

**Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito**

Wagner José Penereiro Armani

A POSSE COMO GARANTIA DA CIDADANIA

**Piracicaba
2008**

**Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito**

Wagner José Penereiro Armani

A POSSE COMO GARANTIA DA CIDADANIA

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito** à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

**Piracicaba
2008**

Armani, Wagner José Penereiro.

A posse como garantia da cidadania. Wagner José Penereiro Armani.
Piracicaba, 2008.

97 fls.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida.

Dissertação [Mestrado] – Programa de Pós-graduação em Direito,
Universidade Metodista de Piracicaba.

1. Cidadania. 2. Direitos fundamentais. 3. Posse. 4. Moradia. 5. Trabalho.

I. Armani, Wagner José Penereiro.

II. Título.

A POSSE COMO GARANTIA DA CIDADANIA

Wagner José Penereiro Armani

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Orientador

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

Prof. Dr. Paulo César Souza Manduca

Por não ser necessário ser cego para fazer justiça, minha Justiça enxerga e, com olhos bons e despertos, é justa, prudente e imparcial. Ela vê a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com seus olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê e conhece. Age¹.

¹ JESUS, Damásio de. Os Olhos de Abertos de Themis, a Deusa da Justiça. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez.2001. Disponível em: http://www.damasio.com.br/?page_name=art_002_2001&category_id=35. Acesso em 09 dez. 2008.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço àqueles que me deram o dom da vida, meus pais, Wagner Sotello Armani e Marinilce Penereiro Armani, que sempre confiam na minha capacidade de conquistar tudo aquilo que desejo e me apóiam.

Agradeço ainda:

Aos meus irmãos, Walter e Wictor José Penereiro Armani, companheiros de todos os dias (e noites).

Às minhas avós, Wilma e Joana, senhoras de sabedoria e “corujismo”.

Aos meus amigos inseparáveis, Fábio, César, Daniel, Diogo, João, Lucas, Nicolas, Bruno e Rodrigo.

À minha namorada, Bárbara, compreensiva, companheira e paciente.

Aos meus colegas do mestrado, em especial, Diogo, Hugo, Alencar, Juliana e Lucas.

À professora Rute Tolocka, por toda a ajuda para o meu ingresso no mestrado.

Aos professores e funcionários da UNIMEP, especialmente ao Dr. José Luiz Gavião de Almeida, orientador dedicado, e ao Dr. Jorge Luiz de Almeida, por toda sua sabedoria jurídica.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para minha formação acadêmica, demais amigos e familiares.

Obrigado!

RESUMO

A Constituição Federal 1988 deixou de ser apenas uma carta política e passou a trazer, em seu bojo, diretrizes para todos os ramos do direito. Assim, os princípios e institutos do direito privado, que anteriormente eram interpretados pelas disposições do Código Civil de 1916, receberam nova roupagem ao passarem pela interpretação das disposições contidas na Constituição Federal. A posse, como forma de apropriação de bens necessários aos homens, vista sob o prisma constitucional, deixa de ser mero apêndice do direito de propriedade e passa a ser, por sua autonomia, forma de tutelar os direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho, qualificando-se como posse-cidadã. Enfatizar seus efeitos, pelas destinações social e econômica da terra e dos bens de produção, vem responder aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais, possibilitando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Cidadania. Direitos Fundamentais. Posse. Moradia. Trabalho.

ABSTRACT

The Brazilian 1988 Federal Constitution is not just a politic letter; it's also a declaration of all kinds of citizen's rights. In accordance to this affirmation the spirit and letter of the Civilian Code established on 1916, has been receiving new jurisprudence, in accordance with the disposals contained in the 1988 Federal Constitution. The ownership, as appropriation way of necessary goods to men, seen by Brazilian Constitutional spirit, is no more a mere appendix of the private property rights, it is autonomous and a truly form of human rights guarantee. The emphasis in guaranteeing social and economic destinations to the land and capital goods, is a answer from the Federative Republic of Brazil basic objectives as eradicate the poverty and reduce the social disarranges, making possible the construction of a free, fellowship and fair society

Key words: Citizenship. Human rights, Ownership. Housing. Work.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 dejó de ser solamente una carta política y pasó a traer, en su capacidad, directrices para todos los ramos del derecho. Así, los principios e institutos del derecho particular, que anteriormente eran interpretados por las disposiciones del Código Civil de 1916, recibieron nuevas caras al pasaren por la interpretación de las disposiciones contenidas en la Constitución Federal. La posesión, como forma de apropiación de bienes necesarios a los hombres, vista a través del prisma constitucional, deja de ser mero apéndice del derecho de la propiedad y pasa a ser, por su autonomía, una forma de tutelar los derechos fundamentales sociales a la vivienda y al trabajo, calificándola como posesión de ciudadanía. Enfatizar sus efectos de la posesión ciudadana, a través de las destinaciones social y económica de la tierra y de los bienes de la producción, esto viene como respuesta a los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: erradicación de la pobreza, de la marginalización, así como reducir las desigualdades sociales, posibilitando la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.

Palabras-clave: Ciudadanía. Derechos Fundamentales. Pose. Vivienda. Trabajo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - POSSE.....	13
1.1. Teoria subjetiva e objetiva da posse.....	13
1.2. Da natureza da posse.....	16
1.3. A posse no Código Civil de 2002.....	19
1.3.1. Conceito.....	19
1.3.2. Posse direta e detenção.....	22
1.3.3. Classificação da posse.....	24
1.3.3.1. Das posses direta e indireta.....	24
1.3.3.2. Composse.....	25
1.3.3.3. Posses justa e injusta.....	26
1.3.3.4. Posse de boa-fé e a de má-fé.....	30
1.3.3.5. Posse <i>ad interdicta</i> e posse <i>ad usucapionem</i>	32
1.4. Princípio da continuidade do caráter da posse.....	32
1.5. Da aquisição da posse.....	33
1.6. Dos atos que não induzem posse.....	35
1.7. Da perda da posse.....	36
1.8. Dos principais efeitos da posse.....	37
1.8.1. Os interditos possessórios.....	38
1.8.2. A legítima defesa.....	39
1.8.3. Da usucapião.....	41
CAPITULO II – CIDADANIA.....	44
2.1 Gerações de direito.....	44
2.2. A cidadania.....	49
2.3. A cidadania no Brasil.....	54
CAPITULO III – A POSSE COMO GARANTIA DA CIDADANIA.....	57
3.1. Do direito de propriedade ao poder fático da posse.....	57
3.2. Da função social da posse.....	67

3.2.1. Posse-trabalho e posse-moradia.....	71
CAPÍTULO IV - PROTEÇÃO DA POSSE-CIDADÃ.....	78
4.1. Dos efeitos da posse-cidadã.....	78
4.1.1. Os interditos possessórios.....	80
4.1.2. A legítima defesa.....	84
4.1.3. Da usucapião.....	86
4.1.4. Da desapropriação judicial.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94

INTRODUÇÃO

A terra é fonte da vida. Todos os seres vivos, racionais ou irracionais, necessitam da terra para sobreviver. É por seu intermédio que os animais colhem os frutos para alimentação e também é onde buscam abrigo para se protegerem, reproduzirem e descansarem.

As pessoas não agem de forma diferente. Precisam da terra para sobrevivência, seja no espaço rural, onde a utilizam para extração de alimentos, com a agricultura ou pecuária, e também como moradia. Ou no urbano, no qual as pessoas utilizam-na para moradia e desenvolvimento de atividades econômicas.

Seu uso é antigo e antecede o próprio conceito de propriedade privada. Contudo, com o passar do tempo, a propriedade, como título jurídico, recebeu contornos e proteção que superaram o uso da terra.

Essa conjuntura, deflagrada pelo sistema econômico capitalista, de certa forma, acelerou o desequilíbrio das balanças social e econômica da terra e propagou um crescente número de pessoas carentes por esse bem essencial à vida.

No Brasil, o quadro não é diverso; e é certo que a carência por terra acarreta uma série de problemas sociais e econômicos e clama por medidas efetivas capazes de, ao menos, minorarem a questão.

A posse, como poder fático de ingerência da pessoa sobre determinado bem, impõe conseqüências socioeconômicas que acabam repercutindo na esfera jurídica. Assim, torna-se peça-chave à defesa do uso da terra.

O presente estudo busca analisar o instituto da posse contido no Código Civil de 2002 e qualificá-lo sob o prisma constitucional, tutelando os direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho, garantindo, assim, a cidadania.

Inicialmente, é analisada a posse com os contornos infraconstitucionais do Código Civil de 2002, que adotou a teoria objetiva de Rudolf von Ihering para conceituá-la. Traçam-se, em linhas gerais, as discussões doutrinárias acerca do tema, especialmente apresentando ao leitor seus principais efeitos, como os interditos possessórios, a legítima defesa da posse e a usucapião.

O segundo capítulo inicia-se com o pensamento do jurista Karel Vasak, ao proferir sua aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, sob o título *Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité* (Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade), apresentando, didaticamente, a evolução dos direitos humanos com base no lema da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

É apresentada, também, a evolução do conceito de cidadania que, hodiernamente, passou a ser entendida como parte do processo de desenvolvimento e promoção social, não se limitando a participar dos canais formais de formação da vontade política por meio do sufrágio.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, aos cidadãos foram conferidos, além dos direitos políticos, os civis e os sociais, acompanhando a evolução do conceito de cidadania.

O terceiro capítulo discorre sobre a função da posse como forma de garantia da cidadania. Inicialmente, serão analisados os incisos XXII e XXIII, ambos do artigo 5º da Constituição Federal, que trazem os princípios do direito de propriedade e da sua função social, respectivamente. De onde se conclui que o princípio da função social não está na propriedade, mero título jurídico, mas sim na posse, como forma de utilização do bem.

Assim, a posse é deslocada da posição de mero apêndice da propriedade para se tornar um instituto autônomo capaz de proteger aquele que der função socioeconômica a terra pela posse-cidadã.

Nessa perspectiva, demonstrar-se-á que a posse-cidadã, como forma de utilização socioeconômica dos bens, por sua funcionalização, é forma de exteriorizar os direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho, conhecidos, respectivamente, por posse-moradia e posse-trabalho ou posse-*pro labore*.

No capítulo final, são resgatados os efeitos da posse. Todavia, agora, com a nova roupagem da posse-cidadã, apresentando todos os benefícios desta para tutela da cidadania, vez que a legislação constitucional e a infraconstitucional conferem proteções especiais aos possuidores da posse-cidadã por sua existência e relevância social e econômica na realidade fática.

Concluimos que enfatizar os efeitos da posse com base nos princípios constitucionais, dando destinações social e econômica a terra, responderá aos anseios dos cidadãos aos direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho.

CAPÍTULO I - POSSE

1.1. Teoria subjetiva e objetiva da posse

Para iniciar o estudo sobre posse, necessário se faz breve explanação acerca de duas teorias - a subjetiva de Savigny e a objetiva de Ihering, que influenciaram (e ainda influenciam) o pensamento jurídico sobre o assunto.

A teoria subjetiva foi idealizada por Friedrich Carl von Savigny que, ao conceituar *posse*, utilizou-se da conjunção necessária de dois elementos: *animus* e *corpus*. O primeiro caracteriza-se pela intenção do possuidor em ter a coisa como se proprietário fosse, enquanto o segundo firma-se como a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa e de defendê-la das agressões de quem quer que seja.

O caráter subjetivo da teoria de Savigny encontra-se no *animus domini*, ou seja, na vontade do possuidor de exercer o poder de fato sobre a coisa possuída como se proprietário fosse; porém, o próprio autor afirma que a existência da posse não se esgota apenas no elemento intencional, mas na conjunção deste com o material.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2008, p. 13.): “*Para SAVYGNY, se a detenção é o fato físico correspondente ao fato jurídico da propriedade, o animus possidendi não pode ser outra coisa que a intenção de exercer o direito de propriedade.*”

A ausência de qualquer de seus elementos descaracterizaria a posse, pois pela falta do subjetivo (*animus*), estaria configurada mera detenção do sujeito com a coisa; e, com a ausência do elemento material (*corpus*), não existiria a relação necessária entre o possuidor e a coisa, mas apenas um fenômeno psíquico, sem repercussão no mundo do direito.

O caráter subjetivo da posse, na teoria de Savigny, depende da forma como o indivíduo enxerga a sua relação com a coisa, sendo que a intenção de ser proprietário é a essência para se configurar posse.

Washington de Barros Monteiro afirma:

Tanto o conceito do *corpus* como o do *animus* sofreram mutações na própria teoria subjetiva. Realmente, numa primeira fase, o *corpus* consistia no simples contacto físico com a coisa, no contacto direto e permanente do possuidor com a coisa possuída. Posteriormente, porém, ele passou a consistir na mera possibilidade de exercer esse contacto, tendo sempre a coisa à sua disposição. (BARROS MONTEIRO, 1966, p. 18.)

Nessa visão subjetiva, a posse seria o poder físico direito ou imediato que uma pessoa dispõe da coisa, com ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem. Assim, é necessária essa fusão entre poder físico da coisa (*corpus*) e a vontade de ter como dono esta coisa (*animus*).

A existência do *animus domini*, ou seja, a vontade do possuidor de ser proprietário, aproximou o conceito de posse do de propriedade. Contudo, deve-se destacar que a teoria subjetiva reconheceu o caráter fático da posse, valorizando, acima de tudo, a realidade do fato em detrimento ao caráter formalista dos conceitos e do positivismo legalista¹.

Seguindo essa linha, defende Lafayette Rodrigues Pereira: “A posse consiste no poder de dispor fisicamente da coisa, com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiro.”²

Buscando descaracterizar a intenção como elemento da posse, Rudolf von Ihering organizou crítica ao pensamento de Savigny, elaborando sua teoria objetiva na qual utilizou o conceito de propriedade para defini-la:

¹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 86.

² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Campinas: Russel, 2003. p. 35.

Pode a posse, de acordo com o exposto, representar a propriedade? Sim, porque é a propriedade em seu estado normal – a posse é a exteriorização, a visibilidade da propriedade. Estatisticamente, essa exterioridade coincide com a propriedade real dos casos. Quase sempre o possuidor é ao mesmo tempo o proprietário, sendo muito diminutos os casos em que não o é.³

Maria Helena Diniz (2002, p.36) pondera: “A *teoria objetiva, de Ihering, por sua vez, entende que para constituir a posse basta o corpus, dispensando assim o animus e sustentado que esse elemento está ínsito no poder de fato exercido sobre a coisa.*”

Ihering não excluiu do conceito de posse o elemento subjetivo, mas o incorporou na correspondência exterior da propriedade, ou seja, o *animus* existe na própria relação entre o possuidor e a coisa; está incluído no *corpus*. Na teoria objetiva, importa a forma como o poder fático do agente sobre a coisa revela-se ao mundo exterior⁴.

Nessa óptica, a posse é conceituada como a exteriorização, a visibilidade da propriedade, sendo que a teoria objetiva de Ihering aproximou-a ainda mais do conceito de propriedade, sendo esta um antecedente lógico daquela, chegando até mesmo a declarar que possuidor seria como proprietário presumido.

É evidente o caráter normativo do conceito de posse de Jhering. A teoria objetiva da posse não retira o seu fundamento de validade diretamente de elementos da realidade fática. Conforme ressalta Antonio Hernandez Gil, embora Jhering faça crítica do caráter individualista do sistema romano da propriedade, não é possível identificar na sua teoria o caráter fático, material e, portanto, social da posse.⁵

³ IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004. p.24.

⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 18.

⁵ OLIVEIRA. op. cit., pp. 87/88.

Tanto Savigny quanto Ihering não discordam sobre o poder físico necessário para caracterizar a posse, na medida em que o *corpus* apresenta-se como elemento comum em suas teorias.

Contudo, enquanto Savigny privilegiou o caráter psicológico do possuidor para conceituar a posse, Ihering valorizou o material, evidenciando forte caráter normativo ao seu conceito. Todavia, nenhum dos teóricos conseguiu dissociar o fato da posse do direito de propriedade.

1.2. Da natureza da posse

Basicamente, são três as correntes doutrinárias acerca da natureza da posse. A primeira linha defende ser ela um fato; a segunda, que é um fato e um direito; já a terceira sustenta que é um direito, sendo que, nessa última corrente, a divergência expande-se quanto a qual espécie de direito está inserida, podendo ser compreendida entre o direito real, o pessoal ou o *sui generis*.

Pela teoria subjetiva de Savigny, a posse é considerada em si mesma um fato e, quanto aos seus efeitos, um direito. Inclui-se, por sua natureza dúplice, na categoria dos direito pessoais.

Lafayette Rodrigues Pereira (2003, p. 44) diz que, quanto ao elemento material da posse, a detenção é em si um mero fato que não acarreta conseqüências legais. Todavia, o concurso do elemento intenção transforma a mera detenção em posse, comunicando-lhe caráter jurídico. Esse caráter jurídico resultante da natureza de elementos da posse e a maneira pela qual ela tem sido tratada pela legislação civil elevam-se à categoria de um direito.

Rudolf von Ihering, ao traçar a teoria objetiva da posse, partiu da premissa de que “Os direitos são os interesses juridicamente protegidos.⁶”, sustentou que a posse “(...) constitui a condição da utilização econômica da coisa.⁷” e concluiu que “A posse, como relação da pessoa com a coisa, é um direito; como parte do sistema jurídico, é uma instituição de direito⁸.” Com isso, Ihering deu à posse a natureza jurídica de um direito, uma vez que é condição da econômica utilização da propriedade, sendo ela a instituição jurídica tendente à sua proteção. Pertence, portanto, ao âmbito dos direitos reais.

Nessa linha, Maria Helena Diniz (2002, p.49) diz que a posse é um direito real, posto que é a visibilidade ou desmembramento da propriedade. Pode-se aplicar o princípio de que o acessório segue o principal, sendo a propriedade o principal e a posse, o acessório, já que não há propriedade sem posse.

