pelo princípio do absolutismo, o que significa dizer que possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, oponíveis contra todos. Em razão de sua oponibilidade surge o direito de seqüela, que permite ao titular perseguir e reaver o bem com quem esteja. O titular também possui o direito de preferência.

Nesse mesmo sentido, Gonçalves (2008, p. 4) preceitua que “por serem absolutos, os direitos reais são oponíveis contra todos (*erga omnes*), o que lhes atribui direito de preferência e de seqüela”. O caráter absoluto dos direitos reais não atinge os direitos pessoais, pois os

efeitos destes se restringem às partes que firmaram o contrato, tendo, portanto, caráter relativo.

Outro princípio fundamental que rege os direitos reais é a publicidade. Tratando-se de bens imóveis⁴, dá-se com o registro no Ofício de Registro de Imóveis e, sendo bens móveis⁵, ocorre após a tradição. Já os direitos pessoais são regidos pelo princípio da autonomia da vontade e, como tem caráter relativo, dispensam a publicidade do feito. (GONÇALVES, 2010, p. 74)

Nos direitos reais, as relações jurídicas ocorrem entre uma pessoa e uma coisa, e o objeto dessa relação é a própria coisa. Diferentemente, nos direitos pessoais, as relações jurídicas ocorrem entre um sujeito e outro, e o objeto da relação jurídica é uma prestação. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 32)

A esse respeito discorre Gonçalves (2010, p. 75, grifos do autor):

Há diferenças substanciais, ainda, entre os sujeitos e o objeto dos direitos reais e o dos direitos pessoais. O objeto do direito real há de ser, necessariamente, uma *coisa determinada*, enquanto a prestação do devedor, objeto da obrigação que contraiu, pode ter por objeto coisa *genérica*, bastando que seja *determinável*. O objeto dos direitos reais é sempre a coisa corpórea, tangível e suscetível de apropriação, ao passo que o objeto dos direitos pessoais é sempre uma prestação. Por outro lado, o direito real só encontra um sujeito passivo concreto *no momento em que é violado*, pois, enquanto não há violação, dirige-se contra todos, em geral, e contra ninguém, em particular, enquanto o direito pessoal dirige-se, desde o seu nascimento, contra uma *pessoa determinada*, e somente contra ela.

No que se refere ao sujeito passivo, observa-se que nos direitos reais este não é determinado, mas sim toda a coletividade, tendo em vista sua oponibilidade *erga omnes*. Contudo, no momento em que o direito for violado, o sujeito passivo passa a ser determinado. Já nos direitos pessoais, desde a origem da obrigação, o sujeito passivo é determinado.

Nos direitos reais, enquanto o sujeito passivo não for determinado, cabe a toda coletividade respeitar tais direitos, visto que são oponíveis *erga omnes*. O objeto dessa relação jurídica é sempre um bem corpóreo, sólido, suscetível de apropriação. Nos direitos pessoais, desde o início do vínculo jurídico já se sabe quem são os sujeitos dessa relação, que tem por objeto determinada prestação. (GONÇALVES, 2008, p. 5)

⁴ Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 239.

⁵ Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Ibidem*, p. 239.

Convém mencionar que o rol dos direitos reais é taxativo⁶, e nos direitos pessoais o rol é apenas exemplificativo, isso porque, nestes, as partes podem criar contratos atípicos⁷, isto é, que não estão previstos na lei. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 34)

“O art. 1.225, do Código Civil, em obediência ao princípio da taxatividade, fez uma enumeração dos direitos reais, entre os quais a posse não foi incluída. Assim, poder-se-ia concluir que o legislador não considerou a posse como direito real, mas como pessoal”. (GONÇALVES, 2008, p. 5-6). Entretanto, lembra o autor que, nem todos os direitos reais estão descritos no mencionado artigo, visto que há outros direitos reais previstos no próprio Código Civil, porém, apenas não estão compreendidos no dispositivo legal em comento. Dessa forma, o fato de a posse não estar incluída no rol dos direitos reais não é o suficiente para justificar a sua inserção na categoria dos direitos pessoais.

O que retira o caráter de direito real da posse não é o fato de a mesma não estar incluída no rol taxativo dos direitos reais, mas sim a falta de caráter absoluto, caráter esse atribuído aos direitos reais, uma vez que a posse não tem oponibilidade *erga omnes*, isto é, não é oponível contra todos. “Não sendo absoluta, e não trazendo ao seu titular a possibilidade de opô-la a toda coletividade, não há como considerar a posse como direito real, mas como direito pessoal, embora com peculiaridades que a distingam de outros direitos pessoais”. (GONÇALVES, 2008, p. 7)

De acordo com Tartuce e Simão (2009, p. 35), a posse tem conceito híbrido, uma vez que representa a visibilidade do domínio, desse modo, deve ser vista como um direito que possui natureza especial, não como um direito real em si, eis que não está incluída no rol do artigo 1.225 do Código Civil.

Mesmo entendimento tem Gonçalves (2010, p. 76) ao preceituar que a posse é um direito especial, pois o fato de não estar incluída no rol dos direitos reais não justifica dizer que pertence aos direitos pessoais. Estes consistem em uma relação jurídica que atribui ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação avençada.

Por outro lado, não há relevância em se classificar a posse como um direito real ou pessoal de forma isolada, isso porque

⁶ Art. 1.225. São direitos reais: I-a propriedade; II-a superfície; III-a as servidões; IV-o usufruto; V-o uso; VI-a habitação; VII-o direito do promitente comprador do imóvel; VIII-o penhor; IX-a hipoteca; X-a anticrese; XI-a concessão de uso especial para fins de moradia; XII-a concessão de direito real de uso. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 239.

⁷ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais deste Código. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Ibidem*, p. 198.

[...] seja na posse como direito real ou direito obrigacional, o possuidor não é tutelado pela situação fática em que se encontra, mas pelo fato do nascimento de relações jurídicas oriundas do direito subjetivo patrimonial que é proveniente de um título. Ambos são possuidores jurídicos, em razão de uma titularidade (direito real) ou de um contrato (direito obrigacional). (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 35)

O que se depreende é que se o possuidor for também o titular do bem terá proteção jurídica fundamentada em um direito real. Sendo a posse oriunda de um contrato, a tutela processual decorrerá de um direito obrigacional. Nota-se que, em qualquer das situações, a posse estará protegida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Posicionamento diverso tem Melo (2011, p. 29) ao lecionar que:

Para os adeptos da posição de que a posse não é direito e sim um fato socialmente relevante para o direito, servirá a interpretação literal do art. 1.225 do Código Civil como fundamento, pois não há na tipicidade que caracteriza os direitos reais a presença da posse como direito real. Como pode ser visto, o primeiro direito real indicado é a propriedade. Entretanto, servindo-se de uma interpretação sistemática temos que se encontram na posse todas as características de um direito real, quais sejam: tem por objeto uma coisa determinada; é dotada de eficácia *erga omnes*; e seu exercício independe de intermediários. Como se não bastasse, ainda é o instituto que inaugura o estudo dos direitos reais. Estes argumentos parecem convencer que, a despeito da omissão legislativa, a posse é um direito real.

Sob esse ponto de vista, a posse é considerada um direito real, uma vez que as características mencionadas são típicas dos direitos reais.

Quanto à natureza jurídica da posse, observa-se que a mesma pode ser vista como um direito, e um direito real, pessoal ou especial. Entretanto, neste trabalho seguir-se-á o entendimento de Tartuce e Simão (2009, p. 48), o qual também é compartilhado por Gonçalves (2010, p. 76), para quem a posse é um direito que possui natureza jurídica especial, sobretudo se pensar os efeitos que dela emanam, tais como a aquisição da propriedade privada pela usucapião e o direito de invocar as ações possessórias para tutelar a posse, motivos pelos quais deve a mesma ser protegida por si mesma, sem necessidade de estar vinculada ao direito de propriedade, eis que se trata de um instituto jurídico autônomo. Em razão de tudo quanto foi dito, o próximo tópico tratará das teorias subjetiva e objetiva, que justificam a posse, com base em seus elementos constitutivos.

2.2 Teorias justificadoras da posse: teoria subjetiva e teoria objetiva

Em razão da natureza jurídica controvertida da posse, surgem várias teorias com o objetivo de conceituar e justificar a necessidade de proteção à mesma. Dentre as teorias, destacam-se duas correntes, a teoria subjetiva, concebida por Friedrich Carl von Savigny, e a teoria objetiva, desenvolvida por Rudolf von Ihering.

Para a teoria de Savigny, a posse pode ser entendida como o poder que um indivíduo tem de usufruir de um bem com a vontade de tê-lo para si e de protegê-lo contra o ataque de qualquer pessoa. Dessa forma, a posse constitui-se pela conjugação de dois elementos, o *corpus* e o *animus domini*. O primeiro é o elemento material, sendo o poder físico sobre a coisa. O segundo é o elemento subjetivo que se traduz na intenção, na vontade de ter a coisa como sua e de exercer o direito de propriedade como se o seu titular fosse. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 48)

Presentes os dois elementos, haverá posse jurídica, protegida, então, pelas ações possessórias. Para a teoria subjetiva, se faltar o elemento material, não existe posse, e a falta do elemento intelectual caracteriza mera detenção. Dessa maneira, aqueles que possuírem um bem por meio de contrato de locação, comodato ou usufruto, não seriam possuidores por faltar-lhes a intenção de se tornarem proprietários e não poderiam socorrer-se aos interditos possessórios para defesa da posse, uma vez configurada apenas a detenção. (GONÇALVES, 2010, p. 50)

Mesmo entendimento tem Pereira (2008, p. 19, grifo do autor), ao preceituar que:

A concepção de Savigny exige, pois, para que o estado de fato da pessoa em relação à coisa se constitua em posse, que ao elemento físico (*corpus*) venha juntar-se a vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (*affectio tenendi*), mais a intenção de tê-la como dono (*animus*). Se faltar esta vontade interior, esta intenção de proprietário (*animus domini*), existirá simples *detenção* e não posse. A teoria se diz *subjetiva* em razão deste último fato.

O que caracteriza a teoria subjetiva é o elemento volitivo, isto é, a intenção de possuir a coisa como sua, tendo em vista que esse elemento se agregará ao elemento material. Não basta para que se configure a posse, a simples vontade de reter o bem (*affectio tenendi*), assim como não é suficiente a simples intenção de ser o proprietário de forma isolada, eis que se exige a união desses dois elementos.

A teoria subjetiva deixa clara a diferença existente entre posse e detenção, assim, aquele que possui um bem sem ter a intenção de tê-lo para si seria considerado apenas detentor, sem qualquer efeito jurídico, e, em decorrência disso, não poderia fazer uso dos remédios possessórios para proteger a posse. Em suma, somente seria considerado possuidor aquele que reunisse os dois elementos exigidos pela teoria subjetiva e, a partir de então, poderia invocar as ações possessórias para tutelar a posse, uma vez que exercia o poder físico sobre a coisa com a vontade de tê-la para si. (MELO, 2011, p. 17)

Posiciona-se da mesma maneira Wald (2002, p. 33) ao prescrever que:

A chamada teoria subjetiva de Savigny, elaborada no início do século XIX, só reconhece a existência da posse quando há *animus domini* ou *animus rem sibi habendi* (ânimo de ter a coisa como sua) por parte do possuidor. Posse é então a exteriorização da propriedade quando aquele que exerce o poder material tem o *animus* de proprietário, considerando-se como titular do direito de propriedade. Assim, a simples situação de fato na qual alguém exerce um poder sobre determinada coisa seria normalmente mera detenção, sem efeitos jurídicos, salvo se o detentor se considerasse titular do direito, ou seja, na terminologia de Savigny, se tivesse *animus domini*. Nessa hipótese, a detenção, situação material ou *corpus*, transformar-se-ia em posse, dando margem à proteção interdial.

A teoria subjetiva de Savigny diferencia a posse de detenção levando em consideração a vontade daquele que exerce o poder sobre a coisa. Dessa forma, apenas será possuidor aquele que exercer o poder de fato como se fosse o seu titular. Também haverá posse, mesmo que o possuidor saiba que não é o dono do bem, uma vez que basta a simples vontade de querer ser o proprietário. (GONÇALVES, 2008, p. 13)

Para que a posse possa assim ser considerada, basta que o possuidor atue como se proprietário fosse, pois o que importa é o seu comportamento em relação à coisa. A teoria subjetiva assim é denominada pela importância que dá ao elemento volitivo, devendo o indivíduo exercer o poder de fato com a intenção de ter a coisa para si. Não exige a convicção de ser dono, mas a pretensão de possuí-la como sua. A falta do elemento intelectual afasta a caracterização da posse, constituindo simples detenção. Em razão disso, não se estabelece uma relação possessória quando o indivíduo exercer o poder sobre a coisa sem a intenção de tê-la para si. (OLIVEIRA, 2001, p. 175)

A teoria subjetiva confere autonomia à posse, tendo em vista a importância jurídica proporcionada ao possuidor em razão do uso dos bens, independentemente da questão da propriedade. A proteção conferida à posse encontra amparo na própria necessidade de proteção à pessoa, com vistas a alcançar a paz social e obter uma maior segurança nas

relações jurídicas. Desse modo, a posse atribui ao possuidor o direito de invocar a tutela interdial quando a sua situação fática for violada, sem que isso implique qualquer vínculo com o direito de propriedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 28-29)

Compreende-se que a posse é vista como uma situação fática merecedora de proteção jurídica, uma vez que, independentemente do direito de propriedade, ao possuidor lhe assiste o direito de tutelar a sua posse, quando turbada ou violada, conforme já mencionado no item 2.1.

Por seu turno, a teoria objetiva de Ihering preceitua que, para a caracterização da posse, basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, já que o *corpus* é o único elemento passível de comprovação, e nesse elemento já está incluído o *animus*. A referida teoria dispensa o elemento subjetivo, a intenção de ser dono, para a configuração da posse, pois esta é a visibilidade do domínio, é a relação entre a pessoa e a coisa. O possuidor age como se fosse dono, uma vez que tira proveito com o uso da coisa, explorando-a economicamente. Sendo assim, diferentemente da teoria subjetiva, o locatário, o comodatário, o usufrutuário fazem jus à utilização dos interditos possessórios, uma vez que são considerados possuidores, dado o caráter econômico atribuído à posse. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 243)

Nesse mesmo sentido, ensina Oliveira (2001, p. 176):

Para Ihering a intenção de ter a coisa para si não faz parte do conceito de posse. Na realidade, a posse é a exteriorização da propriedade. É o agir em relação à coisa como se proprietário fosse. E age como proprietário quem explora a coisa economicamente. Para ele o *animus* e o *corpus* praticamente se fundem. O *corpus* é a relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa, ou a aparência da propriedade, a conduta externa da pessoa, que se apresenta numa relação semelhante ao procedimento normal de proprietário. O elemento psíquico, o *animus*, na teoria objetivista de Ihering não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário – *affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono. A posse é a visibilidade do domínio. Pela teoria de Ihering, o locatário, assim como o comodatário, não é mero detentor, como seria pela teoria de Sanigny, e, em consequência, pode defender a coisa por via das ações possessórias, não apenas contra terceiros, mas até mesmo contra o proprietário, que eventualmente moleste a sua posse.

A posse, para a teoria objetiva, não depende do elemento volitivo, isto é, da vontade de possuir a coisa como sua, sendo suficiente, para caracterizá-la, que o indivíduo proceda como se fosse titular do bem, utilizando-se da coisa com finalidade econômica, haja vista que a posse é a exteriorização do domínio.

O elemento psíquico, na teoria de Ihering, não está na intenção de ser dono, pois se situa no agir, na conduta externa da pessoa em relação à coisa, sendo essa atuação semelhante ao procedimento do proprietário. O que caracteriza a posse não é o elemento interior do indivíduo, ou seja, não é necessário que o sujeito tenha a intenção de apropriar-se do bem, basta agir como se dono fosse. Em consequência disso, é possível caracterizar como relação possessória a situação fática, exercida pelo locatário, comodatário ou depositário, em relação à coisa que se encontra em seu poder, o que permite qualquer deles defender sua posse, por meio dos remédios possessórios, contra ataque de terceiros ou até mesmo contra o proprietário, se este perturbar aquele que tem a utilização do bem. (PEREIRA, 2008, p. 20)

Note-se que, para a teoria objetiva, o locatário, o comodatário, o usufrutuário, entre outros, são considerados possuidores, ainda que não tenham a intenção de apropriar-se do bem. Desse modo, se o possuidor for turbado em sua posse, tem o direito de invocar as ações possessórias para defender-se, não só perante terceiros como também contra o próprio titular do bem, se este for o causador da violação.

