

# A AQUISIÇÃO POSSESSÓRIA POR REPRESENTANTE OU POR TERCEIRO

*Pablo Malheiros da Cunha Frota*

Mestrando em Função Social dos Institutos de Direito Privado pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Especialista em Novo Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, em parceria com o DIEX. Professor na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, do Instituto de Educação Superior de Brasília e da Universidade Paulista. Sócio do Caputo, Bastos e Fruet Advogados.

*Rodrigo Cardoso Freitas*

Mestrando em Função Social dos Institutos de Direito Privado pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Professor de Direito Civil e Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo e na Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo. Juiz de Direito.

Sumário: 1. A teoria da posse democrática – 2. A função socioambiental da posse – 3. Releitura civil constitucional dos incisos I e II do art. 1.205 do código civil – 4. Referências.

## 1. A TEORIA DA POSSE DEMOCRÁTICA

Os códigos e muitos juristas não utilizam o Direito como meio de transformação social, mas como instrumento gerador de uma pretensa segurança refletida na interpretação dos “textos jurídicos”, que desfocados do contexto social não materializam na norma os auspícios dos princípios e valores constitucionais, bem como daqueles que a informam.<sup>1</sup> Com isso percebem as pessoas de forma abstrata, pelo que têm, e não pelo que são.<sup>2</sup>

Esses são, em regra, os postulados trazidos pelo Código Civil de 1916 (CC/16) e pelo Código Civil atual (CC/02) em matéria possessória, porque individualistas, dualistas, patrimonialistas e que tornam absolutos os direitos conferidos ao proprietário, sem tratar dos interesses dos não-proprietários e dos não-possuidores, alcançados pelos efeitos da titularidade.<sup>3</sup>

A rigor, o uso, a fruição, a disposição e a proteção do bem tipificam a posse. Absorvidos pelo conceito de propriedade pela dogmática burguesa tornaram-se atributos externos da própria propriedade, cujas conseqüências foram o esvaziamento da estrutura, da

<sup>1</sup> Nessa linha: FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio. In: ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 11 e 12.

<sup>2</sup> ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; LACERDA, Marina Basso. A posse: ferramenta para concretizar direitos fundamentais. In: JÚNIOR, Erouths Cortiano *et al* (coords.) *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 141.

<sup>3</sup> Vide: AMARAL, Francisco. Evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. 7/81, São Paulo, n. 24, abr/jun. 1983, p. 80; ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 17 a 53; ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo código civil – breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *O novo código civil e a constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 216.

função e da importância da posse no choque com o direito de propriedade.<sup>4</sup>

Os referidos diplomas legais estruturam a posse sem funcionalizá-la, haja vista que não tratam da função socioambiental, capaz de impedir a tutela da propriedade e/ou da posse àquele que não a cumpre,<sup>5</sup> e de tutelar interesses que são importantes para a sociedade. A função socioambiental torna a posse e a propriedade interdependentes,<sup>6</sup> embora sejam situações jurídicas complexas configuradoras de relações intersubjetivas, autônomas e com proteções distintas (CC/02, art. 1.210).<sup>7</sup>

Os baldrames para a releitura das características, da estrutura e da função socioambiental da posse são as dimensões contempladas pelo Estado Democrático de Direito, visto, segundo Hernández Gil, ser a posse o contraponto da propriedade concentrada, despersonalizada e desfuncionalizada.<sup>8</sup>

Desse modo, o conceito de posse, suas formas de aquisição, as funções do instituto e a definição de detenção servirão de suporte para a análise dos sujeitos que podem obtê-la, embora exista entendimento doutrinário pela inutilidade do art. 1.205 do CC/02.<sup>9</sup>

Posse é a possibilidade de exercício<sup>10</sup> de um poder fático-jurídico, porque independe de título de domínio ou mesmo de posse,<sup>11</sup> assemelhado ao direito de propriedade ou a seus desdobramentos, por uma pessoa com interferência socioeconômica e ambiental sobre determinado bem material ou imaterial,<sup>12</sup> salvos os bens fora de comércio.

---

<sup>4</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. A questão agrária: a cerca jurídica da terra como negação da justiça. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, a.2, n. 3, 1º semestre de 1997, p. 105. *apud* ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; LACERDA, Marina Basso. *Ob.cit.*, p. 159 e 160.

<sup>5</sup> BARROSO, Lucas Abreu. A demonstração da função social da propriedade como pressuposto da concessão de tutela de urgência em ação possessória. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. (org.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, v. 1, p. 277 a 291.

<sup>6</sup> Vide GURSEN DE MIRANDA, Alcir. Conteúdo do direito de propriedade na amazônia: peculiaridade regional da propriedade em face do pacto amazônico. In: BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA Elisabete; GURSEN DE MIRANDA, Alcir. *Lei agrária nova*. Curitiba: Juruá, 2006, vol. I.

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336 a 337. O Código de Processo Civil considera ser a posse direito real (arts. 10 e 95).

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras completas. Conceptos jurídico fundamenatales*. Madrid: Espasa-Calpe: 1987, tomo I, p. 506. *apud* ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; LACERDA, Marina Basso. *Ob.cit.*, p. 164

<sup>9</sup> TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Apontamentos sobre o direito das coisas no código civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.) *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005, vol. I, p. 13.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Notas sobre o “direito das coisas” no Projeto do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 1, vol. 1, p. 69 -88, jan/mar. 2000, p. 72 e 73.

<sup>11</sup> ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto de código civil. In: COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 847.

<sup>12</sup> ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.223 a 266; PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas*. São Paulo: Leud, 2005, p. 106 a 171. Admissão somente de para bens corpóreos. Vide: CORDEIRO, Antônio Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas e atuais*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57

Exprime fática e juridicamente a imersão do sujeito de direito no mundo das coisas, porque todos passarão por uma situação possessória, mas quiçá nunca proprietária, haja vista a posse ligar-se à legitimação do uso das coisas e não à troca destas.<sup>13</sup> O possuidor, por conseguinte, pode comportar-se como se fosse titular do direito de propriedade ou de outro direito real.

