



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCIANA DOS SANTOS CONTREIRAS

**A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO ART.1.228, §§ 4º E 5º DO
CÓDIGO CIVIL DE 2002 À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.**

Salvador
2018

LUCIANA DOS SANTOS CONTREIRAS

**A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO ART.1.228, §§ 4º E 5º DO
CÓDIGO CIVIL DE 2002 À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador : Prof. Me. Emanuel Lins Freire Vasconcellos.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA DOS SANTOS CONTREIRAS

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO ART.1.228, §§ 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Emanuel Lins Freire Vasconcellos (Orientador)
Mestre em Direito pelo Programa de Pós- Graduação
Faculdade de Direito da UFBA

Prof. Leandro Reinaldo da Cunha- Doutor em Direito
Faculdade de Direito da UFBA

Prof. Tício Spínola Gomes - Doutor em Direito Civil
Faculdade de Direito da UFBA

Salvador, 02 de agosto de 2018.

“Nos tempos antigos, quando pessoas e animais partilhavam a terra, um ser humano podia transformar-se num animal se assim quisesse, e um animal podia transformar-se num ser humano”.

Jose Eduardo Agualusa
(milagrário pessoal, 2010)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo merecimento de chegar até aqui, apesar de todos os obstáculos que permearem o meu caminho.

À Faculdade de Direito da UFBA, pelos ensinamentos jurídicos e sociais que possibilitaram meu amadurecimento como pessoa e como profissional.

Ao corpo docente que contribuiu direta ou indiretamente no meu processo de aprendizado, em especial, ao meu orientador, Professor Emanuel Lins Freire Vasconcelos, que me possibilitou a oportunidade de aprender Direitos Reais sobre uma nova visão.

Aos amigos e amigas que nos momentos de crise e angústia sempre estiveram comigo incentivando, apoiando e ajudando.

À minha família, especialmente minha mãe Maria José dos Santos, pelo apoio irrestrito.

RESUMO

Essa pesquisa tem como pressuposto analisar o novo instituto previsto no art. 1.228 §§ 4 e 5 do código civil de 2002, com base na função social da posse, tendo como premissa a teoria da apropriação econômica da coisa desenvolvida pelo francês Raymond Saleilles. Quando há conflito entre a propriedade que não está cumprindo a função social e a posse que vêm sendo exercida há anos e dotada de função social, prevalece a função social da posse em detrimento do título de propriedade, cujo titular não estava promovendo a função social do imóvel.

Palavras-Chave: Posse. Teoria da apropriação econômica. Função social. Desapropriação judicial.

ABSTRACT

The research analyzes the new institute foreseen in art. 1,228 §4 and §5 of the Civil Code of 2002, based on the social function of possession and on the theory of economic appropriation of the thing developed by the Frenchman Raymond Saleilles. When there is any conflict among a property that does not fulfill the social function and the possession exercised for years, endowed with a social function, this last one prevails to the detriment of title deed, whose owner was not promoting the social function of immobile.

Keywords: Possession. Theory of economic appropriation. Social function judicial expropriation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NOÇÃO HISTÓRICA SOBRE A PROPRIEDADE	12
2.1 O DIREITO ROMANO E A PROPRIEDADE PRIVADA.....	12
2.2 TEORIAS FILOSÓFICAS SOBRE A PROPRIEDADE	16
2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE NO BRASIL.....	18
3 INSTITUTO DA POSSE	24
3.1 CONCEITO DE POSSE	24
3.2 TEORIA DE SAVIGNY	27
3.3 TEORIA DE IHERING	29
3.4 ESTUDO COMPARATIVO DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS.....	32
3.5 TEORIA DA APROPRIAÇÃO ECONÔMICA DE SALEILLES	41
4 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	45
4.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO	45
4.2 ANÁLISE DO ART. 1228 §§ 4º E 5º À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE ..	47
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como fonte de estudo o novo instituto inserido no código civil de 2002, em seu art. 1228 § § 4 e 5. O legislador ao inserir tal instituto no diploma legal, não cuidou de definir a sua natureza jurídica e o positivou com conceitos vagos, como: “extensa área”, “considerável número de pessoas”, “boa-fé”¹, etc, possibilitando, assim, divergências doutrinárias.

Nesse diapasão, encontramos na doutrina algumas concepções para o referido instituto, como: usucapião coletiva, contra-direito processual, desapropriação judicial, sendo a última definição a que melhor se enquadra com a finalidade proposta para este estudo.

A indefinição acerca da natureza jurídica da denominada desapropriação judicial gera grandes controvérsias doutrinárias acerca da constitucionalidade do dispositivo. Isso porque, a imprecisão em conceituar o instituto abre espaço para que tenhamos diferentes posicionamentos sobre a sua compatibilização com a Constituição Federal. E para dirimir as divergências doutrinárias, o debate sobre a constitucionalidade do dispositivo foi tema na I Jornada de Direito Civil, chegando-se a conclusão no Enunciado n. 82 do CJK, que “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.”²

O enunciado em questão, quer dizer, que o dispositivo está em consonância com a Constituição Federal, alinhando-se com o princípio da função social da propriedade já consagrado na Carta Maior.

Entretanto, outro ponto, ainda, apontado como óbice por parte da doutrina para a efetiva aplicação do instituto é a interpretação dada ao § 5º do artigo supracitado, em face da ausência de identificação do responsável pelo pagamento da devida indenização ao proprietário, que será privado da coisa em face da coletividade. O código civil foi omissivo sobre quem deverá arcar com o valor da indenização, sendo objeto de questionamento por parte dos doutrinadores.

¹ Brasil. *Código Civil*. 14.ed.São Paulo:Editora Revista dos Tribunais.2012.

² Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº82 aprovado na I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002.

Por isso, para elucidar o questionamento sobre o responsável pelo pagamento, o enunciado nº 84 aprovado na I jornada de Direito Civil, define que: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.³, restando, evidente que cabia aos possuidores o pagamento pela justa indenização ao proprietário, como consequência para ter o domínio da propriedade.

Contudo, alguns doutrinadores afirmavam que esse entendimento surtiria efeitos, apenas, quando os possuidores dispuserem de condições econômicas favoráveis para proceder com a justa indenização ao proprietário. Em caso, contrário, quem arcaria com o pagamento da indenização?

E para responder o questionamento da doutrina, a IV Jornada de Direito Civil, aprova o enunciado nº 308, complementando a orientação já exposta no enunciado nº 84, acrescentando a concepção sobre o pagamento no caso dos possuidores de baixa renda, atribuindo a responsabilidade ao Poder Público: “A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil”.⁴

Em que pese tais divergências, a intenção deste trabalho é interpretar o dispositivo à luz da função social da posse, com o objetivo de dar maior ênfase ao novo instituto previsto no Código Civil de 2002, como importante instrumento de garantia para promover a função social da posse e ao mesmo tempo relativizar o caráter absoluto do direito de propriedade em face do interesse social.

Nesse sentido, utilizou-se o método jurídico-dogmático, visando refletir sobre a aplicabilidade e a eficiência da norma infraconstitucional em consonância com os princípios da função social da posse e da propriedade, perfilhando-se com as mu-

³ Ibidem, enunciado 84.

⁴ Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº 308 aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Brasília. 2002.

danças e os anseios sociais e econômicos. Para tanto, utilizou-se da pesquisa doutrinária sobre o tema, bem como, teses e materiais acadêmicos que vêm sendo discutidos no âmbito do direito civil contemporâneo.

O marco teórico que serviu de sustentação para delinear a presente pesquisa tem como referência a teoria da apropriação econômica da coisa desenvolvida por Raymond Saleilles, defendendo que a proteção jurídica da posse poderia ser realizada, desde que a pessoa que estivesse no estado de fato da coisa tivesse algum objetivo socioeconômico, estando, assim, em consonância com a função social da propriedade.

Além disso, esse trabalho também tem como orientação o jurista e advogado Miguel Reale (1910-2006), que participou da Comissão para elaboração do Projeto do Código civil de 2002, inserindo no novo diploma legal, os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, visando alcançar o Direito em sua concretude.

Para melhor compreensão acerca das ideias expostas, do objeto que serviu de análise para o desenvolvimento do presente estudo e da conclusão pretendida, o trabalho foi estruturado da seguinte maneira:

No primeiro capítulo foi feita uma abordagem histórica e evolutiva sobre a origem e a constituição do direito à propriedade, começando sobre o período em que vigorou o Império Romano, que tinha uma cultura baseada na religião, na adoração do deus-lar, na qual a propriedade fazia parte do poder do *pater famílias*, sendo considerado um direito absoluto.

Com a queda do Império Romano e, posteriormente do sistema feudal, passamos ao Direito Moderno que tem como marco histórico a Revolução Francesa com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, refletindo diretamente no Direito de Propriedade, que passa a ter um caráter mais individualista, em seguida foi feita uma análise sobre o conceito de propriedade com base nas correntes filosóficas de John Locke, Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, no intuito de exemplificar e entender o cerne dos modos de aquisição da propriedade privada.

Ao final do capítulo, é feita uma análise sobre a origem e evolução do direito de propriedade brasileiro, que teve influência de Portugal na época do Brasil Colônia, com a divisão de terras em capitâncias hereditárias, em seguida pelo regime

das sesmarias que vigorou no período de 1822 até 1850 e, logo após, o instituto da posse que já vinha se desenvolvendo mesmo durante o regime de sesmarias.

A posse é vista como um direito de defesa e apropriação econômica das terras brasileiras, sendo regulamentada pela Lei de 1850, que reconhecia aos posseiros o direito à propriedade.

Já no segundo capítulo é feita uma análise das teorias clássicas sobre a posse: A primeira denominada de teoria subjetiva que teve como precursor, Friedrich Von Savigny em sua obra intitulada *Tratado da posse (Das Recht des Besitzes)*. Para Savigny, a caracterização da posse dependia de dois elementos: o *corpus*, que seria o elemento material e o *animus domini* que se configura como um elemento psíquico, interior, no qual a pessoa teria que ter a vontade de ter a coisa como sua.

Nesse ponto, a sua teoria é duramente criticada, pois, haviam outras relações possessórias em que a pessoa não possuía a vontade de ter a coisa como sua, como por exemplo, do comodato, da locação, mas que igualmente precisariam da tutela possessória para defender a coisa em nome de outrem.

Em contraposição à teoria de Savigny, surge a teoria de Rudolf Von Ihering, que ficou conhecida como teoria objetivista. Nela, bastava ter o *corpus* que era a relação exterior entre relacionava o proprietário à coisa e a conduta da pessoa em proceder habitualmente como se a coisa fosse sua. Sendo, assim, ele afastava da sua teoria o *animus domini*, ou seja, o elemento psíquico presente na teoria de Savigny, permitindo, por conseguinte, a caracterização e proteção das relações possessórias, como a locação, o comodatário, etc.

Após apresentada às premissas de ambas as teorias é feito um estudo comparativo distinguindo os três pontos fundamentais. E em seguida é apresentada a teoria da apropriação econômica da coisa de Raymond Saleilles, que terá uma importância fundamental neste trabalho. Trata-se de uma teoria sociológica do século XX, que defendia a aplicação da função social da posse como requisito para considerar-se possuidor aquele que dá a coisa a destinação social própria.

No terceiro capítulo é feito uma análise sobre a função social da posse que ganhou notoriedade com as teorias sociológicas, especialmente, com a de Raymond Saleilles.