Já Clóvis Beviláqua admite a posse como direito, porém um direito especial, *sui generis*, e não autêntico.

Exercício de fato de um poder é o exercício que não se funda em um direito. A posse, considerada em si mesma, funda-se em um mero fato e se apresenta como estado de fato; mas uma vez firmada, nela a ordem jurídica, em atenção à paz social e à personalidade humana, respeita o que ela apresenta ser, reconhece o *jus possessionis*, o direito de posse, que os interditos defendem. Eis a explicação desta forma especial do direito. É um interesse, que a lei protege; portanto é um direito. (BEVILÁQUA, 1956, p.39)

Pontes de Miranda atribuiu a natureza da posse como fato, ao afirmar:

A posse nada tem com o existir, ou não, o direito real, ou pessoal, a que pudesse corresponder. Essa correspondência mesma não existe. O que se fez e faz pensar-se nela é apenas o fato de existir no exercício de alguns direitos, que consiste em poder fático sobre

⁶ IHERING. op. cit., p.30.

⁷ Ibid., p.32.

⁸ Id., p.38.

coisas, o mesmo conteúdo que se observa em certos casos de posse. (MIRANDA, 2001, p. 80)

Francisco Cardozo Oliveira defende o posicionamento de Pontes de Miranda ao reconhecer a natureza da posse como fato:

A posse é fato e como fato revela a amplitude da sociabilidade humana, que escapa à sistematicidade do direito. Tem razão Pontes de Miranda quando, ao reconhecer a natureza da posse como fato, afirma que a posse que ocorre no mundo fático deve ser vista a partir do mundo jurídico como fato e não como direito. A posse é poder fático que materializa a apropriação direta da coisa, embora seja relação entre pessoas e não entre pessoas e coisas. A apropriação que caracteriza a posse ocorre independentemente de qualquer mediação jurídica. A posse assegura a satisfação imediata das necessidades da pessoa humana. (OLIVEIRA, 2006, p. 246)

No ordenamento jurídico brasileiro, há o princípio da instrumentalidade do processo, ligando-o ao direito material pelos Incisos XXXIV e XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que tratam do direito de petição, incluindo a máxima jurídica de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

Ora, se o fundamento do processo está no fato de assegurar satisfação material aos direitos, a existência do direito de ação está atrelada ao direito material à que a corresponde⁹. Assim, podemos concluir que a posse, ao ser assegurada pelo legislador, possui natureza de um direito material.

Ademais, a Lei nº. 8.952/94, que introduziu o § 2º no artigo 10 do Código de Processo Civil (*Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados*), afastou da posse o caráter de direito real, mantendo na frente as doutrinas que a consideram como direito pessoal.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999. p. 206.

Essa posição, à qual nos filiamos, deve-se ao fato de que, para propositura de ação com fundamento em direito real, é necessário o consentimento do outro cônjuge, conforme disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil (*O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.*). Isso não acontece com as ações com fundamento em direito pessoal, como no caso das ações possessórias.

1.3. A posse no Código Civil de 2002

1.3.1. Conceito

A posse está inserida no Livro III - Do Direito das Coisas, Título I - Da Posse, do Código Civil (Lei nº 10.406/02), sendo que, aparentemente, pode-se entender que o legislador não inovou quando, no artigo 1.196, repetiu quase que integralmente o texto do 485 do Código Civil de 1916. Assim, utilizou-se a linha da teoria objetiva de Ihering, definindo *possuidor* como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Entretanto, a definição de *possuidor* trazida pelo Código Civil de 2002 supriu a equiparação do exercício da posse ao do domínio, mantendo apenas a do exercício da posse ao da propriedade.

Decerto, essa singela alteração legislativa não teve o condão de desamarrar do direito positivo brasileiro a teoria objetiva da posse, porém afrouxou as amarras quanto ao pensamento jurídico de domínio absoluto e exclusivo do direito de propriedade estabelecido pelo individualismo do Código Civil de 1916.

Inclusive, as disposições sobre o direito de propriedade, no Código Civil de 2002, impõem maiores limites ao referido direito, fortalecendo o princípio da função social da propriedade constitucionalmente garantido.

Na prática, foi a ausência de correspondência da segunda parte do artigo 505 do Código Civil de 1916 (*“Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”*), no §2º do artigo 1.210 do Código Civil de 2002, que tornou, no direito positivo brasileiro, a posse um instituto relativamente independente do direito de propriedade.

Mesmo que o Código Civil não tenha expressamente conceituado posse, pelo disposto no artigo 1.196, extrai-se que, para o direito positivo brasileiro, ela caracteriza-se como exteriorização da propriedade, conforme a teoria objetiva de Rudolf von Ihering.

Complementando o conceito indireto de posse dada pelo artigo 1.196 do Código Civil, os artigos 1.198 e 1.208 excluem de sua definição a detenção e os atos de mera permissão ou tolerância, conforme será melhor analisado posteriormente.

Em consonância com as normas do Código Civil e com a teoria objetiva de Ihering, Silvio Rodrigues chegou à seguinte conclusão:

Portanto, se possuidor é aquele que atua em face da coisa como se fosse proprietário, pois exerce algum dos poderes inerentes ao domínio, a posse, para o codificador, caracteriza-se como exteriorização da propriedade, dentro dos termos da concepção de Ihering. (RODRIGUES, 2002, p. 20)

Tito Fulgêncio assim se manifestou a respeito:

Temos, portanto, e o advertiu a exposição de motivos, a consagração em texto o conceito de JHERING; a posse nada mais é do que o modo por que a propriedade é utilizada; a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização

econômica; possuidor é – *qui omnia ut dominium facit*. A doutrina foi em essência mantida no projeto previsto e parece franca na conceituação da posse, que se deduz dos termos do art. 485 do Código. (FULGÊNCIO, 1980, p.10)

Todavia, segundo Pontes de Miranda, em comentário ao artigo 485 do Código Civil de 1916, o conceito de posse não está atrelado ao de propriedade, mas sim, aos poderes inerentes à propriedade. Ou seja, a diferença entre o conceito de *posse* e o de *propriedade* não é apenas quantitativa, mas também qualitativa:

O Código Civil, art. 485, não disse que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, do direito de domínio ou de outro direito real, mas todo aquele que tem de fato o exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. Mantém-se o conceito do mundo fático, a despeito da alusão, só para se definir, ao mundo jurídico. Quanto ao conteúdo da posse, pode ela consistir em exercício de *usus* e tem-se a posse do usuário, do usufrutuário, do locatário, ou como exercício de *fructus*, ou de *abusus*.

A diferença entre o exercício dos poderes, que se contém no direito de propriedade, pelo proprietário, e a posse, exercício de um dos poderes que poderia ter o proprietário, não é só quantitativo, é, também, em alguns casos, qualitativo. O que se deixa ao locatário, ao credor pignoratício, ao usufrutuário, ao usuário, ao titular do direito de habitação, ao depositário, pode ser *minus* e ser *aliud*. Daí não ter sido errado o que se escreveu no Código Civil, art, 485: “exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.” Não precisa serem todos ou alguns ou algum dos poderes; basta ser todo ou parte de algum desses poderes. A alusão à parte é para se exprimir a diferenciação qualitativa, que eventualmente pode ocorrer. (MIRANDA, 2001, pp.83-84)

Na verdade, a posse não é somente a exteriorização de fato do exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade; mais do que isso, é disponibilidade sobre a coisa. É poder de ingerência socioeconômica do possuidor sobre determinado bem que impõe conseqüências sociais e econômicas a

repercutirem na esfera civil, considerando-se posse, também, como instituto jurídico¹⁰.

A posse nada mais é do que uma relação fática socioeconômica com carga potestativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular de um bem da vida para a obtenção da satisfação de suas necessidades, suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, tornando-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico¹¹.

1.3.2. Posse direta e detenção

É certo que o conceito indireto de posse, contido no artigo 1.196 do Código Civil, é complementado pelos artigos 1.198 e 1.208, sendo que o primeiro compõe as hipóteses de detenção e o segundo, as que a descaracteriza.

Dessa forma, o artigo 1.198 do Código Civil nega ao detentor a condição de possuidor, ou seja, não é considerado possuidor *“(...)aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordem ou instruções suas.”*

Aparente dificuldade existe na distinção entre o possuir direto, descrito no artigo 1.197, e o fâmulo, ou seja, o simples detentor da posse alheia. Tal problema decorre do fato de que, em ambos os casos, os sujeitos estão em relação de dependência para com o possuidor.

Segundo disposição do artigo 1.197 do Código Civil, possuidor direto é aquele *“(...) que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real (...)”*. Assim, a posse direta surge com o desdobramento da posse plena pela

¹⁰ CASCONI, Francisco Antonio. *Tutela Antecipada nas Ações Possessórias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 6.

¹¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 35.

vontade do possuidor indireto, tendo origem sempre de uma relação jurídica, embora a servidão de posse possa ter a mesma procedência.

Decerto, todo possuidor direito é detentor; porém, nem todo detentor é possuidor direito. O detentor conserva a coisa em nome de outrem e, em cumprimento de suas ordens ou instruções, dá a coisa à destinação devida. O possuidor direito, além de deter a coisa, exerce sobre ela um poder próprio, fundado em um direito pessoal ou real.

O servidor da posse não é possuidor. Importa isso em dizer-se que o poder fático, que alguém não exerce, ou não tem, por si, e sim por outrem, não entra no mundo jurídico, como posse; não é fato jurídico, a que se chama posse.¹²

Para Silvio Rodrigues:

Realmente, não se trata, no caso, de posse, não assistindo às referidas pessoas o direito de invocar, em seu nome, a proteção possessória. São servidores ou fâmulos da posse, que a exercem em nome de terceiros; falta-lhe, portanto, aquele elemento psicológico, que transforma a mera detenção em posse.

A posse é a exteriorização do domínio. Os atos praticados pelo fâmulos da posse não externam o seu propósito de atuar como dono da coisa, mas refletem o intuito de seu representado de agir como proprietário. Este, e não aquele, é o possuidor. (RODRIGUES, 2002, pp.23-24)

Pelo sistema atual do Código Civil, a principal consequência dessa distinção é o fato de o possuidor direto poder defender sua posse, inclusive contra o possuidor indireto, conforme se destaca na parte final do artigo 1.197, utilizando-se dos interditos proibitórios. Por outro lado, o mero detentor não pode valer-se dos interditos possessórios, porque juridicamente não tem posse.

¹² Ibid., p. 113.

Por fim, segundo disposto no parágrafo único do artigo 1.198 do Código Civil, a mera detenção pode ser convalidada em posse, bastando ilidir a presunção de detenção (*Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e a outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.*).

1.3.3. Classificação da posse

O próprio Código Civil, didaticamente, entre os artigos 1.197 e 1.203, separou as espécies de posse, distinguindo a direta da indireta; a posse justa da injusta; e a de boa-fé da de má-fé.

1.3.3.1. Das posses direta e indireta

Apesar da natureza exclusiva da posse, que faz com que não possa haver mais de uma sobre um mesmo bem, o artigo 1.197 apresenta a forma de desdobramento da posse plena no diz respeito ao campo de seu exercício entre direta e indireta. Isso não acarreta em sua perda, porquanto o proprietário que a concede a outrem conserva o direito de exercer poderes inerentes ao domínio¹³.

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

¹³ DINIZ. op. cit., p. 51.

Extrai-se do artigo citado que indireta é “(...)a posse quando o seu titular, afastando-se de si por sua própria vontade a detenção da coisa, continua a exercê-lo mediatamente, após haver transferido a outrem a posse direta”.¹⁴

Na posse indireta, o possuidor cede o uso do bem a outrem que, ao recebê-lo, poderá usá-lo ou gozá-lo, sendo, desse modo, temporária e derivada a posse do possuidor direto.

Reitera-se que o possuidor direto não se confunde com o fâmulo da posse, já que a posse direta surge com o desdobramento da plena pela vontade do possuidor indireto, tendo origem sempre de uma relação jurídica, embora a servidão de posse possa ter a mesma origem.

Outrossim, aquele que detém a posse não tem direito aos interditos, sendo que o possuidor direito pode valer-se dos interditos, inclusive contra o possuidor indireto. Este, por sua vez, também mantém a proteção possessória; entretanto, não contra o possuidor direto, mas somente perante os terceiros não-possuidores.

1.3.3.2. Composse

Na distinção do artigo 1.197, verifica-se o desdobramento da posse plena quanto ao seu exercício, já no 1.199 se observa seu desdobramento quanto à simultaneidade desse exercício: “Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.”

Explicita Pontes de Miranda:

Posse só e composse. Se a posse não é solidária, ou posse só, ou mesmo a posse a um, é que duas ou mais pessoas têm posse sobre

¹⁴ RODRIGUES. op. cit., p. 25.

a mesma coisa, ou como possuidores mediatos do mesmo grau (verticalidade das posses), ou como possuidores imediatos, ou diretos. A imediatidade só tem um grau; portanto, se há dois possuidores imediatos, há, necessariamente, comosse (horizontalidade das posses): duas ou mais pessoas têm, sobre a mesma coisa, o mesmo poder fático, e podem-no exercer. Se uma delas não o pode exercer, é que o poder fático da outra o impede, e então somente quando aquela retira o obstáculo é que se pode adquirir a posse, *longa manu*. É preciso, porém, que não se dê relevo à vontade, a comosse existe, ainda que os possuidores não a queiram ver, como se um dos herdeiros se crê herdeiro único, ou se os compossuidores exercem o poder fático em momento diferente. O serem de dono ou não as posses não importa: um pode ser compossuidor direto, como dono, e outro compossuidor direto, em nome alheio. Há comosse direta entre o condômino do terreno, que tem o poder fático, e o locador de certo quinhão: comossui, como titular de E'/x, como outrem, condômino, locador, titular de fração de E', e comossui, diretamente, como o locatário, E. (MIRANDA, 2001, p. 136)

Desse modo, os compossuidores possuem simultaneamente e por inteiro a mesma coisa indivisa, podendo cada pessoa exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não exclua os demais compossuidores.

Conclui-se que só é possível duas ou mais pessoas exercerem, ao mesmo tempo, posse sobre a mesma coisa se estivermos diante de comosse ou da fragmentação da posse em direta e indireta. Do contrário, uma situação há de excluir a outra. Tecnicamente, só há três possibilidades de posse de alguém sobre alguma coisa: posses exclusiva, múltipla ou de comosse¹⁵.

1.3.3.3. Posses justa e injusta

O caráter distintivo entre posses justa e injusta é meramente objetivo, ou seja, não há juízo de valor quanto à Justiça que envolve sua classificação. Define o artigo 1.200: “Art. 1.200. *É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.*”

¹⁵ TORRES, Marcos Alcindo de Azevedo. *A Propriedade e a Posse – Um Confronto em Torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 282.

É o momento da aquisição, a forma pela qual o adquirente obteve a posse, exceto no caso de vício de precariedade, que vai funcionar como critério distintivo entre a posse justa e a injusta. Nunca é demais lembrar, no entanto, que a qualificação de justa-injusta tem sempre caráter relativo (a posse é sempre justa em relação a alguém, ou injusta em relação a outrem)¹⁶.

Relatividade do vício. O vício é relativo a alguém, e não algo de orgânico à posse, por sua causa. O ladrão, roubado, pode exercer a pretensão à tutela da posse contra o segundo ladrão. O ladrão somente não a pode ter contra aquele a quem roubou, portanto se a sua posse é viciosa em relação ao réu, ou àquele de quem o réu houve a posse.¹⁷

Desse modo, para verificar pelo ângulo objetivo se a posse plena é justa ou injusta, necessária é a verificação dos vícios da posse quanto à violência, à clandestinidade e à precariedade.

A posse violenta é aquela adquirida pelo emprego do uso de força injusta, negando a lei ao esbulhador a proteção possessória. Tendo em vista que o Direito despreza os atos praticados com violência, em desconformidade com a lei (ato ilícito), o legislador, no artigo 1.208, desautorizou a posse adquirida por atos violentos, senão depois de cessada a violência.

O ato violento não se limita à prática física, emprego da *vis absoluta*, sendo a grave ameaça, a coação moral, que leva o possuidor a entregar a coisa ao coator. Enseja também o esbulho violento, conforme ensina Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Nas hipóteses de *vis absoluta* não há qualquer opção ao esbulhador: a coisa é retirada de sua esfera de poder, ou é por ele entregue, sem que haja qualquer manifestação de vontade.

¹⁶ GONÇALVES. op. cit., pp. 57/58.

¹⁷ MIRANDA. op. cit., p. 151.

Já na coação moral, o coacto pode optar entre ceder à ameaça, ou sofrer-lhe os efeitos. (GONÇALVES, 2008, p. 63)

Na clandestina, o vício dá-se pela obtenção às ocultas, às escondidas, com uso de manobras para ocultá-la das vistas alheias. “Posse *clandestina* é a que se constitui às escondidas. Caracteriza-se quando alguém ocupa coisa de outro, sem que ninguém perceba, tomando cautela para não ser visto, ocultando seu comportamento.”¹⁸

Também a posse adquirida de forma clandestina não autoriza sua aquisição, conforme o artigo 1.208, até o término da clandestinidade, tornando-se pública.

Contudo, referida publicidade não significa, necessariamente, que o antigo possuidor tome conhecimento da nova situação de fato, mas que possa tomar ciência dela, que foi tornada pública pelo esbulhador.

