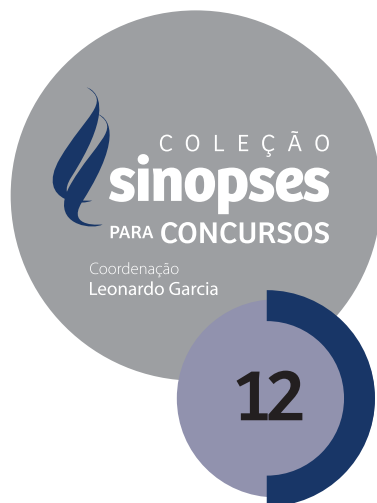


Luciano L. Figueiredo
Roberto L. Figueiredo



DIREITO CIVIL

DIREITOS REAIS



2022

Posse

Sumário • 1. Nota Introdutória. Por que Proteger a Posse? – 2. Teorias Explicativas – 3. Mas Afinal, O Que é a Posse? – 4. Posse versus Detenção – 5. A Aquisição da Posse – 6. A Perda da Posse – 7. Classificação da Posse: 7.1. Posse Direta versus Posse Indireta. Os Desdobramentos da Posse; 7.2. Composse ou compossessão; 7.3. Posse Justa versus Posse Injusta. Vícios Objetivos da Posse; 7.4. Posse de Boa-fé versus Posse de Má-fé. Vícios Subjetivos da Posse; 7.5. Posse Nova e Posse Velha; 7.6. Posse Natural e Posse Civil ou Jurídica; 7.7. Posse ad interdicta e Posse ad usucapionem. –

1. NOTA INTRODUTÓRIA. POR QUE PROTEGER A POSSE?

“A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais mercedores de tutela¹”.

O estudo da posse é, definitivamente, desafiador. Como bem posto, há muito, pelo festejado Roberto de Ruggiero, “não há matéria que se ache mais cheia de dificuldades do que esta, no que se refere a sua origem histórica, ao fundamento racional da sua proteção, à sua terminologia, à sua estrutura, teórica, aos elementos que a integram, ao seu objeto, aos seus efeitos, aos modos de adquiri-la e de perdê-la²”: “poucas matérias há, em direito, que tenham dado margem a tantas controvérsias como a posse. Sua bibliografia é amplíssima, e constante a afirmação dos embaraços de seu estudo.”³

Fazendo uma **incursão histórica** é possível afirmar que o sistema da tutela jurídica da posse, hoje existente no Brasil, é, preponderantemente, oriundo do Direito Romano. Contudo, é inegável que, ao longo da história, esse sistema possessório romano sofreu novas influências, tais como do Direito Canônico, Francês e Alemão.

Portanto, no que concerne à posse, o ordenamento jurídico brasileiro traduz uma síntese histórica dos sistemas supramencionados. Logo, entender a origem da proteção jurídica da posse, no Brasil, perpassa por entender um pouco a historicidade dos seus sistemas influenciadores.

1. Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.
2. RUGGIERO, Roberto de. **Instituciones de Derecho Civil**. Vol. I, p. 179.
3. BARBOSA MOREIRA, José. **Posse**. Vol. I, p. 1.

A **origem da posse** é controvertida, sendo, porém, incontroverso, que o seu desenvolvimento aconteceu em Roma. Nesse cenário, percebe-se que os interditos possessórios que temos hoje são originários do Direito Romano, posto que, no Direito Germânico, a proteção da posse estava condicionada à propriedade.

O Direito Francês, por sua vez, desenvolveu a noção da “simplificação da defesa da posse”, por influência da duração da posse e do fortalecimento de sua proteção, construindo o que hoje chamamos de posse nova versus posse velha. Foi na França que surgiu a possibilidade de mandado liminar de reintegração, ou manutenção, aumentando a eficácia da tutela jurisdicional⁴.

Trazendo tais ilações para o Brasil, hodiernamente o direito pátrio protege não apenas a posse decorrente da propriedade (posse causal ou **ius possidendi**), mas também a posse autônoma, independentemente de qualquer título, protegida em si mesma (posse formal, autônoma ou **ius possessionis**). É a posse fundada na própria posse (**possideo quod possideo**)⁵.

Mas qual seria o **objetivo de proteção** da posse?

O escopo protetivo do fenômeno possessório é a paz social, pois, sem dúvida, a posse é objeto de grandes lutas. De igual sorte, busca-se proteger a posse com o objetivo de realizar interesses existenciais, sociais e econômicos merecedores de tutela. As demandas possessórias no Brasil, não só em áreas rurais, mas também nas urbanas, já ocasionaram inúmeros embates, tanto patrimoniais, como pessoais. O ranço latifundiário, decorrente das capitânicas hereditárias, somado a um processo histórico desigual concentrador da terra em benefício de poucos, o qual impediu o acesso de muitos, leva à posse uma tensão desmedida. Esta tensão merece diferenciado cuidado do ordenamento jurídico nacional. Justo por isso, que merece a posse toda a atenção e tutela.

2. TEORIAS EXPLICATIVAS

O ser humano, há muito, analisa a posse e tenta entendê-la. Assim, lembra a doutrina a existência de **duas teorias** amplamente difundidas e “originadas do esforço de seus autores para uma interpretação exata dos textos romanos”. Tais teorias são fundadas no desejo de identificar, a partir dos elementos da posse, o seu conceito⁶. Estamos nos referindo à **Teoria Subjetiva da Posse**, de **Savigny**, e a **Teoria Objetiva da Posse**, de **Ihering**.

São três os principais pontos distintivos das teorias: (i) a determinação dos elementos constitutivos da posse; (ii) a explicação da natureza da posse; e (iii) a fundamentação da proteção possessória.

4. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95/96.

5. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45.

6. Op. cit., p. 94/95.

► **Atenção!**

Há, historicamente, notícias sobre **outras teorias** intermediárias na doutrina, como a de Ferrine, Riccobono, Barassi, mas que não gozaram de ampla repercussão. Assim, tais teorias não costumam ser questionadas em provas nem são objeto de grandes estudos doutrinários.

a) Teoria Subjetiva (Friedrich Carl Von Savigny)⁷

Friedrich Carl Von Savigny, no seu festejado “Tratado da Posse” (historicamente surgido em 1893), aos 24 (vinte e quatro) anos de idade, buscou teorizar a posse, no direito alemão, com base em ensinamentos provenientes do Direito Romano. Para tanto, sustentava Savigny que a posse traduziria um poder material sobre a coisa – domínio físico (*corpus*) – com a intenção de tê-la para si (*animus*).

<p>Em Síntese, para a Teoria Subjetiva: <i>Corpus</i> (Elemento Objetivo, Domínio Físico) + <i>Animus Rem Sibi Habendi</i> (Elemento Subjetivo ou Espiritual, a intensão) = Posse</p>

Justo por conta da exigência da intenção – o aspecto subjetivo, o *animus* – que a teoria em comento foi batizada como subjetiva. O *corpus* seria o elemento material, identificado no poder físico sobre a coisa, na apreensão física do bem, no poder de fato, segundo uma relação externa e visível. Já o *animus* traduz o desejo, a vontade de ter a coisa como própria, a relação interna, invisível. Caso não houvesse o aludido *animus*, para Savigny, posse não existiria; mas, sim, mera detenção⁸.

Por conta do *animus* os detentores não titularizam a posse, não sendo merecedores de tutela possessória, porquanto teriam apenas o domínio físico da coisa (*corpus*). Sob o ponto de vista prático, esse entendimento seria inadequado à fundamentação jurídica de direitos dos locatários, comodatários, usufrutuários e depositários, pois, como meros detentores (para a teoria subjetiva) não gozam dos efeitos da proteção possessória.