Assim, é feito um estudo sobre a influência do princípio da função social no ordenamento jurídico pátrio, levando-se em conta que a função social da posse, ainda, é implícita em vários dispositivos legais, mas, já foi recepcionada pelo Poder Judiciário.

Ao final, é feita análise acerca da desapropriação judicial do art. 1228 §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002, que se constitui como principal foco desse trabalho, demonstrando que é um importante instrumento jurídico que visa efetivar a posse e que a sua aplicação está em consonância com os princípios constitucionais, especificamente, com o da função social da posse.

2 NOÇÃO HISTÓRICA SOBRE A PROPRIEDADE

Para falar sobre propriedade é necessário estudar o Direito Romano, a sua cultura, a organização social, a influência da religião e a sua adoração pelo Deus-lar, pois, são esses os elementos que influenciaram diretamente no surgimento e desenvolvimento da propriedade.

E será sobre esses elementos que este capítulo irá discorrer num primeiro momento para demonstrar como a organização social e familiar dos Romanos foi importante para o Direito de Propriedade. Mas, posteriormente também será abordada quais as consequências advindas com a queda do Império Romano, que culminou com o surgimento do sistema feudal; a quebra de paradigmas advindas com a Revolução Francesa, os reflexos no código civil de 1916.

Esses e outros acontecimentos históricos serão abordados para uma melhor compreensão a respeito da evolução do direito de propriedade no cenário mundial e seus reflexos no direito brasileiro.

2.1 O DIREITO ROMANO E A PROPRIEDADE

Para entendermos a ideia sobre o direito de propriedade que conhecemos nos dias atuais, faz-se necessário um estudo sobre o período do Império Romano a partir da cultura e do modo de viver de seu povo, as suas crenças, suas leis e toda a influência que o sistema jurídico de Roma exerceu sobre o Direito Civil Brasileiro, especificamente, sobre os direitos reais.

A organização social romana era baseada na família, na religião, no culto aos mortos e na crença do deus-lar. E essa estrutura religiosa e familiar era muito forte e refletia na ideia de propriedade, pois os romanos acreditavam que os seus antepassados protegiam as suas famílias e essa tradição era passada de geração em geração. Nesse sentido, a propriedade pertencia à família e era algo sagrado e de caráter absoluto e é nesse momento que começa a germinar o conceito de propriedade privada, uma vez que, sendo um bem pertencente à família estava submetida ao poder do *pater famílias*.

Em regra, o *pater familias* era representado por um homem que tinha o dever de cuidar de todos os bens da família, inclusive dos escravos, exercendo sobre todos poder absoluto e ilimitado. E em relação aos bens e as propriedades pertencente à família, tinha o dever religioso de manter um local que servisse de altar para promover cultos aos seus antepassados, mantendo essa tradição entre as gerações e fazendo daquele local morada permanente para a família e era assim que nascia a propriedade privada, que nas palavras de Fabio Konder Comparato tem os seguintes contornos:

A ideia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antiguidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então desalojado⁵.

A influência da religião e o culto aos antepassados era algo intrínseco na cultura romana e que influenciava diretamente no direito de propriedade, conforme pontua Fustel de Coulanges:

A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; era a sua propriedade exclusiva⁶.

Diante de tais ponderações, é possível entender que a propriedade para a sociedade Romana era um direito absoluto para a vida em família, já que a cada família cabia à construção de um altar para os seus cultos sagrados, tendo um solo que era transmitido aos seus sucessores, visando manter as tradições familiares e a avocação da proteção do deus-lar.

Essa relação de poder no direito romano primitivo estabeleceu o conceito de propriedade, que segundo Marky “é um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre a coisa corpórea”.⁷ Para Marky⁸, a propriedade caracterizava-se em dois sentidos: po-

⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparatol.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Ed. das Américas S.A, 1961. p. 52.

⁷ MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva 1955, p. 65.

⁸ *Ibidem*, p. 65.

sitivo e negativo. No positivo, era o direito de uso, gozo e disposição da coisa, já no sentido negativo, exclui toda e qualquer ingerência alheia, protegendo-o no exercício de seus direitos, contra a turbação por parte de terceiros.

Contudo, esse caráter absoluto e individualista da propriedade do direito romano arcaico, começa a passar por grandes transformações de cunho social, influenciado principalmente pelas ideias do Cristianismo. Conforme, lição de José Cretella Júnior:

O direito de propriedade romano dos primeiros tempos, absoluto, em princípio, permitindo tudo ao proprietário, relativamente aos seus bens, vai com o decorrer dos tempos sofrendo limitações legais, inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática.⁹

Essa característica do direito de propriedade romano que estava submetido ao *pater famílias* começa a enfraquecer com a invasão dos povos bárbaros na Europa e a conseqüente queda do império romano, no início da Idade Média.

Nesse momento, a propriedade perde o seu caráter absoluto e religioso e a sua valorização ganha contornos na área política- econômica com o surgimento do feudalismo.

O sistema feudal era baseado na relação de suserania e vassalagem, ou seja, soberano e servo. O soberano era o rei, que representava o Estado e, portanto, o proprietário das terras que detinha o domínio direto sobre elas, ao passo que o servo era subordinado as ordens do primeiro, que lhe proporcionava proteção e lhe permitia o domínio útil da terra para cultivar e prover o sustento de suas famílias, mas, que também tinha a obrigação de pagar ao proprietário da terra pelo seu uso e cultivo.

Dessa forma, as relações existentes durante o período feudal, as quais, o uso, o cultivo e a subsistência dependiam exclusivamente da terra, criando um vínculo de caráter político e social entre os nobres e os camponeses, mudou o conceito de propriedade como direito absoluto defendido pelos romanos, pois, no período feudal, houve uma sobreposição de direitos. E sobre essa sobreposição de direi-

⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. 30. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 122.

tos, Orlando Gomes.¹⁰, discorria que se tratava de uma concorrência entre um proprietário de direito e outro de fato. E que o titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem que lhe pertence e recebe, em troca, serviço ou rendas. Já o proprietário de fato, que tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui em verdade, uma propriedade paralela.

Ou seja, o direito de propriedade na idade média é caracterizado pela superposição das relações paralelas de domínio que ligava o senhor e o vassalo a terra.

No entender de Jefferson Carús Guedes:

O direito de propriedade imobiliário evoluiu para uma complexa pirâmide de direitos, superpondo-se os poderes do senhor feudal aos direitos dos servos. Concebiam-se variadas formas de propriedade: a comunal, a alodial, a beneficiária, a censural e a servil.¹¹

Como é possível perceber, as estruturas sociais do feudalismo quebram o paradigma da propriedade exclusiva e de caráter absoluto vivenciado durante o período do Império Romano, possibilitando a superposição de direitos e a concorrência dos proprietários sobre a terra.

Embora, houvesse essa concorrência entre os senhores e seus vassalos, era o Senhor, que representava o Estado que detinha o poder sobre a terra, sendo o servo uma mera mão de obra de trabalho para desenvolver as atividades agrícolas em condições degradantes, pois, em troca de seu trabalho, o senhor feudal permitia o direito de utilização econômica para a sua moradia e subsistência e lhe cobrava todos os encargos por essa utilização.

Esse modo de produção feudal começou o seu processo de ruína com o crescimento da população que começava a se insurgir contra o poder do Senhor e a sua exploração, gerando fugas em massas, o acometimento da peste bubônica, que levou à morte uma parcela significativa da população, resultando na quebra da rigidez social e de classes, pois os membros da aristocracia começaram a fazer casamentos com os burgueses, uma classe social intermediária de pessoas livres e que começavam a dominar as cidades, reivindicando a liberdade.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21.ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 115.

¹¹ GUEDES, Jefferson Carús. *Função Social das "propriedades": da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social, Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*, RT, 2003, p. 345.

E a aliança entre os burgueses e os reis, marca o início do Absolutismo, e posteriormente o surgimento do Direito Moderno que tem como marco histórico a Revolução Francesa de 1789, norteado pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. No direito de propriedade, a Revolução Francesa buscava a quebra total com o regime feudal e a luta contra a intervenção estatal na propriedade privada, exaltando a liberdade individual.

Para Caio Mario da Silva Pereira¹², a Revolução Francesa objetivou a democratização da propriedade, abolindo privilégios e cancelando direitos perpétuos. Concentrando sua atenção na propriedade imobiliária e o Código por ela gerado-Code Napoléon – que serviu de modelo no século XIX, recebendo o apelido de código da propriedade, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Daí ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem, uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX.

O Código Civil Francês, também conhecido como Napoleônico de 1804, consagrou a propriedade como direito sagrado e inalienável do homem, sendo influência para o Código Civil brasileiro de 1916, que falaremos mais adiante.

2.2 TEORIAS FILOSÓFICAS SOBRE A PROPRIEDADE

Existem duas correntes filosóficas que buscam delimitar a origem e a conceitualização da propriedade como direito inerente ao homem.

A primeira defende a teoria em que a propriedade é um direito natural do homem no seu estado de natureza e que viria a ser individualizada, tornando-se, assim, privada por meio do trabalho de cada um. Cabendo-lhes, o cultivo e o cuidado com a terra. Nesse, sentido John Locke¹³ como o principal defensor dessa teoria, afirmava que: todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa e que a sua propriedade era o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos. Nesse sentido, tudo

¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 69.

¹³ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes, 1994. p. 8.

o que o homem tirava do estado que a natureza lhe proporcionou por meio de seu trabalho, torna sua propriedade.

Reafirmando as diretrizes da filosofia jusnaturalista sobre o direito à propriedade, imperioso destacar os ensinamentos de Norberto Bobbio¹⁴, que justificava que os direitos do homem existia independentemente do Estado, partindo do estado de natureza e que esses direitos são poucos e essenciais, mas, incluí também o direito à propriedade.

Por outro lado, há quem afirme que o direito à propriedade nasce como consequência da constituição do poder do Estado, assim, os direitos dos homens e, em especial o direito de propriedade deixa de ser fundamentado pelo estado da natureza para ser regulado pelo estado civil. Entre os defensores dessa teoria, estão Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau.

Esse último defendia a ideia de que o homem, enquanto, membro de uma sociedade para ter a garantia de sua segurança e o seu bem-estar, seria necessário um contrato social em que a soberania da sociedade e a política da vontade coletiva prevalecessem. E, mostrando oposição a ideia jusnaturalista, questionava se o simples fato de um homem ocupar uma imensa porção de terras, trabalhando e cultivando, o tornaria dono do terreno em detrimento de todo o gênero humano.

Diante de tal questionamento e visando defender que a configuração e a consolidação da propriedade deveriam se submetida ao Estado civil, informava que:

Pode suceder também que os homens comecem a unir-se antes de possuir qualquer coisa e que, apossando-se em seguida de um terreno suficiente para todos, o desfrutem em comum ou partilhem entre si, seja em partes iguais, seja em proporções estabelecidas pelo soberano.¹⁵

O que Rousseau pretendia ao defender a regulação da vontade soberana, que compreendemos como, Poder Estatal, sobre a sociedade de um modo geral é que a liberdade dos homens advinda do direito natural, adquirindo a propriedade com base no uso da força de trabalho, mostrava-se ilimitada de tal maneira que po-

¹⁴BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 35.

¹⁵ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1999. p. 29.

deria privar todos os demais daquilo que seria comum e disponível para a coletividade. Portanto, com o intuito de resguardar os direitos de todos, informa que os homens não perderiam a liberdade natural, mas, ganhariam a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui em proporções estabelecidas pelo Soberano e sendo subordinado ao direito da comunidade sobre todos.

