



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teoria Sociológica da Posse no Código Civil Brasileiro

Roberta Torres Aldigueri Goulart

Rio de Janeiro
2015

ROBERTA TORRES ALDIGUERI GOULART

A Teoria Sociológica da Posse no Código Civil Brasileiro

Artigo apresentado como exigência de conclusão
de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola
da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2015

A TEORIA SOCIOLÓGICA DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Roberta Torres Aldigueri Goulart

Graduada pela UCAM - Universidade Candido Mendes. Advogada.

Resumo: A Constituição, em diversos dispositivos, acolheu a função social da posse, revelando-se a posse funcionalizada como a melhor ferramenta para que as promessas constitucionais de moradia e trabalho sejam atendidas. O Código Civil, da mesma forma, trouxe a função social da posse implícita em alguns dispositivos. A posse com função social ganhou autonomia em relação à propriedade. A posse funcionalizada se sobrepõe à propriedade vazia, que não exerce função social. Daí porque, é possível afirmar que a teoria sociológica da posse está inserida em alguns dispositivos do Código Civil.

Palavras-chave: Direito Civil. Função Social da Posse. Teoria Sociológica da Posse.

Sumário: Introdução. 1. Direito Civil Constitucional. 2. Teorias da Posse e a função social da posse. 3. Teoria Sociológica da Posse no Código Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pretensão deste artigo é defender que o Código Civil sofre influência da teoria sociológica da posse, em que pese ainda não seja esse o entendimento preponderante na doutrina e jurisprudência.

A relevância do tema está na realidade social do país, na medida em que se trata de teoria que viabiliza maior justiça social, privilegia a dignidade da pessoa humana, o acesso à moradia e ao trabalho.

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são dois dos fundamentos da República. Dentre os objetivos fundamentais eleitos pelo Constituinte de 1988 estão a construção de uma sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e o desenvolvimento nacional. Nesse contexto, a

CRFB/88 é campo fértil para defesa do direito de todas as pessoas a uma existência digna impulsionada pela justiça social.

No viés trabalho e moradia, a dignidade da pessoa humana é alcançada tanto pela propriedade, quanto pela posse, desde que qualificadas pela função social. Ressalta-se, todavia, que a função social da posse não está expressa na Constituição, mas sim consignada tacitamente no texto.

Por se tratar de uma ferramenta de acesso aos direitos fundamentais de trabalho e moradia, a posse - entendida como um instituto jurídico autônomo em relação à propriedade - merece ser protegida de forma definitiva e individualizada. Invariavelmente a propriedade não cumpre sua função social e o possuidor, desprovido de título de propriedade, se instala e exerce a função social que lhe cabe.

Por outro lado, o Código Civil traz relevo maior à proteção da propriedade em detrimento da posse, mesmo que esta última seja qualificada pela função social. A posse, diga-se, somente detém a proteção do legislador quando preenchido o requisito de tempo necessário à aquisição originária pela usucapião.

Reconhece-se, outrossim, que o Código Civil valorizou a posse funcionalizada ao tê-la como motivação especial para reduzir o tempo da usucapião extraordinária para dez anos, conforme o parágrafo único do art. 1238. O legislador também não se omitiu em regular a usucapião constitucional rural e urbana, respectivamente nos art. 1239 e 1240.

O prazo para usucapião ordinária foi reduzido no art. 1.242, justamente em razão da ausência do proprietário no bem permitir que se pressuponha que a função social da propriedade não está sendo cumprida. Cita-se, ainda, a criação da usucapião tabular no parágrafo único do art. 1242.

Merece destaque a inovadora figura da desapropriação judicial prevista no art. 1228, §§ 4.º e 5.º, bem como o teor do art. 1276 que coloca a posse qualificada como impedimento de arrecadação por parte do Estado de imóvel abandonado pelo titular.

Está assentado que o legislador do Código Civil, notadamente no art. 1.196, optou pela teoria objetiva da posse de Ihering, segundo a qual a posse está necessariamente associada à propriedade. No entanto, os dispositivos citados demonstram que há mitigação da teoria objetiva em favor da teoria sociológica da posse de Saleilles.

Assim, o primeiro capítulo é dedicado ao papel da posse na realização das promessas constitucionais. Em seguida, no segundo capítulo, são trazidas noções a respeito das teorias da posse, bem como explicação a respeito da posse funcionalizada. No terceiro capítulo é demonstrado que a teoria sociológica da posse é reconhecida em alguns dispositivos do Código Civil.