► **Atenção!**

O Código Civil atual, como será adiante estudado, adota uma classificação distintiva entre posse direta x indireta (CC, art. 1.197). Assim, “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

7. Malgrado a maioria dos manuais e das provas informarem ser o genitor da teoria subjetiva Savigny; há quem discorde. Para alguns, como Carlos Roberto Gonçalves (op. cit., p. 48), a referida teoria teve como pioneiro Niebuhr.

8. Op. Cit., p. 32.

contra o indireto”. Este dispositivo comprova que estas pessoas (locatários, comodatários, usufrutuários, depositários etc.) não são apenas detentores para a legislação pátria; mas, sim, possuidores. Do dito, é possível notar que o direito brasileiro, preponderantemente, abraçou a **teoria objetiva da posse**, a qual será aprofundada no decorrer desta obra.

Curioso perceber que, diante do problema dos comodatários, locatários, arrendatários, dentre outros, Savigny tentou uma solução tangencial, criando uma figura intermediária entre o detentor e o possuidor, chamado de **possuidor derivado**. Acabou, neste momento, contrariando a própria tese e defendendo existir possuidores sem intenção, o que enfraqueceu, ainda mais, a sua matriz teórica.

A teoria subjetiva representou, à época, um enorme avanço, pois ao estudar a posse na Alemanha, com fundamento em Roma, conferiu **autonomia** ao instituto. A posse deixará de ser uma mera decorrência proprietária. Apesar disso, a referida teoria não foi isenta de críticas, sendo a principal a percepção de que a verificação do elemento subjetivo (*animus*) era demasiadamente dificultosa.

Pautada nessa crítica que adveio a teoria objetiva da posse, sobre a qual passamos a falar.

b) Teoria Objetiva (Rudolf Von Ihering)

A teoria objetiva da posse teve como seu genitor Rudolf Von Ihering, que foi aluno de Savigny, em Berlim, na Faculdade de Direito. Ihering se dedicou a tentar melhorar e aparar as arestas da teoria de seu professor, Savigny.

Para esta construção teórica, possuidor é a pessoa que se comporta como se fosse proprietária da coisa, imprimindo destinação econômica a ela, independentemente da demonstração do *animus*. Objetivando um contraponto à teoria subjetiva, ressalta a teoria em comento o comportamento objetivo, enxergando a posse, em regra, como a exteriorização da propriedade ou o exercício de um dos seus poderes. É possuidor aquele que tem a conduta de dono.

Dessa maneira, segundo a matriz em estudo, apenas o **aspecto objetivo** importa à configuração da posse, sendo esta igual ao **corpus**. Interessante, porém, que o *corpus* ganhou uma conotação diversa da de Savigny, pois não consistia em um mero contato físico, mas sim em uma função econômica, na forma que age o proprietário diante daquele bem, na **conduta de dono**.

Em síntese:

Teoria Objetiva: Posse = Corpus (conduta de dono).

A posse é considerada, pela teoria objetiva, como um direito a ser protegido para a preservação, consequencial, da própria propriedade. Trata-se de posicionamento diverso da teoria subjetiva, na qual a posse é protegida pelo fundamento

de que todo e qualquer ato de violência merece resposta Estatal, independentemente da tutela proprietária.

Anota Orlando Gomes, ao comentar a teoria objetiva da posse, que “a qualidade de possuidor é atribuída a muitas pessoas que, na concepção clássica, são consideradas meras detentoras”. Isto porque, todo aquele que utilizar coisas alheias, em decorrência de uma relação jurídica real ou obrigacional, será, necessariamente, possuidor⁹.

O **detentor**, neste cenário e na lembrança de Carlos Roberto Gonçalves, configura-se com a mera incidência de obstáculo legal à aquisição da posse, verificando-se uma **posse degradada**¹⁰. Aqui, arremata o doutrinador, reside uma das mais importantes diferenças entre as duas teorias:

- a) Enquanto Savigny enxerga a detenção como um *corpus* – entendido como poder físico – sem o *animus* – desprovido de intenção.
- b) Ihering enxerga a detenção como o *corpus* – conduta de dono – com um obstáculo legal que impeça a posse.

A **crítica** feita à teoria objetiva, reside no fato de esta retirar a autonomia plena da posse, e analisando conjuntamente à propriedade, remetendo à exteriorização da propriedade e conduta de dono¹¹.

Malgrado as críticas, porém, foi a **teoria objetiva** a tese **abraçada** pelo vigente Código Civil.

3. MAS AFINAL, O QUE É A POSSE?

Diante de toda a raiz histórica trabalhada, bem como das matrizes teóricas sobre o instituto, a primeira dúvida conceitual que se colocar, ao ser enfrentada a definição da posse, é se esta seria um fato ou um direito? Tal dúvida persiste na doutrina desde o direito romano.

Sobre esta problemática, existem **duas importantes correntes**¹². A **primeira** sustentando ser a posse, pura e simplesmente, um fato, como defendido por Windscheid, Pacifici-Mazzoni, Bonfante, Dernburg, Trabucchi, Cujacius e outros¹³. A **segunda** afirmando ser a posse um direito, como aduzem Ihering, Teixeira de Freitas, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Caio Mário, Demolombe, Sintenis, Molitor, Pescatore e outros¹⁴.

9. Op. Cit., p. 37.

10. Op. Cit., p. 59.

11. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD JR., Nelson. **Curso de Direito Civil. v. 5:** Reais. 10ª ed. p. 57. Salvador: Juspodivm, 2014.

12. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse.** Estudo dogmático. V. II. t. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 69.

13. Apud Carlos Roberto Gonçalves. Op. Cit., 73.

14. No mesmo sentido, de que a posse é um direito e a doutrina de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, ambas utilizadas no curso deste capítulo.

► **Atenção!**

Percebe-se, a partir do supracitado, que para a **teoria subjetiva da posse**, esta é, a um só tempo:

- a) **fato**, quando analisada em si mesma;
- b) **direito**, quando observada em relação aos efeitos dela decorrentes.

Todavia, para a **teoria objetiva da posse**, esta é apenas um direito.

A posse é um direito, “levando-se em conta a teoria tridimensional de Miguel Reale”¹⁵, segundo a qual o direito nada mais é, senão fato, valor e norma.

Comungando, porém, com a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves¹⁶, há uma **terceira via** possível de ser enxergada, defendida por Barassi, Savigny, Pothier, Brinz, Domat, Ribas, Laurent, Wodon e outros. É a teoria **mista ou eclética**, a qual enxerga a posse como um fato e um direito.

Nessa linha de inteligência, nos parece que ser direito não retira da posse a natureza de fato, podendo ser esta traduzida como um fato tutelado pelo próprio direito.

Com efeito, segundo a lei, **possuidor** é aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (arts. 1.196 e 1.204, ambos do CC). Logo, ao ter de fato tal exercício, terá um direito à posse. Tanto isto é verdade que, de acordo com a legislação, a posse se adquire desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.204, CC). O possuidor será, desde então, protegido, seja pela inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), seja pelo direito constitucional à moradia (art. 6º, *caput*, CF), ou, finalmente, diante da função social desta posse.

Vê-se, então, que o Direito tutela este fato.

Mas em sendo um direito, a posse seria um direito real ou obrigacional (pessoal)?

Trata-se de mais uma importante polêmica.