A posse precária é aquela advinda da inversão da *causa possessionis*, ou seja, quando alguém receber uma determinada coisa com a obrigação de restituí-la; porém, no momento devido, recusa-se inequivocamente, e de forma injusta, a devolvê-la. Disso se extrai o conceito de Sílvio de Salvo Venosa:

Posse precária é aquela que se situa em graduação inferior à posse propriamente dita. O possuidor precário geralmente se compromete a devolver a coisa após certo tempo. Há obrigação de restituição. A coisa é entregue ao agente com base na confiança. O adquirente de coisa ainda não integralmente paga pode receber sua posse precária em confiança, devendo devolvê-la se não honrar o preço e solver a obrigação. A precariedade resulta de ato volitivo de quem concede posse nesse nível. No entanto, a precariedade não se presume. Se não houver expressa menção ou não decorrer o fenômeno de circunstâncias usuais, a posse não assume o caráter de precariedade. É necessário que o outorgado da posse concorde com a cláusula de poder a concessão ser revogada a qualquer tempo, tornando-se precarista da posse. Ordinariamente, a posse imediata é precária.

Como repousa na confiança, a outorga concedida ao precarista pode ser suprimida a qualquer tempo, surgindo a obrigação de devolver a

¹⁸ RODRIGUES. op. cit., p. 28.

coisa. O vício dá-se a partir do momento da recusa em devolver. Nesse aspecto, distingue-se da violência e da clandestinidade vícios que partem da origem da relação da coisa com o possuidor viciado. (VENOSA, 2002, pp. 70-71)

Assim, diferentemente do que ocorre com os vícios de violência e clandestinidade, o da precariedade surge no momento em que o possuidor direto recusa-se a devolver a coisa ao indireto, em verdadeira inversão da *causa possessionis*.

Neste momento, para concluirmos a exposição sobre a classificação das posses justa e injusta, importante apresentar, de forma breve, as formas que cessam os atos violentos ou clandestinos, pois, antes delas, o esbulhador não adquire posse, mas apenas mera detenção, conforme disposto na 2^o parte do artigo 1.208 do Código Civil.

Reitera-se, quanto à relatividade da classificação de posse em justa ou injusta, que, se a posse foi adquirida de forma violenta, clandestina ou precária, esta será sempre injusta em relação àquele que a perdeu, ou seja, a posse obtida com vício sempre será injusta perante o esbulhado. O fato de cessar o ato violento ou clandestino não convola a posse injusta em justa, apenas possibilita ao esbulhador a aquisição da posse que antes era considerada como mera detenção, possibilitando-lhe usar os interditos proibitórios. Como já salientado, conforme a 2^o parte do artigo 1.208, não induzem posse os atos violentos e clandestinos, senão depois de cessada a violência, ou clandestinidade.

Portanto, a aquisição da posse por violência, ou clandestinidade passa por um momento de transição, em que o esbulhador ainda não adquiriu a posse, mas mera detenção. Tal período durará até que cesse a violência ou clandestinidade. Cessadas uma e outra, surgirá para o adquirente uma posse, que por ter sido contaminada por tais

vícios, será injusta, em relação àquele que a perdeu, em razão da “vis” e “clam”¹⁹.

Nessa linha, sem razão, tal como Silvio Rodrigues (2002, pp. 29-31), os defensores da idéia de que os vícios de violência e clandestinidade vêm a cessar após o decurso do prazo de ano e dia. Ou seja, a posse injusta convola-se em justa após o decurso do prazo de ano e dia.

A cessação da violência ou da clandestinidade não afasta o caráter vicioso da posse, sanando os vícios que a maculam, ainda que superado o prazo de ano e dia. Tanto que o possuidor esbulhado, com emprego de violência, ou por clandestinidade, ainda poderá recuperar a posse do esbulhador, ainda que não seja proprietário, e sem recorrer à via petítória. A única alteração que decorrerá do transcurso do prazo de ano e dia é que esbulhador terá que se socorrer das vias possessórias, sem poder dispor da liminar. Antes de decorrido o prazo de ano e dia, o esbulhado faz a ser reintegrado liminarmente na posse.²⁰

Na verdade, cessada a violência ou a clandestinidade, o esbulhador ou turbador deixará de ter mera detenção, que se transmutará em posse injusta, mas não haverá, independentemente do decurso do prazo de ano e dia, a convolação de posse injusta em justa.

1.3.3.4. Posse de boa-fé e a de má-fé

Por fim, se há o caráter objetivo na classificação da posse justa e da injusta, as classificadas como de boa-fé ou má-fé dependem intimamente de exame subjetivo do possuidor, conforme o artigo 1.201: “Art. 1.201. *É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.*”

¹⁹ GONÇALVES. op. cit., p. 58.

²⁰ GONÇALVES. op. cit., pp. 59/60.

Assim, a distinção entre as duas está na posição psicológica do possuidor. Se este sabe da existência de vício que macule a posse, esta é classificada como de má-fé. Todavia, se ignorar tal vício, ela é classificada como de boa-fé.

Pelo parágrafo único do artigo 1.201 do Código Civil, vemos: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite essa presunção.”, sendo considerado justo título aquele hábil para conferir ou transmitir direito à posse, se proviesse do verdadeiro possuidor ou proprietário²¹. Presunção essa que é *juris tantum*, pois, aparecendo prova em contrário, desautoriza o possuidor e, ainda se, em razão de lei – em certos casos –, tal presunção não for admitida, como é o caso do esbulhador violento²².

*A posse de má-fé é aquela em que o possuidor tem ciência da ilegitimidade do seu direito de posse, em virtude de vício ou obstáculo impeditivo de sua aquisição, na qual, entretanto, se conserva. Como já vimos (CC, art. 1.202), começa desde o momento em que as circunstâncias façam presumir tal conhecimento.*²³

Como dito acima, a posse de boa-fé torna-se de má-fé a partir do momento em que o possuidor toma conhecimento do vício que macula sua posse, conforme disposto no artigo 1.202 do Código Civil. E essa definição é essencial para, conforme será verificado, definir alguns dos efeitos da posse.

*Perda do caráter de posse de boa-fé. A posse tem o caráter com que foi adquirida. Quem adquiriu de má-fé presume-se que continuou de má-fé; sem que se exclua a possibilidade de a boa-fé suceder a má-fé. Tomou, violentamente, o terreno e, depois, comprou-o, adquirindo, a seu ver, por justo título. Quem adquiriu de boa-fé pode vir a não crer em que seja justa a sua posse.*²⁴

²¹ RODRIGUES. op. cit., p. 32.

²² DINIZ. op. cit., p.57.

²³ Ibid., p.57.

²⁴ MIRANDA. op. cit., p. 151.

1.3.3.5. Posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*

A posse *ad interdicta* é a que pode ser defendida pelas ações possessórias. E a *ad usucapionem* é aquela capaz de, com ela, alcançar-se a propriedade pelo decurso de certo tempo.

1.4. Princípio da continuidade do caráter da posse

Consta nas fontes romanas a máxima latina '*Nemo si ipsi causam possessionis mutare potest*' ("Ninguém pode mudar por si mesmo a causa da posse"), sob o argumento de que a vontade humana não poderia se sobrepor ao objetivismo do ordenamento jurídico.

O princípio de continuidade do caráter da posse está descrito no artigo 1.203: "*Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.*", sendo que a simples vontade é incapaz de mudar a natureza da posse. O possuidor precário, conforme o parágrafo único do artigo 1.1.98, presume-se detentor, até que se prove o contrário. Por isso, é admitido prova ao contrário. O locatário somente poderá possuir como proprietário se adquirir a coisa do senhorio. A isso parte da doutrina denomina de inversão do título²⁵.

Consoante a ressalva inicial do artigo 1.203 do Código Civil, é cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o possuidor direto se desincumbir do ônus de provar um ato exterior e inequívoco de oposição à posse do possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini* apto a gerar a usucapião²⁶.

²⁵ VENOSA. op. cit., p. 77.

²⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado (org). *Jornada de Direito Civil*, Brasília, p. 298, 2005. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2008.

Darcy Bessone, ao comentar a interversão da posse, leciona:

(...) não poderia o ato volitivo unilateral modificá-lo. A esse ponto de vista, que de um modo geral é acolhido, abre-se exceção no caso em que a modificação não decorra apenas de ato de vontade, mas, sim, de ato material exterior e inequívoco. Verifica-se, nessa hipótese, a interversão do título não apenas por efeito da vontade, mas por efeito da exteriorização dela, através [sic] de atos concretos e materializados.²⁷

1.5. Da aquisição da posse

A aquisição da posse, segundo o artigo 1.204 do Código Civil, ocorre desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Nesse aspecto, a posse distingue-se quanto à aquisição, tendo-se em vista:

a) a manifestação de vontade do agente; b) a origem da posse;²⁸ c) a forma de sua transmissão.

Quanto à manifestação de vontade do agente, diz o doutrinador, a posse pode ser adquirida de *forma unilateral* e pode recair em coisas sem dono ou sobre as de outrem, mesmo sem anuência do proprietário. “A apreensão se revela em relação aos imóveis pela ocupação, e, em relação aos móveis, pelo fato de o possuidor os deslocar para a sua órbita de influência”²⁹

Como também, a posse pode ser adquirida por *ato bilateral*, como na hipótese da tradição, na qual pressupõe um acordo de vontades entre o tradente e o adquirente.

Já quanto à sua origem, distinguem-se os modos de sua aquisição em *originários* e *derivados*. No primeiro caso, não há relação de causalidade entre a

²⁷ BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110.

²⁸ RODRIGUES. op. cit., pp. 39/44.

²⁹ Ibid., p. 40.

posse atual e a anterior, visto não ter a aquisição decorrida de anuência do antigo possuidor. No segundo, é derivada quando existe relação de causalidade entre a posse anterior e a atual, havendo anuência do antigo possuidor.

A posse originária apresenta-se despida dos vícios que a maculavam em mãos do possuidor antecessor, visto se tratar de uma nova posse, de uma situação de fato que acabou de nascer, possivelmente com defeitos novos, mas sem os vícios anteriores³⁰.

A forma derivada ocorre quando alguém recebe a posse de um dono ou a coisa é-lhe deixada em razão de obrigação ou direito, sendo que, nesse caso, o atual possuidor adquire a posse com todos os vícios que a inquinavam nas mãos do antigo possuidor, conforme o artigo 1.206 do Código Civil (“*A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.*”).

Quanto à sua transmissão, essa pode ocorrer a título *universal* ou *singular*, regra extraída do artigo 1.207 Código Civil (“*O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.*”). No primeiro caso, processa-se quando o objeto da transmissão é uma universalidade; no segundo, quando o objeto da alienação constitui coisa certa e determinada.

Subjetivamente, conforme o artigo 1.205 do Código Civil, a posse pode ser adquirida: a) pela própria pessoa que a pretende; b) por seu representante ou por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

O possuidor ou representante podem adquirir tanto a posse imediata, como a posse mediata, não havendo proibição na lei ou na convenção. O locador pode alienar a coisa alugada, transferindo a posse indireta. Da mesma forma, o locatário pode ceder sua posição contratual, transferindo a posse imediata.

³⁰ Id., p. 41.

Nada obsta, por outro lado, que o menor adquira a posse por ato seu, pois o fato da posse independe da capacidade. O fato da posse preexiste ao direito. Existe no mundo natural. A apreensão da coisa caracteriza-o. Parece que a intenção do legislador foi apenas enfatizar que a posse também pode ser adquirida em nome e por ordem de terceiro, até mesmo sem mandato, havendo posterior ratificação. No caso concreto é que se examinará se este terceiro agiu por conta e ordem de outrem ou em nome próprio. Examinar-se-á se o terceiro recebeu incumbência de outrem ou com este tem vínculo jurídico que possibilite a aquisição da posse. O nuncio pode ter essa função: peço a alguém que apanhe ou adquira um objeto para mim. O gestor de negócios age em nome de outrem, sem mandato, sem ter recebido qualquer incumbência nesse sentido. É imprescindível a necessidade de ratificação na ausência de mandato, porque não pode ser dispensada a vontade daquele em favor de quem é adquirida a posse. Essa confirmação retroage ao momento da aquisição da posse e tem os mesmos efeitos da representação voluntária³¹.

1.6. Dos atos que não induzem posse

Dentro do capítulo “Da Aquisição da Posse”, o legislador trouxe, na primeira parte do artigo 1.208 do Código Civil, aqueles atos que não induzem posse, sendo estes de mera permissão ou tolerância. Esse artigo, conforme já analisamos anteriormente, é, em conjunto com o 1.198, um dos que complementam o conceito indireto de posse dado pelo artigo 1.196.

Diferentemente da detenção descrita no artigo 1.198 do Código Civil, nos atos de mera permissão ou tolerância, não há vínculo subordinativo. Aquele que utiliza a coisa por meio dos atos de mera permissão ou tolerância não tem a coisa para si, por impedimento legal. Contudo, também não tem para outro, por ausência de autorização. Quem permite ou tolera a apreensão da coisa não renuncia a sua posse³².

A tolerância consiste no ato de ser indulgente para com, consentir tacitamente, enquanto a permissão é o ato de dar liberdade, poder ou licença para. Assim, a tolerância constitui uma atividade passiva,

³¹ VENOSA. op. cit., pp. 88/89.

³² Ibid., p. 99.

“uma condescendência, uma indulgência, uma paciência pela prática do ato” (FULGÊNCIO. op. cit., p. 14). O possuidor não cede parcela de alguma do seu direito ao exercitante do ato, que não excede os limites das faculdades. Já a permissão pressupõe um consentimento expresso do possuidor, uma licença, uma faculdade concedida, revogável *ad nutum* pelo concedente³³.

1.7. Da perda da posse

O legislador foi preciso ao anunciar que se perde a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuir, o poder de fato sobre o bem, ao qual se refere o artigo 1.196 do Código Civil, ou seja, considera-se perdida a posse quando o possuidor não tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, qualquer que seja sua causa.

No mais, o artigo 1.224 complementa que *“só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.”* O esbulho é a perda dos poderes inerente à posse por ato, violento ou não, de terceiro não-possuidor. Caso o possuidor esbulhado, ao tomar conhecimento do esbulho, não utilize as formas de proteção da posse, seja pelos interditos, seja pelo desforço imediato, considerar-se-á perdida a posse. Por fim, é também considerada perdida a do possuidor esbulhado que for repellido violentamente.

Didaticamente, Maria Helena Diniz (2002, pp.69-73) aduz que: I) a posse da coisa pode ser perdida: a) pelo abandono; b) pela tradição; c) pela perda da própria coisa; d) pela destruição da coisa; e) pela sua inalienabilidade; f) pela posse de outrem; g) pelo constituto possessório; II) a posse dos direitos pode ser perdida: a) pela impossibilidade de seu exercício; b) pelo desuso; III) perda da posse para o possuidor que não presenciou o esbulho.

³³ GONÇALVES. op. cit., p. 40.

1.8. Dos principais efeitos da posse

Os efeitos da posse são os resultados conferidos no mundo jurídico ao sujeito titular do poder de fato possessório, variando conforme as características da posse adquirida. Assim, se ela é de boa-fé, os seus efeitos serão mais benéficos dos que aqueles conferidos à de má-fé.

Para Silvio Rodrigues:

A posse se distingue da detenção porque, enquanto esta é simples relação de fato entre a pessoa e a coisa, de que não defluem conseqüências de ordem jurídica, a posse é relação de fato que gera efeitos no campo do direito. Aliás, não é descabido inverter os termos do problema para afirmar que se a relação de fato entre a pessoa e a coisa gera efeitos jurídicos, trata-se de posse; se não gera efeitos, está-se na presença de mera detenção. (RODRIGUES, 2002, p. 51)

Dentro da sistemática do Código Civil brasileiro, podemos selecionar os seguintes efeitos da posse: a) a proteção por meio dos interditos possessórios (artigo 1.210); b) a defesa pessoal da posse, também denominada autotutela (artigo 1.210, §1º); c) o direito do possuidor de boa-fé de receber os frutos da coisa (art. 1.214); d) o direito do possuidor de boa-fé reter a coisa pelas despesas efetuadas e não-indenizadas quanto às benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219, 2º parte); e) o possuidor de boa-fé tem ainda direito de indenização pelas benfeitorias voluptuárias ou a levantá-las, quando puder, sem detrimento da coisa (art. 1.219, 1º parte); f) a exclusão de responsabilidade do possuidor de boa-fé pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa (art. 1.217); g) o direito do possuidor de má-fé ao reembolso das despesas feitas com as benfeitorias necessárias (art. 1.220); h) a

aquisição do bem por intermédio da usucapião – posse *ad usucapionem* (art. 1.238 a 1.244)³⁴.

Tendo em vista o objeto da presente dissertação, qual seja, o estudo da posse como garantia da cidadania, serão apresentados os efeitos da posse que, particularmente, afetam a cidadania. Desse modo, apresentar-se-ão os interditos possessórios, a legítima defesa da posse e a usucapião.

1.8.1. Os interditos possessórios

Ordinariamente, os interditos possessórios são as formas pelas quais, judicialmente, protege-se o direito da posse. Contudo, também nesse ponto, a doutrina diverge quanto aos fundamentos que as justificam.

As principais teorias que buscam justificar os fundamentos da tutela interdital são: a) Teorias relativas (tutela possessória como proteção da aparência da jurídica); b) Teorias absolutas: b.1) Teoria absoluta da vontade; b.2) Teoria absoluta da destinação; c) Teorias dogmático-jurídicas ou positivistas; d) Teorias baseadas nos aspectos históricos; e) teorias que exaltam a paz e a ordem social; f) Teorias baseadas na concepção econômico-social ou realista; g) Teorias baseadas na proteção possessória como proteção da personalidade; h) Teorias ecléticas; i) Teorias sociológicas: i.1) Teoria da segurança jurídica e da aparência (a posse como fenômeno social e instituição jurídica); i.2.) Teoria da função social (porém mitigada) da posse³⁵.

Materialmente, os interditos possessórios estão resguardados pelo artigo 1.210 do Código Civil, que dispõe: *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*, enquanto que, processualmente, o direito de

³⁴ FIGUEIRA JUNIOR. op. cit., pp. 61/62.

³⁵ Ibid., pp. 63/64.

ação dos interditos está assegurado pelos artigos 920 e seguintes do Código de Processo Civil.