Salientando a diferença entre as teorias, Wald (2002, p. 33-34) preceitua que:

[...] Rudolf von Ihering, na sua teoria objetiva da posse, repeliu o elemento subjetivo, como sendo imperscrutável e não oferecendo assim um critério hábil para uma delimitação clara entre os campos da posse e da detenção, pois nada há de mais difícil do que saber da intenção ou do *animus* daquele que exerce o poder material sobre certa coisa. Para Ihering, tanto a posse como a detenção se caracterizam pela simples situação de fato consciente. O *animus*, que Savigny encontrara nas fontes romanas, é, para Ihering, apenas a consciência de estar exercendo o poder material sobre a coisa, consciência que inexistente havendo a falta de vontade. [...] toda situação material de poder exercido conscientemente sobre uma coisa constitui uma posse, salvo se a lei, por motivo de ordem prática, determinou o contrário.

O que se entende é que toda situação de fato será considerada posse, uma vez que a configuração da detenção decorre da lei, isto é, quando a própria lei assim o determinar, tendo em vista a dificuldade de se identificar a real vontade do sujeito que exerce o poder de fato sobre o bem.

O objetivismo de Ihering afasta a conceituação da posse baseada puramente no elemento anímico, pois o *animus* está subentendido no poder físico que a pessoa exerce sobre a coisa. A posse é a exteriorização da propriedade; desse modo, não há necessidade de se analisar o anseio particular de quem possui, mesmo porque “não é o elemento psicológico que revela a posse, e sim a forma como o poder fático do agente sobre a coisa revela-se exteriormente”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 29-30). Recorda ainda que a posse não é

reconhecida como um instituto jurídico independente, pois o possuidor é aquele que confere destinação econômica à propriedade, isto é, concede visibilidade ao domínio.

A posse também é reconhecida em razão da destinação econômica que é dada ao bem, sendo assim, diferentemente da teoria subjetiva, a posse não existe autonomamente, pois é apenas a exteriorização do direito de propriedade. Como se pode observar, “o que sobleva no conceito de posse é a destinação econômica da coisa”. (PEREIRA, 2008, p. 21)

Do mesmo modo, a utilização da coisa, sob o ponto de vista econômico, também permite que uma situação fática seja merecedora da tutela possessória. A posse configura-se em razão da destinação econômica que é dada ao bem. Com base na exteriorização do direito de propriedade e com a observação dos fins econômicos da coisa, é possível saber se o sujeito tem ou não o poder de posse sobre o bem. (GERAICE NETO, 2002, p. 229-230)

A posse, para a teoria objetiva, é a exteriorização de um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade, isto é, usar, fruir, dispor ou reaver a coisa. A posse é fato, enquanto que a propriedade é o poder de direito sobre o bem. Ambas podem estar reunidas em uma só pessoa, bem como existirem separadamente. Para haver legitimidade no exercício da posse é necessário que o possuidor exerça, em nome próprio, um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade. Para Ihering, a posse é um direito real e também um poder de fato, enquanto a propriedade é um poder de direito sobre o bem, de modo que ambas podem reunir-se em uma só pessoa, bem como existirem isoladamente. (MELO, 2011, p. 19-20)

O que deve ser levado em consideração é que a posse e a propriedade são institutos jurídicos que podem existir de forma autônoma, isto é, o possuidor de um bem pode ser também o seu proprietário, assim como o proprietário pode não estar investido, diretamente, na posse do bem.

Em relação às duas teorias mencionadas pode-se dizer que Pereira (2008, p. 21, grifo do autor) sistematiza-as da seguinte maneira:

O comportamento da pessoa, em relação à coisa a símile da conduta normal do proprietário, é posse, independentemente da investigação anímica: *qui omnia ut dominus facit*. O que retira a tal procedimento este caráter, e converte-o em simples *detenção*, é a incidência de obstáculo legal. Neste ponto reside a diferença substancial entre as duas escolas, de Savigny e Ihering: para a primeira, o *corpus* aliado à *affectio tenendi* gera detenção, que somente se converte em posse quando se lhes adiciona o *animus domini* (Savigny); para a segunda, o *corpus* mais a *affectio tenendi* geram posse, que se desfigura em mera detenção apenas na hipótese de um impedimento legal (Ihering).

Para a teoria subjetiva, o poder físico sobre o bem aliado à *affectio tenendi*, isto é, a vontade de reter, caracteriza apenas detenção, uma vez que a posse apenas se configura quando lhe for acrescentado o *animus domini*, ou seja, a intenção de dono. Já para a teoria objetiva, o poder físico sobre o bem conjugado à *affectio tenendi* gerará posse, eis que a detenção se configura apenas por um impedimento legal.

Vistas as duas teorias, percebe-se que o Código Civil de 2002 adotou, de forma parcial, em seu artigo 1.196, a teoria objetiva de Ihering, ao considerar ser possuidor aquele que tem de fato o exercício, de um ou alguns dos poderes intrínsecos à propriedade. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 49)

Entretanto, no que diz respeito à aquisição da propriedade privada pela usucapião, adere à teoria subjetiva que demanda o *animus domini*, visto que não basta o simples contato com a coisa, sendo necessária também a intenção de apropriar-se do bem. Logo, entende-se que há uma mistura entre as duas teorias. (MAIDAME, 2002, p. 190).

Mesmo entendimento tem Melo (2011, p. 19), pois, ainda que não tenha sido adotada no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria subjetiva é importante no que diz respeito à usucapião onde através da posse é possível alcançar a propriedade, desde que o possuidor tenha a vontade de possuir a coisa como sua⁸.

Farias e Rosenvald (2010, p. 31) demonstram essa afirmativa ao expor que no Código Civil prevalece a concepção de Ihering para definição de posse. Contudo, no que diz respeito à aquisição do domínio pela usucapião, filia-se a teoria subjetiva, que demanda o *animus domini*.

Compreende-se que o Código Civil não aderiu inteiramente à teoria objetiva, visto que, para adquirir a propriedade através da usucapião, a lei exige a vontade, a intenção do possuidor em tornar-se proprietário do bem, o que configura o elemento subjetivo mencionado na teoria de Savigny.

Em relação à usucapião - um dos principais efeitos da posse -, cumpre observar que, para produzir tal efeito, a mesma deve ser *ad usucapionem*, uma vez que a posse *ad interdicta*

⁸ Art. 1239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 05 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 (cinquenta) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 240.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, por 05 (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. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Ibidem*, p. 240.

é aquela que pode ser defendida pelos remédios possessórios, quando sofrer qualquer ato de ameaça, turbação ou esbulho, contudo, não é capaz de gerar a usucapião. A posse *ad usucapionem* é aquela que se estende por determinado tempo previsto na lei, sendo possível a aquisição da propriedade pela usucapião. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 65-66)

Acerca do assunto, discorrem Monteiro e Maluf (2011, p. 44):

A posse, no sentido técnico, é posse *ad interdicta*, isto é, que pode amparar-se nos interditos, na hipótese de ser molestada. O possuidor, que sinta ameaçada, turbada ou perdida sua posse, tem a faculdade de defendê-la ou de recuperá-la, através da ação possessória adequada, e a posse, assim, protegível, denomina-se *ad interdicta*. Mas, sendo prolongada, ela pode dar origem à usucapião, desde que ocorram os requisitos previstos em lei. A posse, sublinhada por todos esses requisitos, constitui o que na técnica jurídica se chama posse *ad usucapionem*, que produz o importantíssimo efeito de gerar o direito de propriedade.

O direito à usucapião é um dos principais efeitos que decorrem da posse. Sendo assim, o possuidor, atendidos os requisitos que a lei impõe, poderá adquirir o domínio pela prescrição aquisitiva. Em suma, a posse *ad usucapionem* é aquela capaz de deferir ao possuidor a usucapião da coisa, gerando o seu domínio.

Segundo Gonçalves, (2010, p. 103, grifo do autor) “*Posse ad interdicta* é a que pode ser defendida pelos interditos, isto é, pelas ações possessórias, quando molestada, mas não conduz à usucapião”. Depreende-se que, embora o possuidor não possa adquirir o domínio pela usucapião, lhe assiste o direito de invocar as ações possessórias para defender a sua posse. Por outro lado, “*Posse ad usucapionem* é a que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido na lei, deferindo a seu titular a aquisição do domínio. É em suma, aquela capaz de gerar o direito de propriedade”. (GONÇALVES, 2010, p. 103, grifo do autor). Para que o possuidor possa adquirir a propriedade pela usucapião, deve atender as exigências legais.

O Código Civil adotou, predominantemente, a teoria objetiva de Ihering ao considerar ser possuidor aquele que exerce o poder de fato sobre um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade, apesar de ter se inspirado na teoria subjetiva de Savigny no tocante à usucapião que exige, para sua configuração, o elemento intelectual, que representa a vontade de ter a coisa como sua. Em razão da função social, presente no ordenamento jurídico, o próximo tópico tratará das teorias sociológicas, as quais procuram dar à posse autonomia em relação à propriedade.

2.3 Teorias sociológicas da posse

Ao longo dos anos, as transformações das estruturas sociais têm permitido o surgimento de teorias sociológicas sobre a posse, fazendo com que a mesma adquira autonomia em relação à propriedade. Essas teorias conferem ao fenômeno possessório uma relevância social de maior importância. Desse modo,

Essas novas teorias, que dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, aliadas à nova concepção do direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como prescreve a Constituição da República, constituem instrumento jurídico de fortalecimento da posse, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar sobre o direito de propriedade. (GONÇALVES, 2010, p. 56)

A função social da posse faz com que a mesma seja vista como um instituto jurídico próprio, autônomo, que não se subordina à propriedade, tendo em vista que em determinados casos pode se sobrelevar ao direito de propriedade.

Posse e propriedade são institutos diferentes, pois o próprio Código Civil faz a distinção ao prever que a alegação do direito de propriedade não impede a tutela possessória⁹. “A referida constatação já bastaria para demonstrar que a posse não pode ser vista apenas como uma mera visualização do domínio, ou seja, tem a posse uma valorização econômica e social própria”. (MELO, 2011, p. 22-23)

A posse tem um valor social próprio; dessa forma a simples alegação do direito de propriedade não é suficiente para a negação da proteção processual da posse, haja vista que tanto o instituto em questão quanto o instituto da propriedade devem atender a função social.

A teoria social da posse, defendida por Perozzi, na Itália, caracteriza-se pelo comportamento passivo dos indivíduos que integram a coletividade com relação ao fato. Para esta teoria, a posse não necessita do *corpus* e do *animus*, mas resulta do fato social, sendo necessária, apenas, a abstenção de terceiros em relação à coisa, para que o possuidor desfrute do bem com exclusividade. Desse modo, o indivíduo que demonstrar o interesse de que todos os demais se abstenham da coisa para que ele disponha dela com exclusividade, sem qualquer

⁹ Art. 1.210 § 2º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 238.

resistência a isso, estará investido em um poder sobre o bem que se denomina posse, tendo a disposição de fato sobre ele. (GONÇALVES, 2010, p. 56-57)

Por outro lado, Saleilles, defensor da teoria da apropriação econômica, na França, institui a independência da posse em relação à propriedade, em razão de que aquela se manifesta pelo juízo de valor que lhe é atribuído economicamente segundo a consciência social. (GONÇALVES, 2010, p. 57)

A posse, para a teoria de Saleilles, diz respeito a uma vontade da pessoa, pela necessidade de apropriação e exploração econômica das coisas, que todos possuem e que deve ser respeitada; entretanto, essa vontade deve visar, também, ao interesse da coletividade, de acordo com os costumes e opinião pública. (BASTOS; BASTOS, 2010, p. 15)

Quanto à teoria da apropriação econômica, Melo (2011, p. 23) traz o seguinte ensinamento:

A ótica de Saleilles se adapta à noção da teoria social da posse no Brasil, pois para o autor francês o conceito de posse não parte de uma situação jurídica permanente e homogênea. Ao contrário, impõe àquele que pretende desvendar os seus mistérios a busca das diversas variáveis segundo a natureza da coisa, forma de utilização e os usos do país e da época. Ora, não podemos estudar esse instituto de vital importância para os brasileiros sem a necessária adequação à nossa realidade social e econômica.

A posse tem uma valorização econômica e social própria, tendo em vista que o possuidor tem como objetivo explorar a coisa colocada a sua disposição, dando a ela uma destinação social e economicamente útil.

Para Gil, criador da teoria sociológica da posse, na Espanha, a função social opera como pressuposto e finalidade das instituições reguladas pelo direito. Para esta teoria, a posse exerce um papel importante em um Estado Social, pois enquadrada está na sua estrutura e função. A posse é a conformação jurídica elementar do social, eis que “as grandes coordenadas da ação prática humana, que são a necessidade e o trabalho, passam pela posse”. (GONÇALVES, 2010, p. 57-58)

A posse, na teoria defendida por Gil, é situada como o direito que está mais próximo da realidade social, pois proporciona ao indivíduo o uso e o trabalho sobre o bem, com vistas a alcançar as necessidades humanas fundamentais, o que justifica a obrigação geral de abstenção perante o estado do possuidor e a segurança que desfrute de bens essenciais. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 37)

O possuidor deve usufruir os bens de modo que satisfaçam as suas necessidades básicas. Agindo dessa forma, estará legitimando a sua situação em relação à coisa, justificando a abstenção dos demais membros da coletividade em relação a sua posse.

Sobre as teorias sociológicas, Farias e Rosenvald (2010, p. 37) complementam dizendo que:

[...] as teorias sociológicas da posse procuram demonstrar que a posse não é um apêndice da propriedade, ou a sua mera aparência e sombra. Muito pelo contrário, elas reinterpretem a posse de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa. A posse deve ser considerada como fenômeno de relevante densidade social, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais. Devemos descobrir na própria posse as razões para o seu reconhecimento.

A posse deve ser vista como um instituto jurídico próprio, independente do direito de propriedade, em razão da importância social que o instituto representa, eis que visa ao bem-estar social, uma vez que o possuidor utiliza-se da coisa com o fim de satisfazer as suas necessidades fundamentais.

Neste ponto, Albuquerque (2002, p. xv-xvi) adverte que o instituto da posse deve receber influência constitucional, adaptando às suas regras a ordem constitucional vigente como meio de atender a sua função de instituto jurídico. A posse, sendo fruto do fato social, está comprometida com os fundamentos e objetivos da Constituição Federal e com a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao tema, registre-se o ensinamento de Melo (2011, p. 23):

A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto.

A posse deve ser vista como um instituto capaz de proporcionar o bem-estar da coletividade, isso porque, além de proporcionar o uso de bens essenciais, serve, também, à

moradia, que é um direito garantido constitucionalmente, pois o Estado Democrático de Direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Tartuce e Simão (2009, p. 50-51) demonstram ser favoráveis à tese da posse social, pois a função social da posse decorre da função social da propriedade, aplicada conjuntamente com o princípio da igualdade material, constitucionalmente previsto. Ressalte-se que o princípio da função social da posse está implícito no ordenamento jurídico vigente, especialmente pela valorização da posse-trabalho¹⁰. Dessa forma, quando o possuidor atuar positivamente, isto é, der ao bem alguma utilidade, tem-se a posse-trabalho, que pode se dar em razão da sua utilização para fins de moradia, ou quando o possuidor realizar obras e investimentos de caráter produtivo, dando ao bem acentuado valor social e econômico. Em virtude da posse-trabalho, o proprietário poderá ser privado do imóvel, mediante indenização, dada a relevância dos interesses sociais, uma vez que a posse é exercida a título de moradia ou enriquecida pelo trabalho e/ou por investimentos.

Cumprido observar que a função social da posse está intrinsecamente ligada ao princípio da solidariedade, com o propósito de erradicação da pobreza e especificamente com a proteção do direito à moradia, previsto expressamente na Constituição Federal. Com a valorização da posse social, em atenção ao princípio da isonomia substancial, o caráter individualista, que outrora imperava, é reduzido substancialmente. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 51)

Segundo Gonçalves (2010, p. 58-59), “o Código Civil de 2002 demonstra preocupação com a compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, procurando satisfazer aos superiores interesses coletivos com a salvaguarda dos direitos individuais”. Significa dizer que a solidariedade visa proteger o interesse da coletividade, dada a relevância dos interesses sociais, sem, no entanto, excluir o interesse individual.