Para Ihering, em sendo a posse um direito, seria, seguramente, real, pois diz respeito a uma relação entre um sujeito e uma coisa, e não entre pessoas. Ademais, não tem por objeto uma prestação.

Ocorre que, como visto no capítulo introdutório a esta obra, o Código Civil brasileiro trabalha com um rol taxativo de direitos reais (art. 1.225 do CC), o qual não incluiu a posse. Nesta ótica, seria a posse um direito pessoal. De outro modo, como visto no mesmo capítulo introdutório, há outros direitos reais, previstos no Código Civil, e não elencados no seu art. 1.225, a exemplo do direito

15. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 28.

16. *Op. Cit.*, p. 73.

de retenção. Voltaria, então, a possibilidade de ser enxergada a posse como um direito real.

O dilema só aumenta.

Parece-nos que a razão, aqui, assiste a Clóvis Beviláqua, Joel Dias Figueira, José Carlos Barbosa Moreira Alves e aqueles que defendem a tese de ser a posse um **direito pessoal especial, típico e autônomo**¹⁷.

Decerto, não estando no rol do art. 1.225 do CC, sustentar a tese de que a posse seria um direito real encontra grandes obstáculos. Todavia, pensá-la como uma mera obrigação, é igualmente difícil, porquanto ser uma relação que envolve uma coisa, com certa oponibilidade.

Encaixando o fenômeno em uma situação diferenciada, resta possível compreendê-lo como um direito pessoal com ampla oponibilidade e, até mesmo, alguma sequela.

Sob o ponto de vista legislativo, porém, é clarividente que a posse resta tratada no livro dos direitos das coisas. Como já visto, não é um direito real por não estar inserido no art. 1.225 do Código Civil.

E, então, qual seria o **conceito de posse**?

A posse é um poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa, configurando como elemento indispensável ao proprietário para a utilização econômica da coisa.

Prossegue o saudoso doutrinador baiano recordando que esta utilização econômica da propriedade se verifica ou pela utilização da posse pelo próprio proprietário, ou, ainda, pela cessão do poder de fato que este tem para outra pessoa. Assim, deve a posse ser encarada como uma “condição ao nascimento de um direito”, ou “como fundamento de um direito”, a depender da situação jurídica concreta¹⁸.

► **Atenção!**

A posse não se confunde com a propriedade, nem é desta um apêndice. Posse e propriedade são institutos distintos. Evidentemente que, em muitas ocasiões, constata-se a presença da posse e da propriedade reunidas em uma mesma pessoa, a exemplo do proprietário de um imóvel que, ao mesmo tempo, reside no aludido bem.

Mas é possível que haja posse direta sem propriedade, como no caso do inquilino. Igualmente é possível que haja propriedade sem posse direta, a exemplo do proprietário que aluga o imóvel.

Assim, afirma-se que hoje a posse tem autonomia no direito brasileiro, sendo um instituto juridicamente independente e com proteção específica, independentemente da propriedade.

17. Apud Carlos Roberto Gonçalves, p. 76 e 77.

18. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34/35.

O Código Civil vigente, de forma próxima ao anterior, se ocupou de conceituar a posse, especificamente no seu art. 1.196, afirmando ser o **possuidor** o sujeito de direito que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Assim, para ser possuidor não é necessário conservar o exercício pleno de todas as faculdades proprietárias – uso, gozo ou fruição, disposição e seqüela –, bastando conservar o exercício, ainda que parcial, de um desses poderes.

Mas o **Código Civil adota** a teoria objetiva ou subjetiva da posse?

Voltando-se os olhos ao Código Civil, segundo a **doutrina majoritária**, este adota, **preponderantemente**, a teoria objetiva da posse (art. 1.196)¹⁹. A própria possibilidade, prevista no Código Civil, de desdobramentos da posse em direta e indireta (art. 1.197), ilustra a adoção da teoria objetiva, na medida em que reconhece ser factível a outra pessoa, não proprietária do bem, possuí-lo, ante o critério da destinação econômica.

Porém, em algumas situações codificadas, há indícios da presença da **teoria subjetiva**, a exemplo da **usucapião** – em que se exige a posse com *animus domini* –, na **posse de boa-fé** – sendo aquela em que o possuído desconhece obstáculo ou vício que impeça a sua aquisição proprietária – e na **detenção** – quando o cidadão tem contato direto com a coisa (*corpus*), mas não é considerado possuidor.

De mais a mais, em uma leitura atual do conceito de posse, esta deve ser significada com base no texto constitucional, à luz dos seus valores e princípios, consoante a **constitucionalização do direito civil**. O diuturno conceito de posse há de ser influenciado por valores **repersonificadores**, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a função social, o direito social à moradia, entre outros.

Por tudo isso, a posse há de ser verificada, atualmente, consoante a sua **função social**, como bem posto pela **Teoria Sociológica da Posse**, a qual fora desenvolvida no século XX, na Europa, em especial na Itália, pelas mãos de Silvio Perozzi, na França, pelos cuidados de Raymond Saleilles e, finalmente, na Espanha, por Antônio Hernandez Gil. Todos, em coro, e em especial o último, proclamando a necessidade de uma **função social da posse**.

Cediço, porém, que o reconhecimento da função social da posse exige flexão hermenêutica do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal; sendo um consectário da função social da propriedade. De fato, não há nenhum artigo expresso – nem na Constituição Federal nem no Código Civil – afirmando a função social da posse.

Mas o que seria afirmar que um instituto privado possui função social?

Stefano Rodotà²⁰ foi um dos primeiros juristas que, efetivamente, realizou um estudo mais aprofundado sobre o real significado das expressões “função” e “so-

19. Vários doutrinadores afirmam o dito, citando por todos Carlos Roberto Gonçalves (op. cit., p. 55).
20. BULOS, Uadi Lammêgo. “Função Social da Propriedade (Perspectiva Constitucional)”. In CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**. São Paulo: Saraiva, Setembro 1995. p. 143/145.

cial”. Segundo ele, o termo função opõe-se ao de estrutura, sendo o norte para a averiguação da forma pela qual o direito é operacionalizado. Dessa forma, no instante em que o ordenamento reconhece que o direito de propriedade e de posse não deve ser exercido de forma a satisfazer unicamente ao interesse do seu titular, devendo também se dirigir aos não proprietários/possuidores, consigna uma função social ao direito de propriedade.

Por social deve-se enxergar um padrão elástico por meio do qual se transfere para a órbita legislativa, e do judiciário, certas exigências do momento histórico. Logo, social seria um conceito histórico-determinado, vago, elástico, por meio do qual se *encaixariam* os valores relevantes, moral e eticamente, à época analisada.

A expressão função traz consigo uma ideia de dever ao proprietário, consistindo em uma finalidade a ser dada à propriedade em prol do interesse de outrem. Já do termo social se infere “conveniente à sociedade”, que “interessa para a sociedade”. Tais valores sociais seriam os elegidos em lei e na Constituição Federal. Nessa esteira, por função social depreende-se o dever do possuidor em atender as finalidades sociais relacionadas aos interesses protegidos em lei.

Esta **posse-social** é admitida por boa parte da doutrina²¹. O Código Civil, em muitas passagens e de forma oblíqua, abraça a função social da posse. Exemplifica-se ao abordar a diminuição de prazos na usucapião extraordinária e ordinária, em função da posse-trabalho (arts. 1.238 e 1.242 do CC), bem como ao permitir a desapropriação judicial, nas pegadas do art. 1.228, §§ 4º e 5º. O possuidor há de ter a conduta de um **bom** proprietário, tendo comportamento ético e social no exercício do seu direito²².