Basicamente, são três as ações possessórias: a) a de manutenção de posse, no caso de turbação (o possuidor não é privado de sua posse, sofrendo turbação em seu exercício); b) a de reintegração de posse, no caso de esbulho (o possuidor perde os poderes inerentes à posse, por ato, violento ou não, de terceiro não-possuidor) e; c) o interdito proibitório, no caso de ameaça iminente à posse (o possuidor tem justo receio de ser molestado ou esbulhado em sua posse).

Nas ações possessórias, o fundamento é o direito de posse (juízo possessório), ou seja, a controvérsia não versa sobre o direito de propriedade (juízo petitório), conforme se extrai do disposto do § 2º do artigo 1.201 do Código Civil (*Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.*), podendo o possuidor não-proprietário obter sua manutenção ou reintegração em confronto com o proprietário não-possuidor, o que demonstra que o direito de posse é autônomo ao de propriedade.

Por fim, existem outras ações consideradas possessórias pela doutrina, por exemplo, a de imissão na posse, a nunciação de obra nova e os embargos de terceiro senhor e possuidor.

1.8.2. A legítima defesa

A legítima defesa da posse está prevista no § 1º do artigo 1.210 do Código Civil e determina que *“o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”*

Para justificar os atos de legítima defesa da posse, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos: a) ofensa à posse; b) que a repulsa seja imediata; c) moderação nos atos de defesa ou de desforço; d) práticas dos atos por próprias mãos.

A ofensa à posse dá-se por meio de atos de turbação (prática de atos de molestamento) ou de esbulho (perda, total ou parcial, da posse).

Configurada a ofensa à posse, o possuidor turbado ou esbulhado deverá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo, ou seja, que sua reação seja imediata ao ato de turbação ou esbulho.

A reação, além de imediata, deve limitar-se ao indispensável para o alcance do objetivo da repulsa, utilizando-se de meios proporcionais à ofensa à posse.

Por fim, a defesa direta da posse depende da prática de atos de mãos próprias, ou seja, a reação deve ser realizada pelo possuidor direto, pelo representante legal, pelos servidos da posse e, em certas circunstâncias, pelo possuidor indireto, sem intermediação do Poder Judiciário.

A legítima defesa da posse (evita-se dizer “direito de legítima defesa da posse”, porque tudo se passa no plano fático) dirige-se contra o ataque atual, turbação (inquietação) *iminente*, ou atos *perdurantes* (=enquanto dure o estado que dela se originou).

A legítima defesa pode ser exercida pelo possuidor imediato, pelo representante legal, pelo servidor da posse e, em certas circunstâncias, pelo possuidor mediato. Excluíu G Planck (*Comentar*, III, 4^o ed., 59) o possuidor mediato; sem razão, conforme se verá. Também o órgão das pessoas jurídicas pode exercer a legítima defesa. Bem assim, os servidores da posse³⁶.

³⁶ MIRANDA. op. cit., p. 385.

1.8.3. Da usucapião

Ao lado dos interditos possessórios, a usucapião é um dos principais efeitos da posse, que se caracteriza como o modo originário de aquisição do domínio, por meio da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado em lei³⁷.

Pela usucapião o legislador permite que uma determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se prolongue por um certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em uma situação jurídica, atribuindo-se assim juridicidade a situações fáticas que amadureceram com o tempo³⁸.

Segundo Silvio Rodrigues (2002, p.110), são pressupostos da usucapião: a) Coisa hábil; b) Justo Título; c) Posse mansa, pacífica e contínua; d) Boa-fé; e) Lapso temporal; f) Sentença judicial.

Nem todos os bens e direitos podem ser suscetíveis de usucapião. Quanto aos primeiros, restringem-se às coisas hábeis de usucapir, às coisas que não estejam fora do comércio e que não sejam bens públicos. Quanto aos direitos, somente os reais que recaírem sobre bens prescritíveis podem ser adquiridos por usucapião.

Justo título é qualquer documento capaz de transferir o domínio. A exibição do referido documento é imprescindível nas hipóteses de usucapião ordinária, sendo presumida sua existência na extraordinária, inclusive é proibido que se demonstre a inexistência de justo título.

Evidentemente, a posse é requisito da usucapião, visto que, sem ela, não há a outra. A posse deve ser mansa, pacífica e contínua. As duas primeiras ocorrem quando são exercidas sem contestação do proprietário do bem. Posse contínua é a

³⁷ RODRIGUES. op. cit., p. 108.

³⁸ DINIZ. op. cit., p. 145.

exercida sem intervalos. *“Para que se configure a usucapião, é mister a atividade singular do possuidor e a passividade geral do proprietário e de terceiros, antes daquela situação individual”*³⁹

Ademais, a posse há de ser justa, sem os vícios da violência, clandestinidade ou precariedade, vez que, como já visto, se existentes tais vícios, ela não se induz até que cesse o vício que a macula.

A boa-fé, como requisito da usucapião, é a convicção do possuidor de que não está ofendendo um direito alheio, ignorando o vício ou o obstáculo que impedem a aquisição do bem ou do direito possuído.⁴⁰

O lapso temporal da usucapião é fixado em lei e varia de acordo com cada modalidade prevista na legislação. Na extraordinária, prevista no artigo 1.238 do Código Civil, o lapso temporal é de 15 (quinze) anos de posse ininterrupta e sem oposição, independentemente de justo título e boa-fé, ou de 10 (dez), se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Na usucapião ordinária, prevista no artigo 1.242 do Código Civil, o lapso temporal é de 10 (dez) anos de posse ininterrupta e sem oposição, dependente de justo título e boa-fé ou de 05 (cinco) se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesses social e econômico.

Há a usucapião especial urbana ou *pro habitatione*, prevista no artigo 183 da Constituição Federal e no 1.240 do Código Civil, no qual o lapso temporal é reduzido para 05 (cinco) anos se a posse for de área urbana de até duzentos e cinquenta

³⁹ Ibid., p.151.

⁴⁰ Id., p.153.

metros quadrados, ininterrupta e sem oposição, sendo utilizada para moradia do possuidor ou de sua família. E este lhe adquirirá o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A Lei nº. 10.257/01 acresceu ainda a usucapião especial coletiva, com lapso temporal de 05 (cinco) anos nas áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, ininterruptamente e sem oposição, quando não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor e desde que estes não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Ainda, há a usucapião especial rural ou *pro labore*, prevista no artigo 191 da Constituição Federal e no 1.239 do Código Civil, com lapso temporal de 05 (cinco) anos, ininterruptos e sem oposição, para aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua 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.

Por fim, determina a lei que a usucapião seja declarada por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

CAPÍTULO II - CIDADANIA

2.1. Gerações de direito

O jurista Karel Vasak, ao proferir sua aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, sob o título *Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité* (Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade), buscou, didaticamente, fazer um paralelo entre a evolução dos direitos humanos com base no lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), ampliando a visão do mundo sobre o tema.

A causa próxima à origem da primeira geração de direitos foi, sem sombra de dúvidas, a opressão do regime absolutista. Devido a ela, surgiram as chamadas “declarações de direitos”, cuja principal característica era a proteção do indivíduo em suas relações e perante o Estado.

Em todas essas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo. Os americanos, na verdade, nessas declarações buscavam enumerar simplesmente os direitos imemoriais que, como cidadãos ingleses, julgava gozar e que haviam sido postergados pelo monarca. Os franceses também procuravam impedir os abusos mais freqüentes. Apenas o seu pendor racionalista – metafísico, diria um inglês – os levou a proclamar princípios eternos e universais.⁴¹

Decerto, as referidas declarações apresentam uma hostilidade contra o poder, considerado o inimigo máximo das liberdades, constituindo mecanismos de resistência contra a intervenção do Estado por meio de liberdades-limites e liberdades-oposição.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 283.

Imperioso destacar que os direitos individuais declarados são considerados de origem da natureza do próprio homem, oponíveis a todos os indivíduos simplesmente por sua individual condição humana, abstraindo suas demais condições, quer pessoais, quer sociais, ou quaisquer outras.

O liberalismo individualista substrato ideológico dos direitos de primeira geração - tinha como princípio político o de que os homens e a sociedade por eles formada têm que realizar diretamente o seu próprio destino. Ao Estado caberia, apenas, deixar as pessoas agirem livremente. Imaginava-se que, rompida a opressão estatal, os direitos de liberdade fariam frutificar uma espécie de harmonia espontânea na convivência sociopolítica.⁴²

Na primeira geração de direitos, o Estado passa a ser apenas o garantidor das liberdades, sem interferir no relacionamento entre os indivíduos. Mantém, assim, um comportamento de abstenção.

O indivíduo e a nação, foram tidos como universos em si, titulares naturais por si bastantes de direitos individuais e de poder constituinte na quantidade e na qualidade que foram absolutamente necessárias e bastantes para essa oposição ao absoluto. Em decorrência, a intervenção estatal arrefeceu e os direitos ficaram em uma função social individual: garantir na sociedade dos indivíduos as suas partes singulares ou – o que dá no mesmo – garantir a sociedade dos indivíduos em suas partes singulares, em suma, garantir os próprios indivíduos, pela coação social agora aparata num Estado bem mais completo. Para esse fim específico e relativo, os indivíduos são *singularmente considerados* e todos se quedam submetidos à soberania de um novo Estado nacional aparelhado de poderes bem estruturados, submetidos e separados em três poderes básicos, equilibrados e controlados entre si por um sistema de *checks and balances*, o que se soma à declaração de direitos. Surgem assim os *direitos individuais*⁴³.

⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Fundamentais de Terceira Geração*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre., n.15, pp.227-232, 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/121/1/Direitos_fundamentais_de_terceira.pdf>. Acesso em: 4 out. 2008.

⁴³ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 425/426.

Superada a ideologia do Estado liberal, tendo em vista a crise do fim do século XIX causada pelo “capitalismo selvagem”, surge a necessidade da segunda geração de direitos, os de igualdade, porém sem renúncia aos anteriormente conquistados.

Vê-se o surgimento do Estado do bem-estar social, com a proclamação de compromissos solenes de estabelecer políticas públicas destinadas a eliminarem desigualdades sociais e promoverem, em todos os seus aspectos, a dignidade da pessoa humana.

Nessa etapa, há nítida superação do caráter individualista da primeira geração de direitos, mas não uma superação-eliminação e, sim, uma superação-complementação. Ou seja, há somatória entre as gerações de liberdades individuais e direitos sociais, econômicos e culturais.

Não se registra um conflito de interesses entre o individual e o coletivo, mas, ao contrário, o fortalecimento da idéia de cidadania coletiva, capacitando-se para o enfrentamento de estruturas marcadas pelo dogmatismo jurídico-formal, responsável pelas resistências ainda operantes até no Poder Judiciário⁴⁴.

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma prestação positiva do Estado. São as liberdades positivas, reais ou concretas. Nessa esfera, não exige do estado uma abstenção que se verifica numa atitude negativa, mas a ação do Estado com o intuito de alcançar o bem comum⁴⁵.

A titularidade deixa de ser o homem como indivíduo e passa ao ser humano em uma categoria ou parte social, enquanto o objeto foca não somente a defesa da

⁴⁴ MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça Agrária, Cidadania e Inclusão Social. In: BARROSO, Lucas Abreu, DE MIRANDA, Alcir Gursen, SOARES, Mário Lúcio Quintão. (org..) *O Direito Agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 106.

⁴⁵ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 67/68.

liberdade individual, mas também a promoção das igualdades social, econômica e cultural.

A segunda classe ou geração não se estende a todos os indivíduos, mas somente aos integrantes de uma parte da sociedade: compreendidos como determinada categoria social que, por ser considerada mais fraca na sua relação social específica, ou seja, em relação a outra parte com que se relaciona especificamente, merece especial proteção do direito, como, por exemplo, a categoria dos empregados, dos inquilinos, dos idosos, dos menores, dos deficientes, das mulheres, dos consumidores, dos estudantes, etc. Estão aqui os direitos sociais – típicos da legislação social, que surgiu na alvorada do século XX. São "sociais" não por serem direitos de toda a sociedade, mas sim de uma categoria social em face de outra, entre as quais promovem a igualdade social. São direitos categoriais⁴⁶.

Decerto, os direitos de segunda geração não são, como os da primeira, naturais, pois focam a sociedade. É garantia do Estado na instituição de serviços públicos correspondentes ao objeto social desses direitos.

Ante a resistência da estrutura agrária deixada pelo feudalismo e pelo colonialismo e perante a persistência das questões sociais criadas pelo capitalismo individual, o Estado reativou a intervenção e colocou os direitos dos indivíduos – a liberdade, a igualdade e a propriedade e outros – em função social, buscando resolver as contradições sociais numa igualdade básica entre as partes da sociedade nacional. Os direitos individuais são assim ampliados, submetidos a um condicionamento social, não parco e quase que espontâneo, mas intencional e cada vez maior. Não mais, apenas, o condicionamento social natural aos direitos, mas um condicionamento teleológico e axiológico, sujeitando os direitos a uma função social decidida pelo Estado. Surgem, da transformação e evolução dos direitos individuais, os *direitos econômicos, sociais e culturais*, abreviadamente ditos *direitos sociais*. (BARROS, 2003, p. 426)

Por fim, a terceira geração de direitos foi uma reação aos acontecimentos do início do século XX, especialmente à propagação de guerras e extermínios em

⁴⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Noções sobre Gerações de Direitos*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>>. Acesso em: 4 out. 2008.

massa. Essa nova geração buscou defender a humanidade da própria humanidade, inspirando-se em valores de solidariedade.

Destaque para a internacionalização de direitos, com legislações comunitárias, e a relativização das soberanias nacionais, dando espaço para declarações internacionais/supranacionais e pela criação de entidades internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio (OMC), União Européia, Mercosul, Organização das Nações Unidas (ONU), Organização das Nações Unidas para a Educação e a Ciência e a Cultura (UNESCO), etc.

(...) os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁴⁷

Os principais direitos dessa geração são: os direitos à paz; ao desenvolvimento; ao patrimônio comum da humanidade; à comunicação; à autodeterminação dos povos e, por fim, ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado.

Os direitos fundamentais de terceira geração são os verificados pela tutela dos interesses difusos e coletivos. Como os direitos de terceira geração chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos⁴⁸.

⁴⁷ DE MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴⁸ SIQUEIRA JR. op. cit., p. 68.

Tais direitos são, hoje, reflexos dos crimes que a própria humanidade cometeu contra seus pares, sendo necessários para proteger a humanidade mediante a promoção da solidariedade e da dignidade humanas.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade⁴⁹.

As gerações de direitos não se excluem, mas se complementam, pois, como assevera Sérgio Resende de Barros (2003, p. 433): *“Não há gerações sucessivas – há geração contínua – de direitos humanos.”*

2.2. A cidadania

No entender de Fábio Konder Comparato (1996, p.3), a cidadania desenvolveu-se ao longo de três grandes etapas: a fase exclusivamente política das origens, a da reação individualista e a atual.

Na fase exclusivamente política das origens, citando-se a civilização greco-romana, são considerados cidadãos apenas os homens que participam do funcionamento da cidade-Estado, os titulares de direitos políticos. A participação

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. *Mandado de Segurança*. Desapropriação. Mandado de Segurança n.º 22.164-0, Tribunal do Pleno. Brasília, julgado em 30.10.1.995, publicado no DJU em 17.11.1.995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 4 out. 2008.

política do cidadão era realizada de forma direta, sem a mediação de um representante.

Aristóteles (1995, p. 85) definiu que “*cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária*” da cidade-Estado. Assim, cidadão era aquele que detinha autorização para participar das deliberações.

Obviamente, a referida cidadania ativa não era prerrogativa de todas as pessoas que habitavam a cidade-Estado, porque, em Atenas, eram excluídos, por exemplo, os escravos e as mulheres. Dalmo de Abreu Dallari, citado por Paulo Hamilton Siqueira Jr., escreveu:

(...) na Grécia antiga a expressão cidadão indicava apenas o membro ativo da sociedade política, isto é, aquele que podia participar das decisões políticas. Juntamente com [sic] os cidadãos compunham a *polis* ou cidade-Estado os homens livres não-dotados de direitos políticos e os escravos. Já existe aí um vislumbre de noção jurídica, pois quando se fala em povo de Atenas só se incluem nessa expressão os indivíduos que têm certos direitos. Mas, evidentemente, não há coincidência entre esse e o moderno conceito de povo. Em Roma, usa-se, de início, a expressão povo para indicar o conjunto dos cidadãos, exatamente como na Grécia, dando-se-lhe mais tarde um sentido mais amplo, para significar o próprio Estado romano. Embora nesses não se encontre o sentido moderno de povo, existe já uma conotação jurídica, pois a qualidade de cidadão implica a titularidade de direitos políticos. (apud SIQUEIRA, 2007, p.239)

Após longa supressão da cidadania por substituição por um complexo de relações hierárquicas de dominação privada, desenvolve-se a cidadania individualista do Estado liberal que entregou a titularidade de direitos próprios aos indivíduos e não derivados do grupo social a qual pertenciam, inclusive os direitos políticos antes abolidos pelo absolutismo monárquico.

Comparato (1996, p.7), ao citar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, definiu:

A nova cidadania comporta, pois, duas dimensões: uma universal e outra nacional. Todo homem é, doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade, mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos. (...) Pôs-se, então, a ruptura entre a cidadania civil e a cidadania política, a primeira entendida como afirmação da soberania individual e a segunda, como a delegação da soberania coletiva.

(...)

Após as Declarações Americana e Francesa do final do século XVIII, fica muito claro que a condição para ser sujeito de direitos deriva, antes de tudo, da individualidade. O sujeito de direitos é a pessoa, não o membro da comunidade política. Temos direitos porque somos humanos e não somos humanos porque temos direito a participar o processo político. O direito a participar é apenas uma decorrência lógica do direito humano à igualdade e à liberdade.⁵⁰

Vale lembrar que, na etapa da cidadania individualista do Estado liberal, a participação política do cidadão não era realizada de forma direta, mas por mecanismos de representação. Por isso, uma idéia essencial do conceito de cidadania consiste na sua vinculação com o princípio democrático.