Na mesma linha de pensamento, Thomas Hobbes, defendia que o direito à propriedade, somente, existiria através do poder coercitivo. “E onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas”.¹⁶

2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE NO BRASIL

A evolução do Direito de propriedade no Brasil começa com a chegada dos Portugueses e a colonização do país. Porém, é importante registrar que o Brasil já era habitado pelos índios e que o modo de viver desses povos, era baseado na posse coletiva e que não existia domínio territorial.

Sobre o modo de vida dos índios e a sua relação com a terra, Clóvis Beviláqua¹⁷, registra que na época da descoberta do Brasil, os índios que aqui viviam, em algumas tribus tinham a posse comum das coisas úteis entre os habitantes da mesma oca, apenas, a propriedade de certos moveis, como rede, armas e utensílios de uso próprio era individualizada. Quanto ao solo era de uso comum da tribo, mas, isso era sempre temporário porque de tempos em tempos, o grupo levantava-se para fixar os seus lares em lugares mais distantes e que, em média, não se demoravam mais de cinco anos em um lugar.

Esse modelo coletivo é enfraquecido pelo sistema de capitânicas hereditárias, que chega ao Brasil com Martins Afonso de Souza, trazendo consigo as três cartas

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores). Versão Digital. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mar-cos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, v.I Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 116.

régias, que lhe permitia apossar-se da terra, administrá-la e fazer a sua concessão por sesmarias.

Esse sistema que havia sido instituído em Portugal no ano de 1534, por D. João III, tinha por objetivo administrar territorialmente o país. Aqui no Brasil, as terras foram divididas em grandes faixas, passando a administração para particulares, que em regra, eram nobres e que tinham relações com a Coroa Portuguesa.

Foi um sistema de caráter hereditário e com viés político, pois, a Coroa não tinha condições de administrar todo o território nacional de modo a evitar a invasão dos estrangeiros e, por isso, passava a administração de cada lote de terra para um nobre. Mas, embora os donatários pudessem usufruir da propriedade, eles não eram os donos, pois, as terras brasileiras estavam sob o domínio de Portugal.

Sobre a concessão de Sesmarias, Ruy Cirne Lima¹⁸, destaca que além dos poderes administrativos e políticos atribuídos ao capitão na carta de doação, encontrava-se também o poder de conceder sesmarias e que o titular da capitania foi o primeiro agente de transposição do modelo sesmarial ao Brasil.

Com a divisão territorial do Brasil em forma de capitânicas hereditárias, os nobres, fidalgos e militares que administravam essas extensas faixas de terras, poderiam doar as terras para que pudessem ser cultivadas e, dessa forma, gerar rentabilidade para os colonizadores portugueses e é nesse contexto que nasce em 1530, o sistema de sesmarias.

Monica Diniz¹⁹ conceitua a sesmaria como uma subdivisão da capitania, que tinha o objetivo de ser aproveitada. Ela afirmava que a sesmaria era a ocupação da terra baseada em um suporte mercantil lucrativo para atrair os recursos disponíveis, já que a Coroa não possuía meios de investir na colonização, sendo, assim, a sesmaria é uma forma de solucionar as dificuldades e promover a inserção do Brasil no Antigo Sistema Colônia.

Importante destacar que o sistema de sesmarias que durou até o ano de 1850, tinha por objetivo repovoar o Brasil, dividindo o território em pequenas faixas de terras com a condição de serem cultivadas pelos sesmeiros, nome dado àqueles

¹⁸ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena História Territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*, 2.ed. Porto Alegre, Livraria Sulina, 1954, p. 33.

¹⁹ DINIZ, Monica. *Sesmarias e posse da terra: Política fundiária para assegurar a colonização brasileira*. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/matérias/>. Acesso em: 22.jun. 2018.

que recebiam os lotes de terras dos donatários. A doação de terras ocorria por meio das cartas régias e aqueles que não tivessem cumprido com as ordens da Coroa seriam considerados posseiros, ou seja, estariam ocupando as terras de forma irregular. Mas, um grande problema como a surgir com o passar do tempo.

Isso porque haviam dois tipos de posseiros: os que tinham a doação regulamentada pela carta régia, mas não cumpria a condição de cultivar a terra e os que, embora, não tivessem recebido a terra através dos donatários estavam fazendo o uso e cultivo das mesmas.

Com o intuito de regularizar as demarcações de terras no país, no ano de 1775 foi expedido o Alvará Régio, com o objetivo de fazer o levantamento sobre a regularidade das sesmarias e a identificação das terras devolutas que voltariam para o domínio da Coroa, porém, não houve êxito sendo suspenso um ano após.

Devido ao fracasso em regularizar as demarcações de terras e reestruturar o sistema de sesmarias, em 1822 as concessões de terras por meio das sesmarias foram suspensas. Nas palavras de Ruy Cirne Lima²⁰, o fim da sesmaria consagrou a importância social dos posseiros. E o fim jurídico da concessão de terras por sesmarias não acabou com a figura do sesmeiro. Grande fazendeiro, ele não seria derrotado pela política do Império.

Ainda sobre a suspensão da concessão de terras brasileiras através de sesmarias, Zakka, Rogério Marcus²¹, relata que a suspensão ocorreu logo após a independência do Brasil em relação à Portugal, numa época que se iniciava a economia cafeeira. E a Inglaterra que já era parceira comercial do Brasil, exigia o fim do tráfico negreiro. E esses acontecimentos vão exigir do país uma reorganização do sistema produtivo e, por consequência, da propriedade privada, capaz de produzir com intuito de lucro, com o emprego de mão de obra livre e assalariada.

Já em 1824 é promulgada a Constituição Federal, que nos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior:

²⁰ Ibidem, p. 4

²¹ ZAKKA, Rogério Marcus. *O Direito de propriedade* (Análise sob a ótica de sua convivência com a função social), São Paulo, 2007, p. 68. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/7814/1/Rogério%20Marcus%20Zakka.pdf>. Acesso em: 20.jun 2018.

Declarou o Brasil como um Império, organizando-o como Estado Unitário (art.1º); dividiu o seu território em províncias, nas quais foram transformadas as capitanias então existentes, sendo essas províncias administradas por um presidente de livre nomeação do Imperador (arts. 2º e 165) e estabeleceu um Governo Monárquico hereditário, constitucional e representativo (art.3º).²²

A referida Carta Magna consagrava o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude, com a seguinte redação transcrita do art. 179, XXII:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...].

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.²³

Mesmo com a Constitucionalização do direito de propriedade, as terras brasileiras eram ocupadas de forma precária e muitas vezes com o uso da violência por parte dos grandes latifundiários, que impediam que negros, índios, camponeses e a população pobre de um modo geral trabalhassem na terra, provendo o sustento de suas famílias. Ainda, assim, muitos resistiram a essa violência e continuavam na terra.

Desde o fracasso das sesmarias em 1822 até 1850, o Brasil não tinha leis específicas para resolver os problemas agrários e era o regime de posses que vigorava no país, pois, a Coroa Portuguesa não tinha controle sobre a divisão e demarcação das terras e os conflitos eram constantes.

Sobre a situação da reforma agrária no Brasil, para Carlos Frederico Marés²⁴, é uma luta de longas datas e que tem pontos de confronto e avanço e momentos de tristes recuos. Desde a concessão das sesmarias no século XVI, até a concessão de terras devolutas em 1850, os pobres, camponeses e indígenas eram impedidos poli-

²² JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 487.

²³ BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 27. jun. 2018.

²⁴ MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 104.

ticamente de viveram em paz na terra. Desde o Brasil de 1500, o país é marcado pela luta entre o latifúndio e os camponeses cada vez mais despossuídos. E esses conflitos de terras, marcam o século xx, período em que houve a guerra na cidade de Canudos, Bahia, que ficou manchada de sangue pelo confronto que lá ocorreu. A mesma mancha de sangue que marcaria a região do Paraná e Santa Catarina conhecida como Contestado.

A luta pela posse de terras no país era vista pelos camponeses como uma forma de garantir a cultura de subsistência e pelos latifundiários um meio de aumentar seu poder econômico. Esse conflito durante o regime de posses no Brasil é relatado por Lígia Osório Silva:

Entre nós, o instituto jurídico do colono, premido pelas contingências econômicas, criadas com a concessão de latifúndios, decididamente, afastou a ficção da propriedade estatal, que se atravessava entre ele e a terra, e pela posse e pelo cultivo, desde logo, se investiu nessa mesma propriedade que, a homens de sua condição, sabia estar, de antemão destinada. Dessa convicção jurídica, o tempo e o uso fizeram lei, criando o costume. A humilde posse com cultura efetiva, cedo, entretanto, impregnou-se do espírito latifundiário, que a legislação das sesmarias difundira e fomentara. Depois de 1822, sobretudo, -data da abolição das sesmarias, - as posses passam a abranger fazendas inteiras e léguas a fio.²⁵

Mas, é em 1850, com a aprovação da Lei nº 601, que ficou mais conhecida como Lei de Terras, que o governo busca regularizar as posses mansas e pacíficas, bem como as sesmarias cultivadas ou com indícios de moradia habitual e a demarcação das terras devolutas.

Nesse sentido, compreendemos que a aquisição das terras brasileiras por meio da posse, recebeu tutela jurídica porque era uma espécie de apropriação econômica culturalmente estabelecida e socialmente aceitável. A posse consolidou-se como instituto jurídico e foi ganhando relevância social sendo utilizada como meio de defesa da propriedade.

A sua conceituação no direito moderno recebeu a influência de duas teorias: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de R. Von Ihering.

²⁵ SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas: Unicamp, 1996. p. 50-51.

Friedrich Carl Von Savigny, aos seus 24 anos de idade, desenvolveu a teoria que ficou conhecida como teoria subjetiva, com o intuito de reconstruir o sistema de posse que foi estabelecido no direito romano. Sua teoria, em linhas gerais, afirmava que a posse consistia na junção de dois elementos: o *corpus*, elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa e o *animus domini*, elemento subjetivo, que indicava a vontade da pessoa de ter a coisa como sua.

Por oposição, Rudolf Von Ihering desenvolve a teoria possessória objetiva, repelindo o elemento subjetivo do *animus domini*, afirmando que para a caracterização da posse, bastava o *corpus*, elemento material, que se consagra através do poder que a pessoa tinha sobre a coisa. Para Ihering a posse era a exteriorização da propriedade, sendo uma relação entre a coisa e a pessoa e o que importava era o uso econômico e a destinação das coisas. Com isso, ele afastava o elemento subjetivo do *animus domini*, o que possibilitou que outras relações possessórias como a locação, o comodato, o depositário, fossem tuteladas juridicamente.

Pela objetividade apresentada na sua teoria, Ihering, ganhou notoriedade e as suas ideias tiveram grande repercussão principalmente aqui no Brasil. O Código civil brasileiro de 1916 acolheu a teoria objetiva, pois, exigia somente a conduta do proprietário, possibilitando ao possuidor da coisa defender a coisa como propriedade sua.

As teorias possessórias de Savigny e Ihering serão estudadas em capítulo próprio.

3 INSTITUTO DA POSSE

A posse é um dos temas de maior relevância no mundo jurídico pela sua importância e aplicabilidade na sociedade. O seu conceito vêm sendo trabalhado desde os jurisconsultos romanos. Mas, é no debate entre as teorias possessórias, subjetiva e objetiva de Savigny e Ihering, respectivamente, que os seus elementos são estudados pormenorizadamente.