► **Atenção!**

O Enunciado 492, da V Jornada em Direito Civil, afirma que a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade, e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais mercedores de tutela, evidenciando que, sob o ponto de vista doutrinário, é assente o entendimento acerca da função social da posse.

Mas esta posse se dirige, apenas, aos bens corpóreos, ou também diria respeito aos bens incorpóreos ou, até mesmo, à direitos? A questão é das mais imbrincadas.

Em uma **análise histórica**, vê-se que, na origem do Direito Romano, se entendia que a posse se configurava apenas sobre bens físicos. Coube ao Direito Canônico, posteriormente, admitir a possibilidade jurídica da posse para todo e qualquer direito.

Verificando o **direito comparado**, percebe-se que as legislações oscilam, ora para aceitar a posse pura e simplesmente para bens corpóreos, ora para estender a incidência desta, também, aos bens incorpóreos.

21. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 30.

22. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. Vol. IV, p. 14.

Evidentemente que “problema não admite solução simplista”²³, concluindo-se que a correta interpretação da doutrina objetiva de Ihering não levaria à vedação da posse de bens incorpóreos²⁴.

Fato é que, no Brasil, por força da tese levantada por Ruy Barbosa, durante determinado lapso de tempo, houve a posse de direitos, por utilizar o referido advogado dos interditos para a defesa de direitos pessoais, a exemplo de reintegração no emprego. O aludido Professor publicou, até mesmo, um livro retratando a tese, cujo batismo é a *Posse dos Direitos Pessoais*.

Entretantes, com a posterior criação do remédio heroico (mandado de segurança), em 1934, a tese do bom baiano perdeu força.

Fazendo uma análise do direito legislado, Clóvis Beviláqua afirma que o Código Civil de 1916 não previu a posse de direitos pessoais²⁵. O mesmo aconteceu no vigente Código Civil, ainda de maneira mais clara, quando suprimiu dúbias redações da legislação pretérita.

O fato é que, hoje, consoante a **doutrina majoritária**, o Código Civil brasileiro – influenciado, no particular, pela legislação cível da Alemanha e da Grécia – aduz que apenas coisas (corpóreas), em regra, são objetos de posse. Isto, porque, para que haja o *corpus*, é necessário o poder físico sobre a coisa e a conduta de dono. Assim, para tanto, o objeto há de ser material²⁶.

► **Como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema?**

Todavia, registra-se, na **jurisprudência sumulada**, o tema é vacilante. O Superior Tribunal de Justiça afirma ser “*inadmissível o interdito proibitório para a proteção de direito autoral*” (**Súmula 228, STJ**), fazendo crer que não há proteção possessória de ideias, por ser um bem imaterial. Porém, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em outra oportunidade, admitiu a posse com fins de usucapião de linha telefônica, como se infere da redação da **Súmula 193**.

Diante de todo este cenário, alguns direitos obrigacionais (pessoais) e extra-patrimoniais podem ser objeto de posse, sendo defendidos pela tutela dos interditos²⁷, de modo que seriam **objeto de posse**: a) o domínio; b) os direitos reais que dele se desmembram e subsistem como entidades distintas e independentes; e c) os demais direitos que, fazendo parte do patrimônio da pessoa, podem ser reduzidos a valor pecuniário, o que concordamos.

4. POSSE VERSUS DETENÇÃO

Uma vez consignado que o Código Civil adota a teoria objetiva da posse, de Ihering, segundo a qual a posse ocorre a partir do domínio físico da coisa, uma importante questão surge: como, então, diferenciar o possuidor do detentor?

23. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

24. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45.

25. *Apud* Carlos Roberto Gonçalves. **Código Civil dos Estados Unidos**, v. 3, p. 9-10.

26. Este é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves. *Op. cit.*, p. 68.

27. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45.



Propriedade

Sumário **1.** A Função Social da Propriedade – **2.** Conceito. Afinal, O que é a Propriedade? – **3.** Extensão e Caracteres – **4.** Descoberta – **5.** Modalidades: **5.1.** Propriedade Resolúvel; **5.2.** Propriedade Aparente – **6.** Formas de Aquisição da Propriedade Imóvel: **6.1.** Acessões Naturais e Artificiais; **6.2.** Aquisição pela Usucapião de Bem Imóvel; **6.3.** Aquisição do Bem Imóvel pelo Registro do Título; **6.4.** A Promessa de Compra e Venda de Imóvel e o Direito Real de Aquisição da Propriedade do Promitente Comprador: Compromisso Irretratável de Compra e Venda de Imóveis – **7.** Formas de Aquisição da Propriedade Móvel (arts. 1.260/1.274, CC) – **8.** A perda da propriedade (arts. 1.275 e 1.276, CC) – **9.** Responsabilidade civil do proprietário – **10.** Aspectos Processuais: A Tutela Jurídica da Propriedade.

1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal da Alemanha de 1949, em seu art. 14, alínea 2, afirma que “A propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade”. Sem dúvida esta perspectiva demonstra um absoluto abandono à concepção romanista da propriedade, bem como um freio à visão individualista dela.

Tal concepção chegou ao Brasil e hoje encontra assentamento nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da CF/88, e no inciso II do art. 170 da CF/88, seguida pela disciplina do § 1º do art. 1.228 do CC/02. Logo, hodiernamente, não há mais a menor dúvida: a propriedade não é mais produto absoluto de um individualismo egoístico. Ao contrário disso, deve se harmonizar com as exigências socioambientais. Em síntese: tendo em vista as exigências atuais do bem comum e os interesses extraproprietários, há uma função social a ser respeitada¹.

Nesse sentido vem caminhando a doutrina, como posto pelo Enunciado 507 da V Jornada em Direito Civil, segundo o qual “Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho”.

1. O art. 147 da CF/46 já previa que o uso da propriedade haveria de se condicionar ao bem-estar social.

De fato, é garantido o direito de propriedade. Significa isso dizer que a propriedade tem natureza de garantia, traduzindo um direito, fundamental. Ademais disso, esta propriedade atenderá a sua função social, sendo nítida a possibilidade de intervenção estatal para restringir a autonomia privada em situações nas quais o proprietário não a respeite. Tal se dá, por exemplo, por meio de normatizações de planos diretores, em grandes centros urbanos, os quais traduzem normas recheadas de regras que visam potencializar a função social dos imóveis e evitar o intuito meramente especulativo.

A **propriedade** está **funcionalizada** em um interesse metaindividual, exógeno e social. O direito de propriedade não se justifica apenas para proteger, exclusivamente, o seu titular, mas também para realizar interesses de toda a sociedade. Em decorrência disso, o proprietário hoje sofrerá limitação jurídica de faculdades proprietárias, dantes absolutas.

Discute-se, porém, se esta propriedade tem a função social como seu conteúdo (**teoria interna**) ou como um mero limite proprietário (**teoria externa**)².

A **teoria interna** teve como um dos seus grandes baluartes Léon Duguit, para quem a função social estaria inserida no próprio direito de propriedade, integrando o seu conteúdo. Desta maneira, enxergava Duguit a propriedade como um **direito-função**, suprimindo a noção de direito subjetivo e enxergando a ausência de direito acaso não houvesse função social. Trata-se de teoria com grande prestígio no Brasil e na Espanha.