A metodologia adotada é bibliográfica, qualitativa e explicativa, tendo em vista que parcela da doutrina já se debruçou sobre o tema com muita propriedade.

1. DA VIABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS

A CRFB/88 traz diversas promessas relativas a direitos individuais e sociais alcançáveis por meio da posse funcionalizada, que é uma perspectiva diversa daquelas trazidas pelas teorias de Savigny¹ e de Ihering². A ordem constitucional, que prevê uma sociedade solidária e tem compromisso com a dignidade da pessoa humana, enxerga a posse pelo viés social e autônomo ao direito de propriedade. A desigualdade que assola o país pode

¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 861.

² *Ibid.*, p. 862.

ser minorada, utilizando-se da posse como instrumento de facilitação dos direitos de moradia e de trabalho.

Diferente do que ocorre com o direito de propriedade, o legislador constituinte trouxe a função social da posse como princípio implícito em diversos dispositivos do texto. Essa aparente diferença de tratamento é fruto de o contexto político em que a CRFB/88 foi promulgada, e não se trata de hierarquia entre os institutos. A prova disso é que os valores da sociedade brasileira eleitos na CRFB/88, dignidade da pessoa humana, solidariedade social, redução das desigualdades, erradicação da pobreza e isonomia são alcançáveis pela posse exercida com função social.

O direito de propriedade está explicitamente assegurado no art. 5.º, XXIII da CRFB/88. Resta saber em quais dispositivos está localizada a função social da posse.

Pelo princípio da máxima proteção da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º, III da CRFB/88, no contexto de personalização³ do direito civil, o patrimônio puro e simples se torna coadjuvante em favor da valorização e satisfação das necessidades essenciais da pessoa humana. A moradia digna integra o mínimo existencial e, ordinariamente, a principal forma de alcançá-la é a posse. Como direito fundamental de dimensão social introduzido no art. 6.º da CRFB/88 pela Emenda Constitucional n. 23/00, a moradia é garantida a todas as pessoas, na qualidade de credoras de políticas públicas.

O princípio da solidariedade social alçado à categoria de objetivo fundamental da República pelo art. 3.º, I, da CRFB/88 é sublinhado pelo objetivo social de erradicação da pobreza, constante no inciso III do mesmo dispositivo. A propósito, a solidariedade social ganha realce com a redação do art. 170 da CRFB/88, na medida em que todos têm direito a uma existência digna impulsionada pela justiça social.

³ Ibid., p. 56.

A isonomia prevista no *caput* do art. 5.º da CRFB/88, em sua concepção aristotélica, é instrumento de grande valia de justiça social, sempre que estiverem em jogo os direitos intangíveis da pessoa humana.

O art. 5.º, XXIII da CRFB/88 que assegura expressamente o direito de propriedade, pressupõe o atendimento efetivo à sua função social. Não existe função social da propriedade sem que, de alguma forma, haja o exercício da posse. Propriedade sem posse é um conceito vazio, que não contribui para materialização das promessas constitucionais. Por analogia à propriedade, o direito de posse também está previsto no art. 5.º, XXIII e no art. 170, V, da CRFB/88.

Em âmbito legislativo, o gérmen da funcionalização social do direito de posse⁴ está na usucapião que, nas formas urbana e especial rural, está prevista no art. 183 e art. 191 da CRFB/88.

Para que os objetivos sociais traçados pela CRFB/88 sejam plenamente efetivados, o direito civil tem a tarefa de promover continuamente a despatrimonialização de seus institutos. A meta é compatibilizá-los com a realização dos valores sociais.

O direito civil-constitucional prima pela unidade do sistema jurídico, pela constante intervenção do direito público no direito privado. Modernamente, o ponto central de interpretação do direito civil é a Constituição. Dessa forma, refletir a respeito de teorias do Código Civil vigente tem como pano de fundo a CRFB/88 e a própria linha filosófica adotada pelo legislador ordinário.

O Código Civil adota um sistema aberto que privilegia as cláusulas gerais, o que viabiliza maior justiça nos casos concretos, desde que utilizado com estrita observância aos princípios constitucionais e as diretrizes básicas trazidas na exposição de motivos do Código Civil.

⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12.

A ética e a boa-fé objetiva devem estar presentes em todas as ações e omissões humanas oriundas de relações regidas pelo Código Civil. O interesse social prevalece sobre a busca de vantagens individuais, sempre que estiver em jogo direitos intangíveis do ser humano⁵, tal qual a tutela da posse que viabiliza a moradia e trabalho para grande parte da população brasileira.