O instituto da posse tem como objetivo garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que a sua concretização é um meio de atender a justiça distributiva, diminuindo as desigualdades sociais, mediante a utilização econômica da coisa, garantindo o cumprimento de sua função social. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 202-208)

¹⁰ Art. 1.228 § 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 05 (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. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 239.

A importância da posse, na atualidade, se dá em razão da necessidade e aproveitamento do bem, haja vista que a mesma passa a ser utilizada para fins de moradia, ou com intuito de produtividade. O princípio da dignidade da pessoa humana é um instrumento efetivo para atender às exigências de moradia. Cumpre observar que a posse é um instituto próprio e independente da propriedade, sendo assim, é um meio de realização da cidadania. Ter posse significa dar ao bem a sua função social. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 213-215)

Com as transformações sociais ocorridas ao longo dos tempos e a influência das teorias sociológicas, a posse ganhou novo significado, deixando de ser vista, apenas, como a exteriorização do domínio, passando a ser um instituto jurídico autônomo, em nada dependendo da propriedade, dada sua valorização econômica e social própria, pois permite ao possuidor usufruir de bens imprescindíveis, garantindo o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade - razão pela qual se justifica a tutela dispensada à posse pelo ordenamento jurídico vigente. Desse modo, no próximo capítulo serão tratadas as diferenças entre os institutos da posse, propriedade e detenção, bem como a função social da posse e da propriedade.

3 POSSE *VERSUS* PROPRIEDADE E DETENÇÃO

No presente capítulo será analisado o instituto da posse, da propriedade e também da detenção, destacando as suas diferenças fundamentais e abrangendo a sua destinação social. A função social impõe-se como requisito determinante para que a posse e a propriedade possam estar legitimadas. Desse modo, necessário se faz um estudo sobre a função social, tanto da propriedade quanto da posse, bem como a proteção processual dispensada a esta.

3.1 Diferença entre os institutos da posse, propriedade e detenção

Posse e propriedade não se confundem, pois possuem conceitos jurídicos distintos. Um indivíduo pode ser possuidor de um bem sem ser proprietário. O proprietário, por sua vez, pode não estar investido na posse do bem. As diferenças entre os institutos mencionados não são feitas a partir da conduta do indivíduo em relação à coisa, haja vista que, tanto o possuidor quanto o proprietário possuem sobre o bem um comportamento semelhante.

Dessa forma, “a distinção entre posse e propriedade é feita tendo em vista a *origem* do poder de sujeição sobre a coisa. Dependendo de como teve início o vínculo de subordinação, considera-se o titular do direito um possuidor ou proprietário”. (COELHO, 2010, p. 27, grifo do autor). O que deve ser levado em conta para a distinção entre posse e propriedade é como surgiu o poder sobre a coisa. Para saber se o titular do direito é um possuidor ou proprietário, deve-se analisar, primeiramente, o início desse vínculo, isto é, se há uma relação de subordinação sobre o bem. Dentro desse contexto tem-se que

No fato da apropriação ou do apossamento de coisas para sua utilização pela pessoa, está a *marca da posse*, evidenciando uma *situação de ordem fática*; o tornar-se *proprietário* da coisa, ideia expressada no *adonar-se* dela, caracteriza um *instituto jurídico*, por ser criação da ordem jurídica, e que estabelece, estrutura e disciplina a *noção jurídica* de propriedade ou de domínio. Enquanto a *posse* se ampara e encontra seu fundamento em uma *situação fática* que é a *posse* mesma, a *propriedade* se sustenta em um *instituto jurídico*, de nítido cunho e contorno jurídico. Na *posse* o que se mostra importante e relevante é a consideração tão só do *fato posse*. A posse tem existência própria, não dependente e nem relacionada se mostra ela com a ideia jurídica de domínio. A ela se mostra totalmente estranha qualquer referência à propriedade ou ao direito de propriedade. (ADIERS, 2003, p. 284, grifos do autor)

Compreende-se que a posse é um direito autônomo, que não está subordinada ao domínio, entendido, também, como propriedade, até porque pode subsistir por si mesma, em nada dependendo daquela. “A posse é, dessa forma, um instituto jurídico próprio, autônomo, que pode coexistir com o direito de propriedade ou existir independentemente dele, até mesmo contrapondo-se a ele”. (OLIVEIRA, 2001, p. 177)

O Código Civil, com o escopo de definir a propriedade, limitou-a a seus elementos constitutivos ao prescrever que o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade, bem como de reavê-la de quem a possua injustamente¹¹.

Levando-se em consideração que o possuidor exerce um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade, faz-se necessário uma análise a respeito de quais sejam esses poderes intrínsecos ao domínio e quais deles se mostram capazes para caracterizar a posse. De acordo com a definição legal, a propriedade está relacionada com o direito de usar, gozar, dispor e reaver a coisa. (ADIERS, 2003, p. 285)

“O direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos”. (MONTEIRO; MALUF, 2011, p. 105)

A faculdade de usar consiste no direito que o proprietário tem de se servir da coisa e utilizá-la da maneira que melhor lhe convier, a fim de prover suas necessidades. O direito de gozar ou fruir compreende o poder que o proprietário tem de retirar e aproveitar os frutos e os produtos da coisa principal.

O direito de dispor de um bem, total ou parcialmente, permite ao proprietário desfazer-se da coisa, de maneira gratuita ou onerosa, abrangendo também a faculdade de consumi-la ou de gravá-la de ônus real. O direito de reaver ou reivindicar o bem abrange o poder de mover demanda judicial para obter a coisa de quem a possua ou a detenha de forma injusta, mediante ação reivindicatória. Esta, por sua vez, difere das ações possessórias, visto que somente pode ser invocada pelo proprietário do bem. (GONÇALVES, 2010, p. 230-231)

Analisados os direitos inerentes à propriedade, impende demonstrar quais deles são hábeis para que se possa caracterizar a posse. A esse respeito, leciona Adiers (2003, p. 287, grifos do autor):

¹¹ 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 a detenha. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 239.

Para que a posse se possa ter como caracterizada não se põe suficiente que o possuidor tenha em seu poder uma coisa que seja hábil a ser objeto dela. O ter a coisa sob seu poder é pressuposto básico e necessário para a posse. Não é, porém, suficiente para caracterizar uma situação fática de posse. É preciso, além disso, que o possuidor dela também esteja fazendo *efetivo uso* e/ou esteja no seu *efetivo gozo* ou *fruição*. [...]. Em outros termos: é exatamente no *uso* e no *gozo* que a posse aparece e se materializa. [...]. O *poder de dispor* da coisa é poder ou faculdade reconhecido unicamente a quem seja proprietário, não alcançando quem seja simples possuidor da coisa. Isso decorre da circunstância de o *poder de dispor* dizer respeito a própria *substância da coisa*, o que é próprio da noção de domínio ou propriedade. O *poder de disposição* não integra a noção e o conceito de posse. Ainda quando se considere que ao possuidor seja possível fazer a *cessão e transferência dos direitos possessórios* para outrem, isso através de negócio jurídico transmissivo da posse, ou só do *uso* da coisa ou só de *fruição* do bem, não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que tal se dá pelo fato da posse, anterior ou concomitante, efetivamente por ele estar sendo exercida.

Para que um indivíduo possa usar e fruir de um bem é necessário que o tenha em seu poder. Sendo assim, a posse estará caracterizada quando o possuidor puder usar e gozar da coisa que possui. Por outro lado, o poder de dispor de uma coisa é um direito que somente pode ser exercido pelo proprietário do bem, eis que ao possuidor não é dado o direito de dispor da coisa que se encontra em seu poder, não sendo apto para integrar o conceito de posse, haja vista que a disposição está diretamente ligada ao conteúdo da coisa. O possuidor poderá, no entanto, em razão de exercer a posse, por meio de negócio jurídico, ceder ou transferir seus direitos possessórios para outrem, para que este possa usar e/ou fruir o bem.

O direito de reaver a coisa de quem a possuía ou detinha de maneira injusta cabe somente ao seu proprietário, que o fará por meio de ação reivindicatória. Desse modo, “compete tal ação, [...] ao proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário”. (GONÇALVES, 2010, p. 231). A ação reivindicatória poderá ser usada por aquele que for privado, injustamente, de um bem que lhe pertence e pretende retomá-lo.

Nesse contexto, tem-se que, dos poderes inerentes à propriedade, somente o poder de usar e fruir são hábeis para caracterizar a posse. Deve-se levar em consideração que o possuidor é aquele que dá ao bem alguma utilidade. A posse implica em ter a disposição da coisa, utilizando-se dela e tirando-lhe os frutos. A propriedade, por seu turno, é o direito que a pessoa tem de usar, gozar e dispor de um bem, ou de reavê-lo de quem injustamente o possuía ou detinha.

Convém salientar que “[...] o instituto possessório, a par de suas similitudes com a propriedade, encontra-se desta desvinculado, pois é nítido o seu caráter autônomo e dinâmico, conquanto representa circulação de riqueza, dada a utilização real do bem”. (CORDEIRO;

GOMES, 2011, p. 260). Em virtude do uso da coisa feita pelo possuidor, o instituto da posse ganha um caráter de cunho social.

Assim como a posse se distingue da propriedade, o mesmo ocorre com o instituto da detenção, uma vez que o detentor será aquele que, em uma relação de dependência para com outrem, vai exercer o poder físico sobre a coisa de acordo com as suas ordens ou determinações¹². (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 18)

Farias e Rosenvald (2010, p. 74, grifo do autor) conceituam detenção da seguinte maneira:

A *detenção* (também chamada de *tença*) é, portanto, uma posse degradada, juridicamente desqualificada pelo ordenamento vigente. O legislador entendeu que, em determinadas situações, alguém possui poder fático sobre a coisa sem que sua conduta alcance repercussão jurídica, a ponto de ser negada ao detentor a tutela possessória.

Observa-se que, em algumas situações, o poder de fato exercido sobre o bem não será considerado posse, pois a lei retira a imagem de possuidor da coisa, conferindo-lhe a qualificação de detentor, sem efeitos jurídicos. “A *situação de fato que tem consequências jurídicas* é denominada *posse*. Aquela que é *juridicamente irrelevante*, limitando-se a constituir simples fato material, sem repercussão no mundo do direito, é a *detenção*”. (WALD, 2002, p. 30, grifos do autor)

Quando a situação fática sobre a coisa for tutelada pelo ordenamento jurídico, a posse estará caracterizada, eis que a regra é a proteção do bem. Haverá detenção quando o sujeito, que exerce o poder de fato sobre a coisa, não puder invocar, em seu próprio nome, os remédios possessórios, para defender o bem, haja vista que, por exceção, a lei não lhe reserva tal direito. (VENOSA, 2011, p. 40)

Para uma melhor distinção entre posse e detenção, cumpre esclarecer que o detentor da coisa vai submetê-la à vontade de outrem e não à sua própria vontade. Já o possuidor, por não estar vinculado à orientação de outrem, vai submeter a coisa à sua própria vontade. Enquanto o possuidor age em razão de seu próprio interesse, o detentor vai exercer o poder de fato em razão de um interesse alheio. (COELHO, 2010, p. 28)

¹² Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 238.

Em princípio, todo poder de fato exercido sobre um bem será considerado posse, salvo se a lei considerar essa relação como simples detenção. Como se pode observar “[...] o detentor exerce sobre o bem não uma posse própria, mas uma posse em nome de outrem”. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 52)

Levando-se em consideração que o detentor exerce sobre o bem uma posse em nome de outrem, não possui o direito de invocar os interditos possessórios em nome próprio, todavia lhe assiste o direito de exercer a autotutela do possuidor, em relação às coisas que se encontrem sob seus cuidados, em decorrência do seu dever de guarda e vigilância. (GONÇALVES, 2010, p. 64)

Nesse sentido, preceitua Melo (2011, p. 30):

Nota-se, desta forma, que o detentor é a pessoa que apenas serve ao verdadeiro possuidor, tendo em vista a sua relação de subordinação para com aquele. Poderíamos dizer que o detentor, também chamado de fâmulos ou servidor da posse, na verdade, mantém apenas contato físico com a coisa sem autonomia e com a instrumentalidade de conservar a posse de outrem, tanto assim que se o detentor for citado em uma ação judicial em lugar do verdadeiro possuidor, deverá nomear à autoria o verdadeiro possuidor (art. 62, CPC), [...].

Compreende-se que o detentor subordina-se às ordens de quem efetivamente tem a posse da coisa. O detentor encontra-se em uma relação de dependência para com aquele que realmente possui o bem. Sendo assim, não pode sofrer demanda judicial em nome próprio, devendo ser nomeado à autoria o verdadeiro possuidor¹³.

De acordo com o Código Civil, ter-se-á posse sempre que o sujeito exercer sobre a coisa o poder de fato de forma autônoma, com finalidade própria. A detenção estará caracterizada toda vez que o poder de fato sobre o bem for exercido em nome de terceiro, sem autonomia.

“O critério distintivo entre a posse e a detenção depende de circunstâncias concretas, que devem ser apuradas em cada caso para se caracterizar uma ou outra situação”. (WALD, 2002, p. 58-59). Nesse contexto, o que deve ser observado para a distinção entre posse e detenção, em cada caso concreto, é a autonomia exercida pelo agente sobre a coisa. Se há uma relação de subordinação e dependência, tem-se que aquele que exerce o poder de fato sobre a coisa é um detentor, uma vez que o possuidor não está subordinado a outrem.

¹³ Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor. BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 385.

Como se pode observar, posse e propriedade são institutos jurídicos autônomos, com características próprias, que podem existir de forma isolada, mesmo porque a posse não está subordinada ao direito de propriedade, haja vista que possui um fim em si mesma, permitindo a utilização concreta da coisa com propósitos de uso e/ou fruição. Ressalte-se que, diante do ordenamento jurídico, quando o possuidor estiver materialmente com a coisa, haverá posse, eis que esta é a regra, pois o próprio Código Civil estabelece, de forma excepcional, os casos de detenção. Entretanto, em determinadas situações, somente diante do caso concreto será possível apurar se a relação é de posse ou de detenção. Em virtude da independência da posse e da propriedade, o próximo tópico tratará da função social da propriedade.

3.2 Função social da propriedade

A função social pode ser compreendida como uma forma de promover o bem comum, na medida em que a destinação do bem alcança, de alguma forma, a sociedade. Assim, para que a propriedade atinja sua finalidade, é necessário que ela cumpra com a função social.

Sabe-se que “o texto constitucional de 1988 positivou a união indissociável entre a propriedade e sua função social. Ao arrolar o direito de propriedade dentre os direitos e garantias individuais fundamentais, logo em seguida agrega a função social”. (JENILEK, 2006, p. 19)

Convém lembrar que “o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas no interesse público e no interesse privado, inclusive nos princípios da justiça e do bem comum”. (MONTEIRO; MALUF, 2011, p. 111). Dessa forma:

A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu do sentido individual para o social. (DI PIETRO, 2008, p. 114)

Com o passar dos tempos, o instituto da propriedade sofreu profundas alterações, deixando de ser visto como um direito absoluto, individualista, que confere ao titular do bem poderes ilimitados, para atender aos anseios dos demais membros da comunidade, passando a cumprir uma função social. (ORLEANS, 2011, p. 139-140). Nesse contexto:

A ideia de função social insere, em seu conteúdo, o poder e a obrigação de o proprietário empregar seus bens na satisfação de suas necessidades e, também, no dever de satisfazer a finalidade coletiva, afastando-se, totalmente, da noção de propriedade individual, como corolário da liberdade individual e absoluta. A propriedade deixa de ser um direito subjetivo de seu proprietário, passando a exercer uma função social do detentor de riquezas, já que o mesmo se insere dentro de uma coletividade, cumprindo uma certa função em virtude do lugar que nela ocupa. (SZANIAWSKI, 2000, p. 133)

Ao exercer o direito de propriedade de acordo com seu fim econômico e social, contribui-se para a realização do bem comum. Destarte, a propriedade baseada no individualismo dá lugar à propriedade de finalidade social¹⁴. “Genericamente a ideia de *função social* está interligada à de harmonização de interesses do indivíduo com os interesses da coletividade”. (GUEDES, 2004, p. 111, grifo do autor)

De acordo com Gasparini (2008, p. 796), o direito de propriedade somente se justifica se for exercido em prol de toda sociedade, já que, em razão do bem comum, a propriedade privada deixou de ser absoluta, pois o uso, o gozo, a fruição e a disposição do bem não podem contrariar os interesses gerais.