Já a **tese externa**, a qual teve como importante referencial Jossierand, aduz ser a função social um dos limites ao exercício do direito de propriedade, não a enxergando como seu conteúdo. Dessa maneira, para os defensores da teoria externa, há propriedade ainda que não haja função social, sendo esta apenas um limite no exercício daquela. Defendem esta ideia Jorge Miranda e Virgílio Afonso da Silva.

Assim, não mais deve ser vista a propriedade como um objeto de um mero direito subjetivo, devendo ser significada como um verdadeiro **instituto jurídico**.

A função social passa a integrar o conteúdo da propriedade, afinal de contas “Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade, orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns”³.

Na mesma esteira, o § 2º do art. 1.228 do CC proíbe o proprietário de praticar atos que não lhe tragam utilidade ou comodidade, bem como o **ato emulativo**, de forma que o abuso do direito é expressamente objeto de vedação normativa

2. No particular valeu-se o este capítulo dos ensinamentos de Otávio Luiz Rodrigues Júnior em seu texto Propriedade e Constitucionalização do Direito Civil, veiculado na Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 849, p. 435-444, 2006.

3. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

também nos direitos reais. Nesse sentido, o Enunciado 49, da I Jornada em Direito Civil, ao sugerir que o preceito normativo em destaque seja interpretado em harmonia com a função social e com o disposto no art. 187 do Código Civil; leia-se: à luz da boa-fé objetiva.

De forma ousada e inusitada, o CC prevê a **desapropriação judicial por necessidade ou utilidade pública**, bem como a desapropriação por interesse social e o ato de requisição em situações de perigo público iminente (§ 3º do art. 1.228). Trata-se de aspecto intrigante, pois o tema é visivelmente de direito público, previsto no art. 5º, incisos XXIV e XXV, da CF.

Talvez a grande ilustração hoje desta função social da propriedade esteja na denominada **desapropriação judicial privada**, decorrente da posse-trabalho, prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do CC, fruto da notável inteligência do jurista Miguel Reale e sem precedentes no direito comparado.

► **Como o STF já decidiu a matéria?**

O Plenário do STF entendeu que as exigências contidas nos arts. 124, VIII, 128, e 131, § 2º, não limitam o direito de propriedade, tampouco constituem-se coação política para arrecadar o que é devido, mas de dados inerentes às sucessivas renovações dos certificados de registro do automóvel junto ao órgão competente, para a liberação do trânsito de veículos, de modo que a Administração Pública está autorizada a exigir o comprovante da quitação de tributos, encargos e multas para, somente assim, expedir certificado de registro de veículo e autorizar o licenciamento do automóvel (ADI 2998/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 10.04.2019.)

A teor do § 4º do art. 1.228 do CC “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 relevante”. Para tanto, o juiz fixará “justa indenização devida ao proprietário” (§ 5º do mesmo diploma). Pago o preço da justa indenização, valerá a sentença como título para o registro de imóvel em benefício dos possuidores. A expressão “imóvel reivindicado” deverá ser interpretada extensivamente para abranger tanto pretensões petitórias, quanto pretensões possessórias, como entende a doutrina no Enunciado 310 da IV Jornada em Direito Civil do CJF.

O Enunciado 496, da V Jornada em Direito Civil, reconhece a possibilidade de ajuizamento de petição inicial visando à **desapropriação privada fundada na posse-trabalho**, mediante, pois, ação autônoma, retirando a dúvida eventualmente havida na doutrina sobre o cabimento da medida apenas como matéria de defesa.

É dizer: a desapropriação judicial privada pode ocorrer tanto como matéria vestibular, como matéria defensiva. Outrossim, a doutrina reconhece a nítida cons-

titucionalidade da desapropriação judicial privada (Enunciado 82 da I Jornada do CJF), por concretizar relevantes valores da República.

► **Atenção!**

Há uma importante discussão sobre a aplicação do instituto da desapropriação judicial privada aos bens públicos. Inicialmente a doutrina advertiu que o ajuizamento desta medida não se destina aos bens públicos, pois eles jamais poderiam ser objeto de uma expropriação por interesse particular. Foi o entendimento adotado no Enunciado 83 da I Jornada do CJF. Entretanto, na IV Jornada em Direito Civil foi elaborado o Enunciado 304, o qual, em síntese, admite a desapropriação judicial privada para os bens públicos dominicais, limitando a incidência do descabimento aos bens públicos de uso comum do povo e aos de uso especial, de modo a manter parcialmente o Enunciado 83.

Flávio Tartuce conclui que terrenos de marinha, terras devolutas, estradas de ferro, ilhas formadas em rios navegáveis, sítios arqueológicos, jazidas de minerais e o mar territorial poderiam, à luz dos enunciados referidos, sofrer debate acerca da desapropriação judicial privada. Contudo, lembra o ilustre doutrinador que a tese da usucapião dos bens dominicais é **minoritária** e, portanto, não deveria ser acolhida. (TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 127).

A justa indenização referida no § 5º do art. 1.228 do CC, fixada pelo Juiz da Causa, deverá ser paga pelos possuidores ocupantes da área. Este posicionamento está no Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil. Mas como os ocupantes de tais áreas costumam ser pessoas de poucos recursos, foi lavrado o Enunciado 308, da IV Jornada em Direito Civil, sustentando que esta justa indenização deverá ser “suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual”.

A doutrina entende ainda que os juros compensatórios previstos no Decreto-lei nº 3.365/41 não se aplicam à desapropriação judicial privada, pois esta não se confunde com as desapropriações regidas pelo direito público e submetidas à disciplina própria (Enunciado 240 da III Jornada em Direito Civil).

Lembra-se de que enquanto não se pagar o valor da justa indenização, a sentença em ação reivindicatória não terá eficácia jurídica e, portanto, a transferência do imóvel não ocorrerá (Enunciado 241 da III Jornada em Direito Civil).

Em conformidade com o art. 127 da CF, devemos recordar ser atribuição do Ministério Público a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, competindo-lhe intervir, na forma do art. 178 do CPC, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Nessa toada, o Enunciado 309, da IV Jornada em Direito Civil, reconhece doutrinariamente o dever-poder do Ministério Público em atuar nas hipóteses de desapropriação que envolvam relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos. Aliás, “na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º) poderá o juiz determinar

a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico” (Enunciado 307 da IV Jornada em Direito Civil). Particularmente concordamos com a linha enunciada, afinal de contas a própria ideia da função social autoriza a participação no processo de órgãos públicos competentes à solução do conflito jurídico⁴.

► **Atenção!**

A doutrina admite a utilização do § 4º do art. 1.228 do CC tanto para as ações reivindicatórias, quanto para as ações possessórias, interpretando extensivamente o significado da expressão “*imóvel reivindicado*” contido na norma. Trata-se de importante raciocínio, apto a demonstrar a autonomia da tutela da posse (Enunciado 320 da IV Jornada em Direito Civil).

Uma questão interessante se apresenta: imagine que o Juiz da Causa determine o pagamento da justa indenização a que se refere o § 5º do art. 1.228 do CC e, a partir deste instante, a parte credora se mantenha inerte, de modo que passe a fluir o prazo legal sem a necessária cobrança. A hipótese é de **prescrição** a autorizar, uma vez consumada, a ordem judicial de registro da propriedade em benefício dos possuidores. Nessa linha que caminha o Enunciado 311, da IV Jornada em Direito Civil, ao verberar que “caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores”.