Os direitos do homem e do cidadão – O primeiro aspecto que nos chama a atenção é o da cisão que o discurso jurídico burguês fez entre “homem” e o “cidadão”, que refletiu na Declaração de Direitos de 1789, que se chamou *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, nas qual a expressão “direitos do homem” denota o conjunto dos *direitos individuais*, pois ela é profundamente individualista, assinalando à sociedade um fim que é o de servir aos indivíduos; enquanto a expressão “direitos do cidadão” significa o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa.

A idéia de representação, que está na base do conceito de democracia representativa, é que produz a primeira manifestação da *cidadania* que qualifica os participantes da vida do Estado – o *cidadão*, indivíduo dotado do direito de votar e ser votado -, oposta à idéia de vassalagem, tanto quanto a de soberania aparece em oposição à de suzerania.

O cidadão surge, assim, como o nacional a que se atribuem os direitos políticos. A idéia de *cidadania restrita* aos titulares desses direitos revela uma forma de tornar mais abstrata a relação povo/governo. Mesmo nos casos em que a palavra “cidadão” era empregada em dois sentidos – amplo, correspondendo todos os

⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 608/609.

nacionais, e outro estrito, correspondendo aos titulares dos direitos políticos -, ainda assim a idéia de abstração estava presente⁵¹.

Na etapa atual da cidadania, temos multiplicidade de conceitos; vislumbra-se, pois, basicamente, o desdobramento da cidadania em sentidos estrito e largo.

Em sentido estrito, sinteticamente, pode ser vislumbrada pelo prisma do Direito e assemelha-se à cidadania individualista do Estado liberal. Assim, considera-se cidadão o detentor de direito de participar do processo de tomada de decisão política, seja como eleitor, seja como postulante de uma posição pública. Por outro lado, a cidadania em sentido largo, vislumbrando pensamento social, é conceituada como um conjunto dinâmico de direitos e obrigações que determina o grau de inclusão do sujeito nas diversas esferas da convivência social.

Assim, quando falamos em *cidadania* nos dias de hoje, não estamos nos referindo apenas à velha idéia de participação dos cidadãos por intermédio de canais tradicionais de formação da vontade do Estado. Da mesma forma, não estamos nos limitando a vislumbrar o exercício da cidadania como mera prerrogativa de escolha periódica de líderes que se alteram no Poder. A nova cidadania se exerce em diversos âmbitos. A escolha de representantes por intermédio de eleições é apenas um deste âmbito. Nas democracias contemporâneas os cidadãos têm outros mecanismos de participação direta na gestão da coisa pública. Podem ser tomados como exemplos a participação em conselhos da comunidade, que desempenham um papel importante na formação de políticas públicas; a manifestação coletiva viabilizada por instrumentos como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular; a participação em audiências públicas ou na conformação dos orçamentos participativos. Em muitos países a Internet e a TV a Cabo têm sido utilizadas para promover o debate público de questões que posteriormente serão submetidas ao voto popular. Voto, este, que também pode se dar por meio eletrônico, em muitas circunstâncias. Por fim, deve-se destacar, ainda no âmbito do Estado, a utilização de ações coletivas, que colocam o Judiciário como uma nova arena de participação pública voltada à resolução de conflitos sociais. Ao lado desses mecanismos formais de participação direta na Administração, as cartas de direitos contemporâneos criam um imenso espaço para a produção de discurso público e articulação de interesses coletivos. Nesta esfera pública, mas não estatal, o cidadão

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 35/36.

tem a liberdade de formar organizações que promovem causas de interesse público. Da mesma forma, permite-se a livre circulação de informações, por intermédio de uma mídia cada vez mais descentralizada e acessível. Estes novos espaços de engajamento público têm enorme potencial educativo, que favorece a qualificação dos cidadãos como agentes republicanos, capazes de assumir de forma mais consciente a responsabilidade pelos destinos da comunidade.⁵²

Assim, a cidadania recebe contornos mais amplos, tornando o cidadão parte do processo de desenvolvimento e promoção social, não se limitando este a participar dos canais formais de formação da vontade política por meio do sufrágio.

Comparato (1996, pp. 10-11) afirma que a idéia de participação do cidadão deve-se instaurar em cinco níveis, quais sejam: a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais; c) no controle do poder político; d) na administração da coisa pública; e) na proteção dos interesses transnacionais.

Hannah Arendt concebeu a cidadania como *o direito a ter direitos*. Trata-se da afirmação do cidadão como possuidor de garantias próprias de sua existência no espaço da *polis*, ou seja, enquanto ser político⁵³.

A resignificação do conceito arendtiano de cidadania soma-se à idéia de integralidade dos direitos humanos a partir de sua reconstrução, que unificam em si os direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, num único contexto axiológico em torno da dignidade da pessoa humana. Tais direitos, indivisíveis e universais, servem como conteúdo do Estado Democrático de Direito que, na esteira das releituras propostas neste trabalho, também deve ser repensado⁵⁴.

Decerto, conforme expõe Dimitri Nascimento Sales (2005), em seu estudo sobre Hannah Arent, a ampliação do conceito de cidadania abre a prerrogativa de se

⁵² VIEIRA. op. cit., pp. 623/624.

⁵³ SALES, Dimitri Nascimento. *Hannah Arent: A ruptura, a palavra e a reconstrução* (O sentido da cidadania). 2005. (31) Monografia (avaliação final da disciplina Filosofia do Direito I) _ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo.

⁵⁴ Ibid., p. 26.

alargar seu exercício no âmbito político-estatal. Por meio da adoção em grande escala e da implementação de novos mecanismos de participação popular, instrumentos próprios da denominada democracia participativa, é possível dilatar a existência e realização do espaço público da *ação* e da *palavra*.

2.3. A cidadania no Brasil

Após 24 anos do regime excepcional aferido pela Revolução de 1964, foi promulgada, no Congresso Nacional, aos 5 de outubro de 1988, em grande solenidade transmitida pelas redes de televisão, a atual Constituição brasileira – apelidada de “Constituição Cidadã” por Ulisses Guimarães, inspirada, sobretudo, na Carta portuguesa de 1976 e na espanhola, de 1978⁵⁵.

Uma nova dimensão da cidadania – É aquela que decorre da idéia de *Constituição dirigente*, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania.

A nova idéia de cidadania se constrói, pois, sob o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do homem. A Constituição de 1988, que assume as feições de uma *Constituição dirigente*, incorporou essa nova dimensão da cidadania quando, no art. 1º, II, a indicou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A propósito escrevemos: “A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.

⁵⁵ SARAIVA, Vicente de Paulo. A Constituição Cidadã. *Jurídica Consulex*, Brasília. ano XII, n. 281, p. 26, 30 set. 2008.

Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições. Se é certo que a promoção dos direitos sociais encontra notáveis limites no plano das disponibilidades financeiras, menos verdade não há de ser que, inclusive em épocas de recessão econômica, o princípio da igualdade continua sendo um imperativo constitucional, que obriga a repartir também os efeitos negativos de todo período de crise. (SILVA, 2008, pp. 36-37)

A cidadania é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme o inciso II do artigo 1º da Constituição Federal, sendo um desdobramento do Estado Democrático de Direito.

No sentido amplo do termo, a cidadania é o exercício de outras prerrogativas constitucionais que surgiram como consectário lógico do Estado Democrático e Social de Direito. Esse foi o sentido empregado na Constituição Federal, nos arts. 1º, II, 5º, LXXI, 22, XIII, e 68, §1º, II⁵⁶.

A Constituição alicerçou o Estado Democrático em dois fundamentos relacionados ao indivíduo: cidadania e dignidade da pessoa humana. Esta se refere ao valor fundamental do indivíduo, ao passo que aquela, ao aspecto social⁵⁷.

No sentido esculpido na Constituição cidadania é ter direitos. A concretização da democracia ocorre pela cidadania, ou seja, pela participação política nos destinos da nação. A cidadania plena surge com os direitos sociais. Não existe direito de liberdade de expressão sem o direito à educação⁵⁸.

Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, composto das garantias e liberdades individuais (art. 5º), políticos, constituído do direito de participar do exercício do poder político, capacidade de organizar partidos, votar e ser votado (arts. 14 a 17), e sociais, que são as condições mínimas necessárias à vida digna (arts. 6º a 11).

⁵⁶ SIQUEIRA JR. op. cit, p. 240.

⁵⁷ Ibid., p. 245.

⁵⁸ Id., p. 242.

(...) a classificação que decorre do nosso direito constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto da tutela. De acordo com esse critério, teremos: (a) direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do direito constitucional brasileiro (art.5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (França); (b) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que a Constituição adotou como direitos coletivos (art. 5º), que, nas edições anteriores desta obra, denominamos liberdades de expressão coletiva, entre os indivíduos; (c) direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º); (d) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os direitos políticos (art. 14), chamados também direitos democráticos ou direitos de participação política e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou liberdades-participação), pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos)⁵⁹.

A cidadania enquadra-se perfeitamente no desenvolvimento das gerações de direito, vez que o Estado, aqui encarado como uma expressão organizada da coletividade, é o responsável por garantir a contraprestação dos serviços essenciais, atendendo aos direitos econômicos e sociais, como por exemplo, o serviço escolar, no direito à educação; o serviço médico no direito à saúde; os serviços desportivos no direito ao lazer⁶⁰.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 186/187.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 50/51.

CAPÍTULO III - A POSSE COMO GARANTIA DA CIDADANIA

3.1. Do direito de propriedade ao poder fático da posse

Antes de adentrarmos ao tema e discorrermos sobre a função da posse como forma de garantia da cidadania, é mister dissertarmos, brevemente, sobre o direito de propriedade no Brasil.

O instituto da propriedade privada é elemento característico, fundante do sistema do ordenamento jurídico moderno, pois, no modelo econômico do capitalismo, é o que vem a permitir a troca de mercadorias no mercado. O fundamento da propriedade é determinado por valores socioeconômicos que condicionam a apropriação de bens e a satisfação de necessidade em determinado momento histórico⁶¹.

O domínio é o mais completo dos direitos subjetivos e constitui, como vimos, o próprio cerne do direito das coisas. Aliás, poder-se-ia mesmo dizer que, dentro do sistema de apropriação de riqueza em que vivemos, a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens⁶².

No molde do Código Civil revogado de 1916, a propriedade possuía contornos de um direito praticamente absoluto, visto que foi elaborado numa perspectiva eminentemente individualista, fiel à noção liberal de propriedade, formulada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, pelo Código

⁶¹ OLIVEIRA. op. cit., pp.112/113.

⁶² RODRIGUES. op. cit., p. 76.

Napoleônico e pela Escola Pandectística, e incorporada por nossa legislação civil pelo Código de Bevilacqua⁶³.

Pelo disposto no artigo 524 do Código Civil de 1916, ao proprietário era assegurado o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Desse modo, pelo legislador infraconstitucional de 1916, o direito de propriedade era considerado exclusivo e perpétuo, reflexo do individualismo liberal do início do sistema econômico-capitalista.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios básicos do direito privado, que anteriormente recebia interpretação quase que exclusiva dos dispositivos do Código Civil de 1916, emigraram para a Constituição. E passaram a ocupar uma posição central no ordenamento civil, gerando a constitucionalização dos princípios e institutos do direito privado, impondo ao operador o conhecimento da lógica do sistema oferecido pelos valores e princípios constitucionais, modificando os princípios tradicionais, buscando a valorização do homem como pessoa, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento⁶⁴.

Pelo texto constitucional do artigo 5º, *caput*, a propriedade - ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança - é considerada um direito fundamental, inclusive com caráter imutável de cláusula pétrea, a teor do artigo 60, §4º, inciso IV, da Magna Carta.

Com a garantia constitucional do direito de propriedade dos bens de consumo e de produção, o legislador consagrou que o regime político-constitucional

⁶³ BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. Usucapião Constitucional Agrário. In: BARROSO, Lucas Abreu, DE MIRANDA, Alcir Gursen, SOARES, Mário Lúcio Quintão. (org.) *O Direito Agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 253.

⁶⁴ TORRES. op. cit., p. XXX.

adotado pela República Federativa do Brasil é o capitalista, deitando suas bases na economia de mercado e na livre iniciativa.

No inciso XXII, do mesmo artigo 5º da Magna Carta, o legislador constitucional reiterou a importância do direito de propriedade; todavia, pelo disposto no inciso seguinte, esse direito restou subordinado à sua função social, que consiste em uma forma de relativizar, em prol dos interesses público, econômico e social, o direito de propriedade que, anteriormente, era visto como absoluto, exclusivo e perpétuo.

Há, assim, verdadeira dicotomia existente entre o direito de propriedade e seu uso. No primeiro, sobressai o aspecto individual e, no segundo, os interesses público, social e econômico.

A característica do direito de propriedade que sofreu maior afetação do princípio da função social é o seu absolutismo, tanto no sentido de oponibilidade do direito, reconhecida como erga omnes, como no sentido de sua utilização ampla, irrestrita e ilimitada.

No primeiro aspecto, tem o titular o direito à potencialidade de obter dos demais membros da comunidade uma atitude absenteísta quanto ao bem objeto de seu direito e permite, no caso de violação, movimentar a máquina estatal, através [sic] do tegumento protetor de seu direito, aqueles que descumpriram o dever de abstenção, sendo-lhes ainda facultado pelo sistema o exercício da autodefesa.

O segundo aspecto consiste no poder assegurado ao titular de realizar na coisa, objeto do direito, tudo que lhe aprouver, de maneira mais completa possível⁶⁵.

O legislador infraconstitucional, atento aos novos princípios constitucionais, modificou o disposto sobre o direito de propriedade no Código Civil de 2002, principalmente incluindo disposições sobre a função social da propriedade. Ademais, manteve a possibilidade de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como na hipótese de requisição, em caso de perigo público iminente e por desapropriação judicial.

⁶⁵ Ibid., p. 230.

O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito, porque são concebidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade. Assim, se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança proteção do ordenamento jurídico, que, ao contrário, impões-lhe o ônus de reparar o prejuízo causado. Portanto, o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade.

Essa limitação, que antes provinha de fonte doutrinária, na interpretação *a contrário* do art. 160, I, do Código Civil de 1916, hoje se encontra nos §§ 1º e 2º do art. 1.228, que consagram a idéia de abuso de direito no exercício do direito de propriedade⁶⁶.

Do conceito estampado no artigo 1.228 do Código Civil, extraímos que direito de propriedade é a faculdade que o proprietário tem de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha; porém, com os limites impostos pelos incisos do mesmo artigo e pela própria sistemática Constituição Federal.

Atualmente, o direito de propriedade não é mais concebido como um direito absoluto e exclusivo, pois o de uso é limitado pela Carta Magna, pelo Código Civil e também pelo Estatuto da Cidade. Nesse sentido, é o texto do parágrafo 2º do artigo 1.228 do Código Civil que veda os atos emulativos ou abuso no exercício do direito de propriedade, modalidade de abuso de direito (artigo 187 do mesmo diploma legal), que gera a responsabilização civil.

No que tange ao direito de dispor ou alienar, o artigo 1.228, § 1º do Código Civil, reafirma a função social da propriedade acolhida no artigo 5º, incisos XXII e XXXIII e no 170 da Carta Constitucional. O referido diploma legal vai mais adiante; eis que prevê, ao lado da função social da propriedade, a sua função socioambiental com a previsão de proteção da flora, da fauna, da diversidade ecológica, dos patrimônios cultural e artístico, das águas e do ar; tudo conforme preceitua o artigo

⁶⁶ RODRIGUES. op. cit., p. 76.

225 da Constituição Federal e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81).

Conforme afirmado acima, o direito de propriedade não é concebido como absoluto de uso sem função social do bem, eis que encontra limites nos direitos alheios, os quais devem ser respeitados. No Direito Civil Moderno, concebido à luz do Texto Maior, cada vez mais surgem medidas restritivas ao direito de propriedade, impostas pelo Estado em prol da supremacia dos interesses difusos e coletivos. Desse modo, o direito de propriedade esbarra na função social e na socioambiental, no interesse público, na proteção do bem comum e no princípio da justiça social (artigo 3º, inciso III da Carta Política).

Quanto ao direito de propriedade, o proprietário não dispõe mais do direito de usar, gozar e dispor da coisa objeto da propriedade. O artigo 1.228 do Código Civil de 2002 confere ao proprietário apenas a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa. Desapareceu, portanto, o caráter absoluto conferido ao exercício dos poderes proprietários, na sistemática do Código Civil de 1916⁶⁷.

Por essa razão, o direito civil, ao proteger a propriedade, não o fará pelo bem em si, mas apenas enquanto ele servir de instrumento à efetivação de valores constitucionais, tais como a justiça social, e possibilitar a tutela plena da dignidade da pessoa humana. Ademais, em respeito à superioridade hierárquica dos preceitos constitucionais, toda a legislação infraconstitucional deve ser interpretada e aplicada de acordo com o texto constitucional que, além de vértice da legislação, tem papel unificador no sistema jurídico⁶⁸.

Acerca do princípio da função social, leciona Gondinho (apud Tepedino, 2002):

⁶⁷ OLIVEIRA. op. cit., pp.156/157.

⁶⁸ TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo. n. 65, pp. 21-32, jul/set. 1993.

O princípio da função social relativiza o individualismo que marcou o tratamento do direito de propriedade na codificação oitocentista. A propriedade não deixou de ser direito subjetivo tutelado pelo ordenamento jurídico, mas a função social altera a estrutura e o regime jurídico do direito de propriedade, atuando sobre seu conceito e o seu conteúdo⁶⁹.

O direito de propriedade é uma relação entre uma pessoa e a coisa, qualquer que seja o meio de aquisição. É, pois, um direito real e exclusivo do proprietário sobre o bem objeto do direito, afastando a ingerência de qualquer outra pessoa sobre o mesmo.