Como se pode observar, “o direito de propriedade é alcançado quando o domínio for exercido de acordo com a função social, exteriorizando a relação proprietária, por alcançar a coletividade e, assim, legitimando o direito do proprietário ao instrumentalizar o domínio”. (GONÇALVES; ZANDONÁ, 2010, p. 13). Veja-se que a função social tornou-se requisito decisivo para legitimação do direito de propriedade. Nesse sentido:

A nossa constituição assegura o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, do qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente o *direito subjetivo do proprietário* para se transformar na *função social do detentor da riqueza*, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade. (MEIRELLES *et. al.*, 2010, p. 629, grifos do autor)

A Constituição Federal de 1988 consagrou, expressamente, o princípio da função social da propriedade em vários dispositivos. Dessa maneira, tem-se que a mesma deve atender aos requisitos e exigências estabelecidas no texto constitucional, isto é, deve cumprir

¹⁴ Art. 5º, XXIII. A propriedade atenderá a sua função social. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 28.

com a sua função social, para legitimar o domínio, visto que este, embora garantido pelo diploma legal¹⁵, não é mais um direito absoluto, podendo ser restringido em razão do interesse social¹⁶.

Na atual sociedade não se pode conceber a propriedade separada do elemento que lhe dá conteúdo e proteção jurídica que é o exercício do domínio de modo que contemple o interesse coletivo, pois, ainda que a propriedade privada receba proteção, deverá ela retratar um fim econômico e social capaz de gerar frutos e empregos, proporcionando a circulação de riquezas de forma justa. Ao estabelecer que a propriedade deva cumprir com sua função social, a Constituição Federal objetiva uma sociedade com o menor índice de desigualdade possível, isto é, mais justa e solidária. (MELO, 2011, p. 88)

Os princípios da justiça social e da supremacia do interesse público sobre o privado permitiram a flexibilização do direito à propriedade privada, pois esta tem mudado de acordo com as transformações sociais. Através da justiça social se busca alcançar uma justiça concreta, não somente aquela prevista na lei, isto é, formal. O referido princípio objetiva uma maior segurança jurídica, à medida que proporciona o equilíbrio entre as diferenças que existem no meio social. O princípio da supremacia do interesse público está fundamentado na própria ideia de Estado, em que as pessoas que compõem a sociedade abrem mão de parte de sua liberdade em busca do bem comum. Em decorrência disso, o interesse geral se sobrepõe ao interesse puramente individual, alcançando, assim, a justiça social. (SANTIN; GOMES, 2006, p. 180-184). Por essa razão,

o absolutismo no exercício da propriedade sofreu a intervenção de ideias que progressivamente construíram a doutrina denominada função social da propriedade. [...] todo homem tem direito a ser proprietário da terra, mais em razão do seu trabalho do que em consideração de um título. (FACHIN, 1988, p. 19)

A partir do momento em que se tornou determinante o cumprimento da função social, a propriedade não mais se consolida apenas através do título, pois o trabalho se tornou fundamental para a realização deste fim. Disso decorre que “[...] a propriedade há de ser exercida com vistas a satisfazer uma missão social, [...]” (NOBRE JÚNIOR, 2003, p. 22)

¹⁵ Art. 5º, XXII. É garantido o direito de propriedade. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 27.

¹⁶ Art. 5º, XXIV. A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. *Ibidem*, p. 28.

A ideia de função de um bem constitui o poder de dar determinado destino ao objeto da propriedade, vinculando-a a um objetivo. Nessas condições:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. [...]. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade [...] realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse. (ZAVASCKI, 2002, p. 844)

Como se pode ver, a função social da propriedade ocorre com a real utilização dos bens, independentemente de quem os utilize, já que o título jurídico do domínio, por si só, não é suficiente para provar um fim. Com efeito, “não basta o título aquisitivo para legitimar a propriedade, é necessário que o titular se valha de seu direito, alinhando-o ao dever social imposto pela lei maior. Isso se deve às concepções individualistas da propriedade terem cedido à realidade social”. (FARIAS, 2010, p. 24)

O direito subjetivo de propriedade, outrora vinculado apenas à vontade do titular, na atualidade recebe uma normatização constitucional, por meio da qual se determina a sua função social, relativizando esse caráter subjetivo ao fator social. (ALBUQUERQUE, 2002, p. xvii)

“A utilização da propriedade tem suas regras alicerçadas na Constituição Federal”. (FARIAS, 2010, p. 23). Isso significa dizer que o preceito estabelecido deve tratar dos interesses sociais e individuais, de forma que se possa alcançar uma função social que propicie vantagens tanto para o proprietário quanto para a sociedade. Havendo harmonia entre os dois interesses, cumpre-se com a realização do projeto constitucional.

Verifica-se que a propriedade tem duas funções, sendo uma pessoal e outra social. A primeira diz respeito à propriedade privada e a segunda é aquela que estende à propriedade a finalidade social. Não é em função da sociedade que o direito de propriedade será reconhecido, mas em virtude do seu exercício em função daquela. A propriedade, seja urbana ou rural, deve ser empregada de acordo com seu fim social, contribuindo, respectivamente, para o direito de moradia e a terra agrária. (ROSA, 2008, p. 101-103)

Desse modo, na propriedade, verificam-se dois interesses, o individual, que é privativo do titular do bem, e o coletivo, que visa acolher os anseios da sociedade - o que pode acarretar repercussões jurídicas -, devendo ser feita, para a solução dos litígios, uma ponderação de valores, tais como o valor da pessoa humana, da liberdade, da isonomia, da justiça, entre outros, haja vista que nenhum desses valores pode ser tido como absoluto de forma isolada, isso porque “a propriedade, como entidade social e jurídica, não pode mais ser analisada no sentido puramente individual. A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual”. (GAMA, 2004, p. 73)

A função social da propriedade consiste na sua adequada utilização, de modo que “os bens sejam geridos em benefício de toda coletividade”, (FARIAS, 2007, p. 300), mediante a promoção da justiça social. E assim,

[...] ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual, se for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam. Caso contrário, o ato de autonomia privada será censurado em sua legitimidade. Todo poder na ordem privada é concedido pelo sistema com a condição de que sejam satisfeitos determinados deveres perante o corpo social. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 199)

A função social impõe à propriedade uma finalidade a ser cumprida, como forma de garantia constitucional, razão pela qual “o direito de propriedade não pode mais se fundar apenas no Direito Privado, uma vez que se tornou crucial o implemento do valor social nas relações jurídicas”. (GONÇALVES; ZANDONÁ, 2010, p. 12).

Importa salientar que “a norma constitucional é a razão primária e justificadora da relevância jurídica, incidindo diretamente sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as conforme os valores constitucionalmente consagrados”. (BERCOVICI, 2001, p. 74-75). Assim, os vínculos jurídicos que envolvem o direito de propriedade devem adequar-se aos mandamentos da Lei Maior.

Desse modo, “a função social da propriedade não é uma limitação ao direito de propriedade, e sim um de seus elementos constitutivos, interagindo diretamente no seu conteúdo”. (CARVALHO, 2003, p. 19). Ressalte-se que a função social se afirma como um elemento constitutivo do próprio conceito de propriedade. É parte integrante da estrutura do

direito de propriedade, sem o qual o suporte fático desse direito não se aperfeiçoa, identificando-se, assim, como o próprio conteúdo do domínio.

O princípio da função social introduz, entre os poderes inerentes ao domínio, um outro elemento - o social -, tendo em vista que não basta a simples existência do bem, pois “*o fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente*”. (LUDWIG, 2007, p. 220, grifo do autor)

Por outro lado, para Cambi (2003, p. 124, grifo do autor), “subordinar o exercício do direito de propriedade às suas *finalidades econômicas e sociais* significa limitar esse direito, que deixa de ser visto como um direito absoluto, para ser compreendido a partir de sua função, [...]”. Nessas condições, o exercício do direito de propriedade fica limitado às suas finalidades econômicas e sociais, tornando-se um instituto funcionalizado.

Segundo Brant (2011, p. 224, grifo do autor), importa salientar que:

A função social da propriedade foi inserida na Constituição de 1988 no rol dos direitos e garantias fundamentais. Assim, será socialmente funcional a propriedade que respeite a dignidade da pessoa humana e contribua para o desenvolvimento social e econômico do país propiciando a diminuição das desigualdades sociais.

A Constituição Federal elege a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental¹⁷. Assim, a propriedade é considerada útil quando contribui, social e economicamente, para o bem-estar dos demais membros da coletividade, visando a uma sociedade mais igualitária¹⁸. Veja-se que “a nova concepção do direito de propriedade, que se baseia no princípio da função social, encontra amparo nos princípios constitucionais”. (FARIAS, 2010, p. 22)

Do mesmo modo, o autor Leal Júnior (2010, p. 44-46) afirma que a função social da propriedade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem por finalidade alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, sendo possível a perda do direito de propriedade quando o seu titular exercê-lo de forma contrária às exigências que o ordenamento jurídico impõe.

¹⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III-a dignidade da pessoa humana. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 27.

¹⁸ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I-constituir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. *Ibidem*, p. 27.

O principal objetivo da função social da propriedade é garantir o efetivo exercício da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, uma vez que a propriedade deve voltar-se às necessidades sociais. (CALDEIRA, 2003, p. 117-118)

A função social exige do proprietário um comportamento regular sobre o seu direito de propriedade, atuando de modo a realizar os interesses sociais, sem eliminar o direito privado de uso, gozo e disposição sobre o bem. Atendida a finalidade social, a propriedade continua privada e passível de transmissão, gozando de proteção jurídica. O pressuposto para essa proteção é o cumprimento da função social. Claro está que “a propriedade deve ser analisada no seu aspecto funcional, tendo como finalidade precípua dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana”. (CARVALHO, 2003, p. 18)

Todas essas observações levam ao entendimento de que o proprietário que não atender às exigências impostas pelo ordenamento jurídico, quanto ao uso de sua propriedade, poderá, em benefício de outrem, ver-se privado do seu direito, isso porque “ao proprietário não é dado negligenciar o seu direito, sob pena de perdê-lo no interesse social”. (COSTA, 2000, p. 53)

Nesse contexto, tem-se que:

A usucapião é uma das formas de exercício da *função social da propriedade* porque promove o desenvolvimento social, garantindo o direito à moradia e ao trabalho para aquele que exerce a posse de determinada propriedade, além de promover a circulação de riqueza de uma propriedade anteriormente inerte que poderia estar sendo utilizada para criar produtos ou gerar empregos. (BRANT, 2011, p. 225, grifo do autor)

Compreende-se que a usucapião possui um valor social à medida que contempla aquele que dá ao bem uma destinação social ou econômica. É fora de dúvida que “a finalidade da usucapião é justamente atribuir o bem a quem dele utilmente se serve para moradia ou exploração econômica”. (VENOSA, 2011, p. 173)

O direito de propriedade sofreu profundas alterações ao longo dos tempos, deixando de ser absoluto e individualista, para ser visto a partir de uma função. O atual conceito de direito de propriedade vem subordinado à sua finalidade, uma vez que a mesma passa a ser vista como uma relação jurídica impregnada de direitos e deveres, guiados pelo princípio da função social, o qual faz parte da própria substância do direito de propriedade, legitimando os demais poderes que à propriedade são inerentes. De tal modo, o domínio é garantido pela Constituição quando cumpre com a função que lhe foi imposta, eis que se preza pelo interesse

coletivo. Mas, além da propriedade, a posse também pode ser exercida visando a uma função social, o que será tratado a seguir.

3.3 Função social e proteção da posse

A função social, do mesmo modo que se dirige à propriedade, abrange também o instituto da posse, pois se trata de um instituto autônomo, capaz de satisfazer uma necessidade social e também econômica, dada a importância de sua utilidade. Assim,

[...] a concepção de função social não se dirige apenas à propriedade, influenciando também o instituto da posse, como fato social, de forte repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano. Nesse sentido, a posse não pode ser protegida com o único objetivo de garantir a propriedade, pois, caso contrário, não passaria de uma forma de depreciar a posse e relegar o seu aspecto social. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 244)

A função social da posse deve ser contemplada pela sua feição social, isto é, pela importância da sua utilidade social. “[...] a funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, [...]”. (ALBUQUERQUE, 2002, p.12)

Através da função social da posse eleva-se o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial, já que atende diretamente às necessidades básicas do ser humano. A Constituição Federal objetiva “assegurar os valores da dignidade e do bem estar da pessoa humana, como imperativos de justiça social”. (PIOVESAN, 2008, p. 27-29). O princípio da dignidade da pessoa humana orienta toda a ordem constitucional, assumindo especial prioridade. Nesse contexto,

[...] a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positividade expressa no Código Civil (art. 1.228, § 1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filiação constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 39)

A função social da posse não está prevista expressamente na Constituição Federal, entretanto, não se pode negar que há elementos suficientes para atribuir uma função social à relação existente entre o sujeito e a coisa possuída.

A esse respeito Farias (2010, p. 24) complementa:

A carta não traz a questão da função social da posse, refere-se apenas à propriedade, mas indiscutivelmente quando se impõe ao proprietário o dever de usar adequadamente o bem está se referindo ao uso da propriedade, sendo, pois, uma obrigação daquele que detém a posse da coisa, daí por que indiretamente é a função da posse que mais importa.

Ao estabelecer que a propriedade deva atender a sua função social, a Constituição Federal não faz menção ao instituto da posse, contudo, entende-se que a função social deve ser cumprida por aquele que possui a coisa, independentemente de ser ele, proprietário ou possuidor do bem, tendo em vista que “[...] a função social mostra-se melhor desempenhada através do instituto da posse, advindo daí a necessidade de positivar tal escopo intrínseco a ela”. (LEAL JÚNIOR, 2010, p. 46)

De acordo com Albuquerque (2002, p. 20), a função social da posse é “um princípio constitucional implícito dotado de normatividade e em patamar de igualdade aos demais princípios explícitos”. Sendo assim, a função social da posse é valorizada pelo seu conteúdo e finalidade, de forma equiparável à propriedade.