Verifica-se o caráter multifacetário ou tripartido da posse, como explica Ricardo Aronne: “transita no ordenamento pátrio, tanto em dimensão única e exclusivamente jurídica, como direito real, no *jus possidendi*, como em esfera contratual e obrigacional, no *jus possessionis*, como ainda enquanto fato, ao tutelar-se a posse *ad usucapionem*, que não se estriba em direito subjetivo de posse algum”.<sup>14</sup>

Comprova-se a afirmação retrocitada se fizermos uma interpretação funcionalizada dos arts. 1.196 e 1.197 do CC/02, demonstradora da independência de titularidades, da proteção à posse advinda de direito pessoal ou real, a configurá-la como direito, da admissão do *jus possidendi* na propriedade, no usufruto, na superfície, no uso, na habitação e em outras titularidades, assim como do reconhecimento da posse como fato protegido pelos interditos possessórios.<sup>15</sup>

Nessa linha, a posse figura como fato jurídico, especificado na forma de atividade e não como ato-fato, ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico.<sup>16</sup> A atividade<sup>17</sup> é um conjunto coordenado de atos e/ou negócios para um fim específico, no qual a vontade do sujeito de direitos é indiferente para a subsistência e as conseqüências jurídicas do exercício daquela, com o fito de se atingir os objetivos almejados por quem a pratica. A natureza do exercício da atividade qualifica o sujeito desta – empresário, empresa, fornecedor, consumidor, possuidor, proprietário – pois não mais importa a vontade do sujeito, mas sua conduta e sua intenção no exercício dos poderes fático-jurídicos que possui.

A doutrina aponta duas teorias estruturais e uma funcional acerca da posse. As duas primeiras são a subjetiva de Savigny e a objetiva de Ihering e a terceira a teoria da posse-social defendida, entre outros, por Sílvio Perozzi, Raymond Saleilles e Antonio

---

a 59.

<sup>13</sup> FACHIN, Luiz Édson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 21.

<sup>14</sup> ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado.*, p. 27.

<sup>15</sup> ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado.*, p. 54 a 62.

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983, t. II, p. 374 a 376; VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. 2.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005, p. 8; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, p. 310 e 311.

<sup>17</sup> Vide: NERY, Rosa Maria Barreto de Andrade. Ato e atividade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 9 a 21, abr./jun. 2005.

Hernandez Gil.<sup>18</sup>

A teoria subjetiva entende ser posse o poder de disposição física do bem pela pessoa com intenção de ser dona e de protegê-la contra atos de terceiros. O elemento físico seria a coisa apreendida (*corpus*) e o elemento subjetivo seria a intenção de ser dono, de se comportar como tal e de ter o bem para si (*animus*), representado pela *affectio tenendi*. A conjugação de ambos os elementos caracterizaria a posse, pois na falta do *corpus* inexistiria relação possessória; e na falta do *animus* haveria detenção.<sup>19</sup> Dessa maneira, inexistiria posse, por esta teoria, ao locatário, ao comodatário e ao depositário, já que estes não possuem vontade de se tornarem proprietários.

A teoria objetiva de Ihering defende que a posse é direito subjetivo real e exterioriza a propriedade, ao enxergar o *animus* contido no *corpus*, pois o interesse se situa no proveito econômico essencial (*affectio tenendi*) retirado da coisa.<sup>20</sup> O *animus* é a intenção de utilizar a coisa como proprietário. O bom senso demonstrará quem é possuidor no caso concreto, a caracterizar locatário, comodatário e depositário como possuidores, não obstante, em regra, não terem interesse de ser proprietários. A posse, portanto, faz parte do direito de propriedade, defende-o, exterioriza e condiciona sua utilização econômica, assim como é o caminho para se atingir o direito à propriedade.

A teoria da posse-social confere primazia à posse funcionalizada em qualquer situação, mesmo naquela em que houver confronto com a titularidade dominial.<sup>21</sup> A função social da posse está implícita nos arts. 5º, *caput*, XXII, XXIII, XXIV, 170, 173, 182, 183, 184, 185, 186, 191 da CF/88 e em diversos dispositivos do CC/02, por exemplo, nos arts. 1.228, 1.238 e 1.242.

Frise-se que, inobstantes os debates acerca da teoria possessória adotada pelo CC/02, nenhuma das três teorias abarca de forma completa as dimensões fundantes do Estado

---

<sup>18</sup> FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 978.

<sup>19</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, vol. 14, p. 79 a 111, abr/jun. 2003, p. 101.

<sup>20</sup> Vide: IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse* (trad. Heloísa da Graça Buratti). São Paulo: Rideel, 2005, p. 49 e 50.

<sup>21</sup> BARROSO, Lucas Abreu; REZEK, Gustavo Elias Kallás; CATALAN, Marcos Jorge. Transmissão possessória: um conflito aparente de normas na sistemática civil? In: DELGADO, Mário; FIGUEIRÊDO ALVES, Jones. *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2008, vol.7 (Inédito); TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152 e 153; TJRS – Agravo de Instrumento n. 598360402. 19 CC. Rel Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julg. 6 de outubro de 1998.

Democrático de Direito - juridicidade, socialidade, democracia e sustentabilidade ambiental<sup>22</sup> - e os interesses e as situações trazidas pela posse, a colmatar uma nova teoria caracterizadora da *posse democrática*. Esta é um dos mecanismos que conciliam o direito abstrato e a realidade concreta, a fim de densificar os direitos fundamentais e os pilares hermenêuticos de uma sociedade mais justa e igualitária. Afasta o individualismo, a perspectiva do poder jurídico absoluto e o direito especulativo, caros aos direitos fortificados pelo Estado Liberal e pela concepção neoliberal (*rectus*: retroliberal)<sup>23</sup> que ainda permeiam a conduta dos sujeitos de direitos e de algumas codificações até os dias atuais.