Segundo Rubens Limongi França, a propriedade pode ser assim definida:

(...) o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob detenção física de outrem⁷⁰.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

(...)a concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os Códigos Civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos imobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Todas essas dimensões da propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social⁷¹.

Brilhante é a definição de propriedade trazida por Kataoka (apud Tepedino, 2002):

⁶⁹ GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 397/433.

⁷⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 404.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 2 jul. de 2008.

Assim, o direito de propriedade pode ser expresso atualmente como direito que permite a um titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele o faça de modo a realizar a dignidade da pessoa humana. O direito de propriedade não é concedido ou reconhecido em razão da função social, mas deve ser exercido de acordo com esta. A função social constitui-se, então, em título justificativo dos poderes do titular da propriedade⁷².

O direito de propriedade permanece um dos pilares do Direito Privado. Contudo, seu exercício é que vem sofrendo influências da aproximação entre o Direito Público e o Privado, na busca do “Estado Social”, objetivando a melhora da qualidade de vida do todo social ao invés de ater-se a interesses individuais.

Por ser um direito real, a propriedade é um vínculo jurídico entre uma pessoa e a coisa, sendo mero título, existente não no mundo dos fatos, como a posse, mas apenas no jurídico.

Na verdade, a faculdade que o proprietário tem de usar, gozar e dispor da coisa não é exercida no campo puramente jurídico, mas sim no campo fático da realidade.

Como vimos, a posse é conceituada pela maioria da doutrina como exteriorização de fato do exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, ou seja, é por ela que o proprietário exerce sua faculdade de usar, gozar e dispor da coisa. São os atos concretos realizados ou não por aquele que tem de fato a disponibilidade física dos bens, ou seja, é pelo possuidor, proprietário ou não, que se dá a utilização dos bens.

Reitera-se que a posse não é somente a exteriorização de fato do exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade; mais do que isso, é

⁷² KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 457/466.

disponibilidade sobre a coisa. É poder de ingerência socioeconômica do possuidor sobre determinado bem, impondo conseqüências sociais e econômicas que acabam repercutindo na esfera civil, considerando-se posse, também, como instituto jurídico⁷³.

A posse nada mais é do que uma relação fática socioeconômica com carga potestativa (poder de ingerência) formada pelo sujeito titular de um bem da vida para a obtenção da satisfação de suas necessidades, suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, tornando-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico⁷⁴.

Disso se extrai que é pela utilização do bem pelo possuidor que a propriedade deixa o mundo jurídico e exterioriza-se no real. A posse é poder fático exercido sobre a coisa, enquanto a propriedade é o título jurídico que vincula pessoa e coisa.

A propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata com base no título aquisitivo. A posse não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata. Daí a função social ser “mais evidente na posse e muito menos” na propriedade, que mesmo sem o uso pode manter como tal. A função social na propriedade, dentre outras situações que já observamos “ao conceito estático” corresponde uma reação anti-individualista [sic].

A propriedade sem posse é mera abstração jurídica, uma linha tênue de existência – o registro imobiliário na propriedade imóvel e tal propriedade só despertarão interesse econômico se estiver caracterizado que, num determinado tempo, o titular terá a plena propriedade, pois do contrário é absurdo imaginar que alguém a adquira.

Aquele que adquire propriedade imóvel, urbana ou rural, o faz pelo valor de utilização de terra, seja para construção seja para o cultivo e criação de animais. Ou seja, mesmo o capitalista, que não vai nem pretende utilizar diretamente a coisa, por ela só se interessa se for possível a utilização por alguém, uma vez que, para ele alienar o imóvel com vantagem, a possibilidade de utilização é fundamental⁷⁵.

⁷³ CASCONI. op.cit., p. 6.

⁷⁴ FIGUEIRA JUNIOR. op.cit., p. 35.

⁷⁵ TORRES. op. cit., pp. 303/304.

A propriedade sem a posse é como um frasco vazio, sem perfume; torna-se mero título jurídico abstrato. A posse evidencia o valor de uso e gozo do bem em detrimento ao de troca, evidenciado pela propriedade.

É a posse que permite a utilização direta ou indireta à eficácia econômica e social do direito de propriedade, já que se caracteriza pelo poder fático de ingerência socioeconômica sobre a coisa. Ou seja, ela permite fazer valer as faculdades de uso e gozo da coisa e facilita, ainda, a de disposição no sentido específico de alienação⁷⁶.

Por outro lado, os *bens da vida* existem para atender às necessidades humanas através [sic] das inúmeras formas de utilização, cumprindo desta maneira a finalidade para a qual foram criados. Essa relação entre sujeito e objeto completa-se de maneira ideal e efetivamente desejada somente quando se torna possível a verdadeira consecução de seus objetivos, o que se verifica com o alcance dos seus fins sociais e econômicos. Não é através [sic] do domínio ou propriedade que os bens atingem os fins a que se destinam, mas através [sic] da posse, e somente por seu intermédio. Todavia, essa reação exige um componente imprescindível a sua existência cabal a fim de que se concretize de fato, qual seja, o poder de ingerência do sujeito titular sobre o bem⁷⁷.

Assim, a posse - como fato social - não se confunde, tampouco se subordina à propriedade, subsistindo autonomamente. Decerto, na maioria dos casos, ela é exercida pelo detentor do direito de propriedade, mas nem sempre isso ocorre e, mesmo nessa hipótese dissolutiva dos institutos, é verificada como fato social e, por isso, protegida pelo direito.

Deixou a posse, pois, de ser mero apêndice da propriedade, para então adquirir autonomia, o que justifica sua proteção.

Ademais, é também um vínculo existente não entre pessoa e coisa, como na propriedade, mas entre pessoas, entre possuidor e não-possuidores, como poder

⁷⁶ Ibid., p. 304.

⁷⁷ FIGUEIRA JUNIOR. op. cit., pp. 39/40.

fático. A posse, como direito pessoal, tem por objetivo a defesa da pessoa do possuidor por intermédio dos efeitos conferidos pelo mundo jurídico.

É necessário destacar que, conforme assinala Laura Beck Varela, a construção do conceito de posse, na modernidade, a exemplo do que já havia ocorrido anteriormente, oscila entre a abstração e a autonomia. A abstração subordina a posse à propriedade, enquanto a busca da autonomia valoriza os elementos fáticos da posse, sem relação direta e imediata com o direito de propriedade. Nessa perspectiva, a teoria subjetiva da posse de Savigny, na medida em que objetiva proteger a pessoa do possuidor, reconhece a autonomia da posse em relação ao direito de propriedade. A teoria objetiva de Jhering, ao subordinar a posse ao direito de propriedade, confere à posse caráter jurídico, mediante processo de abstração conceitual em torno do fato da posse, aproximando dos elementos integrantes do direito de propriedade. Ressalvadas as limitações, por conta da noção de *animus domini*, a teoria subjetiva da posse de Savigny revela-se mais rica para uma concepção material da posse, autônoma em relação ao direito de propriedade e ligada à promoção dos interesses da pessoa do possuidor.

O fundamento da autonomia entre a posse e a propriedade pode ser localizado na concepção de posse de Salilles, que identifica o elemento econômico na posse.

A natureza fática da posse contrapõe-se à idéia de apropriação individual de bens inerentes à propriedade. Tomada como fato a posse preserva o valor de uso. Para o direito de propriedade tem relevância o valor de troca regulado pelo mercado⁷⁸.

Assim, a função social da propriedade, descrita no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, realiza-se ou não, por ato daquele que detém o poder de ingerência socioeconômico sobre o bem, ou seja, por meio do possuidor, seja ele titular do direito de propriedade ou não.

É pelo uso da coisa que o proprietário, em regra, cumpre sua função social. O não-uso da faculdade pertencente ao direito, assim, cumpre função tipicamente individual.

Pertence a propriedade ao mundo jurídico, que é formado por um aglomerado de regras sociais estáticas e abstratas. Diversa é a posse, que pertence a outro mundo, àquele dos fatos, no qual a

⁷⁸ OLIVEIRA. op. cit., pp. 90/91.

propriedade exterioriza-se através [sic] dela para atingir seus fins sociais e econômicos.

A posse recebe a tutela estatal em razão do seu caráter socioeconômico potestativo, ou ainda, diante da função social, econômica e política que desempenha, por si só, em toda sociedade organizada, permitindo que os bens da vida atinjam o seu escopo em benefício do possuidor e no cumprimento da satisfação das necessidades coletivas.

Por esses motivos é que a posse gera efeitos no mundo do direito e recebe proteção legislativa. Não se protege a situação possessória tendo por causa exclusiva ou preponderante a tutela dos direitos reais; bem verdade que, se o possuidor for também titular do domínio ou da propriedade, poderá valer-se de maneira cabal dos remédios interditais. Não obstante, o inverso também é perfeitamente admissível.

A propriedade pode existir juridicamente, e apenas juridicamente, não ultrapassando jamais esses limites. Conseqüentemente, não atinge sua finalidade social se não for exteriorizada por atos potestativos de disponibilidade, de ingerência do seu titular no bem sobre o qual ela recai, para, somente assim, atingir o objetivo maior.

Diferentemente, a posse existe e manifesta-se por si só, realizando sua função socioeconômica independentemente da existência ou não de algum direito que assim a justifique. Na verdade, o que a justifica é a sua razão potestativa, de ingerência social e econômica para atender as necessidades do homem, sejam individuais ou coletivas. Por menos, não foi que a falta de unanimidade entre os estudiosos sempre residiu em detectar a origem e os fundamentos da posse e de sua tutela, nunca na prescindência de protegê-la.⁷⁹

3.2. Da função social da posse

A posse é a forma de apropriação de fato da coisa para satisfação das necessidades da pessoa humana. É por meio dela que a pessoa dá destinação socioeconômica à coisa, devido a seu poder fático de ingerência socioeconômica. A propriedade, por sua vez, é a forma jurídica de apropriação de mercadorias, o que valoriza o valor de troca em detrimento ao de uso da coisa. A posse é poder que antecede a configuração do direito de propriedade.

Os estudos realizados pela matéria (desde os direitos romano, medieval, canônico e germânico), alguns mencionados nesta oportunidade de modo a não prejudicar o desenvolvimento do tema específico aqui proposto, efetivamente revelam a maior importância

⁷⁹ FIGUEIRA JUNIOR. op. cit., pp. 41/42.

da posse que, por pertencer ao mundo dos fatos, acompanha o ser humano desde os primórdios, independente da criação de normas jurídicas, diversamente do que ocorre com a propriedade. É nato ao ser humano a noção de poder, ter e possuir⁸⁰.

Assim, a função social da propriedade evidencia-se com maior facilidade pela utilização socioeconômica dos bens de produção e consumo por aquele que exerce o poder fático sobre a coisa. Assim, a função social da propriedade desloca-se e melhor se evidencia pelo poder fático exercido pelo possuidor; este, sim, capaz de dar destinação socioeconômica ao bem pela utilidade.

Na propriedade, a função social tem o condão de eliminar da propriedade privada o que há de ser eliminável, com limitações impostas por interesses público e social, dando-lhe caráter dinâmico. Na posse, porém, a função social evidencia-se com a satisfação de uma necessidade, com a utilização do bem segundo sua destinação socioeconômica.

Se a propriedade se exerce pela posse, sendo esta indispensável no sistema adotado pelo código civil para defesa daquela, como sua aparência ou como sentinela avançada, na expressão do autor da teoria prioritariamente adotada por nosso código e se, para dar cumprimento à função social da propriedade imóvel, for necessário o exercício da faculdade do uso do bem e este uso só se materializa pela posse, ainda que indireta, conclui-se então que, na verdade, é a posse que tem função social e, através [sic] dela assim exercida, infere-se se o proprietário está cumprindo com seu compromisso (proprietário) e aí estará ele alforriado das conseqüências do sistema para descumprimento da função social.

Teori Zavascki salienta que por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens e não sua titularidade jurídica, pois que os bens, que são fenômenos da realidade, é que são submetidos a uma destinação social e não o direito, que é fenômeno do pensamento. Utilizar ou não os bens, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, corresponde a atuar, no plano real e não no campo puramente jurídico, do qual arremata:

A função social da propriedade (que seria entendida no plural, *função social das propriedades*) realiza-se ou não mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido,

⁸⁰ CASCONI. op. cit., p. 6.

seja ele titular de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse⁸¹.

A utilização do bem pelo possuidor é fundamental para se cumprir a função social da propriedade, sendo certo que essa utilização funcionalizada dá-se por meio do poder fático de ingerência socioeconômica sobre o bem, seja ela exercida pelo detentor de título jurídico que a sustente ou não.

O cumprimento da função social da propriedade, assim, processa-se pelo exercício da posse do bem, diretamente por seu titular ou por outrem autorizado ou não.

Certo é que a propriedade, mesmo sem uso, pode se manter funcionalizada, o que se impõem são limitações fixadas nos interesses público e social, dando um caráter dinâmico à propriedade. A função social da propriedade é limitação de seu exercício, enquanto a da posse é exteriorização do conteúdo.

São os atos materiais exercidos pelo poder fático de ingerência socioeconômica sobre a coisa, por intermédio da posse, que se vislumbra a utilização do bem que atenderá a função social, sendo o poder fático da posse essencial para o conteúdo do direito de propriedade.

Antes da propriedade, é a posse que está mais estreitamente ligada à realidade fática e que, por conseguinte, detém maior potencial de funcionalização.

A posse é fato e como fato revela a amplitude da sociabilidade humana, que escapa à sistematicidade do direito. Tem razão Pontes de Miranda quando, ao reconhecer a natureza da posse como fato, afirma que a posse ocorre no mundo fático deve ser vista a partir do mundo jurídico como fato e não como direito. A posse é poder fático que materializa a apropriação direta da coisa, embora seja relação entre pessoas e não entre pessoas e coisa. A apropriação que caracteriza a posse ocorre independentemente de qualquer mediação jurídica. A posse assegura a satisfação imediata das necessidades da pessoa humana.

⁸¹ TORRES. op. cit., pp. 304/305.

O ato da posse é essencialmente finalístico. A função social, portanto, não é exterior à posse, mas elemento que se integra ao seu conteúdo, posto que a apropriação de bens é determinada pelas necessidades humanas e pelas relações sociais. Se no caso da propriedade a função social somente pode ser delimitada à luz da situação concreta tutelada pelo direito, como defende inclusive Ana Prata, no caso da posse, *a fortiori*, o aspecto contingente e processual da função social tem maior relevância.

A função social da posse configura-se como fato. Qualquer tentativa de definir a função social da posse *a priori* é limitadora do seu exercício, por que, conforme afirma Antonio Hernandez Gil, ao contrário da propriedade, onde [sic] a função social atua no limite do eliminável, considerada a perspectiva do proprietário, na posse, a funcionalização se insere no âmbito do imprescindível.

Daí talvez a opção de a Constituição Brasileira de 1988 não é referir de modo expresso à função social da posse. É provável que, para a Constituição, a função social da posse esteja inserida na dinâmica da história e da sociabilidade, que o ordenamento jurídico contempla e tutela na medida do seu acontecer. Mas é possível também que o texto constitucional tenha preferido tutelar de forma explícita a função social da propriedade, que é compatível com a existência do mercado e do sistema de trocas, e tenha evitado fazê-lo em relação à função social da posse para não correr o risco de revigorar o valor de uso, em detrimento do valor de troca⁸².

A posse, como fato, assegura o valor socioeconômico do bem por dar-lhe uma destinação útil, liberando-o do valor meramente especulativo do simples existir inerte e sem finalidade.

A função social do bem de produção dá-se quando, em seu exercício, produzir riquezas socialmente relevantes, enquanto que a função social do bem de consumo faz-se com a satisfação de alguma necessidade humana.

Inclusive, a partir do inciso III do artigo 170 da Constituição Federal, a função social tornou-se princípio da atividade econômica, com finalidade definida pelo interesse público para o aproveitamento e o uso da coisa objeto da propriedade, como verdadeira imposição de obrigações positivas a serem observadas pelo titular do título jurídico.

⁸² OLIVEIRA. op. cit., pp.246/247.

A função social assume, no ordenamento jurídico, papel dinamizador da cidadania, dando efetividade ao princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, aos princípios e direitos fundamentais. Entre estes, estão o de assegurar a redução de desigualdades e de promover o desenvolvimento nacional e o bem-estar de todos, conforme o disposto no artigo 3º da Constituição Federal de 1988⁸³.

A função social da posse tem por objetivo instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades européias e harmonizando o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais⁸⁴.

A função social é da terra (objeto do direito), e não da propriedade (o próprio direito), ou do proprietário (titular do direito). Ou seja, a terra tem uma função a cumprir, independentemente do título de propriedade que possam lhe outorgar os seres humanos em sociedade. Entretanto, é a sociedade que reconhece essa função, pela consciência e pela lei⁸⁵.

A função social da posse transcende apenas o campo ideal e alcança ares de dogmática jurídica materializada no artigo 1.238, parágrafo único, nos 1.239, 1.240 e 1.242, parágrafo único do Código Civil e nos artigos 182 a 191 da Constituição Federal de 1988.

3.2.1. Posse-trabalho e posse-moradia

Apesar de vislumbrar o fenômeno fático da posse em todas as espécies de bens, sejam eles móveis ou imóveis, é na posse da terra que o fenômeno torna-se relevante diante das realidades jurídica e social de nosso país.

⁸³ Ibid., p. 249.

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 208.

⁸⁵ MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 113.

Prova dessa afirmação são as constantes manchetes de conflitos por terras entre latifundiários e participantes de movimentos sociais, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), bem como nos conflitos devido às ocupações ocorridas nos centros urbanos.