Importa referir que, em muitas situações, a propriedade está cumprindo uma função social, entretanto, esta se dá por intermédio do possuidor e não por meio do titular do domínio. A função social da posse confere um espaço de vida e liberdade ao ser humano, promovendo o bem-estar social, cumprindo, assim, uma missão perante a coletividade. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 39-40)

A posse deve ser vista como um fato social relevante para a sociedade, pois, com a adequada utilização do bem, contribui-se para o desenvolvimento social e também econômico, visando, assim, ao bem comum. Deve-se levar em consideração que “através da função social da posse se vê a valorização do possuidor que cumpre com a função social, tendo no bem a sua moradia, fazendo com que o bem atinja a sua finalidade econômica e social”. (WESENDONCK, 2010, p. 248-249)

O sentido social da posse se concretiza quando o possuidor efetivamente utiliza e usufrui a coisa, a fim de promover suas necessidades ou de sua família, ou quando torna o

bem produtivo em favor da sociedade. Aproveitando a coisa de acordo com sua natureza, a função social estará cumprida. (ADIERS, 2003, p. 302-303). Nesse sentido:

Todo homem tem direito natural ao uso dos bens e à apropriação individual destes bens e o seu uso exclusivo através da posse é necessário não só para atender à necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum. Respeitadas estas vantagens, que se tem como exigência básica ditada pela própria estrutura de utilidade social do instituto, justifica-se a importância da posse no seio da nossa sociedade. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 14)

Compreende-se que todo ser humano tem direito a um patrimônio mínimo, capaz de assegurar uma existência autônoma e também contribuir para realização do bem comum. Cumpre esclarecer que o bem comum “é ao mesmo tempo individual e social para a busca de uma harmonia na existência, na coexistência e na convivência”. (REBOUÇAS, 2011, p. 313)

É possível dizer que a função social da posse não limita o direito de posse. Trata-se de exteriorização do seu conteúdo, possibilitando uma visão mais abrangente de sua utilidade social, bem como de sua autonomia em relação ao direito de propriedade. A função social da posse atende ao princípio da dignidade humana, passível de ser concretizado através da posse trabalho e da posse moradia, que também são motivos que podem justificar o exercício da posse. (ROSA, 2008, p. 106-107)

Como princípio constitucional, a função social da posse emana da funcionalização das situações patrimoniais, que visam atender, principalmente, às exigências de moradia e aproveitamento do solo, com o intuito de promover uma sociedade mais justa, mediante a valorização da pessoa humana, que contribuirá para a elevação do próprio conceito de dignidade. (ALBUQUERQUE, 2002, p. 40). Desse modo:

A função social da posse vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, fortalece a ideia de Estado Democrático de Direito e ameniza as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como o valor à vida, à saúde, à igualdade, à cidadania e à justiça. Vale dizer que a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano. (ROSA, 2008, p. 11)

Através da função social da posse busca-se a efetivação dos princípios constitucionais, contribuindo para a satisfação dos direitos previstos na Constituição, visando alcançar uma

sociedade menos desigual e mais solidária. Dessa maneira, pode-se dizer que “a função social é concretizadora da dignidade humana”. (ARONNE, 2011, p. 278)

Insta observar que, atendidas as exigências que a função social impõe, a posse será tutelada pela ordem legal, independentemente de ser o possuidor o titular do bem - o que importa é a efetiva utilização da coisa. A real ocupação e o aproveitamento do bem se sobrepõem ao título de propriedade. Dessa maneira, “não se pode olvidar que a posse é um meio de contenção social, na medida em que o não proprietário tem a oportunidade de servir-se do bem”. (OLIVEIRA, 2001, p. 191)

A proteção da posse condiciona-se ao efetivo uso e fruição da coisa possuída. O possuidor deve ser amparado pelo fato de retirar da coisa as utilidades que a mesma pode proporcionar, conferindo-lhe uma destinação socialmente relevante. A posse é um instrumento de justiça social. (FARIAS; ROSEVALD, 2010, p. 114-115). Nesse sentido,

[...] ao se tutelar a posse, busca-se valorizar o sujeito que de fato exerce os poderes inerentes ao domínio, mesmo que não seja o seu titular, protegendo aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo no bem possuído. Anota-se que ao possuidor, cuja posse não esteja em conformidade com os deveres que lhe são constitucionalmente impostos, não é deferida a tutela processual da posse. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 244-245)

Ao proteger juridicamente a posse, valoriza-se o possuidor que exerce de fato o poder sobre o bem, uma vez que através da posse é possível assegurar o mínimo essencial para uma digna qualidade de vida, eis que “[...] é por meio do princípio da função social da posse que a expressividade da tutela se apresenta mensurável”. (FARIAS, 2010, p. 30)

O fundamento dispensado à posse justifica-se em razão de ser o possuidor quem, em princípio, dá ao bem uma destinação, fazendo com que este seja uma forma de realização humana. Dessa forma, é o possuidor, num primeiro momento, que dá à propriedade uma função social, e não aquele que, simplesmente, possui o registro do domínio, isto é, o título de proprietário. Há de se ressaltar que “os bens são meios de satisfação de necessidades humanas, e não podem ser utilizados como instrumento de domínio ou opressão de um homem sobre o outro, aniquilando valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana”. (OLIVEIRA, 2001, p. 190-192)

A posse é um instituto jurídico que não depende da propriedade, sendo tutelada em razão do aproveitamento do uso do bem feito pelo possuidor, por meio do seu trabalho e

também pelo seu aproveitamento econômico, pois a não utilização da coisa acaba por lesar toda sociedade, uma vez que “o não aproveitamento do bem representa inegavelmente um dano social”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 114). Nesse contexto, tem-se que

A posse tem a tutela do Estado para que exerça a função social econômica e política em benefício do possuidor e da coletividade. A propriedade não pode ser encarada apenas pela ótica dos direitos de usar, fruir, dispor e reivindicar, deve ser vista à luz dos preceitos constitucionais vigentes. (FARIAS, 2010, p. 24)

A posse recebe proteção do Estado para que cumpra a sua função social em prol do possuidor e também da sociedade, tendo em vista que busca reduzir as desigualdades sociais. Assim, “se a Constituição regra o poder econômico e a propriedade, seus princípios devem irradiar e influenciar *na interpretação e o gozo destes direitos*, que se dá, na maioria das vezes, pela exteriorização dos poderes inerentes ao domínio, ou seja, pela posse”. (MAIDAME, 2002, p. 201, grifos do autor)

Importa mencionar que “[...] a posse deve ser protegida por ser um fim em si mesma, não a projeção de um outro direito pretensamente superior. Urge admirar a posse por sua função social determinante, [...]”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 53)

Veja-se que a proteção conferida à posse não está condicionada ao direito de propriedade, pois existe independentemente desta, assim sendo, “é possível, portanto, a perda do direito de propriedade quando seu titular não exercê-lo em harmonia com as exigências legais-constitucionais, acarretando o ganho do imóvel aos que dele se utilizam, ainda que por via possessória, de forma produtiva”. (LEAL JÚNIOR, 2010, p. 46)

Segundo Brant (2011, p. 237), tem-se que:

Pelos diversos institutos de usucapião existentes no ordenamento jurídico é visível que a posse passa a ter valorização, sobretudo, a posse-trabalho que dá a propriedade uma destinação econômica e social da propriedade. Neste sentido, a usucapião é o instrumento que garante ao possuidor a proteção diante do proprietário inerte que não dá a devida destinação de seu bem à coletividade.

Observa-se que a posse ganha relevância no ordenamento jurídico brasileiro em razão de contribuir sócio e economicamente com a coletividade. Assim, “pelo fato de o sistema permitir a aquisição da propriedade pela usucapião, a posse assume relevo todo especial no ordenamento, merecendo maior proteção”. (VENOSA, 2011, p. 35). Dessa maneira, pode o

possuidor, através da usucapião, adquirir o domínio sobre a coisa quando o proprietário não cumpre com a função social.

Cumpra ressaltar que a proteção jurídica da posse está condicionada ao cumprimento de sua função social, satisfazendo as necessidades fundamentais do ser humano. Nesse sentido, depreende-se que, “ao possuidor, cuja posse não esteja em conformidade com os deveres que lhe são constitucionalmente impostos, não é deferida a tutela processual da posse”. (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 17). Sendo assim, a posse estará protegida desde que o possuidor a utilize, como forma de realização e satisfação humana, provando o cumprimento da função social.

Segundo Didier Júnior (2008, p. 17, grifo do autor), “*a posse é, pois, o instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade*”.

Verifica-se que a posse é um instrumento que materializa a função social da propriedade, uma vez que não há como cumprir a função social exigida pelo ordenamento jurídico sem que haja o exercício pleno da posse, e que esse exercício torne a propriedade produtiva. “Nesse contexto, tem-se que é normalmente através do instituto em tela que se atingem objetivos constitucionalmente previstos, tais como a destinação social que deve ser dada à propriedade imóvel”. (LEAL JÚNIOR, 2010, p. 47)

A função social implica aproveitar a coisa de modo adequado, com observância dos dispositivos legais, favorecendo o bem-estar da sociedade, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

A posse é um instrumento de realização dos objetivos do Estado, eis que possui um valor próprio, na medida em que permite a produção de riquezas em favor do possuidor e da coletividade, oferecendo-lhe condições para viver com dignidade, cumprindo aí a sua função social. A utilização da coisa é pressuposto para que a posse seja tutelada pelo ordenamento jurídico e, na maioria das vezes, o aproveitamento do bem é dado pelo possuidor não proprietário, merecendo aí a devida proteção da sua posse, eis que contribui para a efetivação das necessidades humanas.

Vistas as diferenças entre os institutos da posse e da propriedade, bem como a função social inerente a cada uma, no próximo capítulo serão tratados os vícios objetivos da posse e também a inversão do caráter injusto desta, com destaque para a possibilidade de convalidação e utilização da posse precária para fins de usucapião.

4 VÍCIOS OBJETIVOS DA POSSE E A POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DO CARÁTER INJUSTO DA POSSE

O presente capítulo trata dos vícios objetivos da posse, os quais evitam que a mesma seja considerada justa. Primeiramente, serão demonstrados e definidos quais sejam esses vícios, bem como o momento em que cada um surge, assim como a sua cessação. Será analisada, também, a interservação do caráter da posse, o que abrange a posse violenta e a clandestina, com ênfase para a possibilidade de convalidação da posse precária.

4.1 Posse injusta: violenta, clandestina e precária

A posse, conforme visto, gera efeitos legais, entre os quais o direito de invocar as ações possessórias, para defender a coisa de turbações e esbulhos, e o direito de adquirir a propriedade privada pela usucapião. No entanto, a produção desses resultados depende do tipo de posse que se exerce, pois nem toda posse é capaz de gerar as vantagens que a lei proporciona.

Dessa forma, a posse é classificada segundo critérios legais, atribuindo a cada uma das classificações determinadas consequências. Uma das classificações que traz importante reflexo (quanto aos efeitos da posse) é a que a distingue em justa e injusta. Isso porque a posse pode ser considerada justa em relação a uma determinada pessoa e injusta em relação à outra. (PAZINI, 2008, p.68)

Segundo Melo (2011, p. 38), posse justa é aquela não eivada de qualquer defeito, isto é, que não é afetada pelos vícios da violência, clandestinidade ou precariedade¹⁹. A posse injusta, por sua vez, decorre de atos violentos, clandestinos ou precários.

Como se pode observar, “posse *justa*, destarte, é aquela isenta de vícios, aquela que não repugna ao direito, por ter sido adquirida por algum dos modos previstos na lei, [...]”. (GONÇALVES, 2010, p. 85-86, grifo do autor). Compreende-se que a posse justa é aquela que foi adquirida de forma lícita, de acordo com o direito. A partir do conceito de posse justa, é possível dizer que a injustiça da posse emana de atos ilícitos, contrários ao direito. Dessa

¹⁹ Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 238.

forma, posse injusta, por oposição, é aquela que foi adquirida viciosamente, por atos de violência, clandestinidade ou precariedade. (GONÇALVES, 2010, p. 86)

Então, a posse violenta caracteriza-se pelo uso da força, que pode ser física ou ameaça moral. Essa, por sua vez, causa medo na vítima. A clandestinidade decorre de um processo feito de forma camuflada, ocultando-se da pessoa que tem interesse sobre o bem. A posse precária tem origem no momento em que o possuidor, abusando da confiança, não restitui a coisa ao proprietário ou legítimo possuidor na data prevista. (OLIVEIRA, 2001, p. 184-185)

Sobre o tema, Melo (2011, p. 38-39, grifos nossos) traz a seguinte explicação:

A posse violenta é aquela que se adquire pela força física ou grave ameaça, como pode se dar na invasão de terras por parte de jagunços fortemente armados sobre áreas possuídas de longa data por quilombolas, índios ou trabalhadores rurais. Guarda relação com a figura penal do roubo. A posse clandestina é aquela que se dá às ocultas, na calada da noite, no mais completo estado de indefensão do possuidor, como se daria na atuação de um fazendeiro lindeiro de outro que na sorrelfa se aproveitasse da ausência de vigília e alterasse o marco divisório. Relaciona-se com o tipo penal do furto. A posse precária é aquela de quem se apropria indevidamente de algo, tendo em vista que chamado a cumprir a obrigação de restituir, se nega a fazê-lo, tal qual sucede na postura de um comodatário, cujo contrato estivesse prorrogado indeterminadamente e, notificado para devolver o bem, não o restituísse. O ônus da prova da existência da precariedade da posse é do demandante, não existindo presunção de esbulho. [...]. Tal vício se encontra relacionado com o delito de apropriação indébita.

Resumidamente, violenta será a posse obtida por meio do exercício de atos de força, seja de ordem física ou psicológica, uma vez que a lei não faz menção a um tipo específico de agressão, tendo relação com o tipo penal do roubo. Clandestina é a posse adquirida às escondidas, sem o conhecimento do legítimo possuidor e sem o uso de violência, relacionando-se com o delito de furto. Posse precária é aquela adquirida com a recusa de restituição da coisa, visto que a transferência da posse ocorre de forma provisória e sempre condicionada à devolução quando reclamada, por isso, guarda relação com o crime de apropriação indébita. Ressalte-se que a precariedade “*decorre do abuso de confiança ou de qualquer situação em que não mais se justifique a permanência da coisa na posse de alguém*”. (ALVIM, 2004, p. 28, grifo do autor)

A posse violenta é aquela que não se mostra mansa, nem mesmo pacífica ou tranquila. Já a posse clandestina ocorre às escondidas, sem conhecimento dos interessados. Por sua vez, a posse precária é proveniente do abuso de confiança por parte daquele que se apropriou de um bem por certo tempo, com base em uma relação jurídica, e se recusa a devolver o mesmo

na época em que deveria fazê-lo. Com o dolo superveniente, a posse, que até então era justa, passa a ser ilegítima. (WALD, 2002, p. 63)

Contudo, estes vícios podem se diferenciar quanto ao momento em que surgem, conforme lecionam Farias e Rosendal (2010, p. 85, grifo do autor)

Enquanto a violência e a clandestinidade são vícios *originários*, pois se manifestam quando da aquisição inicial da posse, o vício da precariedade é, em geral, observado em um momento posterior, precisamente no instante da indevida recusa de entrega da coisa no prazo inicialmente estabelecido.

Compreende-se que a posse violenta e a clandestina já nascem viciadas, enquanto que a posse precária nasce justa, tornando-se injusta a partir do momento em que o possuidor se recusa a devolver o bem na época combinada, ocorrendo, então, a quebra da confiança. Como se pode observar, a violência e a clandestinidade se diferem do vício da precariedade quanto ao momento do seu surgimento, pois “enquanto aqueles se configuram no momento da aquisição da posse, este tem início somente quando o possuidor se nega a obedecer à ordem de restituição do bem ao possuidor indireto, passando à condição de esbulhador”. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 249)

Para que a posse seja caracterizada como injusta basta a presença de apenas um dos vícios, já que a lei não exige a cumulação. Importa mencionar que a posse, ainda que injusta, pode ser protegida pelos remédios possessórios, não contra o esbulhado, mas em face de terceiros, tendo em vista que o vício se dá em relação a uma pessoa e não contra toda a coletividade, isto é, o vício não tem efeito *erga omnes*. (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 57)

Com base nessas considerações em relação à tutela processual da posse, os vícios aqui expostos são relativos, isso porque “uma posse jamais é simplesmente justa, ou injusta. Será, isto sim, justa em relação a alguém, ou injusta em relação a outrem”. (GONÇALVES, 2008, p. 79). Sendo assim:

A violência, clandestinidade ou precariedade não são da posse em si mesma porque somente a vítima pode alegá-la. Terceiros não têm legitimidade para arguir a injustiça da posse. A posse somente será viciada em relação a alguém. [...]. Assim, como consequência, essa posse injusta, sendo relativa, pode ser protegida pelos interditos contra terceiros que a ameacem e pretendam-na para si. Vemos, pois, que não se trata de posse totalmente desamparada como à primeira vista pode parecer. Examina-se a injustiça da posse apenas em relação ao adversário. Essa posse justa é relativa aos envolvidos na relação jurídica. A posse pode ser justa com relação a um sujeito e ser injusta em relação a outro. Tudo dependerá da relação existente entre os envolvidos. (VENOSA, 2011, p. 67)

A posse será viciada somente em relação àquele que sofreu o esbulho, pois a injustiça da posse não pode ser alegada por terceiros estranhos aos atos de violência, clandestinidade ou precariedade. Dessa maneira, o possuidor injusto poderá defender a sua posse apenas contra ataque de terceiros, e não contra o esbulhado. Com base nessas observações:

Vê-se que os vícios que configuram a posse injusta são relativos, uma vez que se configuram apenas quando praticados contra os possuidores originários. Com efeito, a posse viciada não será assim considerada em relação a qualquer outra pessoa, haja vista que, em não sendo contra o possuidor originário, não podem ser apontados os seus vícios, produzindo, conseqüentemente, os seus efeitos normais. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 248-249)

Portanto, a posse injusta também é protegida pelo ordenamento jurídico, pois o possuidor poderá defendê-la contra o ataque de terceiros, eis que, perante estes, a sua posse é considerada justa, haja vista que somente o indivíduo que sofreu a agressão poderá alegar a injustiça da posse. De tal modo, “*quando a posse é injusta (violenta, clandestina ou precária), o possuidor não tem direito aos interditos contra quem titulava posse justa sobre a coisa, mas somente contra terceiros que pretendam tomá-la de modo igualmente injusto*”. (COELHO, 2010, p. 36, grifo do autor)

Nesse contexto,

[...] os três vícios objetivos da posse qualificam-se como *relativos*, isto é, são apenas oponíveis por aquele que sofreu o esbulho em virtude da aquisição ilícita da posse. Não existe posse injusta em caráter *erga omnes*. Com efeito, só socorrerá a alegação do vício possessório em favor daquele que sofreu a agressão, pois, no confronto com outras pessoas que pretendam obter a mesma posse *a posteriori*, o esbulhador poderá alegar posse justa e, assim, obter respaldo em juízo, em face de eventuais agressões. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 86, grifo do autor)

A posse injusta, em razão de seu caráter relativo, não pode ser arguida por terceiros estranhos ao fato, isto é, a violência, a clandestinidade ou a precariedade somente poderão ser alegadas por aquele que teve seu direito violado contra o indivíduo que praticou um dos referidos vícios. O possuidor injusto apenas poderá defender a sua posse por meio dos interditos possessórios, perante terceiros que, por ventura, venham a molestar a sua posse.