A mencionada teoria conecta as teorias estruturais e sociológica da posse, acrescidas da função ambiental do instituto, a levar, segundo Giselda Hironaka e Silmara Chinelato, em paráfrase a Francisco Amaral, “o jurista a saber não apenas como o direito é feito, mas também para o que serve, isto é, sua causa final”.<sup>24</sup>

Dessa forma, adquire-se formalmente e materialmente a posse no momento em que se torna possível a execução funcional, em nome próprio, do referido poder fático-jurídico pelo possuidor (CC/02, art.1.204), sem que seja necessário enumerar as formas de aquisição como fazia o art. 493 do CC/16.<sup>25</sup>

Além do mais, exige-se para a aquisição da posse que a situação fática seja estável ou contínua<sup>26</sup>, porque situações como a de gravame hipotecário, a de fruição das rendas constituídas sobre imóveis, a da propriedade substancial mantida pelo proprietário na superfície e na enfiteuse não configuram aquisição de posse, embora preencham a literalidade do art. 1.204 do CC/02. Enfim, verificar-se-á se houve a apreensão do bem e a atribuição jurídica pessoal ou real funcionalizada deste.<sup>27</sup>

A aquisição da posse dita originária ocorrerá com a obtenção do bem ou do exercício de direito pelo novo possuidor, de forma unilateral, na qual não se verificarão vícios na posse e se dispensará a anuência do antigo possuidor, por exemplo, na usucapião. Será derivada se o antigo possuidor consentir com a aquisição do novo possuidor, e a posse manterá os vícios anteriores, se existentes. Exemplos da aquisição derivada da posse são a tradição, o constituto

---

<sup>22</sup> BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Prefácio. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 9.

<sup>24</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Ob.cit., p. 96.

<sup>25</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil., p. 153.

<sup>26</sup> ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.) *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. XI. (Inédito).

<sup>27</sup> ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado.*, p. 72.

possessório de bens móveis e imóveis (Enunciado 77/CJF), o exercício de um direito real, a sucessão<sup>28</sup> e a acessão.<sup>29</sup>

A fixação do momento temporal em que se dá a aquisição da posse permite saber o início da contagem de prazo da usucapião, se transcorreu o lapso de ano e dia que separa os institutos e as conseqüências da posse nova e da posse velha, se há (ou não) vícios na posse e se ocorreu o cumprimento da função socioambiental do instituto.<sup>30</sup>

Por tudo isso, a posse emana os seguintes efeitos jurídicos: a) defesa por meio dos interditos possessórios (CC/02, arts. 1.210 a 1.212), do desforço *incontinenti* (CC/02, art. 1.210, §1º)<sup>31</sup> e da imissão de posse; b) indenização por prejuízos sofridos (CPC, art. 921, I); c) direito à percepção de frutos (CC/02, arts. 1.214 a 1.216); d) responsabilidade por deterioração da coisa (CC/02, arts. 1.217 e 1.218); e) direito de retenção por benfeitorias (CC/02, arts. 1.219 a 1.222); f) condução a usucapião (CC/02, arts. 1.238 e 1.260); g) oposição de embargos de terceiro (CPC, arts. 1.046 a 1.054);<sup>32</sup> h) causa de dano infecto (CC/02, arts. 1.277 a 1.281 e CPC, arts. 826 a 838). Clóvis Beviláqua, segundo Venosa,<sup>33</sup> aponta outro efeito da posse: o da inversão do ônus probatório para quem contesta a posse. Esta inversão não se aplica ao Direito contemporâneo, diante do art. 333, II do CPC. Os aludidos efeitos vinculam-se à realização da função socioambiental da posse pelo possuidor ou proprietário.

Interessa ao presente debate diferenciar posse e detenção.<sup>34</sup> Esta seria a atividade desenvolvida por terceiro sobre um bem a mando, a pedido ou em nome do possuidor (CC/02, art. 1.198). O detentor ou flâmulo da posse pode defendê-la,<sup>35</sup> como se verá com a leitura civil constitucional do art. 1.205 do CC/02 e será legitimado passivo para causa reivindicatória (CC/02, art. 1.228, *caput* e CPC, art. 70, II). Nesse passo, é possível, diante do caso concreto, uma mesma pessoa ser detentora em relação ao possuidor (representado) e possuidora perante terceiros, em razão da atividade externada no seio da comunidade, a fortificar a perspectiva

<sup>28</sup> FIÚZA, César. *Direito civil. Curso completo*. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 876.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4., p. 67 e ss; Arruda Alvim entende que a expressão aquisição por derivação ou colaboração não seria correta, porque a posse é um fato e deve existir como tal. ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas.

<sup>30</sup> BARROSO, Lucas Abreu; REZEK, Gustavo Elias Kallás; CATALAN, Marcos Jorge. *Ob.cit.*

<sup>31</sup> Ricardo Aronne aponta que o desforço imediato seria inconstitucional em ARONNE, Ricardo. *Titularidades e apropriação no novo código civil – breve ensaio sobre a posse e sua natureza.*, p. 243.

<sup>32</sup> BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1999.

<sup>33</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88.

<sup>34</sup> Vide: AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Detenção, posse e propriedade- breves observações ao Código Civil*. In: ALVIM, Thereza et al (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

<sup>35</sup> ARAÚJO, Fábio Caldas. *Tutela material e processual da posse*. In: ALVIM, Thereza et al (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 412.

civil constitucional dos institutos jurídicos.<sup>36</sup>

Afora a situação retrocitada, o flâmulo da posse passará a possuidor se houver mudança na exteriorização do exercício do poder sobre o bem, se houver alteração contratual<sup>37</sup> ou se for rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios (Enunciado 301/CJF). A mudança de categoria jurídica atrela-se às condições de cumprimento da função socioambiental do bem e da posse pelo antigo detentor, novo possuidor.

A teoria da posse democrática, destarte, dinamiza a estrutura do instituto ao funcionalizá-lo de maneira integral e efetiva conforme a normativa constitucional, imprescindível para a análise e a interpretação das situações e relações jurídico-possessórias.

## 2. A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA POSSE

A constitucionalização do Direito Civil significa que este se submete aos valores e princípios constitucionais, sendo sua publicização o processo de intervenção estatal no âmbito legislativo, a fim de proteger a parte vulnerável nas relações jurídicas. A legislação infraconstitucional deverá ser interpretada segundo a Constituição, e não o inverso, como faziam e ainda propõem diversos civilistas. Isso porque, se a quase totalidade dos publicistas reconhece a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações que envolvem o Estado, inversamente o mesmo não acontece com a esmagadora maioria dos civilistas, que ainda rejeitam a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.<sup>38</sup>

As constituições democráticas delinearam um novo paradigma constitucional - o Estado Democrático de Direito - cujas retrocitadas dimensões conformam o conteúdo da propriedade individual ou coletiva, pública ou privada, urbana ou agrária, móvel ou imóvel e da posse, para que exerçam a função socioambiental que lhes é inerente.<sup>39</sup> A análise da natureza jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do que significa função social delinearão os contornos da função socioambiental da posse.