Dessa forma, o objetivo desse capítulo num primeiro momento é detalhar separadamente a teoria de cada jurista, analisando a aplicação dos elementos caracterizadores da posse, quais sejam o *corpus* e o *animus domini*. Em seguida será feito um estudo comparativo das duas teorias e ao final, chega-se a conclusão de que a teoria que mais se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro é a teoria objetiva de Ihering.

3.1 CONCEITO DE POSSE

Não há na doutrina um conceito unificado sobre a posse. E para melhor compreensão acerca desse instituto que remonta ao período romano, por meio dos textos dos jurisconsultos, duas teorias foram desenvolvidas com o intuito de analisar os elementos e as características que compõem esse importante instituto ligado aos direitos reais, foram, elas: A teoria subjetiva que foi escrita no Tratado da Posse em 1803, por Savigny e a teoria objetiva datada de 1868 e desenvolvida por Von Ihering.

Mas, antes de analisarmos cada teoria, faz-se necessário a descrição das premissas que relacionam a apropriação da coisa através da submissão ao homem, para isso, buscamos os ensinamentos de Orlando Gomes²⁶, afirmando que as coisas estão submetidas ao poder dos homens e que para o Direito esta submissão é um estado de fato que se apresenta, sob três formas: 1ª, o *estado de fato* corresponde ao direito de propriedade ou a outro direito real que a pessoa tem sobre a coisa submetida a seu poder; 2ª, o *estado de fato*, corresponde a um direito de outra natu-

²⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Tomo 1. São Paulo. Forense, 1958. p. 26-27.

reza que não o direito real; 3^a, o *estado de fato* não corresponde a direito algum, ou decorre de uma relação jurídica que apenas possibilita a aproximação de uma pessoa a uma coisa.

Com a ideia apresentada por Orlando Gomes, é possível perceber, em primeiro lugar, que a posse é um fato/direito e que para tê-la exige uma atitude ativa daquele que a requer, afinal, as coisas podem ser alcançáveis por qualquer indivíduo da sociedade. E em segundo lugar, essas premissas são formas extremas, de um lado, configura-se como direito real e por outro, detenção. Nesse sentido, afirma o mesmo autor, “as duas formas extremas, isto é, a submissão da coisa à pessoa em virtude do direito de propriedade e a submissão sem direito algum, não oferecem dificuldade na qualificação”.²⁷

Sobre a apreensão e utilização das coisas, Clóvis Beviláqua²⁸ explica que a posse, como *estado de facto* antecedeu à propriedade e o estado de direito estaria na apreensão e utilização das coisas do mundo externo, para a satisfação das necessidades do homem. Não havia organização jurídica nos tempos primitivos e nesse contexto, as coisas necessárias à vida precária das espécies rudes da família humana, estavam ao alcance daqueles que as pudesse colher.

Orlando Gomes, afirma que “o estado de fato correspondente ao direito de propriedade chama-se posse. O estado de fato a que não corresponde direito algum se denomina detenção.”²⁹.

Justamente, a distinção do estado de fato chamado de detenção é que dificulta aos doutrinadores definir um conceito para a posse, distinguindo o possuidor do detentor. E na tentativa de resolver esse impasse, Marco Aurelio S. Viana³⁰, relata que a distinção consiste na relação interna que vincula o possuidor àquele que lhe está subordinado. Mas, é uma relação dificilmente revelada aos olhos de terceiros. Por exemplo, se alguém vê o empregado que toma conta de uma propriedade agrícola atendendo ordem do titular do domínio, no caso de seu patrão, não saberá se ele é possuidor ou detentor. O que há entre eles é uma relação de dependência que

²⁷ Ibidem, p. 27.

²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. v.1. Brasília: Senado, Conselho Editorial, 2003. p. 15.

²⁹ Op. cit., p. 27.

³⁰ VIANA, Marco Aurelio S. *Do conceito Moderno de Posse*. p. 331. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/988/922>. Acesso em: 15.07.2018.

afasta a posse. O empregado usado como exemplo não utiliza o bem, ou seja, não lhe tira qualquer proveito direto.

Assim, o que vai diferenciar o detentor do possuidor é essa relação interna marcada pela subordinação, relação nem sempre perceptível aos olhos de terceiros.

No mesmo sentido, Orlando Gomes preceitua:

Toda a dificuldade em relação ao conceito de posse reside na sua distinção do estado- de- fato que se chama detenção. O esforço da doutrina se tem concentrado no objetivo de fornecer um critério para se distinguir o possuidor do detentor. É compreensível que se fixe primeiramente nesse propósito, porque à posse se atribuem efeitos jurídicos, especialmente quanto à sua proteção, enquanto à detenção são negados.³¹

A importância da distinção entre detenção e posse, dá-se pela atribuição de diversos efeitos jurídicos à posse, especialmente no que diz respeito ao *ius possidendi* e ao *ius possessionis*:

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa³², define o *ius possidendi* como direito de posse fundado na propriedade (em algum título: não só propriedade, mas também outros direitos reais e obrigações com força real). Com essa configuração, a posse é o conteúdo ou objeto do direito de propriedade ou direito real limitado. E caso, o proprietário por, sua inércia, poderá perder a posse se não interromper a posse de terceiro, mas nem por isso deixará sistematicamente de ser proprietário.

Ou seja, o *ius possidendi* confere o direito à posse ao portador de título devidamente transcrito, bem como ao titular de outros direitos reais.

Por outro turno, *ius possessionis* ou posse formal, derivado de uma posse autônoma, independentemente de qualquer título. É tão somente o direito fundado no fato da posse (*posseio quod possideo*) que é protegido contra terceiros e até mesmo o proprietário. “O possuidor só perderá o imóvel para este, futuramente, nas vias ordinárias. Enquanto isso, aquela situação será mantida. E será sempre mantida contra terceiros que não possuam nenhum título nem melhor posse”.³³

³¹ Op. cit., p. 27.

³² Venosa, Silvio de Salvo. Direitos Reais. v.5.13ª ed., São Paulo. Atlas, 2013. p. 31.

³³ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito das Coisas. v. 5. Saraiva. 2012. 7ª. ed. p.46.

Para melhor compreensão acerca do surgimento da posse e de seus elementos constitutivos, inicialmente, analisaremos as duas mais conhecidas teorias possessórias desenvolvidas no século XIX. A primeira intitulada de teoria subjetiva, escrita por Friedrich Von Savigny, em sua obra intitulada de Tratado da posse e a segunda denominada de teoria objetiva de Rudolf Von Ihering.

3.2 TEORIA DE SAVIGNY

Na tentativa de reconstruir a sistemática da elaboração da posse no direito romano, Savigny afirmou que a posse caracteriza-se pela conjugação de dois elementos: o *corpus* e o *animus domini*. O *corpus* seria o elemento material que resulta do poder físico sobre a coisa. E o *animus domini*, elemento subjetivo, em que a pessoa tem a intenção de exercer poder sobre a coisa no seu próprio interesse.

Sobre os elementos constitutivos para a caracterização da posse na teoria de Savigny, considerando o *corpus* o primeiro, Orlando Gomes³⁴, “sendo o poder de fato sobre a coisa, supõe a apreensão. Necessário, portanto, a relação exterior da pessoa com a coisa. Quanto ao *animus*, é necessário como vontade de ter a coisa como própria”.

Para Carlos Roberto Gonçalves³⁵, os dois elementos constitutivos da posse são indispensáveis, pois, se faltar o *corpus*, inexistente posse, e, se faltar o *animus domini*, não existe posse, mas mera detenção. Sendo, o elemento *animus domini* a razão pela qual a teoria se diz subjetiva. Para Savigny adquire-se a posse quando, ao elemento material (poder físico sobre a coisa), vem juntar-se o elemento espiritual, anímico (intenção de tê-la como sua).

Silvio de Salvo Venosa³⁶, ao analisar os elementos constitutivos da posse aduziu que era o *animus domini* que distinguia o possuidor do simples detentor. E que o *corpus*, como elemento exterior não permite essa distinção, pois aos olhos de terceiros tanto o possuidor, como o detentor, tem relação aparentemente idêntica com a coisa.

Justamente por causa do elemento *animus domini*, que Savigny recebeu muitas críticas, pois, o subjetivismo utilizado para explicar a sua teoria dependia de um estado *anímico* da pessoa que tinha a coisa em seu poder, com a intenção de tê-la como sua. Ou seja, para Savigny, a falta do *animus domini* descaracterizaria a posse.

³⁴ Gomes, Orlando. Direitos Reais. São Paulo. Forense. 1958. p. 29

³⁵ Op. cit. p. 50

³⁶ Venosa, Silvio de Salvo. Direitos reais. p. 39

Nesse sentido, sua teoria excluía as relações possessórias baseadas na locação, no penhor, no comodato, etc..

Nas palavras de Orlando Gomes, “ao exigir o *animus domini* como requisito indispensável à configuração da posse, a doutrina subjetiva considera simples detentores o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário e tantos outros que, por títulos análogos, tem poder físico sobre determinadas coisas”.³⁷

3.3 TEORIA DE IHERING

Rudolf Von Ihering desenvolveu a teoria denominada objetiva. Para Ihering bastava o *corpus* para a caracterização da posse e ele considerava que o *animus domini* já incluído no *corpus* é o que exteriorizava a propriedade. A sua teoria afastava o *animus domini*, afirmando que a conduta de dono poderia ser analisada objetivamente. Segundo as palavras de Orlando Gomes:

[...] Ihering insurge-se contra a concepção subjetivista, que valoriza o elemento psíquico fazendo depender a configuração da posse da existência do animus de certo grau. Segundo essa concepção, a vontade do possuidor deve ser a de tentar possuir a coisa como ou a maneira de uma coisa própria. Por outras palavras, o possuidor há de sentir-se como se fosse o dono da coisa.³⁸

Na teoria objetiva, a maneira de agir, a conduta de dono é que será analisada objetivamente sem a necessidade de investigar o elemento anímico. Sobre esse viés da teoria de Ihering, Carlos Roberto Gonçalves³⁹ analisa que não há a necessidade de pesquisar-se a intenção do agente. A posse, então, é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o uso econômico da coisa. Ela é protegida, em resumo, porque representa a forma como o domínio se manifesta.

Como já visto, a posse é um poder de fato e a propriedade é um poder de direito que o proprietário tem sobre a coisa e analisando esses dois poderes, Orlando

³⁷ Op cit., 30.

³⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958. p. 31

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. v. 5. 7.ed.. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 51.

Gomes⁴⁰, afirma que esses dois poderes se enfeixam geralmente nas mãos do proprietário, mas também se separam por forma a que o poder de fato não esteja com o proprietário. Mas, que essa separação pode ocorrer por dois motivos: sendo o primeiro, quando a coisa é arrebatada do proprietário injustamente, configurando como posse injusta. No segundo, posse justa, isto é, direito de possuir, tendo a posse, nesse caso, o caráter de uma relação jurídica.

E essa posse justa é tutelada na teoria de Ihering por meio da exteriorização da conduta do possuidor, que agirá normalmente como se proprietário fosse. A teoria objetiva ganhou grande importância entre os doutrinadores que dissecaram todo o seu conteúdo, por isso, imperioso destacar nesse trabalho a análise de alguns doutrinadores civilistas.