Definidos os vícios objetivos que maculam a posse, o momento do seu surgimento, bem como a proteção da posse injusta, no próximo tópico será analisada a interservação da posse injusta, ou melhor, a interservação da posse violenta e clandestina.

4.2 A intersversão da posse violenta e clandestina

A intersversão é o convalhecimento da posse, que consiste na inversão do título da posse, isto é, na possibilidade de se alterar o caráter possessório. Essa alteração permite que uma posse injusta se transforme em justa. Entretanto, é de se observar que existem divergências em relação ao motivo que enseja essa conversão, para fins de aquisição do domínio pela usucapião.

Segundo Pazini (2008, p. 75), “os vícios que tornam a posse injusta não a maculam de forma permanente. Os vícios são temporários, de modo que uma posse injusta pode se converter em justa e, assim, passar a proporcionar maiores vantagens ao possuidor”.

O Código Civil²⁰ preconiza manter-se a posse com o mesmo caráter com que foi adquirida, entretanto, trata-se de uma presunção relativa, pois admite prova em contrário. Sendo assim, o possuidor injusto poderá comprovar que os vícios originários da posse não mais persistem²¹, tendo reconhecida a intersversão de sua posse, tornando-se possuidor a título justo, o que qualifica sua posse como *ad usucapionem*. (CORDEIRO; GOMES, 2001, p. 251)

Mesmo entendimento tem Coelho (2010, p. 40, grifo do autor) ao prescrever que “*a lei presume manter a posse seus eventuais vícios, de modo que cabe a prova da mudança do seu caráter a quem se beneficia com o surgimento ou desaparecimento deles*”. Entende-se que, ao admitir prova em contrário, o Código Civil admite a transformação do caráter da posse, que deve ser provada por aquele que legitimamente tem interesse.

Para Rodrigues (2003, p. 29), “a posse violenta e a clandestina podem convaler e ser protegidas, uma vez que cesse a violência e a clandestinidade, durante o período de ano e um dia”. De tal modo, haverá a inversão do caráter da posse violenta e clandestina se, no primeiro caso, após a violência, o esbulhado deixar transcorrer o prazo de ano e dia, sem reagir e, no segundo, se a posse clandestina se tornar pública, quando o proprietário deixar de reagir por mais de ano e dia, após cessar a clandestinidade.

Nesse contexto:

²⁰ Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 238.

²¹ Art. 1.208. Não induzem atos de posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Ibidem*, p. 238.

Não significa possibilitar a alteração unilateral do título da posse com base apenas no *animus* do possuidor injusto. O que se prevê nessa situação é o fato do esbulhado não utilizar o seu direito subjetivo para reverter a situação, sendo omissivo por um longo lapso temporal, o que possibilita a inversão do título da posse. [...]. Assim, o desleixo do proprietário em defender o que é seu, somado ao decurso do tempo e à atuação do possuidor com *animus domini*, ocasiona o convalescimento da posse injusta em justa, a qual pode adquirir o título de posse *ad usucapionem*. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 252)

A inversão do título da posse não é alterada unilateralmente pelo possuidor injusto, pois o que ocorre, além da inversão do *animus* desse possuidor, é uma inércia, por um longo período de tempo, por parte daquele que foi esbulhado e não teve interesse em defender sua posse, acarretando o convalescimento da mesma, que deixa de ser injusta para tornar-se posse justa, apta para a condução da usucapião.

No que tange ao decurso do prazo de ano e dia da cessação dos atos violentos e/ou clandestinos, Gonçalves (2008, p. 60) entende que apenas é importante no que diz respeito à recuperação da posse pelo esbulhado, através de liminar, já que o referido prazo não se presta para estabelecer um período de divisão entre posse justa e injusta.

Quanto ao direito de obter liminar, compreende-se que se o esbulhado intentar ação dentro de ano e dia da turbação e/ou esbulho, fará jus à concessão de liminar, entretanto, passado este prazo poderá defender a sua posse através das ações possessórias, mediante procedimento comum²², no entanto, sem direito à concessão de liminar.

No que concerne ao convalescimento da posse, Pereira (2008, p. 29) posiciona-se da seguinte forma:

A posse injusta não se pode converter em justa quer pela vontade ou pela ação do possuidor [...] quer pelo decurso do tempo [...]. Nada impede, porém, que uma posse inicialmente injusta venha a tornar-se justa, mediante a interferência de uma causa diversa, como seria o caso de quem tomou pela violência comprar do esbulhado, ou de quem possui clandestinamente herdar do desapossado. Em qualquer caso, todavia, a alteração no caráter da posse não provém da mudança de intenção do possuidor, mas de inversão do título, por um fundamento jurídico, quer parta de terceiro, quer advenha da modificação essencial do direito.

Nesse contexto, tem-se que a posse injusta não se torna justa pela simples ação ou vontade do possuidor, mas poderá torna-se justa por um motivo diverso, isto é, por meio de

²² Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentadas dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho: passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório. BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. rev. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 443.

uma relação jurídica realizada entre as partes. Como se vê, “a simples mudança de vontade é incapaz de mudar a natureza da posse. Essa alteração do título da posse pode ocorrer por negócio bilateral”. (VENOSA, 2011, p. 76). É o caso, por exemplo, em que o possuidor injusto, através de um contrato de compra e venda, adquire a propriedade da coisa.

Ribeiro (2007, p. 693) corrobora esse entendimento ao expor que a transformação do caráter da posse, de injusta para justa, não emana da mudança de intenção do possuidor, mas de inversão do título através de um vínculo jurídico firmado entre as partes envolvidas no caso.

De acordo com Pazini (2008, p. 77-78), a posse injusta não pode se tornar justa pelo simples decurso do tempo nem pela vontade do possuidor, somente sendo possível sua transformação pelo surgimento de um novo título. Desse modo, a posse injusta continuará viciada enquanto não surgir um título hábil que a regularize, de forma lícita, ao possuidor. O novo título surge para sanar a ilicitude da posse. A inversão da posse injusta em justa proporciona ao possuidor o direito de defender sua posse de quem a possuía, de forma legítima, antes do surgimento do novo título. Nessas condições, a posse, que anteriormente somente podia ser defendida perante terceiros, com o convalescimento, dá ao possuidor o direito de proteger a sua posse contra qualquer pessoa, inclusive contra o esbulhado.

Para Coelho (2010, p. 38-39), os vícios objetivos da posse podem ser sanados, o que torna a posse justa. Contudo, no caso da posse violenta, esta somente desaparece se aquele que foi desapossado do bem não o reclamar, ou seja, não demonstrar interesse em recuperar a coisa, ou quando desistir dela por não alcançar sucesso na tentativa de reavê-la por meio do desforço imediato. Quanto à clandestinidade, também ocorre essa transformação quando o titular do direito possessório não o defender. Assim, quando o esbulhado não proteger a sua antiga posse, através dos meios legais, dá motivo para que o vício objetivo seja sanado, isto é, dependendo da resposta do desapossado, o vício pode desaparecer²³. Em todo caso,

[...] analisando-se a posse pela sua imanente função social, permite a lei que o juiz, no caso concreto, certifique se houve ou não a perda da posse por parte de quem se mostrou omissivo na defesa do que lhe era próprio, permitindo, desta sorte, a aquisição da posse por quem a tomou violenta ou clandestinamente e deu a ela uma destinação social. (MELO, 2011, p. 39-40)

²³ Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente impedido. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *VADE MECUM*. 7ª ed. rev. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 239.

Veja-se que a posse violenta e a clandestina também podem ser sanadas em razão da função social, visto tratar-se de um princípio que norteia todo ordenamento jurídico, podendo se sobrepor ao titular do domínio quando este for negligente com o que lhe pertence.

Para Oliveira (2001, p. 185), os vícios da violência e da clandestinidade, pelo caráter relativo que possuem, podem ser convalidados, para efeito de usucapião, a partir do momento em que os atos violentos e/ou clandestinos cessarem. O prazo prescricional aquisitivo se inicia com a cessação dos vícios mencionados.

A posse violenta, adquirida através da agressão física ou psicológica, é apta a gerar a usucapião, desde que tenha cessado a violência. Igualmente ocorre com a posse clandestina, que gerará a usucapião a partir do momento em que cessar a clandestinidade, isto é, quando a posse se tornar pública. Com o passar do tempo, a posse consolida-se e desenvolve-se o direito à prescrição aquisitiva.

Nasce a posse justa a partir do momento em que cessar a violência ou a clandestinidade. Desde então, tem-se a posse útil, desaparecendo qualquer vício que a maculava. A violência estará cessada no instante em que o esbulhador deixar de utilizar a força ou a coação. A clandestinidade cessa quando o esbulhador tiver meios de conhecer a violação do seu direito.

Conforme visto, a posse violenta e a clandestina podem convalescer, seja pela cessação dos vícios que a maculam, seja pelo surgimento de uma causa diversa, decorrente de um negócio jurídico estabelecido entre as partes. Entretanto, a doutrina majoritária não leva em consideração que os referidos vícios devam cessar durante o período de ano e dia. Os vícios objetivos da posse, dado seu caráter relativo, somente serão injustos perante o esbulhado, já que contra terceiros a posse continua justa e passível de proteção. Todavia, com o convalescimento da posse injusta, esta passa a ser tutelada também contra aquele que foi esbulhado. Em razão da função social, a posse, ainda que inicialmente injusta, pode dar ensejo à usucapião, pois o proprietário que não cuida do que é seu pode ver-se privado do seu direito em prol do interesse social. Assim, o tópico que segue tratará sobre a possibilidade de transformação do caráter da posse precária.

4.3 A possibilidade de transformação do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião, tendo em vista a função social da posse e o direito à moradia

Em que pese existir entendimentos de que é possível o convallescimento e utilização da posse precária para aquisição do domínio através da usucapião, o tema é controvertido, tendo posicionamentos contrários, conforme será demonstrado.

Os defensores do não convallescimento da posse precária posicionam-se no fato de ser um vício que decorre da quebra da confiança firmada no ajuste de desdobramento da posse. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 253)

Segundo Rodrigues (2003, p. 29), “a posse precária não convalesce jamais porque a precariedade não cessa nunca”. Refere, ainda, que o Código Civil afastou a possibilidade de ocorrer o convallescimento da posse precária porque ela representa um abuso de confiança, e a obrigação de restituir o bem jamais cessa, haja vista que a coisa foi recebida baseada na confiança. Pode-se citar, por exemplo, o dever do comodatário e do locatário de devolverem a coisa recebida, visto que esse dever não se extingue jamais, e o fato de a reterem, em nenhum momento, gerará posse justa.

Esse também é o entendimento de Theodoro Júnior (2009, p. 163-164), para quem, além da quebra da confiança, a não interservação da posse decorre do fato de que a obrigação de devolver o bem, objeto de um vínculo jurídico, não cessa, ainda que decorrido um extenso período de tempo. A posse precária, embora seja *ad interdicta*, não é posse *ad usucapionem*, eis que não exclui a posse do proprietário. A posse direta é emanção e confirmação da posse indireta.

De acordo com Gonçalves (2010, p. 90-91), em relação à posse precária, deve-se observar que o possuidor precário já tinha a posse da coisa, e essa posse era justa; somente no momento em que se recusa a devolver o bem na data aprazada é que sua posse torna-se injusta.

Enquanto o possuidor direto não se recusar a devolver o bem ao seu legítimo dono, não há posse viciada. A precariedade surgirá com o esbulho praticado pelo possuidor, que se dá com a inversão inequívoca do seu *animus*, mudando o seu comportamento em relação à coisa, deixando de reconhecer o domínio alheio. Nesse caso, a posse, além de *ad interdicta*, também se tornará *ad usucapionem* e, atendidos os requisitos para usucapião, é possível o seu reconhecimento. (WESENDONCK, 2010, p. 254)

Cumpra referir que se o proprietário não tentar reaver seu bem, o abuso de direito estará configurado e não deve ser ignorado sob a alegação de que a posse *ad usucapionem* decorreu da quebra de confiança de um negócio jurídico. Impende advertir que, “pelo instituto da *supressio*, comete abuso de direito aquele que não exerce uma prerrogativa, criando em outrem a justa expectativa de que não mais pleiteará seu direito”. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 256-257). Nesse caso, pela *supressio*, ocorrerá a perda da eficácia do direito quando este não for exercido por longo tempo. Nesse contexto,

[...] se o proprietário esbulhado descurar em enfrentar a posse injusta, temos que o abandono prolongado e a incúria no trato com a coisa denotam alteração no caráter da posse. Em outras palavras, uma posse injusta pela precariedade e, em princípio, inapta a gerar a usucapião, sofre o fenômeno da *interversão* e o possuidor adquire o *animus domini*. O que começou como detenção ou posse direta transmuda-se e adquire autonomia, passando a contar prazo para aquisição da propriedade pela via da usucapião. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 93, grifo do autor)

Verifica-se que o descuido do proprietário em proteger o que é seu permite a transformação do caráter da posse²⁴, a qual passa a ser exercida com *animus domini* e, a partir de então, começa a fluir o prazo para a usucapião²⁵. Nessas condições:

Somada à alteração do *animus* do possuidor precário, deve ocorrer a omissão do proprietário destituído da posse pelo precarista em exercer o seu direito subjetivo no sentido de reverter a situação, permanecendo inerte por um longo lapso temporal. Como é sabido, o proprietário esbulhado pode intentar ações judiciais para reaver o bem; se não atua no sentido de recuperar o domínio, e se o precarista atribuiu utilização econômica ao bem, concedendo-lhe sua função social, deve ser reconhecido o convalhecimento de sua posse e, por consequência, o direito à usucapião. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 256)

²⁴ USUCAPIÃO ORDINÁRIO. JUSTO TÍTULO. INTERESSE DE AGIR. CARACTERIZAÇÃO. DIREITO DE AÇÃO. ESCOLHA. RECONHECIMENTO DO FENÔMENO DA INTERVERSÃO DA POSSE OU MUTAÇÃO DA NATUREZA DA POSSE. É a possibilidade de a posse com nascedouro em posse com vínculo de natureza precária se transformar, em determinado momento, em posse exercida em nome próprio, sem subordinação ao anterior possuidor. Justo título exigido em lei (promessa de compra e venda) caracterizado e demonstrado nos autos. Prazo hábil e demais requisitos ao reconhecimento da prescrição aquisitiva implementados. Apelação provida, prejudicado o recurso adesivo. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70038796546, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, julgado em 22/11/2011, DJ 15/12/2011).

²⁵ APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. TRANSMUTAÇÃO DA NATUREZA DA POSSE. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO CONTRA O POSSUIDOR. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS AO RECONHECIMENTO DA POSSE. Na hipótese, ainda que a posse dos promitentes-compradores fosse precária, restou demonstrado pelo conjunto probatório produzido no feito que os autores sempre exerceram a posse com o firme propósito de possuir o imóvel como donos, revestida de mansidão, pacificidade, continuidade, implementando o lapso temporal exigido para aquisição do domínio. APELAÇÃO PROVIDA. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70030373211, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 09/09/2009, DJ 11/11/2009).