Lucas Abreu Barroso afirma que o art. 225 da CF/88 plasmou as características do

---

<sup>36</sup> FREITAS, Rodrigo Cardoso. Posse e detenção: uma distinção relativa? In: ALVIM, Thereza *et al* (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 310 a 315.

<sup>37</sup> ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado.*, p. 62.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 22 e 23.

<sup>39</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 125 e 131.

Estado ambiental ao considerar o meio ambiente direito subjetivo público, de titularidade difusa, indispensável à qualidade de vida e realizador do princípio da cooperação,<sup>40</sup> assim como bem de uso comum do povo. O meio ambiente, segundo Paulo Lôbo, condiciona e funcionaliza o conteúdo do direito de propriedade e a posse, que prevalece sobre o mencionado direito e sobre as exigências advindas do desenvolvimento econômico, salvo se ambientalmente sustentável.<sup>41</sup>

O princípio da solidariedade constitucional conforma a liberdade individual para que se chegue à justiça social e à igualdade material, pois impõe ao Estado a realização de políticas públicas e aos particulares deveres recíprocos em vista do bem comum;<sup>42</sup> supera o individualismo jurídico e desenvolve a função social dos institutos e poderes jurídicos,<sup>43</sup> legitimadora do título de domínio<sup>44</sup> e do poder fático-jurídico do possuidor, se conjugado com a função ambiental.

Sanciona-se o proprietário ou possuidor desidioso que não respeita a função socioambiental da posse, com a impossibilidade daqueles se socorrerem das tutelas possessórias; ter o proprietário o imóvel parcelado ou edificado de maneira compulsória e/ou aumentando os tributos, ou sofrer desapropriação judicial ou estatal etc.<sup>45</sup>

Percebe-se que a estrutura interna (usar, dispor e gozar, *corpus* e *animus*) e a estrutura externa (defesa) da posse são estáticas. Sua dinamicidade ocorrerá por intermédio da funcionalização dos institutos, expressada pela destinação conferida pelo possuidor aos poderes que ostenta sobre um bem, a fim de que atenda às necessidades sociais.<sup>46</sup>

A razão (como é e para que) da posse está na estrutura e se diferencia da função (o porquê) presente no modo como o titular exerce seus poderes sobre o bem.<sup>47</sup> A função potencializa o respeito aos interesses dos possuidores e dos não-possuidores, analisados caso a caso. Decidir-se-á, muitas vezes, a favor da posse e contra o título de domínio, se o

---

<sup>40</sup> BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental.*, p. 46.

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Prefácio. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Ob.cit., p. 10. Nessa linha: TJPR – Agravo de Instrumento n. 0405019-7. 5ª Câm. Civ. Rel. Des. José Marcos de Moura. j. 21 de março de 2007; TJPR - AC n. 1184454500. 2ª Câm. Civ. Rel. Des. Hirose Zeni. j. 29 de maio de 2002.

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Ano IX, n. 0, p. 144 a 159, out/nov. 2007, p. 146, 149, 158 e 159.

<sup>43</sup> Vide AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 364 e 365.

<sup>44</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Ob.cit., p. 95.

<sup>45</sup> SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, vol. 6, p. 159 a 182, abr/jun 2001, p. 165.

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada.

<sup>47</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.



proprietário não cumprir a função socioambiental da propriedade,<sup>48</sup> que o tornará direito de propriedade despido de tutela jurídica.<sup>49</sup>

Destaca-se que o exercício dos poderes possessórios e o bem objeto da posse detêm função socioambiental, conjugadora e condicionadora dos interesses individuais e coletivos, a mitigar a exclusão socioeconômica na sociedade e efetivar a cidadania material, a justiça social e conferir acesso à moradia (arts. 6º da CF/88; 429, VI da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro; 234, I da Constituição do Estado do Rio de Janeiro).

Dessa forma, os valores existenciais referentes ao trabalho, à alimentação, à moradia, à família, à utilização produtiva do bem, à não-existência de trabalho escravo, à proteção do meio ambiente, ao bem comum e ao desenvolvimento da sociedade identificam a simbiose entre a função socioambiental da propriedade e da posse e dos poderes delas derivados.

A função socioambiental da posse não limita ou comprime externamente o direito de propriedade, na propriedade, à propriedade, de posse ou à posse, mas o conforma internamente aos ditames constitucionais e modela a estrutura dos institutos citados, a fim de que proprietário, possuidor e terceiros concretizem a normativa constitucional. Exige-se dos mencionados sujeitos o dever de abstenção em lesar interesses alheios e uma postura pró-ativa e solidarista,<sup>50</sup> para que o bem sirva à sociedade e ao seu titular e se evitem os exageros trazidos pela propriedade absoluta e pela propriedade social.<sup>51</sup>

Verifica-se a funcionalização da posse de maneira implícita nos arts. 5º, XXIII, 156, 170, 182, 184, 186, 191 e 225 da Constituição Federal de 1988, nos institutos de reforma urbana (art. 4º da Lei n. 10.257/01), no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) e indícios dela no CC/02, por exemplo, no estado de perigo (art. 156), na lesão (art.157), na desapropriação judicial (art. 1.228,§§§§ 1º, 2º, 4º e 5º),<sup>52</sup> na locação (Lei n. 8.245/91 e arts. 565 a 578), no penhor (arts. 1.431 a 1.472), na anticrese (arts. 1.506 a 1.510), na nulificação dos negócios jurídicos que violem a função socioambiental do contrato, da propriedade e da posse (art. 2.035, parágrafo único), nas plantações e construções (arts. 1.258 e 1.259), na acessão inversa

---

<sup>48</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil., p. 159. No mesmo sentido: TJRS – Agravo de Instrumento n. 598360402. 19ª CC. Relª. Desª. Aparecida Nicolli Bastos; TJRS – Apc. 597163518. 6ª CC. Rel. Des. João Pedro Freire; STJ– RESP n. 75.659-SP, 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

<sup>49</sup> ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo código civil – breve ensaio sobre a posse e sua natureza., p. 243.