O intuito não é o fim ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial do sistema jurídico. Isso sequer seria possível, pois a CRFB/88 resguarda a livre iniciativa e a propriedade privada. A intenção é justamente atrelar o exercício de institutos jurídicos à realização de valores sociais, por meio de uma mudança qualitativa de paradigma⁶.

Considerando os objetivos sociais almejados, a melhor forma de entender a posse é como direito real⁷. Há quem sustente que se trata de direito pessoal ou, ainda, fato jurídico. Certo é que a natureza jurídica da posse é bastante controvertida e influi na forma com que a posse é protegida no ordenamento jurídico.

A posse é um direito real atípico, na medida em que é o único direito real que prescinde de registro imobiliário. A hipótese singular de a posse ser levada a registro está na Lei n. 11.977/09, instituidora do programa de governo denominado Minha Casa Minha Vida, que viabiliza o registro de títulos de legitimação da posse. Outra característica da posse que demonstra a sua natureza de direito real atípico é a dispensa de outorga uxória nas ações possessórias, ressalvada a eventual composses.

As lições de Caio Mario⁸ e San Tiago Dantas⁹ corroboram que a posse é direito real, inclusive, por citarem o art. 5.º, XXXV da CRFB/88 e, principalmente, o art. 75¹⁰ do Código

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 52.

⁶ SCHERIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 21.

⁹ DANTAS apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.

de 1916, segundo o qual “*a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*”. Na legislação brasileira, a posse é protegida por diversas ações judiciais, típicas e atípicas. Proteção, diga-se, é conferida apenas a direitos, tal qual ocorre com a posse. Fatos jurídicos estão meramente previstos na legislação, e não protegidos.

Outro argumento favorável e decisivo à natureza jurídica da posse como direito real é o princípio da tipicidade elástica dos direitos reais, segundo o qual esses direitos podem estar normatizados em qualquer legislação, e não somente no rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil.

Por outro lado, há quem sustente a natureza jurídica da posse como direito pessoal¹¹. O fundamento é a posse não estar prevista no rol do art. 1225 do Código Civil. Desconsidera-se, pois, o princípio da tipicidade elástica da posse. Argumenta-se que, ao exercitar a posse, o bem incorpóreo “posse” é agregado como uma riqueza ao patrimônio do possuidor. A natureza jurídica de patrimônio é de direito pessoal. Defende-se, também, que a situação topográfica da posse no Código Civil indica sua natureza pessoal. O fato de o direito de sequela não ser pleno também excluiria a caracterização da posse como direito real, no entender dessa corrente doutrinária.

Há, por último, quem defenda a natureza jurídica da posse como fato jurídico¹². Apegam-se ao argumento de a posse não estar prevista como direito no art. 1225 do Código Civil. Desconsideram, novamente, a existência do princípio da tipicidade elástica. Ainda que a posse seja externada por fatos – uso, gozo e disposição - sua essência de direito permanece indene.

¹¹ ARONE, Ricardo. *Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza*. 2003. p. 232, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI60950,71043A+natureza+juridica+da+posse+um+estudo+conforme+suas+quatro+dimensoes> acessado em 30/10/2015.

¹² BEVILAQUA, Clovis; MIRANDA, Pontes de; RODRIGUES, Silvio e GIORDANI, José Assir Lessa *apud* Melo, Marco Aurélio Bezerra de, *Direito das Coisas*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 28.

A questão de a posse estar associada a uma situação de fato não a desnatura como direito¹³. A possibilidade de a posse ser exercida com os vícios objetivos do art. 1200 e os subjetivos do art. 1201, ambos do Código Civil, também não a descaracteriza como direito. Isso porque se trata de vícios relativos, alegáveis somente interpartes. A posse viciada deve ser respeitada por toda a sociedade, inclusive pelo interesse social que a envolve. Eventual sequência de lesões possessórias prejudica a toda coletividade.

2. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A POSSE E A RELEVÂNCIA DA TEORIA SOCIOLÓGICA

Para dar vida aos direitos fundamentais e sociais previstos na CRFB/88, não obstante o art. 1.196 do Código Civil defina o possuidor sob a ótica da teoria objetiva de Ihering, deve ser reconhecida a forte interferência da teoria sociológica da posse em diversos dispositivos do Código Civil.