Sob esse ponto de vista, aliada à inversão do *animus* do precarista, deve-se ter a inércia do titular do domínio em reaver seu bem em tempo hábil, o que faz com que a posse precária seja convalidada, ensejando ao possuidor o direito à usucapião, visto que, ao utilizar o bem, cumpre com a função social²⁶. Importa lembrar que “havendo a manutenção da propriedade, independentemente de se vislumbrar a inércia do proprietário, fica afastada a efetividade da funcionalização do direito de propriedade”. (WESENDONCK, 2010, p. 237)

Assim, para que o caráter da posse se modifique, é necessário que o possuidor haja com a intenção de apropriar-se do bem, e que o proprietário não se oponha a essa atitude, pelo prazo necessário para viabilizar a prescrição aquisitiva. “Dessa forma, presentes os dois requisitos, haverá o convalescimento da posse precária, tornando-se útil para que ocorra a usucapião”. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 257)

Convém demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a possibilidade de transformação do caráter originário da posse em determinadas situações²⁷.

Além disso,

²⁶ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ORDINÁRIA DE BEM MÓVEL. COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. PRESCRIÇÃO DA DÍVIDA. POSSE MANSO E PACÍFICA. JUSTO TÍTULO. Reconhecida a impossibilidade da cobrança da dívida, inicia-se o exercício da posse mansa e pacífica e, portanto, a contagem do prazo para a usucapião ordinária do bem móvel. Interservação da posse precária. Função Social da Posse Precária. Se o direito de propriedade se legitima (e então cumpre sua função social) pela utilização econômica, aquele que, sendo privado da posse por precarista, se mantém inerte pelo tempo necessário para consumir a aquisição, perde seu direito de propriedade, e consequentemente, deve sucumbir ante a uma ação de usucapião, possessória ou reivindicatória. APELO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70044476950, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Sbravat, julgado em 15/03/2012, DJ 29/03/2012).

²⁷ CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. MUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. O usucapião extraordinário - art. 55, CC - reclama, tão somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com animus domini; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção juris et de jure de boa-fé e justo título, "que não só dispensa a exibição desse documento como também proibe que se demonstre sua inexistência". E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, "nada impede que o caráter originário da posse se modifique", motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem. Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra "c" do permissivo constitucional, e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 154733/DF, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 15/12/2000, DJ 19/03/2001);

Processo civil e civil. Recurso Especial. Promessa de compra e venda de imóvel. Usucapião e extraordinário. Transformação do caráter originário da posse. Dissídio. Caracterização.- O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria.- A caracterização do dissídio jurisprudencial ensejador de Recurso Especial exige que o acórdão recorrido tenha divergido de afirmação assentada no paradigma e que os julgados comparados tenham analisado questão delineada faticamente de modo semelhante. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 220200/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/09/2003, DJ 20/10/2003);

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. PROMESSA DE VENDA E COMPRA. TRANSMUTAÇÃO DA POSSE, DE NÃO PRÓPRIA PARA PRÓPRIA. ADMISSIBILIDADE. "O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, em princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria". (REsp nº 220.200-SP). Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 143976/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 06/04/2004, DJ 14/06/2004).

A situação jurídica da interservação do caráter da posse também pode ser fundamentada pela própria submissão do direito civil aos dispositivos constitucionais e, dentre eles, [...] temos a garantia fundamental da função social da propriedade [...] pois afinal de contas é premiado o possuidor que cumpre o referido cânone constitucional [...]. (MELO, 2011, p. 48)

Como se pode observar, a transformação do caráter da posse pode, também, estar assentada no princípio da função social, haja vista que a Constituição Federal condiciona o direito de propriedade a uma finalidade social. Dessa forma, prestigia-se o possuidor que, ao dar ao bem alguma utilidade, cumpre com os dispositivos constitucionais.

Sabe-se que “o princípio da sociabilidade estabelece os valores coletivos como prevaletentes em relação aos valores individuais”. (WESENDONCK, 2010, p. 242). Além disso,

[...] se a tendência atual é conceder função social à posse, não podemos privar de usucapião o possuidor que mantém poder de fato sobre a coisa, sem oposição e com autonomia por longos anos, em detrimento do proprietário que abandona o objeto de seu direito subjetivo e esvazia o conteúdo econômico do domínio. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 93)

A função social da posse acaba por privilegiar o possuidor que exerce a posse sobre o bem com o intuito de valorizá-lo, alcançando uma finalidade social e também econômica, em detrimento do proprietário que, por sua desídia, não tem interesse em exercer a posse da coisa. Isso porque “não basta ser proprietário para garantir o seu direito, é necessário ser diligente, cauteloso e zeloso sobre o bem em questão, sob pena de perder a propriedade para aquele que fizer com que a sua função social seja cumprida”. (WESENDONCK, 2010, p. 250-251)

A função social faz com que o possuidor possa usucapir a coisa que se encontra em seu poder, em prejuízo do proprietário que, por longo período, foi negligente com sua propriedade, deixando a mesma de ter um fim social e economicamente útil²⁸. Diante disso, a utilização da coisa permite que a posse do possuidor precário adquira caráter *ad usucapionem*,

²⁸ APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BEM IMÓVEL). AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EXCEÇÃO DE USUCAPÍÃO ARGUIDA COMO DEFESA. POSSIBILIDADE. INVERSÃO DO JUS POSSESSIONES. POSSIBILIDADE. POSSE MANSA, PACÍFICA E COM ANIMUS DOMINI POR PARTE DO RÉU. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NÃO EXERCIDA PELO AUTOR. I. Em que pese a defesa por meio de exceção de usucapião tenha como leito natural a ação petítória, não se pode afastá-la das possessórias quando as partes procuram mostrar a legitimidade de suas posses através de seus títulos. II. Comprovada posse mansa, pacífica e com animus domini por parte do demandado por mais de cinco anos ininterruptos, sem oposição, e tendo ele feito de tal imóvel sua moradia, tornando-o produtivo para a sua família, é de ser acolhida a exceção arguida. III. Julgamento de improcedência do pedido reintegratório, até porque comprovado, no caso concreto, que o autor não destinava qualquer função ao imóvel, acarretando a inversão do jus possessiones. APELO PROVIDO, À UNANIMIDADE. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70037122389, 17ª Câmara Cível, Rel. Liege Puricelli Pires, julgado em 25/11/2010, DJ 10/12/2010).

legitimando a existência do instituto da função social da posse e, por conseguinte, da função social da propriedade. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 256)

Para Coelho (2010, p. 39), “[...] some o vício da precariedade quando o desapossado tolera o abuso e renuncia ao exercício de qualquer direito sobre a coisa. Em suma, o desinteresse do desapossado em defender sua posse descaracteriza a origem viciada do novo possuidor”. Em todo caso,

[...] se alguém é privado da posse de um bem e mantém-se inerte por um longo período de tempo, age de modo a deixar que a função social daquela propriedade milite em prol de outrem, desfigurando seu próprio direito, que falece, pois destituído de um de seus elementos essenciais. (MAIDAME, 2002, p. 198)

Com base nessas informações, tem-se que a usucapião “é um instituto que fomenta as funções sociais da posse e da propriedade, pois atribui o domínio a quem realmente dá uma destinação econômica e social ao bem possuído”. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 257)

Por subsecutivo, pode-se dizer que o direito de propriedade não é mais absoluto, estando condicionado ao cumprimento da função social, o que permite a transformação de um poder exercido sobre um bem em virtude de uma omissão do proprietário “que poderá perder a sua propriedade (através da usucapião), mesmo nos casos de posse com origem no vício da precariedade [...] para aquele possuidor que cumpre com a função social do bem”. (WESENDONCK, 2010, p. 256-257)

Como se pode observar,

[...] a interpretação que afirma que a posse precária nunca convalesce, e, por conseguinte, não é passível de obter caráter *ad usucapionem*, é uma interpretação que atribui à propriedade natureza absoluta, em detrimento de outros direitos fundamentais, como o de moradia e o de dignidade da pessoa humana. Em face da previsão legal da função social da propriedade e da posse, tal entendimento é incompatível com a ordem jurídica atual. Em face das garantias constitucionais à moradia e à dignidade da pessoa humana, somada à busca pela implantação das funções sociais da posse e da propriedade, tem-se que esse entendimento não pode mais prosperar. Ao não se admitir a transmutação do vício da precariedade, atribui-se à propriedade um caráter absoluto, que há muito foi superado pelo reconhecimento da autonomia da posse e de sua importância social. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 254-255)

O direito de propriedade deixou de ter caráter individualista passando a ser um instituto que possui uma finalidade, de modo que não se admitir a transformação do caráter da

posse precária é atentar contra os preceitos constitucionais, uma vez que se estaria, ao mesmo tempo, “impedindo o exercício de uma garantia fundamental, que é o de moradia”. (MAIDAME, 2002, p. 195)

Tais observações levam ao entendimento de que a introversão do caráter da posse, além da função social, também pode estar fundamentada no direito à moradia, pois na realidade, “o que se vislumbra é que não existe mais a possibilidade ou justificativa para deixar os bens abandonados sem dar uma destinação econômica e social, pois tal conduta não se harmoniza com o sistema que se coloca no ordenamento atual a respeito da posse e da propriedade”. (WESENDONCK, 2010, p. 251-252). Nesses termos, tem-se que

[...] é possível sim a mudança do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião, haja vista que esta modalidade de aquisição da propriedade concorre para a efetivação do direito à moradia e atende aos princípios da função social da posse e da propriedade, [...]. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 249)

Portanto, pode-se dizer que é possível a transformação do caráter injusto da posse precária, tornando-se esta útil à aquisição do domínio pela via da usucapião, em obediência ao princípio da função social e, especialmente, no que diz respeito ao direito à moradia²⁹.

Não se pode olvidar que a aquisição da propriedade pela usucapião “concorre para a efetivação do direito à moradia e atende ao propósito maior do direito de propriedade, que é o de atingir seu fim social”. (MAIDAME, 2002, p. 189). Desse modo:

A função social da posse passa a ser exercida pelo precarista, ao conceder destinação econômica ao bem em nome próprio. Assim, [...] prevalecerá o direito fundamental social de moradia sobre a situação patrimonial do proprietário que, mesmo destituído da posse, manteve-se inerte na defesa do bem, sem adotar atitude para reavê-lo, conformando-se com a alteração da situação possessória. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 94)

A utilização do bem pelo possuidor, especialmente para fins moradia, permite que essa situação possessória se sobreponha ao título de domínio do proprietário que, privado de sua

²⁹ APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA QUALIFICADA PELA FUNÇÃO SOCIAL (USO PARA MORADIA). REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. HIPOTECA AFASTADA. I. Comprovado o exercício da posse de imóvel, para fins de moradia, por dez anos, sem oposição, interrupção e com ânimo de dono, os detentores da posse adquirem originariamente a propriedade pela usucapião extraordinária qualificada pela função social. Inteligência do art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil). II. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, não subsistindo qualquer gravame eventualmente existente sobre o bem. Caso em que o imóvel estava gravado com hipoteca, mas o credor hipotecário não provou ter exercido qualquer oposição contra a posse da requerente - art. 333, II, do Código de Processo Civil. APELO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70035584507, 17ª Câmara Cível, Rel. Liege Puricelli Pires, julgado em 14/10/2010, DJ 03/11/2010).

posse, nada faz para recuperá-la, haja vista que a função social está sendo atendida. Desse modo “a usucapião é uma das formas de exercício da *função social da propriedade* porque promove o desenvolvimento social, garantindo o direito à moradia e ao trabalho para aquele que exerce a posse de determinada propriedade [...]”. (BRANT, 2011, p. 225, grifo do autor)

Compreende-se que a usucapião possui um valor social que decorre da valorização da posse, permitindo que o possuidor, atendidos os demais requisitos que a lei exige³⁰, adquira a propriedade. “Nesse sentido, a usucapião é o instrumento que garante ao possuidor a proteção diante do proprietário inerte que não dá a devida destinação de seu bem à coletividade”. (BRANT, 2011, p. 237). Através do instituto em comento é possível reduzir as desigualdades sociais, em atenção ao princípio fundamental da solidariedade. Além disso,

[...] partindo-se da tendência atual de concessão de função social à posse e da necessidade de se garantir o direito à moradia, tem-se que a posse, mesmo que maculada pelo vício da precariedade, pode ser útil para a usucapião, desde que modifique o seu caráter originário por ato do próprio precarista, que passa a atuar com *animus domini*, somado à inércia do proprietário em buscar reaver seu domínio, a qual configura verdadeiro abuso de direito. Destarte, a falta de previsão legal permissiva não impede o reconhecimento do convalhecimento da posse precária – e sua configuração em posse *ad usucapionem* – pois tal entendimento está de acordo com a atual ordem civil-constitucional brasileira. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 260)

O vício da precariedade estará sanado quando o possuidor precário inverter o seu *animus*, tendo a intenção de apropriar-se do bem, juntamente ao desleixo do proprietário em recuperar a sua propriedade³¹. Em razão da função social e o direito à moradia, a posse precária tornar-se-á apta para gerar a usucapião, uma vez convalidada.

“Nesse contexto, afirmar que a posse precária não é suscetível de convalhecimento atenta contra a garantia fundamental à moradia e impede que a propriedade atenda, com maior abrangência, o seu fim social”. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 261)

³⁰ AÇÃO DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL. ART. 183 DA CF. REQUISITOS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TRANSMUTAÇÃO DA POSSE. Transformação do caráter da posse, de não própria para própria. Comprovação dos requisitos do art. 183 da CF. Procedência da ação. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011573276, 19ª Câmara Cível, Rel. José Francisco Pellegrini, julgado em 28/03/2006, DJ 11/04/2006).

³¹ AÇÃO REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. A ação reivindicatória pressupõe um proprietário não possuidor que age contra um possuidor não proprietário. Assim, e para o sucesso da demanda, a pretensão reclama o domínio do autor e a posse injusta do réu. Não tendo, no caso, o autor demonstrado a posse injusta dos demandados, já que estes demonstraram o direito à declaração da propriedade, autoriza o reconhecimento da improcedência da presente ação petítória. RECONHECIMENTO DO FENÔMENO DA INTERVERSÃO DA POSSE OU MUTAÇÃO DA NATUREZA DA POSSE. É a possibilidade do nascedouro da posse com vínculo locatício se transformar, em determinado momento, em posse exercida em nome próprio, sem subordinação ao anterior detentor da posse. Configuração do abandono do imóvel e a incúria dos proprietários. Rejeitaram as preliminares. Apelações providas, por maioria. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009915158, 19ª Câmara Cível, Rel. Guinther Spode, julgado em 01/11/2005, DJ 05/12/2005).

Assim, “qualquer interpretação que vise restringir o exercício legítimo do direito fundamental de moradia é eivada de inconstitucionalidade”. (MAIDAME, 2002, p. 193-194). Deve-se atentar para os princípios constitucionais que prezam pela dignidade humana, razão pela qual a proteção da propriedade está condicionada aos preceitos constitucionais³².

Ainda que a posse do usucapiente tenha origem precária, a incúria do proprietário pode ensejar a transformação do caráter da posse, pois permite que o precarista aproveite o bem com exclusividade, exercendo de forma plena os atributos intrínsecos ao domínio. Atente-se que o possuidor precário deve agir como se fosse dono, invertendo o seu *animus* em relação à coisa de forma inequívoca, isto é, que não deixe dúvidas que possui a intenção de apropriar-se do bem. (MAIDAME, 2002, p. 206-213)

Não admitir o convalhecimento da posse precária, para fins de usucapião, é atribuir à propriedade um caráter absoluto, restringindo outros direitos fundamentais, como o de moradia³³. Dessa forma, se o possuidor precário dá a coisa alguma utilidade, a sua posse cumpre com a função social, tornando-a apta à condução da usucapião. Não é de se admitir que o titular do domínio, destituído de sua posse pelo precarista, fique inerte por um longo lapso temporal sem tentar reavê-la. (MAIDAME, 2002, p. 203-206)

Nesse contexto:

³² AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. "AÇÃO DE COBRANÇA DE RESTITUIÇÃO DE COTAS CONSORCIAIS (BEM IMÓVEL) E AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE". FEITOS APENSADOS. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. LEI 9.714/97. POSSE. COTEJO DOS INTERESSES EM CONFLITO. IMÓVEL QUE, ALEGADAMENTE, SERVE À MORADIA DO AGRAVANTE E FAMÍLIA. CONCESSÃO DA MANUTENÇÃO NA POSSE, SENDO RECOMENDÁVEL QUE SE AGUARDE A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA CONJUNTA DOS FEITOS, ANTES DE MEDIDA DE DESAPOSSAMENTO DO BEM. Os princípios e garantias fundamentais são os valores da nossa Constituição, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o "valor-fonte". Nosso sistema legal, igualmente, está fundado no direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), que observará a função social (art. 5º, XXIII, CF) da qual a posse é um dos atributos essenciais. Assim, embora a agravada tenha a seu favor a presunção do regular direito decorrente da consolidação da propriedade fiduciária, releva mais permaneça o agravante no imóvel que lhe serve de moradia, mostrando-se recomendável, por ora, que se aguarde a instrução probatória antes da concessão de medida de desapossamento do bem. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70046443479, 19ª Câmara Cível, Rel. Mylene Maria Michel, julgado em 05/06/2012, DJ 05/06/2012).