<sup>50</sup> Utiliza-se a expressão solidarista, cunhada por Gustavo Tepedino, e não solidária para que não se confunda com a solidariedade passiva e ativa presente no direito obrigacional. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada., p. 322.

<sup>51</sup> TARGINO DE LIMA, Getúlio. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 161 e 162.

<sup>52</sup> Enunciados 307 e 310 CJF.

(arts. 1.255 e ss), na concessão de uso especial para fins de moradia (art. 1.225, XI), na concessão de direito real de uso (art. 1.225, XII), na aquisição do domínio mediante indenização (usucapião anômala),<sup>53</sup> na usucapião de coisa móvel (arts. 1.260 a 1.262), no direito de superfície (arts. 1.369 a 1.377), no usufruto (arts. 1.390 a 1.411), no uso (arts. 1.412 a 1.416), no direito de vizinhança (arts. 1.278, 1.285, 1.286, 1.288 a 1.296), nas servidões (arts. 1.378 a 1.389), na ocupação (art. 1.263), no abandono (art. 1.276), na aposição de gravames em testamento sem justa causa (art. 1.848) e na diminuição dos prazos das formas de aquisição da usucapião (arts. 1.238 e 1.242), pois minoram a fratura existente entre a realidade social e a lei, que concedia no CC/16 prazos elastecidos e desconectados dos reclamos feitos pela sociedade para a caracterização da usucapião, e na absorção de duas modalidades constitucionais do instituto (arts. 1.239 e 1.240), a concretizar a constitucionalização do direito civil, conferir mais possibilidades de utilização funcionalizada dos bens imóveis e móveis.<sup>54</sup> Admite-se também usucapião de bens públicos dominicais (Enunciado 304/CJF).<sup>55</sup>

Nessa senda, cada bem terá uma finalidade e forma de aferição do cumprimento da citada função socioambiental, por exemplo, a verificação em um imóvel agrário será diversa da precedida no imóvel urbano, como se extrai dos arts. 182 e 186 da CF/88.

Quatro situações práticas demonstram a densidade da função socioambiental da posse: a) proprietário ou possuidor não cumprem a referida função e têm o bem ocupado por terceiro; b) proprietário ou possuidor cumprem a função socioambiental da posse e têm o bem invadido por terceiro; c) nem os antigos, nem os novos proprietários ou possuidores preenchem a mencionada função<sup>56</sup>; d) os antigos e os novos proprietários cumprem a função socioambiental da posse. Quais são as conseqüências jurídicas emergidas das situações propostas?

*Na primeira hipótese, quem não cumpriu a função socioambiental da posse não terá a tutela possessória a seu favor, como afirmado antes, porque a posse dos ocupantes é legítima, a diferenciar a ocupação da invasão. Na primeira, possuidores adquirem o bem por cumprirem a função socioambiental da posse, o que não ocorria antes. A invasão, contudo,*

<sup>53</sup> HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito civil em sua expressão mais simples*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 311.

<sup>54</sup> BARROS MONTEIRO FILHO, Ralpo de. Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião. *Revista Autônoma de Direito Privado*. Curitiba: Juruá, n.2, p. 125 a 156, jan/mar 2007.

<sup>55</sup> Nesse sentido: PEREIRA LIRA, Ricardo. *Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Gráfica Riex, 1993, p. 61.

<sup>56</sup> Em sentido diferente: MORAES, Renato Duarte Franco de. A função social da posse. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 590 e 591.

acontece quando o proprietário ou possuidor realizam a citada função, e mesmo assim têm o bem tomado pelos novos possuidores, a configurar abuso de direito.

*Na segunda situação*, o novo possuidor terá incorrido em abuso de direito (art. 187 do CC/02), já que o antigo proprietário ou possuidor cumpria a função socioambiental, a caracterizar a posse indevida sobre o bem móvel e a invasão do bem imóvel, bem como a ilegitimidade do novo possuidor para exercer a função socioambiental do bem possuído. As repercussões serão civis, administrativas e criminais para o novo possuidor. Ressalta-se que se o antigo proprietário ou possuidor nada fizer em relação à situação relatada e se configurar a posse de mais de ano e dia do novo possuidor, converter-se-á a posse nascida ruim em posse boa, a ensejar a impossibilidade de tutela da posse e da propriedade pelo antigo proprietário ou possuidor, tendo em vista a ocorrência de *supressio* e/ou comportamento contraditório destes.

*A terceira situação* gerará conseqüências desfavoráveis para ambas as partes, dado que o antigo e o novo proprietário ou possuidor deverão provar se reúnem condições de atender à função socioambiental do bem possuído, sob pena de tê-lo perdido para terceiro(s) que cumpra(m) a citada função. Prevalecerá quem tiver a melhor posse e a possibilidade de exercício funcionalizado desta (Enunciado 239/CJF).<sup>57</sup> Caso não haja o comprometimento dos mencionados possuidores, o juiz será compelido a notificar o Estado para que faça a busca e apreensão do bem móvel ou a desapropriação do bem imóvel, em razão da política de reforma agrária ou urbana, a depender da localização do bem, e o utilize em favor da sociedade. Outra solução seria a desapropriação judicial posta no art. 1.228, § 4º do CC/02 ou as usucapiões especiais dos arts. 182 e 184 da CF/88, se preenchidos os requisitos constantes nos dispositivos. Não se concederá indenização ao proprietário ou possuidor que não exerce a função socioambiental da propriedade ou da posse, porque ele incorre em abuso de direito, a revogar de forma tácita o §5º do art. 1.228 do CC/02, os parágrafos 3º e 4º, III do art. 182 e o *caput* e § 1º do art. 184 da CF/88, somente no que se refere ao ressarcimento pela desapropriação.<sup>58</sup> Dessa forma, o instituto previsto no art. 1.228, § 4º do CC/02 se caracterizaria como usucapião coletiva e não mais como desapropriação judicial.

*A quarta situação* repercutirá em quem detiver melhor posse, de acordo com o caso concreto. Na possibilidade das posses serem de igual estatura, dividir-se-á o bem entre as partes, ou, se impossível a divisão, verificar-se-á para quem o bem é essencial. Mantida a

---

<sup>57</sup> Enunciado 239/CJF.