O STJ proferiu interessante julgado em se de reintegração de posse ao determinar a conversão da mesma em ação indenizatória, de ofício, tendo em vista a ocorrência de desapropriação indireta⁵. Entendeu o STJ que a ação possessória pode ser convertida em indenizatória (desapropriação indireta) – ainda que ausente pedido explícito nesse sentido – a fim de assegurar tutela alternativa equivalente ao particular, quando a invasão coletiva consolidada inviabilizar o cumprimento do mandado reintegratório pelo município⁶.

4. O art. 178 do CPC/15 tem a seguinte redação: “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: interesse público ou social; interesse de incapaz; litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”. Advirta-se que interesse público justificador da atuação ministerial é apenas o primário. Nessa senda, não compete ao *Parquet* substituir a advocacia pública (CF/88 arts. 127 e 132), muito menos realizar representação ou consultoria a entidades públicas (inciso IX, art. 129 da CF).

5. REsp 1.442.440-AC, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 07/12/2017, DJe 15/02/2018.

6. Na origem, trata-se de ação de reintegração de posse em que a parte autora, a despeito de ter conseguido ordem judicial, encontra-se privada de suas terras há mais de 2 (duas) décadas, sem que tenha sido adotada qualquer medida concreta para obstar a constante invasão do seu imóvel, seja por ausência de força policial para o cumprimento do mandado reintegratório, seja em decorrência dos inúmeros incidentes processuais ocorridos nos autos ou em face da constante ocupação coletiva ocorrida na área, por milhares de famílias de baixa renda. Nesse contexto, discute-se, entre outros temas, a possibilidade de conversão da ação reivindicatória em inde-

2. CONCEITO. AFINAL, O QUE É A PROPRIEDADE?

É o “direito de propriedade o mais importante e mais sólido de todos os direitos subjetivos, sendo o direito real por excelência, ao redor do qual gravita o direito das coisas”⁷. O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais – *plena in re potesta*. Justo por isto que muitos autores o denominam **Direito Real na Coisa Própria**. O direito de propriedade pode ser conceituado como um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

O conceito de propriedade pode ser construído por meio de três modelos, a saber⁸:

- a) **conceito sintético** – é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa.
- b) **conceito analítico** – é o direito de usar, fruir, dispor de um bem e reavê-lo em face de quem injustamente o possuía.
- c) **conceito descritivo** – é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa.

Como o titular do direito de propriedade pode usar, gozar, abandonar, alienar ou destruir a coisa, é possível reconhecer a presença de um **direito absoluto** oponível *erga omnes*, de caráter real. Que fique claro: não é absoluto no sentido de que não é passível de mitigações; mas sim absoluto no que tange à sua oponibilidade.

Seguindo com os conceitos legais, Clóvis Beviláqua enxerga a propriedade como o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico à utilização de bens da

nizatória (por desapropriação indireta), de ofício pelo Juiz. Sobre a temática, vale ressaltar que as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa fundadas em título judicial ensejam a aplicação de tutela específica, na forma do art. 461, § 1º, do CPC/1973, sendo totalmente cabível a conversão em perdas e danos para a obtenção de resultado prático correspondente, quando situação fática consolidada no curso da ação exigir a devida proteção jurisdicional. Nesse passo, a conversão operada na espécie não configura julgamento ultra petita ou extra petita, ainda que não tenha havido pedido explícito nesse sentido, diante da impossibilidade prática de devolução da posse à autora, sendo descabido o ajuizamento de outra ação quando uma parte do imóvel já foi afetada ao domínio público, mediante apossamento administrativo e a outra restante foi ocupada de forma precária por inúmeras famílias com a intervenção do Município e do Estado, que implementaram toda a infraestrutura básica na área sub judice. Outrossim, também não há falar em violação ao princípio da congruência, devendo ser aplicada, no caso, a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*. Conclui-se, portanto, que a conversão em comento é consequência lógica da impossibilidade de devolução do imóvel à autora, sendo desimportante o fato de não ter havido pedido sucessivo/cumulado na exordial ou arguição pelos possuidores (réus na ação reivindicatória), em sede de contestação, quanto à possibilidade de indenização pela perda da posse.

7. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. p. 83.

8. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 109.

vida, físicos ou imateriais⁹. Caio Mário da Silva Pereira diz que a propriedade “é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”¹⁰. Decerto é o domínio que instrumentaliza a propriedade, a qual, por sua vez, se forma pelo conjunto de faculdades ou poderes juridicamente reconhecidos ao senhorio.

Fato é que, passeando pelo ordenamento jurídico nacional, infere-se ser a propriedade direito **fundamental**. Está garantida no art. 5º, inciso XXII, da CF/88. Seu exercício é otimizado e limitado pela sua **função social**, na forma do mesmo no art. 5º, agora no seu inciso XXIII.

O CC/02 reconhece a existência de **faculdades jurídicas** ao titular da propriedade. É o que reza o art. 1.228. Observe-se que a legislação cível opta muito mais por apresentar atributos jurídico à propriedade – de uso, gozo, fruição, sequela e disposição – do que analisá-la à luz de uma relação jurídica que, inevitavelmente é.

A doutrina, porém, controverte-se sobre ser a relação jurídica proprietária estabelecida entre o homem e uma coisa (**teoria realista**) ou entre pessoas (**teoria personalista**).

A **tese realista** enxerga a existência de relação jurídica entre o homem e o objeto proprietário. Acaba por confundir o domínio com a propriedade. Justo por isto, hoje, para a maioria da doutrina, a tese realista é uma ideia ultrapassa.

Já a **teoria personalista** afirma que a relação proprietária é estabelecida entre o proprietário e o sujeito passivo universal, entendido este como todos os terceiros que haverão de respeitar a propriedade. A premissa é simples: para que haja relação jurídica há de existir relação entre pessoas – conduta humana intersubjetiva. Logo, não é possível falar-se em direito quando há em um dos polos uma pessoa e no outro uma coisa.

Seguindo os ditames da teoria personalista, o proprietário tem relação do domínio sobre a coisa (objeto da propriedade), podendo usar, gozar, fruir e dispor do bem. O direito de propriedade, porém, é justamente a necessidade de respeito dos terceiros (outro sujeito) ao aludido domínio.

Tal propriedade poderá ser de uma pessoa física ou jurídica e, ainda, de um bem público ou privado. Para a doutrina o “objeto do direito de propriedade há de ser coisa especificadamente determinada” subordinando-se a três importantes princípios: a) materialização ou corporeidade; b) individualização e, finalmente; c) acessoriedade¹¹.

9. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das Coisas**. Brasília: Senado. 2003. Coleção História do Direito Brasileiro. V. 1.

10. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das Coisas**. Brasília: Senado. 2003. Coleção História do Direito Brasileiro. V. 1, p. 127.

11. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª ed. Atualizador Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. IV, p. 90. No mesmo sentido Maria Helena Diniz.

Voltando-se novamente os olhos para o direito legislado, percebe-se que o art. 1.228 do Código Civil firma que o proprietário tem as faculdades de usar, gozar, dispor, fruir e reivindicar a coisa. Nessa esteira, o proprietário tem o *ius fruendi*, ou seja, o direito subjetivo de fruir, gozar da coisa extraindo desta todos os frutos. Ademais disso, terá também o *ius utendi*, vale dizer, o direito de usar a coisa dentro dos padrões, evidentemente, da função social. O *ius disponendi* é o direito que o proprietário terá de dispor de sua propriedade, seja ainda em vida, mediante alienação (doação, compra e venda), seja para depois da sua morte, mediante disposição de última vontade (testamento). O *ius vindicandi* é nada mais nada menos do que o chamado direito de seqüela, que autoriza ao proprietário reivindicar da coisa em face de quem a detenha indevidamente.