Fenômeno quase diário de nossa moderna realidade social é a ocupação, por parte de pessoas carentes, quase sempre organizadas em grupo, de terrenos ou prédios urbanos, particulares e públicos, para ali fixar sua moradia. Fatos idênticos têm ocorrido no campo, patrocinados também por movimentos sociais organizados, nomeadamente o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra - MST, em que áreas rurais são ocupadas por famílias de camponeses, que nelas se instalam com suas barracas e seus instrumentos de trabalho agrícola. São os modernos e graves conflitos possessórios, que geralmente redundam em demandas judiciais de iniciativa dos proprietários, a busca de tutela do seu direito de propriedade.⁸⁶

É cediço que o direito à vida é o principal e que dele decorrem todos os demais direitos humanos. Aceita-se também como verdade incontestável que o direito à alimentação e o à moradia situam-se entre os primordiais, os quais, uma vez atendidos, densificam a cidadania⁸⁷.

Assim, a Constituição Federal de 1988 garante, após a introdução da Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, os direitos à moradia e ao trabalho, ao lado dos direitos à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados como fundamentais sociais.

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas, segundo Canotilho. Pra ele “[...] o direito à segurança social, à saúde, à habitação, ao ambiente e qualidade de vida, à educação e cultura,

⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *A tutela da posse na constituição e no novo código civil = The Tenurial Protection Inside the Constitution and in the New Civil Code*. BDJur, Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10336>> Acesso em: 15 out. 2008.

⁸⁷ MARQUES. op. cit., pp. 108/109.

ao ensaio, à formação e criação cultural, à cultura física e desporto são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias.” Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção desses direitos⁸⁸.

Nessa perspectiva, a posse, como forma de utilização socioeconômica dos bens, por sua funcionalização, é também forma de exteriorizar direitos fundamentais sociais de moradia e trabalho, conhecidos, respectivamente, por posse-moradia e posse-trabalho ou posse *pro labore*.

Ao analisar a função social da posse para os bens imóveis, é necessário verificar o disposto quanto à posse da terra do campo e à do solo urbano, especialmente pelas características socioeconômicas que as diferenciam.

A função social da posse da terra no campo se evidencia pela forma de utilização do solo para exploração dos potenciais econômico e social da terra, na medida em que os direitos humanos à alimentação, à moradia e ao trabalho dependem da terra para serem exercidos.

Como visto, é pela posse que se exterioriza o uso, o gozo e a disposição do bem, ou seja, por sua posse no campo há o poder fático de ingerência socioeconômica da pessoa humana para satisfação de suas necessidades de moradia e trabalho, conhecida como *posse-trabalho*.

A posse da terra no campo, à luz da idéia de conteúdo material da posse, deve ser tutelada na medida em que caracteriza por inversão do capital feita pelo possuidor suficiente para permitir a exploração do potencial econômico e social da terra, medida pelo volume de produção, oferta de trabalho e geração de renda que, no conjunto, possam assegurar a concretização dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira de 1988, de garantia do desenvolvimento econômico, de valorização do trabalho e de redução de desigualdades⁸⁹.

⁸⁸ NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Pillares, 2008. p. 229.

⁸⁹ OLIVEIRA. op. cit., p. 258.

Trata-se a posse-trabalho de posse funcionalizada que acompanha o propósito do possuidor de usar do imóvel para sua lavoura e morada, já que não dispõe de outros bens para fazê-lo. Trata-se do exercício da posse que se manifesta pelos atos produtivos, enriquecido com valor do trabalho humano, desatrelado da figura da propriedade.

Já a posse improdutiva, a contra-senso, é aquela cujo possuidor em nada investe, tornando o imóvel rural inútil por não ser explorado, encontrando-se longe da função social que é conferida a ela e à propriedade.

Partindo desses pressupostos, não é difícil entender que o acesso a terra no campo é condição da “cidadania”, posto que a satisfação das necessidades vitais de alimentação e moradia – para ficarmos apenas com essas duas - passa, necessariamente, pelo uso da terra. Esse direito, contudo, tem sido postergado em função de posturas judicantes equivocadas que permanecem atreladas ao raciocínio de que o título dominical se sobrepõe ao exercício da posse agrária⁹⁰.

A função social exercida pela posse-trabalho busca a proteção de possuidores e não-possuidores, pois valoriza a exploração efetiva da terra mediante atos produtivos gerados pelo trabalho humano. Ressalte-se que é pela posse-trabalho que se alcança a qualidade de vida dos cidadãos do campo, já que produz benefícios econômicos a todas as pessoas envolvidas na atividade agrícola ou pecuária.

Outrossim, a função social da posse do solo urbano destina-se principalmente à moradia e à atividade econômica. Portanto, tem estreita relação com a qualidade de vida e habitação das pessoas na cidade.

A realidade demonstra-nos o êxodo rural e o inchaço das cidades, com conseqüentes ocupações irregulares de terrenos urbanos por escassez e limitações

⁹⁰ MARQUES. op. cit., p. 113.

do mercado imobiliário diante de moradias e da ausência de políticas públicas voltadas à solução do problema de habitação.

A posse do solo urbano se destina principalmente à exploração de atividade econômica e à moradia. No caso do exercício de atividade econômica, o valor da posse resulta do papel da aglomeração urbana na intensificação do processo de acumulação e de reprodução do capital. Ambas as finalidades da posse urbana estão implicadas. A relação entre a configuração do mercado imobiliário e a produção de moradias evidencia a implicação de finalidades sociais e econômicas do solo urbano⁹¹.

A posse desenvolvida no solo urbano destina-se à moradia e à atividade econômica; é também chamada de posse-moradia e visa, assim como ocorre na posse-trabalho exercida na terra no campo, à proteção dos interesses do possuidor e não-possuidores ao facilitar a regularização do loteamento e garantir o acesso do possuidor a uma moradia digna.

Loreci Gottschalk Nolasco (2008, p. 88), em estudo sobre o direito de moradia, afirma que esta consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e com resguardo da intimidade e com condições à prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão.

Prossegue o autor afirmando que a moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano; é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e aos seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção.

Assim, na cidade, a posse funcionalizada é forma de garantir qualidade de vida, desenvolvimento econômico e justiça social aos cidadãos.

⁹¹ OLIVEIRA. op. cit., p. 261.

Daí a necessidade de alcançarmos a posse como um fato social indissociável de uma função social própria e autônoma ao direito de propriedade. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF).

Enfim, a posse deve ser protegida por ser um fim em si mesma, não a projeção de um outro direito pretensamente superior⁹².

Como já afirmado, exercer cidadania plena é ter direitos civis, composto pelas garantias e liberdades individuais, políticos, propiciando o direito de participar do exercício do poder político, capacidade de organizar partidos, votar e ser votado; e sociais, que são as condições mínimas necessárias à vida digna.

Vimos também que a moradia e o trabalho são reconhecidos como direitos sociais fundamentais; logo, a tutela da posse-trabalho e da posse-moradia é forma de garantia da cidadania.

Decerto, não é toda e qualquer espécie de posse que torna efetiva a salvaguarda dos interesses da cidadania; apenas a funcionalizada é capaz de, por intermédio dos direitos sociais fundamentais à moradia e ao trabalho, garantir a cidadania.

Posse-cidadã é aquela em que o possuidor agrega função social ao bem que está sob seu poder fático, exercida pela posse-trabalho ou posse-moradia, gerando efeitos que devem ser garantidos pelo Estado, por se tratar de inclusão do sujeito nas diversas esferas da convivência social.

Através [sic] da função social torna-se efetiva a participação da cidadania na produção do espaço, necessária para assegurar o acesso a terra no campo e o direito à cidade⁹³.

⁹² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pp. 50/51.

⁹³ OLIVEIRA. op. cit., p. 324.

Para garantia da cidadania, valendo-se da posse, é necessário que esta seja exercida a título de moradia agregada pelo trabalho ou investimento do possuidor, cumprindo o princípio da função social da propriedade imposto pelo inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Ademais, devem-se assegurar os direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho, estampados no artigo 6º da Magna Carta.

CAPÍTULO IV - PROTEÇÃO DA POSSE-CIDADÃ

4.1. Dos efeitos da posse-cidadã

Como visto, os efeitos da posse são os resultados conferidos no mundo jurídico ao sujeito titular do poder do fato possessório. Os principais efeitos da posse para garantia da cidadania são os interditos possessórios, a legítima defesa da posse e a usucapião, visto que os demais não recebem influências diretas pelo princípio da função social da posse.

Decerto, nas situações possessórias que exigirem soluções de conflitos envolvendo posse-cidadã, poderá existir confronto entre os princípios constitucionais do direito de propriedade do inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal e da função social da propriedade do inciso XXIII do mesmo diploma.

Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. Não obstante sua inegável relação de complementaridade, vistos no plano normativo, sua natural aptidão para a convivência harmônica, pode ocorrer que, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro, ou vice-versa. É o que ocorre, por exemplo, quando, em relação a determinado bem, o detentor da titulação jurídica é omissivo no desempenho da função social, a qual, todavia, vem sendo exercida por longo tempo e em sua plenitude por outrem, possuidor não-proprietário. Em tais casos, atender pura e simplesmente a eventual reivindicação do bem pelo proprietário representará, certamente, garantir seu direito de propriedade, mas significará também, sem sombra de dúvida, comprometer a força normativa do princípio da função social. Já a solução contrária aos interesses do reivindicante operará em sentido inverso: atenderá a função social, mas limitará a força normativa do princípio norteador do direito de propriedade.⁹⁴

⁹⁴ ZAVASCKI., op. cit.

Eis um caso cotidiano que não pode ficar alheio aos estudiosos da situação possessória conflituosa, sendo necessário vislumbrar, usando-se casos concretos e disposições legais, melhores soluções à realidade social do país.

A importância de verificar se, no caso concreto, a posse é exercida com função social faz-se essencial à tutela da cidadania, pois as legislações constitucional e infraconstitucional conferem proteções especiais aos possuidores da posse-cidadã como algo que tem existência e relevância social na realidade fática.

A posse recebe a tutela estatal em razão do seu caráter socioeconômico potestativo, ou ainda, talvez melhor, diante da função social, econômica e política que desempenha, por si só, em toda sociedade organizada, permitindo que os bens da vida atinjam o seu escopo em benefício do possuidor e no cumprimento da satisfação das necessidades coletivas

Por esse motivo é que a posse gera efeitos no mundo do direito e recebe proteção legislativa. Não se protege a situação possessória tendo por causa exclusiva ou preponderante a tutela dos direitos reais; bem verdade que, se o possuidor for também titular do domínio ou da propriedade, poderá valer-se de maneira cabal dos remédios interditais.

Não obstante, o inverso também é perfeitamente admissível.

A propriedade pode existir juridicamente, e apenas juridicamente, não ultrapassando jamais esses limites. Conseqüentemente, não atinge sua finalidade social se não for exteriorizada por atos potestativos de disponibilidade, de ingerência do seu titular no bem sobre o qual ela recai, para, somente assim atingir o objetivo maior.

Diferentemente, a posse existe e manifesta-se por si só, realizando sua função socioeconômica independentemente da existência ou não de algum direito que assim a justifique. Na verdade, o que justifica é a sua razão potestativa, de ingerência social e econômica para atender as necessidades do homem, sejam individuais ou coletivas. Por menos não foi que a falta de unanimidade entre os estudiosos sempre residiu em detectar a origem e os fundamentos da posse e de sua tutela, nunca na prescindência de protegê-la⁹⁵.

Um exame dos principais efeitos da posse sob o prisma da posse-cidadã mostrará, com maior nitidez, a relevância do poder fático do possuidor exercido com finalidade buscada pelos direitos fundamentais de segunda geração.

⁹⁵ FIGUEIRA JUNIOR. op. cit., pp. 41/42.

4.1.1. Os interditos possessórios

Os interditos proibitórios são os meios pelos quais se defende o fato da posse. Assim, o possuidor tem o direito de manejar as ações possessórias com o desígnio de afastar os não-possuidores em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Obviamente, de forma periférica ao presente estudo, existirão casos de conflito entre possuidor proprietário e não-possuidor não-proprietário e entre possuidor não-proprietário e não-possuidor não-proprietário; todavia, as regras possessórias infraconstitucionais bastariam para a solução desses conflitos.

Na hipótese de litígio possessório entre possuidor proprietário e não-possuidor não-proprietário, o primeiro receberia a tutela possessória, pois seu direito é evidente perante o segundo, mero turbador ou esbulhador.

Já na hipótese de lide entre possuidor não-proprietário e não-possuidor não-proprietário, o primeiro receberia a tutela possessória tendo em vista que seu direito é evidente perante o segundo, mero turbador ou esbulhador.

O cerne da questão apresenta-se no conflito entre possuidor não-proprietário e proprietário não-possuidor, ou seja, entre o possuidor e o detentor do título de propriedade.

Vale lembrar que, nas ações possessórias, o que se discute é posse (juízo possessório), e não a propriedade (juízo petitório), conforme se extrai do artigo 1.201 do Código Civil que reproduz, com alteração, o disposto na primeira parte do artigo 505 do Código Civil de 1916.

Na sistemática do Código Civil revogado de 1916, pelo disposto na segunda parte do artigo 505, o legislador infraconstitucional foi enfático ao determinar que era

defeso julgar a posse em favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer o domínio. Ou seja, o juiz não tinha a possibilidade de julgar o pedido possessório a favor do possuidor não-proprietário em conflito com o detentor do título de propriedade.

A controvérsia prevista pelo Código Civil, art. 505, segunda parte, é a da posse a título de proprietário, o que, desde logo, exclui a posse indireta em frente à direta. Se ambos os contendores reclamam a posse como emanção de sua propriedade, nada mais racional e justo do que não *julgar a posse em favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer o domínio*.

Depois, somente quando, nessa emergência, é *evidente* que uma das partes não é proprietária, é que o juiz julgará a posse em favor da outra. Não sendo evidente o direito dominial alegado por um dos contendores, ou restringindo-se o pleito ao fato da posse, como simples *jus possessionis* e não *jus possidendi*, não tem aplicação o princípio⁹⁶.

Todavia, o Código Civil de 2002 não reproduziu o disposto na segunda parte do artigo 505 do código revogado, nem fez grandes ressalvas em casos de confronto entre possuidor e proprietário.

Inclusive, para acolhimento da proteção judicial da posse pelas ações possessórias enumeradas no Código de Processo Civil, o inciso I do artigo 927 do diploma processual obriga o autor a provar sua posse, enquanto que o inciso II do mesmo artigo força-o a provar a turbação ou o esbulho praticado pelo réu.

Numa leitura apressada, a turbação e o esbulho são visualizados apenas no fato da presença do estranho no imóvel alheio, situação que se prova facilmente, em especial se a posse do ocupante estiver cumprindo a função social da moradia ou de cultivo da terra.

Não se atente para o primeiro requisito – existência de posse do autor da demanda. Aceita-se com facilidade que a existência da posse está na existência da propriedade, admitindo aquela como conteúdo necessário e natural desta. Ou seja, ainda que se esteja diante de um processo de natureza possessória, procura-se demonstrar, com afinco, a situação proprietária com fundamento

⁹⁶ BEVILÁQUA. op. cit., p.71.

apenas no título, ignorando que a posse é exercício de atividade humana na coisa.

É requisito essencial, normalmente menosprezado na ação de natureza possessória, a prova da posse efetiva do autor da ação, e tal prova não pode se basear exclusivamente no título de propriedade, instituto, em princípio, afastado da demanda possessória⁹⁷.

Assim, como nas ações possessórias, o que se discute é posse (juízo possessório), e não a propriedade (juízo petitório). A prova exigida pelo inciso I do artigo 927 do Código de Processo Civil não pode se basear, como comumente ocorre, exclusivamente no título de propriedade, mas deve o possuidor provar sua posse por meio do exercício de sua atividade.

Como visto, a posse não é mero apêndice do direito de propriedade, existindo autonomamente, sem necessidade de título jurídico que a justifique, pois é manifestação do poder fático sobre determinado bem que repercute na órbita jurídica⁹⁸.

Quanto ao requisito do inciso II do artigo 927 do Código de Processo Civil, a prova da turbção ou do esbulho possessório deve dar-se perante a ponderação do valor de uso do bem. Assim, urge analisar quem de fato está dando a destinação social ao bem em atendimento ao princípio da função social.

Por conseqüência do princípio da função social da propriedade, o possuidor que pretender manejar ação possessória deverá demonstrar que cumpre a função social valendo-se da posse, sob pena de se preterido na demanda por possuidor que a cumpre.

Com a exigência do §1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002 de que o direito de propriedade deve atender a finalidade social e econômica, saiu fortalecida a tutela da posse no confronto com o direito de propriedade. Delimitou-se na legislação ordinária a

⁹⁷ TORRES. op. cit., p. 332.

⁹⁸ CASCONI. op. cit., p. 19.

obrigação do proprietário de conferir utilidade social ao exercício dos poderes proprietário, sem o que o fato da posse poderá impor-se perante o direito de propriedade para resguardar o possuidor⁹⁹.

Assim, em caso de conflito entre possuidor não-proprietário que cumpre função social e proprietário não-possuidor que não a cumpre, deverá prevalecer o poder fático de ingerência socioeconômica sobre o bem da posse-cidadã (princípio da função social), em detrimento ao título jurídico de propriedade (princípio do direito de propriedade) como forma de garantia da cidadania.

A funcionalização valoriza o aspecto fático e processual da posse. O fato da posse deixa de ser mensurado a partir de elementos do direito de propriedade. Revigora-se a idéia de posse como poder fático. No confronto entre o direito de propriedade e a posse, devem preponderar os valores da posse, porque é através [sic] da posse que se materializa na realidade concreta a funcionalização da propriedade e a apropriação de bens que viabiliza a satisfação das necessidades humanas.

A valoração da posse deve ser feita a partir da utilidade social e do potencial de uso propiciados pelo ato de apropriação¹⁰⁰.