<sup>58</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro de. Ob.cit., p. 63.

relação de igualdade possessória e de essencialidade do bem, a solução será manter a posse para uma das partes e reparar a outra para que não seja vítima de injustiças, e se vede o enriquecimento sem causa. Outra solução seria a troca da posse sobre o bem entre os possuidores, na qual cada um utilizaria o bem em períodos combinados pelas partes.

Observe-se que a função socioambiental da posse socorrerá a quem cumpri-la sem necessidade de verificação de título de domínio ou de posse. Existem situações nas quais há o cumprimento da função social, mas não da ambiental, e vice-versa; por exemplo, quando a posse se coaduna com os interesses produtivos do bem, com os direitos dos trabalhadores respeitados, com alimentação, moradia e núcleo familiar protegidos, mas com afronta ao meio ambiente, ou quando este é tutelado, mas existe trabalho escravo na situação analisada. Atender-se-ão, por conseguinte, as dimensões do Estado Democrático de Direito e, dessarte, ao conceito de *posse democrática*, e o possuidor e proprietário que cumprem a função socioambiental da posse, e não somente a social ou a ambiental.

A posse funcionalizada concretiza objetivos constitucionais fundamentais (art. 3º, I, III e IV) – liberdade, justiça e solidariedade – e protege a sociedade de interpretações que privilegiam a suposta “eficiência” trazida pela “análise econômica do Direito”, fulcrada na redução dos custos sociais, na maximização da riqueza, sob o pálio de um eficiente desenvolvimento da sociedade.

### **3. RELEITURA CIVIL CONSTITUCIONAL DOS INCISOS I E II DO ART. 1.205 DO CÓDIGO CIVIL**

O art. 1.205 do CC/02 dispõe: “A posse pode ser adquirida: I – pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; II – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação”. O art. 494 do CC/16 preceituava: “A posse pode ser adquirida: I - pela própria pessoa que a pretende; II – por seu representante, ou procurador; III – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação; IV – pelo constituto possessório”.

A teoria da posse democrática, ao concretizar a função socioambiental da posse, influencia decisivamente na releitura civil constitucional dos incisos I e II do art. 1.205 do CC/02, cuja análise procedida pela maioria da doutrina brasileira foca-se na estrutura desfuncionalizada do referido dispositivo legal.

A parte inicial do inciso I do art. 1.205 traz a primeira discussão estrutural, saber se a

capacidade da pessoa que pretende adquirir a posse é de direito, gozo ou atribuição ou de fato ou exercício.

A doutrina se divide: uma parte considera ser adequada a capacidade de direito, uma vez que a posse é fato e se enquadra na categoria de ato-fato,<sup>59</sup> uma vez que o incapaz pode realizar a obtenção da posse, sem que seja necessário perquirir a intenção de praticá-la ou se ele buscou determinada produção de efeitos com o ato,<sup>60</sup> o que afasta a teoria da nulidade dos atos jurídicos.<sup>61</sup>

A outra parte, entretanto, aponta que seria a capacidade de exercício ou de fato, já que a pessoa deverá estar na plenitude da capacidade civil para que pratique a aquisição da posse sobre um bem e demonstre a exteriorização do domínio. A ausência da mencionada capacidade ensejará a hipótese prevista na parte final do inciso I do art. 1.205 do CC/02.<sup>62</sup>

Sílvio Rodrigues separa a situação de fato, que não exige capacidade de exercício (apreensão de um bem por menor incapaz) da derivada de uma relação jurídica (constituto possessório) que exige capacidade de exercício.<sup>63</sup> Ernani Fidélis aponta que a validade do negócio jurídico condicionada à capacidade do agente se refere à relação jurídica “que deu causa à posse, como por exemplo, a locação, o arrendamento, e não com a própria posse”.<sup>64</sup>

Como visto, não se preocupam com quem cumprirá a função socioambiental do bem possuído, mas com quem poderá adquiri-lo!

A teoria da posse democrática levará ao raciocínio de que é estéril a discussão acerca da capacidade civil do adquirente. Isso porque, o que verdadeiramente importa saber é se no caso concreto existem restrições aquisitivas à posse, incapacidade de manifestação da livre vontade do agente ou se a posse incorrerá sobre bens de difícil gestão, hipóteses nas quais o início e o resguardo da posse ocorrerão por meio de representante ou assistente, haja vista a importância do possuidor cumprir a sua função socioambiental e apreender a extensão da

---

<sup>59</sup> ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: estudo dogmático*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol.II, tomo. I, p. 149 e 150.

<sup>60</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983, t. II, p. 374 a 376; ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. 2.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005, p. 8.

<sup>61</sup> ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas.

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 707

<sup>63</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito das coisas*. 28.ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 5., p. 43 e 44.

<sup>64</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. In: TEIXEIRA, Sílvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. XV, p. 117.

atividade possessória.<sup>65</sup> Desse modo, ficam protegidos os interesses dos proprietários e dos possuidores, bem como dos não-proprietários e dos não-possuidores.

Salienta-se que a posse dos bens oriundos de inovações tecnológicas muitas vezes é adquirida por incapazes, sendo que estes terão maior e melhor noção da atividade possessória e da função socioambiental dos aludidos bens do que se quem os possuísse ostentasse plena capacidade de fato, como se vê nos casos dos bens informáticos.

A análise das conjecturas de aquisição possessória por representante ou por terceiros continua focada nas teorias estruturais da posse, exceto no caso de aquisição da posse agrária. Giselda Hironaka e Silmara Chinelato apontam que as teorias subjetiva e objetiva subsumem a posse às propriedades, a admitir que representante, preposto ou simples servidor da posse a adquira e realize a sua manutenção em nome dos titulares. A posse agrária, como dito, não admite a aquisição e a manutenção por representante ou por terceiro, porque necessita do trabalho produtivo e da morada habitual do possuidor.<sup>66</sup>

Rubens Limongi França, em análise ao art. 494 do CC/16, exemplifica a aquisição possessória pelo representante ou procurador – quando a pessoa cerca determinada terra abandonada, mas emprega trabalhadores para cultivá-la, sob a direção de um capataz, procurador do pretendente da posse – e por terceiro sem mandato, com posterior ratificação – na hipótese de alguém cercar uma dada terra abandonada, colocar trabalhadores sob a direção de um procurador, que a cultiva em nome do mandante, e a faz também, sem mandato, em área vizinha, cuja aquisição da posse da segunda área dar-se-á com a ratificação *a posteriori* do mandante.<sup>67</sup>

A doutrina corrobora com os citados exemplos, sem destacar a função socioambiental do poder fático-jurídico do possuidor.