No entendimento de Caio Mario⁴¹, o elemento material da posse configura-se com a conduta externa da pessoa, que agirá com procedimento normal ao do proprietário. Já o elemento psíquico, *animus*, na teoria objetivista de Ihering não se situa na intenção de dono, mas tão-somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário – *affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono. Por isso que a teoria é denominada de objetiva, porque dispensa esta intenção. Para se caracterizar a posse, basta atentar no procedimento externo, independentemente de uma pesquisa de intenção. Partindo de que, normalmente, o proprietário é possuidor, Ihering entendeu que é possuidor quem procede com a aparência de dono, o que permite definir, como já se tem feito: posse é a visibilidade do domínio.

Além da presença dos elementos *animus domini* e do *corpus* para a configuração da posse, Ihering defendia o uso econômico da coisa, ou seja, para que a posse fosse protegida seria necessária uma destinação econômica. E sobre isso, registramos o posicionamento de Clóvis Beviláqua:

[...] Ihering não vê no corpus a apreensão da coisa ou a presença do possuidor. Para elle, pois que a posse é a exterioridade da propriedade, o corpus se apresenta como o modo pelo qual o proprietário usa, de facto, de sua propriedade. E ahi se acham unidos os dois e-

⁴⁰ Op. cit.31

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15

mentos, o physico e o moral: o estado de facto exterior e a vontade de se utilizar, economicamente da coisa⁴²

Isto posto, entendemos que Ihering ao afirmar que a posse é a exteriorização da propriedade e a forma como o proprietário age com as suas coisas, torna possível o uso e a destinação da coisa, garantindo, assim, a proteção possessória, o próprio jurista nos traz exemplos para melhor entendimento da sua teoria. Vejamos o exemplo abaixo transcrito:

Suponhamos dois objetos que se encontrem reunidos num mesmo local, alguns pássaros apanhados num laço, ou materiais de construção ao lado de uma residência em construção, e ao lado uma charuteira com charutos. O homem comum sabe que será responsável por um furto se apanhar os pássaros ou os materiais, e põe no bolso a charuteira para procurar o seu dono, ou, caso não o encontre, entregá-la à polícia.⁴³

Com esse exemplo, podemos entender que a forma como o proprietário dispõe sobre as suas coisas, leva o homem comum a julgar a sua posse de acordo com a destinação econômica dada à coisa, ou seja, para a teoria de Ihering a conceituação da posse não perpassa pela vontade subjetiva do *animus domini*, mas, pela conduta normal do proprietário e o uso econômico da coisa.

Nesse sentido, a aplicabilidade da desapropriação judicial do art.1228 §§ 4º e 5º do código civil é perfeitamente compatível com as ideias defendidas por Ihering em sua teoria. O dispositivo configura-se como uma limitação ao direito de propriedade em face do proprietário que não promoveu a função social da propriedade.

De acordo com o artigo em tela o proprietário poderá ser privado da coisa se o imóvel consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Embora dotado de conceitos indeterminados, é possível perceber que o legislador ao inserir esse novo instituto no código civil estava atento aos anseios econômicos e sociais.

⁴² BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das coisas*, v. I, Brasília, 2003, p. 26.

⁴³ IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad.de Pinto de Aguiar. Bauru-SP: Edipro, 1999.

O “considerável número de pessoas”, ao qual o dispositivo refere-se são os possuidores que ao realizarem obras e serviços no imóvel agem como dono, exteriorizando, assim, a propriedade e realizando a destinação econômica do imóvel. Ademais, a destinação econômica. Sendo, assim, a posse nesses termos configura-se como propriedade.

Analisando a doutrina clássica, compreendemos que a teoria objetiva desenvolvida por Ihering tinha como premissa a ideia de que só há posse onde pode haver propriedade e que esta se exteriorizava através da conduta da pessoa. Não obstante, a conduta do proprietário tinha uma finalidade econômica. E na medida em que Ihering afasta o elemento do *animus domini* para defender a sua teoria, contrapondo-se e criticando à teoria subjetiva de Savigny, as duas teorias, distinguem-se em três pontos fundamentais que serão objeto de análise nesse trabalho.

3.4 ESTUDO COMPARATIVO DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS

Após a descrição das principais características das duas teorias, faremos um estudo pormenorizado acerca das distinções entre a teoria subjetiva e objetiva. Nessa perspectiva, seguiremos os três pontos fundamentais indicados por Orlando Gomes, quais sejam: “1.º) na determinação dos elementos constitutivos da posse; 2º) na explicação da natureza da posse; 3º) na fundamentação da proteção possessória”.⁴⁴

Na determinação dos elementos constitutivos da posse:

Savigny, ao desenvolver a sua teoria afirmou que a posse caracteriza-se com a existência de dois elementos essenciais: O *corpus* e o *animus domini*. Sendo o *corpus*, o elemento material, ou seja, o poder físico sobre a coisa e o *animus domini*, o elemento psíquico, representado pela intenção de ter a coisa como sua. Com essa concepção, se faltar o elemento subjetivo que é o ponto central dessa corrente, a consequência é que a pessoa que tem o poder sobre a coisa não será considerada possuidora, mas, mera detentora.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958.p. 36.

Sobre a ausência do *animus domini*, discorre Orlando Gomes⁴⁵, “que não podem ter a qualidade de possuidor aquêles que têm a coisa *corpore alieno*. Faltando o *animus domini*, haverá apenas detenção”.

Na mesma lógica, Caio Mário leciona:

Para Savigny, adquire-se a posse quando ao elemento material (*corpus* = poder físico sobre a coisa) se adita o elemento intelectual (*animus* = intenção de tê-la como sua). Reversamente: não se adquire a posse somente pela apreensão física, nem somente com a intenção de dono: *Adipiscimur possessionem corpore et animo; nec per se corpore nec per se animo*. Destarte, quem tem a coisa em seu poder, mas em nome de outrem, não lhe tem a posse civil; é apenas detentor, tem a sua detenção (que ele chama de posse natural – *naturalis possessio*), despida de efeitos jurídicos, e não protegida pelas ações possessórias ou interditos.⁴⁶

Como já explanado, a teoria subjetiva de Savigny exige a conjunção dos dois elementos constitutivos da posse: o *animus domini* e o *corpus*. E a consequência dessa exigência é que há uma distinção entre possuidores e detentores. Sobre essa distinção, Silvio de Salvo Venosa⁴⁷ explica que é o *animus domini* que faz a distinção entre possuidor e simples detentor. Já que o elemento *corpus*, não permite essa distinção, pois aos olhos de terceiros tanto o possuidor, como o detentor, têm relação aparentemente idêntica com a coisa.

Essa distinção entre possuidores e detentores, é o que acarreta várias críticas para a teoria de Savigny. Ao exigir o *animus domini* como elemento essencial para configuração da posse, a teoria subjetiva excluía as relações possessórias em que a pessoa tinha a coisa em seu poder, mas, não tinha a intenção de tê-la como dono, a exemplo, do locatário, do usufrutuário, do comodato, etc., considerando tais relações como detenção.

Por isso, sua teoria não encontrou sustentação na doutrina, que reconhecia que essas relações possessórias necessitavam de proteção para a defesa jurídica. Para Orlando Gomes, “[...] Os efeitos da posse, e, de modo especial, a proteção

⁴⁵ Ibidem. p. 36

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

possessória, são estendidos àqueles que, na concepção savigniana, se consideram detentores⁴⁸”.

Igualmente, Carlos Roberto Gonçalves⁴⁹, afirmava que a proteção possessória não poderia ser negada ao arrendatário, ao locatário e ao usufrutuário, pois enquanto exercerem a posse tem a faculdade de ajuizar as medidas competentes sobre a alegação de que detêm a coisa *animo nomine alieno*.

Pela mesma razão, Caio Mário, “com efeito, na relação possessória não se revela o *animus domini*, nem facilmente se prova. Às vezes falta de todo, e nem por isto deixa de ser defensável a relação criada”.⁵⁰

Diante de tantas críticas, Savigny, tentou uma solução para a sua teoria ao criar a denominada posse derivada, com o intuito de reconhecer os direitos possessórios que seriam atribuídos ao credor pignoratício, ao depositário da coisa litigiosa, visando resguardar a coisa em seu poder. Com isso, ele coloca a sua teoria em uma posição de contradição, pois, já que a sua tese tinha como característica o elemento subjetivo, ao afastá-lo para conceber um novo tipo de posse, não estaria criando uma nova teoria?

Por oposição, Rudolf Von Ihering, ao analisar os elementos constitutivos da posse na sua teoria denominada de objetiva, crítica o posicionamento de Savigny, sobre a exigência de ter o *animus domini*, levando à distinção entre possuidores e detentores.

Ao analisar esse posicionamento de Ihering sobre a sua teoria objetiva, Orlando Gomes⁵¹, expressa que, ainda, que Ihering pudesse lobrigar em sua doutrina uma concessão ao elemento psicológico, à intenção seria simplesmente a de ter a coisa, traduzindo-se, assim, no *animus tenendi*, que é comum a quem possui como se fosse proprietário e a quem detém a outro título.

Justamente por afastar o elemento subjetivo defendido por Savigny é que a teoria de Ihering fica conhecida como objetiva. Para ele, o *animus* já estava incluído no *corpus* e, sendo o elemento material, era a conduta da pessoa que ao agir como

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958. p. 36.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. v. 5. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 16.

⁵¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958. p. 36.

dono da coisa é que exteriorizava a posse. Para ele o mais importante era a destinação que a pessoa dava à coisa, o uso econômico.

Ou seja, para Ihering, a posse tinha como premissa o uso econômico da coisa, o modo como o proprietário dispunha da coisa. Nesse sentido, importante registrar os ensinamentos de Venosa, ponderando que para Ihering o conceito de *animus domini* não é apreensão física, nem a possibilidade material da apreensão. O importante é fixar o destino econômico da coisa. O possuidor comporta-se como faria o proprietário. O animus está integrado ao conceito de *corpus*.⁵²

Portanto, cristaliza-se na teoria objetiva que para a configuração da posse, era dispensável a intenção de ser dono, bastando, apenas, a conduta de ser proprietário, visando à finalidade econômica da coisa em seu poder. E essa exteriorização, permitia a proteção possessória daqueles que na teoria de Savigny eram considerados meros detentores.

O objetivismo da teoria de Ihering residia no afastamento do *animus domini*, em outras palavras, a intenção de ser dono da coisa não era importante. E esse ponto é determinante para a configuração das relações possessórias que eram criadas no estado de fato, como por exemplo, a do locatário, do depositário, do comodatário, etc.. E os efeitos práticos permitiria a defesa pela via das ações possessórias, contra a turbação de terceiros e do próprio proprietário.

Feitas tais considerações, constata-se que a distinção entre as duas teorias, quanto à determinação dos elementos constitutivos, situa-se no seguinte ponto: Para Savigny a posse caracterizava-se com a conjugação do *corpus* e do *animus domini*, mas, para Ihering a posse era vista pelo uso econômico que o proprietário dava à coisa.

Na explicação da natureza da posse, “Savigny sustenta que a posse é um fato, que se converge em direito, por que a lei o protege. Ihering propugna a tese de que a posse é um direito”.⁵³

As controvérsias sobre a natureza jurídica da posse já eram percebidas nos textos romanos, que ora a considerava um fato, ora um direito. Discorrendo sobre o assunto, encontramos na Doutrina três correntes que buscam a definição sobre a

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40.