A necessidade da proteção possessória da posse do proprietário, em caso de invasões de terras de sua propriedade, dá-se pela constatação efetiva da qualidade da posse do proprietário, verificando-se, no caso concreto, a realização de valores socioeconômicos capazes de demonstrar a exploração racional da terra. Para Marise Pessoa Cavalcanti:

A doutrina civilista tem uma visão parcial do regime jurídico da propriedade, uma vez que o concebe no âmbito exclusivo das relações civis, abstendo-se de observá-la como situação jurídica ou como instituto jurídico. A moderna doutrina, abandonando a perspectiva meramente civilista, considera a propriedade sujeita à disciplina do direito público, com sede fundamental em normas constitucionais, que lhe impõe sérias limitações. (CAVALCANTI, 2000, pp.41-45)

⁹⁹ OLIVEIRA. op. cit., p.302.

¹⁰⁰ Ibid., p. 324.

Prossegue a autora explicando a reformulação do instituto:

A ordem jurídica, através [sic] dos direitos subjetivos, cria um sistema organizacional das relações sociais, estabelecendo correlatos deveres a esses direitos, possibilitando o progresso da sociedade e, na lição de Eros Roberto Grau, regulando 'a preservação das condições de existência do homem em sociedade'.

Desta forma, pode-se constatar nos direitos subjetivos uma situação jurídica complexa, onde [sic] se conjugam um poder e um dever, simultaneamente.

Esta é a concepção adotada pela moderna civilística, segundo o ministério de Roger Raupp Rios. (ibid)

Concluindo:

Note-se que o dever é encargo, ônus que enseja conduta positiva. (...) Assim, pode-se dizer que o direito de propriedade é um poder-função, o que torna seu titular, obrigado para com a sociedade, a comportamentos positivos, sintonizados com o interesse coletivo, e, passível, portanto, de sanção pela ordem jurídica. (id)

Decisão de reintegração de posse de imóvel proferida a favor do proprietário que não cumpre a função social de suas terras é incongruente e choca-se de frente com a visão constitucional do direito privado.

4.1.2. A legítima defesa

Ao lado das proteções judiciais conferidas pela situação possessória, a legítima defesa da posse surge como forma de proteção por meio de atos de defesa pessoal do possuidor contra os não-possuidores que esbulharem ou turbarem sua posse.

Este direito deriva do princípio da legítima defesa, não é, pois, um mero efeito da posse, tanto que pode também ser exercido pelo simples detentor.

O *desforço*, direito que deriva da posse, é mais alguma coisa do que o direito de defesa: não se limita à simples repulsa da violência, mas vai além¹⁰¹.

¹⁰¹ PEREIRA. op. cit., p. 93.

Muitos são os casos de conflitos pela terra que acabam em mortos e feridos. A história da humanidade computa inúmeras divergências entre povos que lutavam por suas terras invadidas por outros.

No Brasil, a realidade não é diferente. Ocorreram centenas de desordens em torno de terras, especial e principalmente, nas com potencial produtivo, utilizadas pelos grandes proprietários de forma temerária, sem função social, mantendo apenas o caráter especulativo e financeiro da propriedade.

O desforço imediato, pelo princípio da legítima defesa, é excludente de ilicitude, dando o Estado, em caráter especial, a legitimidade ao possuidor defender, por seu próprio ato, sua posse. Contudo, referida excepcionalidade possibilita que possuidores exerçam atos capazes de causar massacres, sob justificativa de defesa da terra.

Nessa perspectiva, latifundiários, detentores de recursos financeiros, justificam a contratação de seguranças e jagunços para expulsarem ou impedirem que lavradores mantenham-se ou ingressem em suas terras, e isso tem gerado graves conseqüências sociais¹⁰².

Na maioria dos casos, as ocupações ocorrem em razão da busca das satisfações humanas fundamentais, como a moradia e a produção, em terras improdutivas, nas quais os proprietários não dão função social à sua propriedade e utilizam-na apenas em caráter especulativo.

É muito pouco provável que o conflito ocorra em terras que estão com a destinação social exigida. Na grande maioria das vezes, seja no macroconflito possessório, seja no conflito individual, a ocupação se faz em áreas que não cumprem sua função social, isto é, estão sem utilização ou com subutilização¹⁰³.

¹⁰² TORRES. op. cit., p. 321.

¹⁰³ Ibid., p. 324.

Nesse sentido, é lógico e sustentável que apenas o possuidor, que confere à coisa a destinação socioeconômica exigida, detenha o direito de utilizar-se da legítima defesa da posse. Assim, somente o que confere função social à posse pode ser beneficiário da excludente de ilicitude por uso do desforço imediato.

Inversamente, conferir o benefício excepcional de excludente de ilicitude por legítima defesa da posse ao proprietário que não confere função social ao bem seria conferir poder a quem não merece proteção sequer no direito que origina sua posse.

Na posse-cidadã, qualificada com função social, pela moradia ou cultivo, é fácil a constatação da legitimidade e legalidade da conduta do possuidor que se utiliza de sua legítima defesa, por ser o princípio da função social que confere proteção à posse como poder fático de ingerência socioeconômica no bem.

Ao contrário, na posse qualificada pela função social, a utilização do desforço é legítima e de fácil reconhecimento pelo grupo social, considerando que a existência da posse está ligada a elementos de verificação objetiva – à moradia ou ao cultivo e, se tal posse for violada, o próprio grupo reprimirá ou auxiliará o possuidor a reprimir. A tomada da posse, nessa hipótese, contraria a noção básica de paz social e daí atrai naturalmente a reprovação do grupo social e, não raras vezes, obtém, inclusive, auxílio da força policial¹⁰⁴.

4.1.3. Da usucapião

Como vimos, a usucapião é forma de aquisição da propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos prescritos em lei¹⁰⁵. É, ao mesmo tempo, causa de extinção e de aquisição de direitos.

¹⁰⁴ Id., p. 327.

¹⁰⁵ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Posse, propriedade e usucapião*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1978. p. 82.

Também na usucapião há influência da forma pela qual o possuidor exerce sua posse sobre o bem. Verificada a função social exercida por ela, o possuidor será beneficiado com a redução do lapso temporal necessário à usucapião.

O benefício conferido ao possuidor que confere destinação socioeconômica à sua posse coexiste com o princípio da função social estampado na Constituição Federal de 1988. O fato da posse juridicamente relevante deve ser valorado pela utilidade social propiciada pelo ato de apropriação, notadamente dos bens de produção como é a terra¹⁰⁶.

Nesse horizonte, a Constituição Federal de 1988 confere a posse funcionalizada, por posse-moradia ou posse-trabalho, respectivamente pelos artigos 183 e 191; vale dizer, em vista da obtenção de objetivos especiais, enunciados de forma expressa ou compreendidos, genericamente, no princípio da função social¹⁰⁷.

Para efeito da usucapião constitucional, é necessário que a posse urbana destine-se à moradia, assim como a posse rural, à produtividade. Conseqüentemente, a Constituição Federal de 1988 subordinou a posse aos princípios fundamentais sociais da moradia e do trabalho, protegendo, de forma direta, a cidadania dos possuidores.

A noção de utilidade social da posse não se restringe a determinadas modalidades de usucapião. Ela decorre das finalidades integrantes do princípio da função social a que está sujeita a posse. A idéia de conteúdo material da posse, que contempla a compreensão hermenêutica e dialética dos valores finalísticos do fato da posse, é fundamental para a valoração da utilidade social da posse e para viabilizar a ação de usucapião geral¹⁰⁸.

Quanto à usucapião, o Código Civil de 2002 trouxe avanços consideráveis em relação ao Código Civil revogado de 1916. Inicialmente, aquele reproduziu os artigos

¹⁰⁶ OLIVEIRA. op. cit., p. 312.

¹⁰⁷ ZAVASCKI. op. cit.

¹⁰⁸ OLIVEIRA. op. cit., p. 313.

183 e 191 da Constituição Federal de 1988, nos artigos 1.240 e 1.239, que tratam da usucapião especial, urbana e rural, respectivamente.

No que se refere à usucapião extraordinária, o Código Civil de 2002 reduziu o prazo de 20 (vinte) anos contido no artigo 550 do Código Civil de 1916 para 15 (quinze), em se tratando de posse simples, conforme o artigo 1.238. E diminuiu para 10 (dez) em caso do possuidor estabelecer no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizar obras ou serviços de caráter produtivo, conforme o parágrafo único do artigo 1.238.

Quanto à usucapião ordinária, cujo prazo era de 15 (quinze) anos entre ausentes e 10 (dez) entre presentes, conforme o artigo 551 do Código Civil de 1916, o código de 2002 reduziu para 10 (dez), em se tratando de posse simples, conforme o *caput* do artigo 1.242, e, pelo parágrafo único do mesmo artigo, para 05 (cinco) anos, no seguinte caso:

(...) se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Ademais, a Lei nº. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) acresceu ainda a usucapião especial coletiva, com lapso temporal de 05 (cinco) anos nas áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, ininterruptamente e sem oposição, quando não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, e desde que estes não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião coletiva favorece a efetividade do direito social à moradia por parte de pessoas de baixa renda. Também constitui importante instrumento de regularização fundiária nas cidades.

A tutela propiciada pela usucapião coletiva caracteriza no ordenamento jurídico brasileiro a mudança de paradigmas em torno do princípio proprietário. Deixa-se de considerar a propriedade como instituto jurídico de caráter individualista, a serviço do interesses do particular. Sem perder o caráter exclusivo, inerente ao exercício dos poderes dos proprietários, a propriedade se torna instrumento de fortalecimento da cidadania, tanto para proprietários como para não-proprietários, porque voltada para o atendimento dos interesses da pessoa humana, concretamente considerada na vida em sociedade. Intensifica-se a concretização do direito constitucional de ser proprietário. A facilitação do acesso à propriedade do solo urbano, nesta linha, está de acordo com o princípio de funcionalização e de homogeneização da riqueza produzida em sociedade¹⁰⁹.

Essas inovações, capazes de facilitar a usucapião da posse-cidadã, além de diminuir os problemas sociais e contribuir para a igualdade social, convergem à garantia da cidadania por meio da posse funcionalizada como forma de tutela dos direitos fundamentais sociais à moradia e ao trabalho.

4.1.4. Da desapropriação judicial

Além dos efeitos da posse vistos, o Código Civil de 2002 inovou e incorporou, com o §4º do artigo 1.228, a possibilidade de desapropriação judicial da propriedade por ato omissivo do proprietário em prol de ato socialmente relevante de considerável número de possuidores:

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.

Conforme se constata na redação do referido dispositivo, em conjunto com o disposto no §5º do mesmo artigo (No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a

¹⁰⁹ Ibid., p. 315.

justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores), a desapropriação judicial necessita dos seguintes requisitos: a) quanto ao bem: há de se tratar de imóvel consistente de extensa área, objeto de ação de reivindicação; b) quanto à posse: há de ser ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, qualificada pela realização de obras e serviços considerados de interesses social e econômico relevantes; c) quanto aos possuidores: devem ser em considerável número. A aquisição da propriedade pressupõe o pagamento de um preço, correspondente à justa indenização fixada pelo juiz. Embora não seja expresso a respeito o dispositivo, não há dúvida de que tal pagamento deve ser feito pelos possuidores, réus na ação reivindicatória¹¹⁰.

Depreende-se que o instituto previsto no artigo 1228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil não pode ser aplicado de forma imediata e indiscriminada. A adoção de um mecanismo que prevê o pagamento por um determinado bem deve pressupor, de forma pormenorizada, a exclusão de outras hipóteses menos onerosas aos ocupantes.

Por outro lado, não há como desconsiderar que a aquisição da propriedade por interesse social pode se constituir, em situações-limite, um importante instrumental de resolução de conflitos de propriedade urbana e rural.

Embora existam dificuldades relacionadas à capacidade de pagamento por parte dos ocupantes e à definição de um valor indenizatório justo, é possível constatar — notadamente em áreas urbanas — que algumas negociações entre proprietários e ocupantes já vêm sendo realizadas, o que comprova a utilidade deste dispositivo legal.

Entretanto, o cumprimento dos requisitos previstos no Código Civil não exclui o surgimento de outras dificuldades. A título de exemplo, cita-se a possibilidade de determinado assentamento urbano não ser compatível com a legislação urbanística e ambiental¹¹¹.

¹¹⁰ ZAVASCKI. op. cit.

¹¹¹ GAIO, Daniel. *A aquisição da propriedade por interesse social: possibilidades e obstáculos*. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/daniel_gaio-1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2008.

A existência da desapropriação judicial no Código Civil de 2002 demonstra, com maior nitidez, a diferença crucial com o Código Civil de 1916 que é, sem dúvida, a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais.

Decerto, o disposto no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002, mesmo constante dentre as disposições do direito de propriedade, é forma de tutela da posse cidadã, pois é necessário que os possuidores realizem obras e serviços considerados de interesses social e econômico relevantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, trouxemos a evolução do conceito de cidadania, considerada atualmente como conjunto dinâmico de direitos e obrigações que determina o grau de inclusão do sujeito nas diversas esferas da convivência social. Ademais, apresentou-se a forma pela qual o Brasil, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, recepcionou o referido conceito, atribuindo aos cidadãos, em meio a outros direitos e obrigações, direitos humanos sociais de segunda geração.

Dentre os direitos humanos sociais garantidos pela Magna Carta brasileira, com introdução da Emenda Constitucional nº. 26 de 14 de fevereiro de 2000, encontram-se o trabalho e a moradia que, de uma forma ou de outra, desenvolvem-se em função da utilização da terra.

A terra do campo dedica-se à exploração dos potenciais econômico e social do solo, na medida em que os direitos humanos à alimentação, à moradia e ao trabalho dependem da terra para serem exercidos.

Por sua vez, a do solo urbano destina-se principalmente à moradia e à atividade econômica, tendo estreita relação com a qualidade de vida e habitação das pessoas na cidade.

Assim, proteger as pessoas que utilizam a terra, dando-lhe destinações social e econômica, seja no campo ou na cidade, é garantir a cidadania por meio dos direitos humanos sociais ao trabalho e à moradia.

Verificamos também que a posse é direito pessoal autônomo ao direito real de propriedade, mero vínculo jurídico entre o sujeito e o bem. Ela, como relação fática socioeconômica com carga potestativa (poder de ingerência), formada pelo sujeito titular de um bem da vida à obtenção da satisfação de suas necessidades,

suficientemente apta a excluir terceiros que possam prejudicar de alguma forma o seu normal desenvolvimento, torna-se geradora de efeitos que se refletem no mundo jurídico.

Sustentada a referida autonomia, temos que o princípio da função social da propriedade, consagrado no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, refere-se, na verdade, à função social da posse. E isso porque é na realidade fática, e não no campo jurídico, que se verifica a destinação socioeconômica dada à coisa.

Portanto, a posse, à luz da sua função social, deve ser protegida àquele que a exerce com destinação socioeconômica, devendo ser atrelada aos direitos de moradia e trabalho, e não considerar apenas o seu mero exercício.

Referida proteção é efetivada pelos principais efeitos da posse, descritos no Código Civil de 2002; quais sejam, os interditos possessórios, a legítima defesa, a usucapião e a desapropriação judicial.

Os efeitos da posse, vistos sob o prisma da Constituição Federal de 1988, ganham nova roupagem, pois, além de protegerem uma relação fática existente, asseguram os direitos humanos sociais ao trabalho e à moradia.

Logo, a posse deslocada da posição de mero apêndice do direito de propriedade é instituto autônomo capaz de proteger os que dão função social a terra, valendo-se da posse-cidadã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado (org). *Jornada de Direito Civil*, Brasília, p. 298, 2005. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2008.

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

ARISTÓTELES. *A Política*. Bauru: Edipro, 1995.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Noções sobre Gerações de Direitos. São Paulo. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>>. Acesso em: 4 out. 2008.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil - Direito das Coisas*. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1966.

BARROSO, Lucas Abreu; DE MIRANDA, Alcir Gursen; SOARES, Mário Lúcio Quintão (org.). *O Direito Agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1956, v.1

BRASIL. *Mandado de Segurança*. Desapropriação. Mandado de Segurança n.º 22.164-0, Tribunal do Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 4 out. 2008. Brasília, julgado em 30.10.1.995, publicado no DJU em 17.11.1.995.

CASCONI, Francisco Antonio. *Tutela Antecipada nas Ações Possessórias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DE MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. aum. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406 de 10-1-2.002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. 27. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direitos humanos fundamentais* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e Das Ações Possessórias*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I.

GAIO, Daniel. *A aquisição da propriedade por interesse social: possibilidades e obstáculos*. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/daniel_gai_o-1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos Vícios da Posse*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2008.

IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004. p.24.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Posse, propriedade e usucapião*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1978.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 2 jul. 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça Agrária, Cidadania e Inclusão Social. In: BARROSO, Lucas Abreu; DE MIRANDA, Alcir Gursen; SOARES, Mário Lúcio Quintão (org.) *O Direito Agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2001. v. X

NOLASCO, Loreci Gottschalk, *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Campinas: Russel, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SALES, Dimitri Nascimento. *Hannah Arent: A ruptura, a palavra e a reconstrução (O sentido da cidadania)*. 2005. (31) Monografia (avaliação final da disciplina Filosofia do Direito I) _ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SARAIVA, Vicente de Paulo. A Constituição Cidadã. *Jurídica Consulex*, Brasília. ano XII, n. 281, p. 26, 30 set. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIQUEIRA JR.; Paulo Hamilton. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo. n. 65, pp. 21-32, jul/set. 1993.

TORRES, Marcos Alcindo de Azevedo. *A Propriedade e a Posse – Um Confronto em Torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Diretos Reais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. V.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*. n.15, pp.227-232, 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/121/1/Direitos_fundamentais_de_terceira.pdf>. Acesso em: 4 out. 2008.

_____. *A tutela da posse na constituição e no novo código civil = The Tenurial Protection Inside the Constitution and in the New Civil Code*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10336>>. Acesso em: 15 out. 2008.