Para justificar a posse, ao longo do tempo, foram desenvolvidas teorias como a subjetiva de Savigny¹⁴, a objetiva de Ihering¹⁵ e as sociológicas da posse, com destaque para a concepção de Saleilles¹⁶. As duas primeiras são as teorias mais comentadas, em que pese não sejam as mais adequadas para satisfação das promessas constitucionais.

Pela teoria subjetiva¹⁷, a posse é um poder direito que tem como elementos, o poder físico ou disponibilidade sobre a coisa, além do chamado *animus domini*, que é a intenção de

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 20.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 861.

¹⁵ *Ibid.*, p. 862.

¹⁶ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 125

¹⁷ TARTUCE, op. cit., p. 861.

ter a coisa para si, de exercer o direito de propriedade¹⁸. O primeiro grande equívoco da teoria é justamente o valor demasiado dado ao elemento subjetivo, à intenção de dono. Isso porque na sua ausência não haveria posse, mas sim a mera detenção sobre a coisa.

A posse derivada de contrato também não é reconhecida por Savigny¹⁹, de maneira que o locatário, o comodatário e o arrendatário rural não passam de detentores e, nessa qualidade, não estariam legitimados para ajuizar ações possessórias. Trata-se, portanto, de uma teoria relativista, em que a posse está em grau inferior à propriedade.

Registre-se que os dispositivos do Código Civil que tratam da usucapião, ao mencionarem a intenção de dono, não fazem eco da teoria subjetiva. A motivação do legislador é estabelecer a diferença entre a posse *ad contractus* ou *ad interdicta* da posse *ad usucapionem*.

A teoria objetiva²⁰ também traz a característica marcante de ser relativista. Diferente da anterior, o *corpus*, que é a disponibilidade física sobre a coisa, lhe é suficiente. Dispensa o elemento subjetivo, isto é, a intenção de ser dono do bem. Está implícito, contudo, no elemento objetivo a aparência de dono, *afectio tenenti*. Ainda é majoritária a posição de autores defendem que esta segunda teoria foi adotada pelo Código Civil, sobretudo em razão da redação do seu art. 1.196.

Segundo Ihering²¹, a posse é o reflexo da propriedade, o mecanismo de a sociedade visualizar o domínio sobre determinado bem. Defende que a posse é protegida pelo ordenamento com intuito de propiciar mais uma via defensiva ao direito de propriedade, uma alternativa à via petítória. Como o proprietário é sempre possuidor, ele pode optar pela defesa possessória ou petítória.

¹⁸ Ibid., p 862.

¹⁹ TARTUCE, op. cit., p. 861.

²⁰ Ibid., p. 862.

²¹ Ibid., p. 861.

Já a teoria sociológica na ótica de Saleilles²² é absolutista, expressa uma visão moderna a respeito da posse como direito real autônomo no mesmo patamar do direito de propriedade. Por ser um direito subjetivo, a posse merece proteção por si só.

Os elementos da posse, para teoria sociológica, são; 1 - o *corpus*, que é externar o poder físico sobre a coisa, usar, gozar e dispor; 2 - a aparência de dono que, assim como na teoria objetiva, está implícita no *corpus*; 3 - o proveito ou produção econômica, tanto pelo uso, quanto pela fruição do bem; e por último e não menos importante, 4 - o elemento social da posse, denominado pela doutrina de consciência coletiva ou social.

Pelo elemento proveito ou produção econômica da posse, exclui-se do conceito de possuidor aquele proprietário que se restringe a visitar, capinar e cercar o terreno, na medida em que tais ações não o tornam produtivo. A especulação imobiliária, portanto, não induz posse. Ao contrário, gera apenas despesas para manutenção do bem. A propriedade pura não é suficiente para dar o aspecto econômico ao bem.

O elemento social da posse se explica pela substituição da vontade subjetiva individual pela consciência coletiva em função da necessidade de exploração econômica do imóvel objeto da posse. A vontade do indivíduo de se apropriar e explorar economicamente o bem deve ser respeitada sempre que corresponder ao ideal coletivo. Para Saleilles, a consciência coletiva é a visão da sociedade de que a posse é necessária, é o principal instrumento para tornar o bem economicamente ativo²³.

Abraçado à teoria sociológica da posse, o Código Civil garantiu a prevalência da posse funcionalizada em detrimento da propriedade que descumpre sua função social. A propriedade com função social só é possível mediante o exercício da posse.

²² ALBUQUERQUE, op. cit., p.125.

²³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.128/129.