Sobre a possibilidade de o proprietário ajuizar as ações reivindicatórias como um dos direitos previstos no art. 1.228 do CC, advertindo que sobre o prazo existem, basicamente, dois grandes posicionamentos¹²:

Posicionamento 1) Minoritário. A ação reivindicatória está sujeita a um prazo prescricional, pois teria natureza patrimonial. Desse modo, seria o caso de se aplicar o art. 205 do CC e fixar em dez anos o prazo prescricional para a pretensão reivindicatória, contados da violação do direito subjetivo (Enunciado 14 da I Jornada em Direito Civil).

Posicionamento 2) Majoritário. A ação reivindicatória é imprescritível porque preponderantemente declaratória, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ – AgRg no Ag 569.220/RJ, REsp. 216.117/RN e REsp. 49.203/SP).

Como se sabe, uma das características do direito real é a **perpetuidade**. O domínio é perpétuo. Dessa maneira, será importante reconhecer que as ações reivindicatórias são imprescritíveis e não se submetem à decadência, de modo que o caráter da perpetuidade autoriza este entendimento consagrado na doutrina.

A **propriedade** será **plena** ou **alodial** quando o titular deste direito estiver com todas as faculdades ou poderes dentro da sua esfera jurídica; leia-se: quando preencher todo o art. 1.228 do CC, podendo gozar, reivindicar, usar ou dispor da coisa, sem que terceiro tenha qualquer direito sobre esta propriedade.

D’outra banda, a propriedade será **limitada** ou **restrita** quando terceiro não proprietário titularize alguns dos poderes inerentes a ela, a exemplo da existência de direitos reais na coisa alheia (usufruto, penhora, hipoteca etc.). A propriedade restrita acarreta uma consequência jurídica importante: a **divisão** dos seus **atributos**, de modo que a mesma passará a ser composta “de duas partes destacáveis”¹³, a saber:

- a) **Nua-propriedade (senhorio direto ou proprietário direto e possuidor indireto)** – que é igual à titularidade do domínio; ou seja, decorre do fato de ser o proprietário o dono da coisa, apesar de não ter o direito de usar e fruir do bem.

12. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 105.

13. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 109.

- b) **Domínio útil (possuidor direto)** – corresponde ao atributo daquele que tem a posse direta do bem. Leia-se: a possibilidade de usar, gozar e dispor do próprio domínio útil, tal como ocorre com o enfiteuta ou usufrutuário¹⁴.

3. EXTENSÃO E CARACTERES

De acordo com o art. 1.228 do CC, o proprietário tem o direito de gozar, reivindicar, usar e dispor da coisa, daí por que se está diante do maior conteúdo de um direito real existente no ordenamento jurídico. É o direito real por excelência. Mas, afinal, qual seria a extensão deste direito? Seria crível afirmar que a propriedade vai, com o perdão da expressão coloquial, “do céu ao inferno”?

A resposta é negativa. Com efeito, o **critério** estabelecido no Código Civil relaciona-se à **utilidade**, sendo que a propriedade do solo compreenderá o espaço aéreo e o subsolo correspondentes em altura e profundidade úteis ao seu exercício, nas pegadas do art. 1.229 do Código Civil. Logo, não é crível que o proprietário impeça o uso em espaço aéreo ou profundidade que não lhe tenha utilidade, por completa ausência de interesse.

► Com se manifestou o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema?

No ano de 2015, pautado no **critério da utilidade**, firmou o Tribunal da Cidadania (Informativo 557) que a invasão de subsolo apenas acarretará danos ao proprietário acaso estes sejam devidamente comprovados. *In verbis*: *Direito de propriedade de subsolo*. No caso em que o subsolo de imóvel tenha sido invadido por tirantes (pinos de concreto) provenientes de obra de sustentação do imóvel vizinho, o proprietário do imóvel invadido não terá legítimo interesse para requerer, com base no art. 1.229 do CC, a remoção dos tirantes nem indenização por perdas e danos, desde que fique constatado que a invasão não acarretou prejuízos comprovados a ele, tampouco impossibilitou o perfeito uso, gozo e fruição do seu imóvel. (REsp 1.256.825-SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 16.3.15. 3ª T. (Info STJ 557))

Destarte, imperioso recordar que a propriedade do solo **não abrangerá** jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais, na forma do art. 1.230 codificado.

A propriedade tem caracteres muito semelhantes aos direitos reais¹⁵, a saber:

- a) É um direito **complexo** à vista do grande número de atributos que possui, à luz do art. 1.228 do CC (uso, gozo, fruição, disposição e sequela);

14. A depender da doutrina estudada, se encontrará quem defenda ser a expressão “domínio” sinônima de “propriedade”, a exemplo de Maria Helena Diniz e Flávio Tartuice. Contudo, existem doutrinadores que diferenciam o domínio da propriedade, como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald Jr., para quem o domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade, sendo o conteúdo interno da propriedade e consistindo na titularidade do bem. Seria o vínculo entre o titular e a coisa. Caminhamos com este segundo posicionamento.

15. TARTUICE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 120-121.

- b) É um direito **absoluto** (em regra) pois oponível *erga omnes* (contra todos), estando o proprietário autorizado a utilizar o bem da forma que bem entender, desde que respeitada a função socioambiental deste;
- c) É um direito **perpétuo**, ao passo que se mantém mesmo que não haja o exercício efetivo deste, não se findando por não uso, ressalvadas as situações excepcionais, a exemplo da usucapião;
- d) É um direito **exclusivo, em regra**. Isso porque não costuma pertencer a mais de uma pessoa, salvo em casos de copropriedade, presumindo-se plena e exclusiva, na forma do art. 1.231 do CC;
- e) É um direito **elástico**, pois poderá ser distendida ou contraída em suas faculdades de acordo com a vontade do seu dono.

De mais a mais, em uma análise civil-constitucional recorda-se ser o direito de propriedade **fundamental**, integrando o rol de cláusulas pétreas (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CF).

4. DESCOBERTA

Modificando a legislação pretérita, o Código Civil atual não mais regula sobre a invenção, tratando, porém, de maneira inédita, da descoberta, dentro da Seção II do capítulo que trata da propriedade em geral.

A inserção na teoria geral foi acertada, porquanto não ser a descoberta, propriamente, modo de aquisição de propriedade. Com efeito, o descobridor não há de conservar a propriedade consigo, atraindo para si a obrigação de restituição do objeto extraviado¹⁶.

Entende-se por descoberta o achado de coisa extraviada, perdida. O descobridor – pessoa que encontra a aludida coisa – tem de restituí-la ao seu dono ou quem legitimamente a possui (art. 1.233 do Código Civil).

Infere-se, portanto, que diferentemente da usucapião, da especificação e da tradição, as quais são formas de aquisição da propriedade móvel adiante abordadas, a descoberta não traduz uma forma de aquisição da propriedade.

Infere-se, claramente, que o legislador civilista se ocupa aqui de diferenciar coisa abandonada – e, por conseguinte, sem dono – de coisa perdida – a qual não fora abandonada e ainda possui um dono. Decerto, sobre coisas sem dono é possível a aquisição da propriedade, como se verá adiante no fenômeno da ocupação. Entrementes, sobre coisas perdidas impõe-se o dever de restituição, sob pena de ilícito civil e penal, com a configuração de apropriação de coisa achada (art. 169, II, do Código Penal).