Na aquisição por representação, o titular da pretensão possessória não pode adquiri-la pessoalmente, pois a referida obtenção decorrerá da outorga de qualquer espécie de mandato, com poderes especiais,<sup>68</sup> por disposição legal, como no caso de incapacidade civil e da sucessão *mortis causa*, ou por deliberação dos atos constitutivos ou do estatuto social das pessoas jurídicas,<sup>69</sup> apresentadas por quem de direito.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> ARAÚJO, Fábio Caldas. *Posse.*, p. 217 a 223; SANTOS, Emrane Fidélis dos. *Ob.cit.*, p. 125. Enunciado 138/CJF.

<sup>66</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Ob.cit.*, p. 110.

<sup>67</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 417 e 418.

<sup>68</sup> Pela desnecessidade de poderes especiais: WALD, Arnaldo. *Direito das coisas*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

<sup>69</sup> PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas.*, p. 81 a 92.

<sup>70</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68 e 69.

Especificamente na aquisição por mandato, o representante ou quem o represente deverá ser capaz de outorgá-lo, sendo certo que a aquisição da posse se dará no momento da ingerência social, econômica e ambiental do representado sobre o bem, e não em decorrência do contrato realizado.<sup>71</sup>

Na aquisição por terceiro sem mandato, a caracterizar gestão de negócio, a posterior ratificação covalida efeitos semelhantes aos emanados do mandato, tendo-se como válida a posse desde o instante do seu ato aquisitivo (CC/02, art. 873).<sup>72</sup> Não havendo ratificação posterior, o terceiro responderá pessoalmente pelos atos praticados, inclusive com reparação por perdas e danos e/ou tutela específica da obrigação (CC/02, arts. 861 a 875).

A aquisição da posse em favor de outrem depende da vontade do representante em obtê-la para o representado, haja vista que se o representante adquirir a posse para si ou para outrem que não seja o representado desvirtuá-la-á e a tornará viciada e precária, a caracterizar detenção,<sup>73</sup> entendimento extensível à hipótese de terceiro sem mandato.

Moreira Alves preleciona que as coletividades desprovidas de personalidade não adquirem posse, mas os sujeitos que a integram estão aptos a possuir, configurando composses (CC/02, art. 1.197).<sup>74</sup> De outro modo, doutrina contrária defende que as citadas coletividades são destinatárias de tutela jurídica e detentoras de legitimidade processual para defender a posse jurídica<sup>75</sup> por seus representantes. Caracterizam-se possuidoras derivadas de representação ou por atividade de terceiro sem mandato, com posterior ratificação por quem de direito (Enunciado 236/CJF).<sup>76</sup>

Paralelamente, a doutrina controverte acerca da posse em nome do nascituro, pois uma corrente defende que este não é pessoa, a descaracterizá-lo como possuidor, por deter somente expectativa de direito. Outra corrente entende que o nascituro seria titular de direitos, a considerá-lo possuidor indireto, já que detém capacidade especial, como se já nascido, ou que a posse em nome do nascituro ocorreria por representação legal deste.<sup>77</sup>

O nascituro, na verdade, é destinatário de tutela jurídica (art. 1º, III da CF/88 c/c art. 2º do CC/02) e possui legitimidade processual, a ensejar a aquisição de posse por meio de seu

---

<sup>71</sup> ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas.

<sup>72</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

<sup>73</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*, p. 707 e 708.

<sup>74</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: estudo dogmático*, p. 147 e 148.

<sup>75</sup> PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas*, p. 103 e 104.

<sup>76</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ob.cit.*, p. 127 e 128.

<sup>77</sup> Vide as correntes doutrinárias sobre o assunto em MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: estudo dogmático*, p. 138 a 142.

representante legal.<sup>78</sup>

A resposta positiva à aquisição possessória por coletividade despersonalizada e pelo nascituro prestigia a função socioambiental da posse e a teoria da posse democrática. Isso porque, o bem sobre o qual a posse e o poder fático-jurídico do possuidor recaem ou irão incidir serão responsáveis pela repartição igualitária e pela não-dilapidação dos bens constantes do espólio, pela melhoria nas condições físicas, ambientais e sociais da estrutura condominial e da relação dos condôminos, pela salvaguarda do nascituro e de sua qualidade de vida etc.

Lucas Abreu Barroso, Gustavo Rezek e Marcos Catalan admitem a obtenção da posse prevista nos incisos I, parte final, e II do art. 1.205 do CC/02 nos casos de sucessão universal e singular *mortis causa*, de representação da pessoa jurídica, de incapacidade civil, mas nas demais hipóteses de atos *inter vivos* “a atuação de representante ou terceiro sem mandato vinculado a pessoa natural é aceitável em circunstâncias muito reservadas”.<sup>79</sup>

Os citados autores implicitamente destacam a função socioambiental da posse ao restringir a aquisição possessória por representante ou por terceiro sem mandato, com confirmação posterior pelo possuidor, quiçá decepcionados com a prática desfuncionalizada dos incisos I e II do art. 1.205 do CC/02, procedida pela maioria da doutrina pátria.

Ressalta-se que a teoria da posse democrática modula as aquisições da posse, seja admitindo um maior número de sujeitos de direitos para o citado mister, seja impondo a restrição destes, como propuseram Lucas Abreu Barroso, Gustavo Rezek e Marcos Catalan.<sup>80</sup>

Sílvio Rodrigues exemplifica um caso de alargamento das hipóteses de aquisição possessória por terceiro sem mandato, com posterior ratificação dos possuidores:

“Alguém, por intermédio de seu advogado que figurou como interposta pessoa, adquiriu importante jornal desta cidade, tendo havido transferência de posse por ocasião de contrato preliminar. Ao depois o alienante vendeu novamente tais bens a terceiros, desprezando o contrato inicial. Quando os novos adquirentes se viram acionados pelo primeiro comprador, em pedido de reintegração de posse, alegaram, entre outros argumentos, que o autor era estranho à relação jurídica. Entendeu o Tribunal de São Paulo que, tendo o advogado adquirido a posse para seu cliente, este se tornara possuidor e fazia jus à proteção possessória, que lhe foi concedida (...) (RT, 179/709)”.<sup>81</sup>

Encontra este entendimento lastro na moderna perspectiva civil constitucional de interpretação do Direito Civil, que exige que o detentor ou possuidor obtenha a posse não

---

<sup>78</sup>SANTOS, Ernane Fidélis dos. Ob.cit., p. 128 e 129.