Na expropriação judicial privada, presente nos §§ 4.º e 5.º do art. 1228 do Código Civil, a posse coletiva que atende a sua função social supera a propriedade individual sem função social.

Nas ações possessórias não é permitido arguir a propriedade ou outro direito real como matéria de defesa. A vedação da exceção de domínio está positivada no art. 1210, §2.º do Código Civil, cuja redação foi reproduzida no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil de 2015.

Essa restrição não ocorre na via petítória, na medida em que nesta via se admite sustentar a posse em defesa. Essa conclusão se depreende do caput do art. 1228, que afirma que a propriedade se sobrepõe à posse desamparada de uma justa relação jurídica. Assim, é permitido afirmar que a posse amparada por uma justa relação jurídica é suficiente para improcedência da ação petítória.

A justa ou injusta causa da posse constante no caput do art. 1228 não tem relação com o conceito de posse justa e injusta trazido pelo art. 1200 do Código Civil, em que os vícios são objetivos. Para ilustrar a posse exercida com justa causa do art. 1228 vale lembrar a procuração *in rem suam* (procuração em causa própria), nas hipóteses de compromisso de compra e venda não registrado, tratada na súmula 84 do STJ e no art. 685 do Código Civil.

O compromissário comprador começa a exercer posse e, por um infortúnio, o compromissário vendedor vende o imóvel novamente a um terceiro, que registra a aquisição no registro de imóveis competente. Eventual ação petítória desse terceiro deverá ser julgada improcedente, na medida em que foi ajuizada em face de um possuidor que já exerce posse, baseada em justa razão jurídica.

A teoria sociológica da posse goza de amparo constitucional. É princípio implícito na CRFB/88, verificado em todos os dispositivos que tratam, também implicitamente, da função

social da posse, já mencionados neste texto. Nesse trilho, o legislador ordinário entoa a teoria sociológica da posse, em diversas passagens do Código Civil.

3. A TEORIA SOCIOLOGICA DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL E SEU AMPARO PRETORIANO

No rol dos direitos reais do art. 1225, o legislador incluiu o direito do promitente comprador do imóvel, que é uma das possibilidades de posse dissociada da propriedade. Trata-se de inovação legislativa, na medida em que o Código Civil anterior, em seu art. 674, correspondente ao atual art. 1225, não trazia essa previsão. Extrai-se dessa inclusão legislativa que a posse está no mesmo patamar dos demais direitos reais.

Por outra inovação legislativa, o art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil apresenta a expropriação judicial privada, que é derivação da teoria sociológica da posse. Há diversas nomenclaturas para esse mesmo instituto, que restringe o direito de propriedade, trazendo em seu conteúdo a função social da posse e do domínio²⁴.

A expropriação judicial privada é inspirada no sentido social do direito de propriedade. Implica em novo conceito tanto da propriedade, quanto da posse, que pode se qualificar como posse-trabalho²⁵.

Diferente do que se concebe como invasão, a ocupação não pode ser considerada como ato ilícito, inclusive quando se trata de pessoas materialmente pobres, em iminente necessidade. Não há dolo específico de apropriação para obter resultado econômico ou enriquecimento sem justa causa²⁶.

²⁴TARTUCE, op. cit., p.912.

²⁵ REALE, apud TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 913.

²⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 421.

Os prazos mais curtos das diversas modalidades de usucapião em relação ao Código Civil de 1916 exaltam a teoria sociológica da posse, não obstante seja verdade que a evolução da sociedade dispense prazos tão longos como os da codificação anterior.

A redação do art. 1210, §2.º do Código Civil, corroborada pelo parágrafo único do art. 557 do Código Civil de 2015, afirma que a alegação de propriedade ou de qualquer outro direito sobre a coisa não obsta a manutenção ou reintegração da posse. Em razão de esses dispositivos estabelecerem a separação absoluta entre os juízos possessório e petitório²⁷, resta demonstrada a opção do legislador pela teoria sociológica da posse.

Nesse contexto, o melhor entendimento é no sentido de a súmula 487 do STF ter perdido a aplicabilidade no momento em que o Código Civil de 2002 entrou em vigor. Isso porque o alicerce dessa súmula era o art. 505 do Código Civil de 1916, segundo o qual a ação possessória não poderia ser julgada em favor daquele que não detivesse o domínio do bem.