⁵³ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958. p. 37.

natureza da posse: a primeira entendia que a posse é um fato; a segunda que é um direito, e a terceira, considerada mista, a posse é um fato e um direito.

Mas, para atingir os objetivos pretendidos nesse capítulo, discorreremos sobre as correntes defendidas por Savigny e Ihering. O primeiro defendia que a posse é um fato e um direito simultaneamente; ao passo que o segundo defendia que a posse é um direito.

Sobre a posse ser simultaneamente um fato e um direito: “Considerada em si mesma, é um fato. Considerada nos efeitos que produz - a usucapião e os interditos, - é um direito⁵⁴”.

Doutro modo, a posse para Ihering é um direito, pois, já que a sua utilização econômica era a condição para o uso da coisa, o direito lhe garantia proteção. E a proteção jurídica advinha do interesse da pessoa em utilizar economicamente a coisas.

Em que pese Savigny e Ihering pertencerem a correntes diferentes, ambos reconhecem que a posse seja um direito. Entendida, inicialmente, as suas posições, as divergências de pensamentos ganham relevância no tocante à definição da natureza da posse a ser inserida no código civil. Nessa senda, registramos a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Como visto, Savigny e Ihering admitem que a posse seja um direito, embora o primeiro entenda que ela é, também um fato. A divergência permanece, agora, no tocante à sua exata colocação no Código Civil. Para o primeiro, ela é direito pessoal ou obrigacional; para o segundo, direito real. A posse, sendo um direito. Diz Ihering, só pode pertencer à categoria dos direitos reais. Para outros doutrinadores, no entanto, a posse não é direito real nem pessoal, mas direito especial, *sui generis*, por não se encaixar perfeitamente em nenhuma dessas categorias.⁵⁵

Assim, a posse é um instituto jurídico *sui generis*. Sendo instituto *sui generis*, não só não se encaixa nas categorias dogmáticas existentes, mas também não dá margem à criação de uma categoria própria que se adstringiria a essa figura única.⁵⁶

⁵⁴ Ibidem, p. 38.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. v. 5. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 73.

⁵⁶ Ibidem. p.73

Segundo Orlando Gomes a defesa possessória é justificada por Savigny, como decorrência do princípio geral de que toda pessoa deve ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. Ihering justifica a proteção possessória como um meio de facilitar a defesa da propriedade.⁵⁷

A proteção possessória decorre dos efeitos da posse e, por isso, a divergência entre os dois juristas consiste na concessão ou recusa da tutela possessória a determinadas pessoas.

Como já exposto anteriormente, na teoria de Savigny a ausência do *animus domini* afasta a caracterização da posse, sendo assim, as relações possessórias baseadas na locação, no comodato, no depósito, não estariam sob os efeitos da posse, e tais pessoas seriam consideradas detentores e, portanto, Savigny não lhes atribui proteção possessória, afirmando que, em caso de turbação teriam que pedir a intervenção de quem concedeu a detenção. Por outro lado, Ihering sustenta que são possuidores, e afirma que podem agir em nome próprio com vistas a resguardar o uso e gozo da coisa.

Para melhor exemplificar a divergência dos dois juristas quanto à proteção possessória, recorreremos aos ensinamentos de Orlando Gomes:

Savigny considera-os detentores, pelo que não lhes atribui a proteção possessória. Ihering sustenta que são possuidores, e, portanto, que, para repelir a turbação ou esbulho, podem agir por conta própria. Bem é de ver que, do ponto de vista prático, a teoria de Ihering é mais vantajosa. Aqueles que Savigny qualifica como detentores não gozam de uma proteção direta e imediata. Se são turbados no uso e gozo da coisa que detém, devem dirigir-se à pessoa que lhe concedeu a detenção, a fim de que esta, como possuidora que é, invoque a proteção possessória, fazendo cessar a turbação. O inconveniente é manifesto. Imagine-se o inquilino de uma casa que, não podendo utilizá-la devidamente da ação turbativa do vizinho, tem que solicitar do senhorio ausente que requeira a interdito de manutenção, porque ele, inquilino, sendo mero detentor, não pode fazer uso desse remédio possessório. Qualquer que seja, por conseguinte, o valor teórico do sistema objetivo, é fora de dúvida que se inspira em razões de ordem social, suficientemente ponderosas para justificar a aceitação de suas consequências práticas.⁵⁸

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 37-38.

Por conseguinte, conclui-se que a divergência entre Savigny e Ihering no que diz respeito à proteção possessória tem como elemento central a concessão da tutela possessória, em casos de turbação, esbulho no uso e gozo da coisa.

Malgrado o prestígio de Savigny e a adoção de sua teoria nos códigos de diversos países, a teoria objetiva de Ihering revela-se a mais adequada e satisfatória, tendo, por essa razão, sido perfilhada pelo código de 1916, no art. 485, e pelo de 2002, como se depreende da definição de possuidor constante do art. 1.196, que assim considera aquele que se comporta como proprietário, exercendo algum dos poderes que lhe são inerentes.⁵⁹

Conforme se depreende da lição de Carlos Roberto Gonçalves, acima referenciada devido à objetividade e praticidade das ideias de Ihering, a sua teoria foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico no código de 1916.

Com o Código de 1916, hoje revogado, a doutrina objetiva entrou em nossa sistemática, com a relegação da subjetiva dominante entre os civilistas anteriores, bem como da concepção dos glosadores, presente no também revogado art.200 do Código Comercial de 1850. O código Civil de 2002, que em certa medida promoveu a unificação legislativa dos Direitos Civil e Comercial, manteve-se fiel à doutrina objetivista.⁶⁰

Reafirmando sobre a recepção da teoria de Ihering no Código Civil Brasileiro, Flávio Tartuce preceitua:

Entre as duas teorias, é forçoso concluir que o CC/2002, a exemplo de seu antecessor, adotou parcialmente a teoria objetivista de Ihering, pelo que consta do seu art.1.196. Enuncia tal comando legal: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Em suma, basta o exercício de um dos atributos do domínio para que a pessoa seja considerada possuidora. Ilustrando, o locatário, o usufrutuário, o depositário e o comodatário são possuidores, podendo fazer uso das ações possessórias.⁶¹

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. v. 5. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 17.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. v. único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

Para Caio Mario, “o caráter jurídico da posse decorre de que o ordenamento legal confere ao possuidor ações específicas, com que se defender contra quem quer que o ameace, perturbe ou esbulhe”⁶².

Nesta senda, a teoria de Ihering também é invocada quando há ações reivindicatórias, para manutenção ou reintegração contra àqueles que utilizam como defesa, a *exceptio domini*. Pois, não pode a propriedade daquele que se diz dono da coisa se sobrepor à posse, afinal, o estado de fato do possuidor recebe proteção da posse e por isso a influência dessa teoria pode se percebida no art. 1210 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Assim, Caio Mário⁶³, defende que a rejeição da *exceptio domini* é justificada na doutrina de Ihering, porque o debate possessório tem em vista o estado de fato do possuidor, cuja defesa se frustraria se fosse aberta a questão em torno da propriedade, sucumbindo à própria sistemática da posse.

Mas, embora, recepcionada pelo Código Civil de 1916 e, sendo adotada, parcialmente, pelo código de 2002, a teoria de Ihering começa a receber muitas críticas, pois, com as mudanças sociais decorrentes das garantias constitucionais previstas na Carta Magna de 1998 e com a revisão interpretativa dada ao Código Civil de 2002 por Miguel Reale, com vistas a atender as finalidades sociais da posse e da propriedade, esses dois institutos do direito privado ganham novo relevo no ordenamento jurídico, conforme ponderações abaixo:

Com os avanços e anseios sociais, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito de propriedade no seu art. 5º, XXII, mas, que também afirma que a propriedade atenderá aos princípios da função social, insculpido no art. 5º, XXIII e da ordem econômica contida no art. 170, II, III, o direito de propriedade ganha novos contornos e é visto como um direito fundamental e

⁶² Op. cit. p. 21.

⁶³ Op. cit. p. 58.

o seu caráter absoluto defendido no Código Civil de 1916 é relativizado no diploma legal de 2002, para atender a função social prevista na Lei Maior.

Sobre as mudanças ocorridas no Direito de Propriedade, que encontra divergência na teoria objetivista, José Afonso da Silva, pondera as seguintes críticas:

O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre as pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.⁶⁴

Na mesma esteira, o direito à posse também é reconhecida juridicamente como direito autônomo e a sua proteção ganha maior relevância por meio do princípio da função social da posse que, embora, implícito, está contido nos arts. 1.228, §§ 4.º e 5.º, e 1.238 e 1.242, parágrafos únicos do Código Civil.

Sendo, assim, embora correlatos os institutos da posse e da propriedade são direitos autônomos. Nesse sentido, Teori Zavascki⁶⁵, afirma que como fenômenos jurídicos autônomos, posse e propriedade convivem, de um modo geral, harmonicamente, em relação de mútua complementaridade, refletindo, cada um deles, princípios constitucionais não excludentes, mas, ao contrário, também complementares um do outro.

Com essa mudança de paradigma é que a teoria de Ihering, mostra-se problemática, já que ele defendia que a posse era a exteriorização da propriedade. Sendo assim, a influência de sua teoria no ordenamento jurídico pátrio fica enfraquecida, dando ensejo às chamadas teorias sociológicas. Sobre essas teorias, Carlos Roberto Gonçalves⁶⁶, indica que são teorias que enfatizam o caráter econômico e a função social da posse, alinhando-se à nova concepção do direito de proprieda-

⁶⁴ AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271.

⁶⁵ ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. v. 5. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 56.

de, 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 ponderar sobre o direito de propriedade.

Essas teorias ficaram conhecidas como sociológicas e foram desenvolvidas no século XX com o intuito de defender a aplicação da função social da posse, tendo como representantes: Silvio Perozzi, na Itália, Antônio Hernandez Gil na Espanha e Raymond Saleilles na França.

Para lograr o êxito pretendido nesse trabalho, empregaremos os estudos desenvolvidos pelo sociólogo Frances, Raymond Saleilles, que tem como principais obras: *De la possession des meubles en Droit Romain* (1883); *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, nas quais defende a teoria que ele denominou de apropriação econômica. Além disso, ao estudarmos a teoria de Saleilles encontramos pontos de consenso com as ideias de Ihering.

3.5 TEORIA DA APROPRIAÇÃO ECONÔMICA DE SALEILLES

A teoria da apropriação econômica de Saleilles relaciona a posse com a apropriação econômica, declarando que é possuidor aquele que sob o ponto de vista dos fatos aparece como tendo um gozo independente e como aquele que, de todos os entre os quais existe uma relação de fato com a coisa, devendo ser considerado a justo título, como senhor de fato da coisa.

Raymond Saleilles confrontou a sua teoria com as de Savigny e de Ihering, aproximando as suas ideias da teoria objetiva que defendia a posse por meio da destinação econômica dada à coisa.