<sup>79</sup>BARROSO, Lucas Abreu; REZEK, Gustavo Elias Kallás; CATALAN, Marcos Jorge. Ob.cit.

<sup>80</sup>BARROSO, Lucas Abreu; REZEK, Gustavo Elias Kallás; CATALAN, Marcos Jorge. Ob.cit.

<sup>81</sup>RODRIGUES, Sílvio. Ob.cit., p. 44.



somente de maneira abstrata, mas de forma efetiva, a concretizar a função socioambiental do instituto e a situação exposta nos arts. 1.196 e 1.204 do CC/02, caracterizando o depositário e o credor pignoratício como possuidores.<sup>82</sup>

Além disso, o art. 1.205 do CC/02 criou possibilidade de aquisição possessória por intermédio da detenção advinda da representação por mandato e pela ratificação do outorgante ao ato do terceiro sem mandato para a concretização da *traditio possessio*.<sup>83</sup> Fortificou-se, também, a tênue distinção entre detenção e posse ao conferir poderes para detentores obterem a posse sobre um bem, desde que respeitem e confirmem eficácia à função socioambiental da posse sobre o bem, com a possibilidade dos detentores virarem possuidores, desde que se perca a relação de sujeição entre as partes, e o detentor cumpra a aludida função.

Adauto de Almeida Tomaszewski e Paulo Nader, todavia, entendem pela inutilidade do art. 1.205 do CC/02, visto que a gestão de negócio (arts. 861 a 875 do CC/02) e a representação (arts. 115 a 120) resolveriam a questão.<sup>84</sup>

Não se concorda com a referida assertiva, dado que o disciplinamento da gestão de negócio e da representação somente auxiliam a interpretação do art. 1.205, porque não é o negócio jurídico que perfaz a aquisição possessória, mas o real exercício dos poderes fático-jurídicos do possuidor sobre o bem, sempre atrelado ao cumprimento da função socioambiental da posse.

As hipóteses de aquisição por ato *inter vivos* da posse sobre um bem pela própria pessoa que a pretende, por representante ou por terceiro sem mandato, mesmo com ratificação posterior, ocorrerá com a apurada verificação de cada caso apresentado para análise, quando o mais importante será saber quem terá (detentor, possuidor ou proprietário) melhores condições de promover a função socioambiental da posse.

A teoria da posse democrática, fulcrada na perspectiva civil constitucional, confere tutela a quem adquire a posse de um bem e se preocupa com a saúde, a alimentação, a educação, o trabalho, os direitos de vizinhança, a integridade psicofísica, o acesso igualitário aos bens materiais e imateriais, à proteção ao meio ambiente, efetiva o art. 1.205 do CC/02 e realiza as variadas dimensões do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>82</sup> BEZERRA DE MELLO, Marco Aurélio. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 58.

<sup>83</sup> ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado*, p. 74.

<sup>84</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 4, p. 66.

#### 4. REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999.
- ALVIM, Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.) *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. XI. (Inédito).
- AMARAL, Francisco. Evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. 7/81, São Paulo, n. 24, abr/jun. 1983.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. Tutela material e processual da posse. In: ALVIM, Thereza *et al* (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 412.
- ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo código civil – breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *O novo código civil e a constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; LACERDA, Marina Basso. A posse: ferramenta para concretizar direitos fundamentais. In: JÚNIOR, Erouths Cortiano *et al* (coords.) *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2007.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Detenção, posse e propriedade- breves observações ao Código Civil. In: ALVIM, Thereza *et al* (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.
- BARROSO, Lucas Abreu. A demonstração da função social da propriedade como pressuposto da concessão de tutela de urgência em ação possessória. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. (org.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, v. 1.
- BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Lucas Abreu; REZEK, Gustavo Elias Kallás; CATALAN, Marcos Jorge. Transmissão possessória: um conflito aparente de normas na sistemática civil? In: DELGADO, Mário; FIGUEIRÊDO ALVES, Jones. *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2008, vol.7 (Inédito).
- BARROS MONTEIRO FILHO, Ralpo de. Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião. *Revista Autônoma de Direito Privado*. Curitiba: Juruá, n.2, p. 125 a 156, jan/mar 2007.
- BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1999.
- CORDEIRO, António Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas e atuais*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio. In: ARONNE, Ricardo. *Código civil anotado*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

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

FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. Posse e detenção: uma distinção relativa? In: ALVIM, Thereza et al (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Notas sobre o “direito das coisas” no Projeto do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 1, vol. 1, p. 69 -88, jan/mar. 2000.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GURSEN DE MIRANDA, Alcir. Conteúdo do direito de propriedade na amazônia: peculiaridade regional da propriedade em face do pacto amazônico. In: BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA Elisabete; GURSEN DE MIRANDA, Alcir. *Lei agrária nova*. Curitiba: Juruá, 2006, vol. I.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito civil em sua expressão mais simples*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, vol. 14, p. 79 a 111, abr/jun. 2003.

IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse* (trad. Heloísa da Graça Buratti). São Paulo: Rideel, 2005.

LIMONGI FRANÇA, Rubens.. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Prefácio. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Ano IX, n. 0, p. 144 a 159, out/nov. 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: estudo dogmático*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol.II, tomo. I.

MORAES, Renato Duarte Franco de. A função social da posse. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 4.

NERY, Rosa Maria Barreto de Andrade. Ato e atividade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 9 a 21, abr./jun. 2005.

PEREIRA LIRA, Ricardo César. *Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Gráfica Riex, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983, t.II.

PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas*. São Paulo: Leud, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das coisas*. 28.ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 5.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. XV.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, vol. 6, p. 159 a 182, abr/jun 2001.

TARGINO DE LIMA, Getúlio. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2007, vol. 1.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Apontamentos sobre o direito das coisas no código civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.) *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005, vol. I.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. 2.ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto de código civil. In: COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.