³³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. ART. 183 CF/88. POSSE ORIGINÁRIA DECORRENTE DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INVERSÃO DO CARÁTER DA POSSE. POSSIBILIDADE. POSSE MANSA, PACÍFICA, SEM INTERRUÇÃO E COM ANIMUS DOMINI, EXERCIDA POR DEZESSETE ANOS A ENSEJAR O PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE USUCAPIÃO. No caso concreto, restou demonstrado todos os requisitos legais autorizadores do usucapião especial urbano. Artigo 183 da CF/88. A prova carreada aos autos evidenciou que os autores detêm a posse do imóvel desde a data de 12/04/1988; o imóvel possui área menor que duzentos e cinquenta metros quadrados, consoante levantamento; sendo o exercício da posse mansa, pacífica, ininterruptamente, sem oposição e com *animus domini*, servindo para moradia dos autores e de sua família. Em que pese as alegações da empresa ré que os autores detinham a posse a título precário, submetida a contrato de compra e venda, decorridos mais de 17 anos, sem nenhuma oposição, transmutou-se o caráter originário da posse, passando de não própria para própria. Aplicável na espécie o fenômeno da transmutação da posse, admitido no artigo 1.203 do Novo Código Civil. APELO PROVIDO. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015357965, 20ª Câmara Cível, Rel. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 28/03/2007, DJ 24/04/2007).

Configurada a interservção da posse precária, o possuidor passa a exercer posse *ad usucapionem*, podendo levá-lo à aquisição do domínio do bem. Restarão, assim, legitimadas as funções sociais da posse e da propriedade. Em suma, atribuir uma interpretação literal ao texto legal que menciona apenas a interservção dos vícios da violência e da clandestinidade é restabelecer um caráter absoluto à propriedade, o qual não mais prevalece no contexto civil-constitucional brasileiro. (CORDEIRO; GOMES, 2011, p. 261)

Com a transmutação da natureza da posse, o possuidor precário poderá, através da usucapião, adquirir a propriedade. Veja-se que a função social, meio de legitimar a posse e a propriedade, se concretiza com a utilização do bem.

O direito de propriedade com caráter absoluto e individualista não mais se justifica, pois a propriedade tornou-se um instituto que deve atender a uma finalidade. Desse modo, é de se reconhecer a possibilidade de alteração do caráter da posse precária, tornando-se apta à condução da usucapião, em favor daquele possuidor que cumpre com a função social do bem, tendo como fundamento o princípio da função social da posse e o direito à moradia. Esta é um direito social fundamental, que proporciona uma digna qualidade de vida. Logo, pode-se dizer que a propriedade deve ser exercida de acordo com os interesses da sociedade, contribuindo para o direito constitucional à vida digna.

5 CONCLUSÃO

Através do estudo proposto verificou-se que as divergências sobre o instituto da posse ainda se fazem presentes. No que tange à sua natureza jurídica, conclui-se que a mesma pode ser vista como um direito que possui natureza jurídica especial, se observados os efeitos que dela emanam, isto é, os benefícios que a mesma pode proporcionar ao possuidor, tais como a utilização das ações possessórias para defender a coisa de turbações e esbulhos, permitindo a sua estabilidade e o direito de adquirir o domínio através da usucapião.

Ao analisar as teorias que tratam da posse, constatou-se que o Código Civil não adotou exclusivamente a teoria objetiva concebida por Rudolf von Ihering, para quem, o *corpus*, ou seja, a simples disposição física da coisa já era suficiente para caracterizar a posse, visto que, ao tratar da usucapião, filia-se, também, a teoria subjetiva desenvolvida por Friedrich Carl von Savigny, que exige, para sua configuração, além do *corpus*, o elemento anímico -o *animus domini*-, que se traduz na vontade, na intenção de ter a coisa como sua. Necessário, portanto, faz-se a conjugação desses dois elementos.

Com as transformações sociais ocorridas ao longo dos tempos e a influência das teorias sociológicas, a posse ganhou novo significado, deixando de ser vista apenas como a visibilidade do domínio, passando a ser um instituto jurídico próprio e independente da propriedade. Trata-se, desse modo, de um instituto jurídico que possui valor econômico e social próprios, na medida em que permite ao possuidor utilizar-se de bens imprescindíveis, garantindo o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade - razão pela qual se justifica a tutela dispensada à posse pelo ordenamento jurídico vigente.

A posse não está subordinada ao direito de propriedade, isso porque possui um fim em si mesma (em nada dependendo da propriedade), contribuindo para a adequada utilização do bem com propósitos de uso e/ou fruição.

Portanto, a propriedade, outrora vista como um direito absoluto, tem se transformado, adequando-se às exigências da realidade social. O proprietário tem o dever de utilizá-la em benefício do desenvolvimento da sociedade. Para que a propriedade atinja sua finalidade é necessário que ela cumpra a sua função social.

A função social da propriedade torna-se uma finalidade a ser cumprida, de modo que o proprietário tem o dever de satisfazer as necessidades sociais. Como meio de legitimar o domínio, o cumprimento da função social confere ao proprietário a garantia constitucional do

seu direito. Com efeito, o atual conceito de direito de propriedade está subordinado à finalidade de cunho social.

A função social implica aproveitar a coisa de modo adequado, com observância dos dispositivos legais, favorecendo o bem-estar da sociedade, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Assim, o caráter absoluto do direito de propriedade não mais se justifica em virtude de seu elemento norteador, que é a função social, a qual passa a integrar o próprio conteúdo da propriedade e deverá estar voltada não só aos interesses do proprietário, mas ao bem geral de toda a sociedade.

Portanto, verificou-se que a função social não se dirige apenas à propriedade, abrangendo também a posse, a qual adquire maior relevância na medida em que se busca um melhor aproveitamento do bem. A real utilização da coisa pelo possuidor é pressuposto para que a posse receba proteção constitucional. Em determinadas situações quem dá a propriedade uma função social é o possuidor, e não aquele que detém o título do registro.

A posse, do mesmo modo que a propriedade, tem uma finalidade social na medida em que confere ao não proprietário a oportunidade de servir-se do bem, com intuito de assegurar uma digna qualidade de vida, permitindo ao possuidor adquirir o domínio, pela usucapião, quando o proprietário for desidioso com o bem que lhe pertence. Dessa forma, em que pese a omissão constitucional, tem-se que a função social inclui também a posse, ainda que implicitamente.

A aquisição da propriedade privada pela usucapião é um dos principais efeitos que decorre da posse. Entretanto, nem toda posse é capaz de gerar as vantagens que a lei proporciona. A posse injusta, dado seu caráter relativo, só poderá ser arguida por aquele que teve seu direito violado, isso porque a posse pode ser considerada justa em relação a uma determinada pessoa e injusta em relação à outra.

Entretanto, em razão da função social, a posse, ainda que inicialmente injusta, pode dar ensejo à usucapião, pois o proprietário que não cuida do que é seu pode ver-se privado do seu direito em prol do interesse social.

A posse injusta, violenta e a clandestina podem ensejar a usucapião desde que, no primeiro caso, cessem os atos violentos e, no segundo, cesse a clandestinidade. Nasce a posse justa, tornando-a útil, quando o esbulhador não mais utilizar a força, ou quando a posse se

tornar pública. A posse violenta e a clandestina também podem convaler em virtude de um negócio jurídico estabelecido entre as partes.

Em que pese a omissão do Código Civil em não referir a cessação da posse precária, conclui-se que esta também pode ser sanada, pois, primar pela ideia de que o vício da precariedade não pode convaler, por representar a quebra da confiança, é restabelecer um caráter absoluto ao direito de propriedade, o qual não deve predominar em um Estado que busca reduzir as desigualdades sociais.

A posse precária é passível de converter-se em justa, tendo em vista que a posse que cumpre com a função social não deve ser preterida em relação a uma propriedade cujo titular foi inerte, omissa na proteção do bem que lhe pertence.

Desse modo, conclui-se que existe a possibilidade de usucapião, ainda que decorra da precariedade. Afinal, na atualidade, o direito privado deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais, devendo prevalecer não a forma como a posse foi adquirida, mas sim a destinação que lhe foi conferida, juntamente à desídia do proprietário.

O princípio da função social e a incúria do proprietário em relação ao bem permite ao possuidor precário a aquisição do domínio pela usucapião. Desse modo, o reconhecimento da prescrição aquisitiva também pode ocorrer nos casos em que a posse tenha origem precária, em atendimento ao princípio da função social da posse e também da propriedade.

O vício da precariedade estará sanado quando o precarista inverter o seu *animus*, tendo a intenção de apropriar-se do bem, juntamente ao desleixo do proprietário em recuperar a sua posse. Não só em razão da função social, mas também do direito à moradia, a posse precária tornar-se-á apta para gerar a usucapião, uma vez convalidada. O prazo começará a fluir do momento em que o precarista inverteu seu *animus*, qualificado pela negligência do proprietário em restabelecer o domínio sobre a coisa.

O instituto da usucapião deve ser visto como uma forma de efetivação da função social da propriedade bem como do direito à moradia, razão pela qual a posse, ainda que inicialmente precária, torna-se um instrumento capaz de gerar a aquisição do domínio, concorrendo para a efetivação da justiça social. Com a transmutação da natureza da posse, é de se reconhecer o direito à usucapião em favor daquele possuidor que cumpre com a função social do bem, tendo como fundamento o princípio da função social da posse e o direito à moradia. Portanto, a propriedade deve ser exercida de acordo com os interesses da sociedade, contribuindo para o direito constitucional à vida digna.

REFERÊNCIAS

- ADIERS, Moacir. A posse e a tutela possessória. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, n. 89, p. 281-315, 2003.
- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALVIN, Arruda. Defesa da posse e ações possessórias. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, p. 9-66, 2004.
- ARONNE, Ricardo. Os direitos reais codificados no curso da constitucionalização do direito civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, n. 124, v. 38, p. 257-285, 2011.
- BASTOS, Cristiano de Melo; BASTOS, Flávia Mota. A posse como conteúdo de direitos humanos fundamentais e suas implicações no moderno direito civil. **Revista Síntese de Direito de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo: Síntese n. 67, vol. 11, p. 07-32, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, p. 69-84, 2001.
- BRANT, Cássio Augusto Barros. Das modalidades de usucapião: a valorização da posse-trabalho como meio de aquisição da propriedade imobiliária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 219-238, 2011.
- BRASIL. Lei Federal n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Pain de (Org.). **VADE MECUM**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- _____. Lei Federal n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: ABREU FILHO, Nylson Pain de (Org.). **VADE MECUM**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. In: ABREU FILHO, Nylson Pain de (Org.). **VADE MECUM**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso **Especial n. 154733-DF**. Rel. Min. César Asfor Rocha. Brasília, DF, 19 de mar. de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15 de set. de 2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso **Especial n. 220200-SP**. Rel. Min. Nancy Andrigh. Brasília, DF, 20 de out. de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15 de set. de 2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso **Especial n. 143976-GO**. Rel. Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 14 de jun. de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15 de set. de 2012.

CALDEIRA, Adriano César Braz. O direito de propriedade no novo código civil brasileiro: inovação ou adequação? **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, n. 22, vol. 4, p. 116-120, 2003.

CAMBI, Eduardo. Propriedade no novo código civil: aspectos inovadores. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, n. 25, vol. 5, p. 124-136, 2003.

CARVALHO, Eusebio. Direito à propriedade – do discurso à realidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, n. 24, vol. 4, p. 14-24, 2003.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Da possibilidade de intervenção da posse precária e a sua configuração em posse *ad usucapionem*. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, vol. 12, p. 241-262, 2011.

COSTA, Dilvanir José da. Usucapião: doutrina e jurisprudência. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 52-69, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 161, p. 9-20, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Jéferson Albuquerque. Função social da posse no direito brasileiro. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo: Síntese, n. 67, vol. 11, p. 20-32, 2010.

FARIAS, Valter Nazareno. A função social da propriedade como cláusula geral. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.32, p. 286-316, 2007.

GAMA, Lidia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Princípio da função social e ambiental da propriedade. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre: Notadez, n. 14, p. 68-80, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GERAICE NETO, Zaiden. A teoria objetiva da posse. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 227-235, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Dos vícios da posse**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

GONÇALVES, Eliseu da Costa; ZANDONÁ, Maurício. A despatrimonialização do direito civil. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Umuarama: UNIPAR, n.1, vol. 13, p. 5-18, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/3431/2327>>. Acesso em: 21 jul. de 2012.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. **Revista de Direito Social**, São Paulo: Notadez, n. 15, p. 97-120, 2004.

JENILEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 18 ago. de 2012.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. Da função social da posse. **Revista Síntese de Direito de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo: Síntese, n. 67, vol. 11, p. 33-49, 2010.

LUDWIG, Roberto José. A função social no direito privado: uma contribuição da teoria do discurso para a solução de problemas de aplicação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, n. 107, p. 215-238, 2007.

MAIDAME, Márcio Manoel. A possibilidade de mudança do caráter da posse precária e sua utilidade para fins de usucapião. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 188-213, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes, *et al.* **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A posse e a propriedade no novo código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 17-37, 2003.

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. A posse e sua relevância jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 173-193, 2001.

ORLEANS, Helen Cristina leite de Lima. Não basta ser proprietário, tem que participar: algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 46, p. 99-142, 2011.

PAZINI, Cláudio Ferreira. Os vícios objetivos da posse no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, p. 67-84, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. O bem comum e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, v. 12, p. 211-230, 2011.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70038796546**, 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Guinther Spode. Porto Alegre, 15 de dez. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70030373211**, 20ª Câmara Cível. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman. Porto Alegre, 11 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70044476950**, 14ª Câmara Cível. Rel. Des. Roberto Sbravat. Porto Alegre, 29 de mar. de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70037122389**, 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Liege Puricelli Pires. Porto Alegre, 10 de dez. de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70035584507**, 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Liege Puricelli Pires. Porto Alegre, 03 de nov. de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70011573276**, 19ª Câmara Cível. Rel. Des. José Francisco Pellegrini. Porto Alegre, 11 de abr. de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70009915158**, 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Guinther Spode. Porto Alegre, 05 de dez. de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70046443479**, 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Mylene Maria Michel. Porto Alegre, 05 de jun. de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70015357965**, 20ª Câmara Cível. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman. Porto Alegre, 24 de abr. de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 de set. de 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**: lei 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Marizélia Plegow da. **A função social da posse no direito atual, enquanto instrumentos de efetivação dos direitos ao trabalho e à moradia**. Disponível em:

<http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2008/marizelia_peglow_rosa.pdf>. Acesso em: 18 ago. de 2012.

SANTIN, Janaína Rigo; Gomes, Daniela. **A função social da propriedade urbana e o Estatuto da Cidade.** Disponível em: <http://www.upf.br/ppgh/images/stories/downloads/artigo_janaina.pdf>. Acesso em: 18 ago. de 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e a sua função social. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 126-156, 2000.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Fernando José. **Direito civil: direito das coisas.** 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WESENDONCK, Tula. A possibilidade de transformação do caráter da posse e da detenção: interpretação constitucional dos efeitos da posse. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, n. 120, vol. 37, p. 235-258, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil.** In: Judith Martins Costa (Org.). *A reconstrução do direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.