E para demonstrar a diferença da sua teoria em relação às duas anteriores, Saleilles, aponta as distinções:

[...] para que possamos, da seguinte maneira, estabelecer uma espécie de classificação entre três teorias possessórias que são sagradas aqui: a de Ihering, que funda a posse na relação de exploração econômica; aqui todo detentor é possuidor, salvo exceção expressa da lei. A segunda, no extremo oposto, a teoria de Savigny, a teoria dominante, que funda a posse na relação de

apropriação jurídica, e para quem não há possuidores senão os que pretendem a propriedade. Por fim a terceira coloca-se entre essas duas teorias, formando como que um grau intermediário, a teoria que acaba de ser exposta, que funda a posse na relação de apropriação econômica e declara possuidor aquele, sob o ponto de vista dos fatos, aparece como tendo um gozo independente e como aquele que, de todos os entre os quais existe uma relação de fato com a coisa, deva ser considerado, a justo título, como senhor de fato da coisa.⁶⁷

Saleilles, ao defender a independência da posse em relação à propriedade, tendo em vista que a relação de fato pode ser considerada para fins de justificar o justo título da propriedade, corrobora com a previsão do art. 1196 do Código Civil, que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”⁶⁸, ao contrário de Ihering que defende a tese que a posse é a exteriorização da propriedade.

E sobre a exteriorização da propriedade defendida na teoria de Ihering, Saleilles pondera que: para Ihering o *corpus* possessório era o exercício visível do direito de propriedade, o fato de agir como proprietário. A posse não seria garantida pelo direito senão em vista de garantir a propriedade mesma. Assim, quando fala do *corpus*, Ihering não tem em vista senão o direito de propriedade⁶⁹.

E discorre que Ihering considerava que o *corpus* era o elemento visível do exercício do direito de propriedade e que o *animus domini* seria a vontade de se tornar visivelmente proprietário, mas que não havia intenção de ser dono e, tão somente, de proceder habitualmente como dono, configurando a *affectio tenendi* e afirmando que a ideia do *animus* já estaria contida na própria ideia de *corpus*, e seria observável quando o possuidor desse à coisa sua devida destinação econômica.

Nesse ponto, há uma contradição na teoria de Ihering:

A contradição de Ihering deve, portanto, ter trazido à tona a questão do direito que afeta o *animus* não visando o direito de propriedade e ainda se refere ao elemento material da posse, o *corpus*: como é

⁶⁷ SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894. p. 208-209. Tradução nossa.

⁶⁸ Brasil. Código Civil de 2002. art.1.196.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012.

⁶⁹ Ibidem, p. 175. Tradução nossa. Texto original: “Donc pour Ihering le corpus possessoire est l'exercice visible du droit de propriété, le fait d'agir en propriété; et la possession n's éte protégée par le droit q' en vue de garantir la propriété elle meme. Ainsi lorsqu'il s'agit du corpus, Ihering n'a en vue que le droit de propriété.”

assim se o corpus em si é modelado sobre o direito de propriedade? O possuidor deve voluntariamente tolerar-se, assim, conscientemente, como um proprietário, e ainda assim ele pode ter afirmado sua vontade de não fingir a propriedade: querer comportar-se como proprietário e renunciar a dizer dono, não é absolutamente irreconciliável?⁷⁰

Sobre os elementos constitutivos da posse que estavam presentes em sua teoria, Saleilles afirmava que considerava o *animus domini* um elemento extrínseco, mas que diferente de Ihering, em sua teoria seria manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, vejamos:

Só que, em vez de aplicar essa vontade ao corpus, como disse Ihering, vamos aplicá-lo ao corpus como tentei conceber. Eu a apresentei como um estado de coisas que não seria necessariamente o exercício do direito de propriedade, mas como a manifestação externa da apropriação econômica da coisa; isto é, um estado de coisas tal como revela o senhor de fato da coisa, aquele que tem sob seu controle e que o faz servir a satisfação de suas necessidades econômicas. O animus aplicado a esta nova concepção do corpus será, portanto, a vontade de realizar essa apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como o mal de fato da coisa. A posse nos pareceria a realização consciente e intencional da apropriação econômica das coisas: e agora vamos ver quais resultados nos darão essa nova definição de possessão.⁷¹

Sobre esse viés, é possível perceber que na teoria da apropriação econômica, a posse é vista como um estado fático, que é manifestada externamente pela vontade do indivíduo em se apropriar e utilizar economicamente da coisa. E essa destinação econômica é aceita moralmente pela consciência coletiva.

E esse conceito trabalhado por Saleilles é perfeitamente aplicado ao instituto da desapropriação judicial previsto no art. 1228 §§ 4º e 5º do Código Civil. O instituto em tela prevê que o proprietário poderá ser privado da coisa por meio de uma sentença judicial que lhe garantirá uma justa indenização pela perda do imóvel.

⁷⁰ Ibidem, p. 175-176. Tradução nossa. Texto original: “La contradiction d'Ihering est donc d'avoir mis au premier plan la question de droit en ce qui touche l'animus ne vise pas le droit de propriété et cependant il se réfère à l'élément matériel de la possession, le corpus: comment veut-on qu'il en soit ainsi si le corpus lui-même est modifié sur le droit de propriété? Le possesseur devra se conduire volontairement, donc sciemment, comme un propriétaire, et cependant il pourra avoir affirmé sa volonté de ne pas prétendre à la propriété: vouloir se conduire en propriétaire et renoncer à se dire propriétaire, n'est-ce pas absolument inconciliable?”.

⁷¹ Ibidem, p. 183. Tradução nossa.

A intervenção do Poder Judiciário justifica-se para garantir a proteção da posse daqueles que estão sobre o poder da coisa, promovendo a destinação econômica, como senhor de fato.

Portanto, para a teoria sociológica, sendo a posse uma relação de apropriação econômica, Saleilles defendia que para estabelecer essa relação não é suficiente, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. É preciso remontar à tomada da posse e ver em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar: é preciso que em um momento dado aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa.⁷²

Para Saleilles, é fundamental identificar a *causa possessionis*, para saber se a relação de fato foi estabelecida e se o possuidor tem interesse em explorar a coisa para si, colocando-se como dono. Essa condição é importante para assegurar a proteção possessória, pois, essa teoria defende a aplicação da função social da posse, mas, para isso o estado de fato sobre a coisa tem que estar acompanhado da realização de algum objetivo socioeconômico.

Com isso, busca-se evitar a proteção de posses que não exerçam nenhum objetivo social ou econômico, sendo utilizada para mera especulação. Convergindo com a teoria da apropriação econômica a V jornada de Direito Civil trouxe a questão no enunciado 492, *in verbis*:

A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.⁷³

Para, além disso, o objetivo de Raymond Saleilles com a sua teoria sociológica era dissociar a posse do direito de propriedade, atribuindo-lhe um caráter socioeconômico que será respeitado pela coletividade.

Com tais, ideias a teoria de Saleilles é considerada uma das pioneiras do conceito da função social da posse.

⁷² Ibidem. p. 191.

⁷³ Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº 492 aprovado na V jornada de Direito Civil

4 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A função social da posse é um conceito que começou a surgir no século XX, a partir das teorias sociológicas sobre a posse desenvolvidas por juristas sociólogos como, Antônio Hernandez Gil, na Espanha, Silvio Perozzi, na Itália e Raymond Saleilles, na França. Especialmente neste trabalho, abordaremos a teoria da apropriação econômica do Francês Raymond Saleilles, que influenciou o código civil brasileiro de 2002. Ele defendia que a posse era um direito autônomo da propriedade, buscando um conceito mais social. E que a posse deriva das condições sociais e econômicas do possuidor e que se configurava pela consciência social

Esse posicionamento de Saleilles converge com o enunciado nº 492 aprovado na V Jornada de Direito Civil, afirmando que “ A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.”⁷⁴

Para Saleilles a tutela possessória estaria sujeita a comprovação de que o possuidor realizou algum objetivo socioeconômico em consonância com o princípio da função social da propriedade. E que era preciso saber em que circunstâncias e em que condições jurídicas a posse teve lugar.

O objetivo deste capítulo é analisar a aplicação da função social no ordenamento jurídico.

4.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O conceito da função social da posse é construído com as modernas teorias sociológicas do século XX, especialmente, pelo Frances Raymond Saleilles, que defendia a aplicação da função social da posse para o possuidor da coisa que a ela estivesse dando destinação social e econômica.

⁷⁴ Brasil. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº492 aprovado na V Jornada de Direito Civil.

O princípio da função social da posse que teve a influência dessas teorias começa a ser percebido, ainda, que implicitamente no Código Civil de 2002, conforme as palavras de Flávio Tartuce, “pode-se afirmar que o princípio da função social da posse é implícito ao CC/2002 pela valorização da *posse-trabalho*, constante dos seguintes dispositivos legais, que ainda serão devidamente aprofundados”

Art. 1.238, parágrafo único, do CC – Reduz o prazo de usucapião extraordinária de quinze para dez anos se o possuidor tiver estabelecido sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1.242, parágrafo único, do CC – O prazo para a usucapião é reduzido de dez para cinco anos, se os possuidores tiverem estabelecido no imóvel sua moradia ou nele realizado investimentos de interesse social e econômico.

Art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC – Consagra a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*⁷⁵.

Contudo, cumpre informar que devido à importância que a posse teve durante o período de colonização do Brasil, o primeiro diploma legal a receber o princípio da função social da posse, foi a lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850, mais conhecida como Lei da Terra. Essa Lei serviu como importante instrumento para regularizar a posse, conforme artigos, abaixo transcritos:

Art. 5º. Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária, ou havidas de primeiro ocupante, que se acharem cultivadas ou com princípio de culturas, e moradia habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes...

Art. 6º - Não se haverá por princípio de cultura para a revalidação de sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimadas de matos ou campos, levantamentos de ranchos e outros atos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura efetiva e morada habitual exigidas no artigo antecedente.

Ressalte-se que a referida lei, bem como a forma de aquisição das terras brasileiras por meio da posse foi objeto de análise do primeiro capítulo desse trabalho.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. v. único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

Mas, a partir daqui analisaremos a influência do princípio da função social da posse pela legislação atual. Na Constituição Federal de 1988, podemos encontrar o princípio da função social implicitamente no art. 191, *in verbis*:

Art. 190. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Analisando a norma transcrita, fica claro que o direito de propriedade fica mitigado ante a destinação social dada ao imóvel. E, registre-se, ainda, que a Carta Magna Brasileira consagrou expressamente que a propriedade também atenderá a função social, conforme previsão do art. 5º, XXIII, ou seja, o proprietário que não utilizar a sua propriedade visando os interesses sociais estará sujeito à perda da sua propriedade.

Igualmente, a ordem econômica prevista no art. 170, caput, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros princípios, o da função social da propriedade.

4.4 ANÁLISE DO ART. 1.228 §§ 4º E 5º À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

É no Código civil de 2002 que o cumprimento da função social da propriedade, ganha maior visibilidade. O legislador ao inserir os §§ 4º e 5º no artigo 1.228, trouxe um instituto novo e sem precedentes no código anterior, elaborado com base no princípio da socialidade, com vistas a fundamentar a perda da propriedade em favor da posse coletiva. Nesse sentido, a desapropriação judicial revela-se como um importante instrumento social, disciplinando a propriedade da seguinte forma:

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

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

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Inicialmente, ao vislumbrar a norma reproduzida, já é possível perceber que o novel instituto inserto no novo código civil quebra com os paradigmas do código anterior, ao analisar o direito de propriedade em consonância com os interesses sociais e coletivos.

A propriedade que até o código civil de 1916 era vista como plena e absoluta, ou seja, que não sofria qualquer limitação ou restrição no exercício do seu titular passa a ter que cumprir com a sua função social, corroborando com os ditames da ordem constitucional e com os anseios sociais e econômicos. Sobre esse viés, o instituto da desapropriação judicial mostra-se como uma forma compulsória da perda da propriedade a ser promovida pelo Poder Judiciário.