A teoria sociológica da posse encontra amparo pretoriano principalmente na súmula 84 do STJ que sustenta ser admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. O registro do compromisso de compra e venda enseja um direito real atípico chamado de direito real de aquisição, que é obstativo e gera eficácia impeditiva *erga omnes*.

Quando não registrado, o compromisso de compra e venda gera direito pessoal de aquisição. É um contrato que torna o compromissário comprador apto a se tornar proprietário mediante o registro e a quitação do preço. Trata-se de posse com justa causa. Protege-se, nos embargos de terceiro da súmula 84 do STJ, o direito de posse do compromissário comprador,

²⁷ BRASIL. Enunciado CJF n. 78 e 79. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 30/10/2015.

pelo fato de a sua justa posição jurídica ser anterior a eventual assunção de débito do compromissário vendedor executado.

Nos anos de 1990, importante julgado²⁸, apelação cível n. 1995/0049519-8, foi proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, precedente conhecido como *caso da Favela Pullman*. Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, mas já sob o manto da CRFB/88, o Desembargador Relator José Osório de Azevedo Junior fundamentou a decisão na função social da posse e, por conseguinte, deu vida à teoria sociológica da posse. Verifica-se a aplicação da ideia da expropriação judicial privada, ainda que este instituto não existisse à época.

Em poucas linhas, o caso concreto narrava que determinado loteamento foi invadido e ocupado durante anos por população de baixa renda. A ação reivindicatória foi deflagrada pelos proprietários muito tardiamente, em que pese não houvesse prazo suficiente para usucapião. Na primeira instância, o pedido foi julgado procedente. Em segunda instância, a sentença foi reformada:

[...] Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CRFB/88 a submeteu ao princípio da função social. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio (...) 10 – No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e seus antecessores de forma antissocial. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

De acordo com o julgado²⁹, os lotes de terreno não tinham mais a devida individualização, pois apresentaram uma mudança de natureza, que fez perecer o direito de propriedade individual em proveito da posse social. Uma “pseudo realidade jurídico-

²⁸ TARTUCE, op. cit., p. 909.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 75.659-SP. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>. Acesso em 30/10/2015.

cartorária” não prevalece sobre a realidade concreta. Tratar-se-ia de uma operação socialmente impossível o desalojamento forçado das famílias que ocupavam – com função social – os lotes de terreno reivindicados.

Finaliza-se, portanto, fazendo coro às palavras do citado Desembargador³⁰, no sentido de que desalojar pessoas inseridas em extensa comunidade urbana consolidada implicaria em operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. Por ser uma operação socialmente impossível, revela-se uma operação juridicamente impossível.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a teoria sociológica da posse é capaz de satisfazer as promessas constitucionais, tendo o legislador ordinário timidamente aceitado sua interferência e preponderância em alguns dos dispositivos do Código Civil. Pelo fato de o Brasil historicamente privilegiar a propriedade e os valores individuais, a teoria da sociológica ainda não encontrou a merecida aceitação na doutrina e na jurisprudência.

Felizmente, caminha-se para uma sociedade mais justa e fraterna. Parte dos doutrinadores e julgadores já percebe a necessidade de repensar o valor dado à posse, tendo em vista a imprescindibilidade de satisfazer os direitos sociais de trabalho e moradia de vasto número de pessoas. A propriedade não é o veículo adequado para acabar com a desigualdade em um país de miséria como o Brasil.

Os direitos sociais, como direito à moradia e ao trabalho, irradiam sobre as normas de direito privado, que obrigatoriamente devem observar o caráter pleno e pétreo das disposições constitucionais que os asseguram.

³⁰Ibid.

A existência de normas jurídicas voltadas expressamente à proteção de determinados interesses não exclui a proteção de outros interesses, sobretudo de envergadura constitucional, de forma que o sistema se mantenha harmônico, sem antinomias.

Não obstante o próprio Código Civil permitir que a posse se sobreponha à propriedade em algumas situações, não se sacrificam valores fundamentais somente para fazer a subsunção da norma ao caso concreto. Por vezes, o afastamento pontual da norma em regência é necessário para que a decisão seja fundamentada com maior amparo no ideal de justiça social.

O Código Civil, se bem interpretado, dispõe de instrumentos para valorização e preponderância da posse exercida com função social. A posse funcionalizada, além de ter respaldo constitucional, é capaz de atender aos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. Daí porque se almeja que a posse com função social seja a regra em detrimento da propriedade desfuncionalizada.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRITO, Marçílio. Curso ministrado na Fesudeperj, em junho de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvm, 2013.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SCHERIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