O legislador civilista, visando premiar a boa-fé e os atos do descobridor, confere a este uma recompensa pela devolução do bem, doutrinariamente denominado **achádego**. O achádego **não será inferior** a 5% (cinco por cento) do valor da coisa,

16. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

somada à indenização pelas despesas que o descobridor houver feito para conservação e transporte da coisa, salvo se o dono preferiu abandoná-la (art. 1.234 do Código Civil).

Caso o dono ou legítimo detentor decida por abandonar a coisa, torna-se sem dono, sendo plenamente possível, neste momento, que o descobridor adquira a sua propriedade, por meio do fenômeno da **ocupação**, adiante estudado (art. 1.263 do Código Civil).

Curiosa discussão é entabulada a respeito do perecimento ou da deterioração da coisa nas mãos do descobridor. Teria ele responsabilidade civil perante o proprietário ou legítimo possuidor?

Nas pegadas do art. 1.235, do Código Civil, apenas haveria a referida responsabilidade na hipótese de dolo. Sendo assim, a simples culpa não seria apta a gerar responsabilização, pois compreenderia o legislador que o descobridor estaria agindo em prol de um terceiro (dono ou legítimo possuidor), não sendo crível a sua responsabilização por mera imprudência, negligência ou imperícia.

► **Atenção!**

Mas como deve proceder o possuidor acaso não conheça o proprietário ou legítimo possuidor da coisa?

O CPC ocupa-se do tema no art. 746. Assim, o juiz, ao receber a coisa alheia do descobridor, mandará lavrar o respectivo auto com a descrição do bem e declarações do descobridor. Caso a coisa seja recebida por autoridade policial, esta haverá de remetê-la ao Juízo competente. Após depositada a coisa, o juiz ordenará a publicação de edital na rede mundial de computadores (Internet), no site (sítio) do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça. Caso não exista o dito site, deverá o edital ser publicado no órgão oficial da imprensa da comarca. Entrementes, se o bem for de pequeno valor, o que inviabiliza os custos supracitados, o edital tão somente será publicado no átrio do edifício do Fórum. No mais, remete o CPC ao procedimento já detalhado do Código Civil.

5. MODALIDADES

É possível classificar a propriedade de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência. Assim fala-se sobre **propriedade resolúvel, fiduciária e aparente**.

Sendo assim, interessa aqui apresentarmos breves notas sobre a propriedade resolúvel, distinguindo-a da propriedade fiduciária para, finalmente, abordar a propriedade aparente, de modo a avançar no estudo e na compreensão deste importantíssimo instituto dos direitos reais.

5.1. Propriedade Resolúvel

O direito de propriedade fora concebido, inicialmente, para ser perpétuo. Esta é uma premissa de todo o direito de propriedade, o qual pertencerá ao

proprietário enquanto vivo este for. Contudo, excepcionalmente, a legislação cível conta com a possibilidade de resolubilidade, a qual permite retirar a perpetuidade do sujeito proprietário.

Coadunando-se com o dito, recorda que “em regra, o domínio tem duração ilimitada. Porém, a própria norma jurídica, excepcionalmente, admite certas situações em que a propriedade da coisa móvel ou imóvel se torna temporária, subordinando-se a uma condição resolutiva ou termo final contido no título constitutivo do direito ou originário de causa a este superveniente”¹⁷. A resolução da propriedade poderá se dar em proveito do próprio alienante, no exemplo ilustrativo da venda com reserva de domínio prevista no art. 521 do CC, ou poderá se dar em proveito de terceiro, como acontece no fideicomisso, na forma dos arts. 1.951 e 1.952 do CC.

Neste cenário que se coloca a **propriedade resolúvel ou revogável**, a qual tem duração no tempo (**ad tempos**), duas são as suas hipóteses gerais:

- a) Propriedade resolúvel de forma **Originária** (CC, art. 1.359);
- b) Propriedade resolúvel de forma **Superveniente** (CC, art. 1.360).

Com efeito, “propriedade resolúvel ou revogável é aquele que no próprio título de sua constituição encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou vindo o termo extintivo, seja por força da declaração de vontade, seja por determinação da lei”¹⁸.

É resolúvel a propriedade passível de ser extinta ou por força de uma **condição** (evento accidental, futuro e incerto) ou pelo **termo** (evento accidental do negócio jurídico futuro e certo) ou, finalmente, pelo surgimento de uma **causa superveniente juridicamente** apta a pôr fim ao direito de propriedade.

Será resolúvel a propriedade com **causa originária** quando a sua **causa extintiva** constar do **próprio título aquisitivo**. Nesse caso, o titular já a adquire sabendo que ela irá se extinguir, pois sua causa extintiva consta do título. Assim, **não há terceiro de boa-fé**. O art. 1.359 do CC é esclarecedor a este respeito: “Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entende-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha”.

► **Atenção!**

A **retrovenda** (CC, art. 505) é um belo **exemplo** de **propriedade resolúvel originária**. Ali se tem uma expressa cláusula no contrato de compra e venda prevendo o direito do vendedor de recobrar a coisa no prazo máximo de três anos. Outro bom exemplo é a **alienação fiduciária**.

Os efeitos desta resolução, haja vista ser uma cláusula originária, serão *ex tunc*.

17. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direitos das Coisas**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337.

18. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil**. V. 3. p. 177.

Mas o Código Civil avança para também admitir a **propriedade resolúvel** por causa **superveniente**. A matéria está no art. 1.360 do CC, assim redigido “Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor”.

Na casuística de propriedade resolúvel com causa **derivada**, não constará no título a sua causa extintiva. Nesse caso, a propriedade é adquirida para ser perpétua, como em sua regra geral, já que não se tem notícia de nenhuma restrição. Porém, surge uma situação superveniente de resolubilidade, posteriormente à aquisição. O proprietário adquiriu propriedade perpétua, mas esta se transformou, supervenientemente, em resolúvel.

► **Atenção!**

Um ilustrativo exemplo de propriedade resolúvel com causa superveniente é a **revogação da doação**. O efeito jurídico para esta hipótese é *ex nunc*, pois não poderá afetar os direitos constituídos durante a sua vigência, em fiel proteção ao terceiro de boa-fé.

Na V Jornada em Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal elaborou o Enunciado 509, esclarecendo que “a resolução da propriedade, quando determinada por causa originária, prevista no título, opera *ex tunc* e *erga omnes*; se decorrente de causa superveniente, atua *ex nunc* e *inter partes*”.

► **Atenção!**

Há quem entenda na doutrina, minoritariamente, que a hipótese prevista no art. 1.360 do CC não seria de propriedade resolúvel, mas apenas de propriedade *ad tempos*, como recordam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal Jr. O entendimento majoritário, entretanto, é que o artigo veicula, sim, hipótese de propriedade resolúvel, como bem expresso no próprio Código Civil.

São comumente exemplos de propriedade resolúvel a **retrovenda** (arts. 505 a 508), a cláusula especial de venda com **reserva de domínio** (arts. 521 a 527), a doação com **reversão** (art. 547) e a **ingratidão** do donatário (arts. 555 e 557)¹⁹.

5.1.1. Propriedade Resolúvel Fiduciária

Conforme o art. 1.361 do CC, considera-se **fiduciária** a **propriedade resolúvel** de **coisa móvel infungível** que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. Portanto, a propriedade fiduciária seria uma **modalidade** de propriedade resolúvel, envolvendo coisa móvel, infungível, dada em garantia, com transferência da posse. Tal propriedade resolúvel é transferida pelo Fiduciante (instituição financeira) ao Fiduciário (comprador). Nada obstante, sob o ponto de vista histórico, é

19. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 140-141.