Discorrendo sobre o dispositivo, Flávio Tartuce esclarece:

A categoria constitui outra importante restrição ao direito de propriedade, trazendo como conteúdo a função social da posse e do domínio. Os dispositivos e o instituto, além de não encontrarem correspondentes na codificação anterior, também não estão previstos em qualquer outra codificação do Direito Comparado. Constitui, assim, uma criação brasileira.⁷⁶

Teori Zavascky, ao comentar sobre o dispositivo “considera o ponto alto do novo Código, no que se refere à tutela da posse”⁷⁷.

“As palavras de Reale justificam a terminologia *desapropriação judicial privada por posse trabalho*, que deve ser considerada a melhor a ser empregada, pois de uso pelo criador do instituto”⁷⁸.

Sobre esse conceito fundado sobre a posse trabalho,

[...] constitui uma cláusula geral, um conceito aberto e indeterminado a ser preenchido caso a caso. Representa tal conceito a efetivação da função social da posse, pelo desempenho de uma atividade positiva no imóvel, dentro da ideia de *intervenção impulsionadora*.⁷⁹

Como visto esse novo dispositivo desperta o interesse de parte significativa da doutrina que busca entender a sua natureza jurídica e a sua aplicabilidade prática sobre a propriedade. Nesse sentido, colocamos abaixo algumas discussões que vem sendo levantadas acerca do dispositivo em tela:

Observa-se, de imediato, tratar-se de dispositivo que institui uma nova forma de perda de propriedade, não antes conhecida do direito brasileiro, dada a sua peculiaridade, constituindo uma situação intermediária entre a usucapião e a desapropriação. Aliás, debate-se a doutrina acerca da natureza jurídica deste instituto. De fato, digladiam-se diversas correntes de pensamento, defendendo diversos conteúdos essenciais para o instituto, que vão da usucapião até a desapropriação judicial, passando por um contra-direito

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

⁷⁷ ZAVASCK, Teori. *A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

⁷⁸ Op.cit.

⁷⁹ Op. cit.

processual ou mesmo a caracterização de uma figura mista de posse-trabalho⁸⁰.

Controverso quanto à sua natureza jurídica se apresenta o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil, dissentem os doutrinadores quanto ao novo instituto limitador da propriedade, que, aparentemente teria natureza jurídica híbrida, visto que, assemelhado com a usucapião social e, simultaneamente, com a “desapropriação indireta” (expropriação judicial), diante da exigência estabelecida de pagamento de uma “justa indenização devida ao proprietário” sucumbente em ação reivindicatória, condição indispensável à validade da sentença (eficácia jurídica) para o registro do bem em nome dos possuidores (aquisição da propriedade).⁸¹

Para Teori Zavascki, “dogmaticamente, o instituto desafiará a argúcia da doutrina e, sobretudo, dos juízes. Fundado em diversos conceitos abertos (“extensa área”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços de interesse econômico e social relevante”, “justa indenização”), haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto”.⁸²

Em que pese tais divergências, não entraremos nessa seara, pois, o que se pretende é entender o referido dispositivo à luz da função social da posse. Nessa lógica, observa-se que o novo instituto corrobora com a teoria da apropriação econômica de Raymond Saleilles, tendo em vista que o proprietário poderá ser privado da coisa, haja vista que ao imóvel foi dada uma destinação social e econômica. Sendo, assim, esse novo instituto traz implicitamente o princípio da função social da posse e efetivamente já sendo usado pela jurisprudência pátria:

⁸⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo e BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: uma Análise do Art. 1.228 do Código Civil Brasileiro. Jus Navigandi*, maio 2005. Disponível em: «<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6725/compreendendo-os-novos-limites-a-propriedade>». Acesso em: 20. jul. 2018.

⁸¹ MOTA, Mauricio. *A natureza jurídica do artigo. 1228, §§ 4º e 5º do código civil: Exceção de não funcionalização social do domínio*. Disponível em:« <http://emporiadodireito.com.br/leitura/a-natureza-juridica-do-artigo-1228-4-e-5-do-codigo-civil-excecao-de-nao-funcionalizacao-social-do-dominio-por-mauricio-mota>». Acesso em 19. jul.2018.

⁸² ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ART. 927 DO CPC. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. ALEGAÇÃO DE DOMÍNIO. INADMISSIBILIDADE. ART. 1.210 DO CÓDIGO CIVIL. PROVA DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELA APELADA. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. PRINCÍPIO IMPLÍCITO. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Para a procedência da ação de reintegração de posse, os autores devem demonstrar a existência dos requisitos legais previstos no art. 927 do CPC, ou seja, a posse, o esbulho, a data do esbulho e a perda da posse. 2. Não configurado o esbulho por parte da apelada, a improcedência da ação possessória é medida que se impõe. 3. Nos termos do art. 1.210 do Código Civil, é vedada a discussão sobre o domínio em ação possessória. Precedentes. 4. As provas produzidas nos autos conduziram à conclusão no sentido de que a apelada ocupava o imóvel com a autorização da sua proprietária e tolerância dos próprios apelantes, tendo estabelecido a sua moradia no mesmo, dando cumprimento à função social da posse. 5. **O princípio da função social da posse encontra-se implícito no Código Civil, principalmente pela valorização da posse-trabalho, conforme estipulam os seus arts. 1.238, parágrafo único; 1.242, parágrafo único; e 1.228, §4º e 5º.**⁸³

Patente, no julgamento do recurso que o princípio da função social da posse recebeu guarida no direito brasileiro e que o instituto da desapropriação judicial, qualificada por Miguel Reale como posse-trabalho, igualmente tem tido eficácia jurídica.

Ponderações feitas, concluímos que a aplicação do art.1228 § § 4º e 5º do Código Civil de 2002, legitima um estado de fato que é aceito moralmente pela consciência coletiva, sendo juridicamente tutelado. Ademais, a sua aplicação alia-se aos princípios constitucionais vigentes no país, em especial, os da função social da posse e da propriedade. Sendo este último visto sob a ótica do proprietário que não cumpriu com a função social de sua propriedade e estará privado da coisa, sofrendo limitações sobre o seu direito de propriedade.

Além do mais, a previsão do § 5º do dispositivo contempla que ao proprietário é assegurado o pagamento pela justa indenização em virtude da privação da coisa. E para não restar dúvidas sobre isso, a I Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado nº 84.⁸⁴, firmando o entendimento que: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser

⁸³ Recurso conhecido e improvido. (20060510019367APC, Relator Alfeu Machado, 4ª Turma Cível, julgado em 01/04/2009, DJ 20/04/2009, p. 149). Grifos nossos.

⁸⁴ Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº 84 aprovado na I Jornada de Direito Civil, 2002.

argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

E, em casos dos possuidores serem pessoas de baixa renda o pagamento será devido pelo Poder Público. Nesse sentido, o enunciado nº 308⁸⁵ aprovado na IV Jornada de Direito Civil complementa o entendimento do enunciado nº 84, da seguinte maneira: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

⁸⁵ Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº 308 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, 2002.

5 CONCLUSÃO

O Brasil é historicamente um país marcado pelos conflitos agrários e pelas desigualdades sociais. Daí a importância de se utilizar mecanismos jurídicos para garantir os direitos daqueles que fazem uso da terra para sobreviver, seja para utilizar como moradia ou economicamente como fonte de renda.

Além do mais, a ocupação das terras brasileiras durante o período da colonização portuguesa em sua grande maioria foi feita por meio da posse e, esse meio de aquisição de terras perdurou por muito tempo e ainda, hoje, se faz presente na sociedade brasileira.

Por isso, imperioso destacar a importância da influência das teorias sociológicas do século XX, especialmente, a do Frances Raymond Saleilles, no código civil de 2002, que defendia que para a proteção da posse, o estado de fato deveria vir acompanhado da realização de algum objetivo socioeconômico.

E foi a partir de suas contribuições que a posse foi vista como algo autônomo da propriedade, ganhando notoriedade e tutela jurídica. E nesse contexto, Miguel Reale, ao participar da Comissão do Anteprojeto do Código civil de 2002, ao inserir no art. 1228 os §§ 4º e 5º, traz um novo conceito de posse com fins sociais, dando ênfase para o cumprimento da função social da propriedade que já tinha previsão constitucional.

A desapropriação judicial dialoga com a teoria de Saleilles na medida em que é uma posse fundada na relação de apropriação econômica. Sendo que esse novo instituto tem por finalidade solucionar os conflitos entre os proprietários que não estão dando uma função social à propriedade e os possuidores que estão de fato na coisa promovendo uma destinação econômica e social em consonância com a função social da posse, merecendo, assim, proteção possessória.

Sobre essa proteção possessória, Raymond Saleilles defendia em sua teoria que ela poderia ser pleiteada, mas, desde que o estado de fato sobre a coisa estivesse acompanhado de algum objetivo socioeconômico. Portanto, é perfeitamente possível relacionar a teoria da apropriação da coisa com o instituto da desapropriação judicial.

Por conseguinte a desapropriação judicial é um instituto novo no âmbito do direito civil que resguarda os direitos das pessoas que utilizam um imóvel ou área sem destinação específica para promover sua moradia ou fazer uso econômico como fonte de renda. Por isso, a efetividade do instituto ganha maior relevância social e econômica.

Ademais, o entendimento desposado no enunciado nº 82 da I Jornada de Direito Civil já declarou que o dispositivo é constitucional. Sendo, assim, não há óbice para a sua efetiva aplicabilidade.

E a finalidade desse trabalho foi justamente demonstrar a importância desse instituto como instrumento jurídico social que alinhado à função social da posse precisa ser efetivado cada vez mais. Pois, embora, haja divergência doutrinária acerca de sua interpretação e da sua natureza jurídica, os operadores do direito não podem agir em desacordo com os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, vol. I Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº 84 aprovado na I Jornada de Direito Civil, 2002.
- Brasil. *Conselho da Justiça Federal*. Enunciado nº 308 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Ed. das Américas S.A., 1961
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DINIZ, Monica. *Sesmarias e posse da terra: Política fundiária para assegurar a colonização brasileira* Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/>. Acesso em: 14 set. 2018.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. São Paulo: Forense, 1958.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21.^a ed. (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GUEDES, Jefferson Carús. Função Social das “propriedades: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social, *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*, RT, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. vol. 5. Saraiva. 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores). Versão Digital. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 23 jun. 2018.
- IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad.de Pinto de Aguiar. Bauru-SP; Edipro, 1999.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Salvador, Juspodivm, 2009.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. São Paulo Saraiva, 1955, p.65.

MOTA, Mauricio. *A natureza jurídica do artigo. 1228, §§ 4º e 5º do código civil: Exceção de não funcionalização social do domínio*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-natureza-juridica-do-artigo-1228-4-e-5-do-codigo-civil-excecao-de-nao-funcionalizacao-social-do-dominio-por-mauricio-mota>. Acesso em: 22 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi. 2002. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 10 set. 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894.

SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas: Unicamp, 1996.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: uma Análise do Art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Jus Navigandi, maio 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6725/compreendendo-os-novos-limites-a-propriedade>». Acesso em: 20. jul. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. vol. único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos Reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZAVASCK, Teori. *A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

ZAKKA, Rogério Marcus. *O Direito de propriedade (Análise sob a ótica de sua convivência com a função social)*, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7814/1/1/RogérioMarcusZakka.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.