

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO IMOBILIÁRIO

**O ESBULHO POSSESSÓRIO À FRENTE DOS CREDORES
HIPOTECÁRIOS DE TERRAS PARTICULARES**

Marcelo Nogueira Mallen da Silva

Brasília/DF

2015

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO IMOBILIÁRIO

**O ESBULHO POSSESSÓRIO À FRENTE DOS CREDORES
HIPOTECÁRIOS DE TERRAS PARTICULARES**

Trabalho de Monografia do Curso de Pós-graduação em Direito Imobiliário do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista.

Orientador: Prof. Me. Rogério Araújo

Brasília/DF

2015

O esbulho possessório à frente dos credores hipotecários de terras particulares

Trabalho de Monografia, apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Pós-graduação em Direito Imobiliário, como parte dos requisitos para a sua conclusão.

Brasília, 15 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Rogério Araújo

Prof. Me. Hector Luís Cordeiro Vieira

Profa. Me. Janete Ricken de Barros

DEDICATÓRIA

Este trabalho de monografia é dedicado à minha mãe Carmen Nogueira Rodrigues Mallen da Silva por todo incentivo desde os primeiros passos de vida e por acreditar que os desafios são postos à prova para nosso crescimento contínuo.

À minha querida noiva Aline Casulari Pinhate que com seu sorriso e torcida em todos os grandes momentos me incentivou a perseguir meus objetivos e a superar obstáculos juntos.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho só foi possível graças à orientação do Professor Rogério Araújo, pelos ensinamentos transmitidos em sala de aula e a dinâmica de debates estimulando diálogos interessantíssimos sobre o Direito e suas vertentes.

RESUMO

A presente monografia intitulada O esbulho possessório à frente dos credores hipotecários de terras particulares procurou assinalar os aspectos presentes no contexto constitucional brasileiro no que diz respeito ao direito de propriedade e moradia como exercício da dignidade da pessoa humana e a função social da coisa imóvel aprimorada pelo proprietário ou mesmo possuidor de boa-fé e os seus mecanismos de defesa da posse da coisa imóvel.

Ao lado disso, tem-se o estudo da forma pela qual foi adquirida a coisa imóvel por intermédio de um contrato de financiamento habitacional com obrigações, como o ônus de hipoteca, permitindo à instituição financiadora garantir o crédito na hipótese de inadimplemento contratual. A contribuição da pesquisa tem como objetivo ampliar a discussão acerca do uso e fruição da coisa imóvel, bem como o direito de defesa contra terceiros invasores, não só no intuito de preservar a situação inicial do contrato firmado, mas estagnar possíveis atos de violência e a concretização da transferência da posse.

De outra referência, há o direito hipotecário que transita na relação combatida entre o antigo proprietário ou possuidor de boa-fé e a figura do esbulhador, como instrumento de salvaguarda, em alguns casos, que atrai a legitimação de perseguir a coisa imóvel com quem quer que ela esteja, e afastar a clandestinidade da violação de direitos primários de propriedade.

O cenário hipotético é problematizado nesta monografia e impõe reflexões na segurança jurídica antes avençada de livre e espontânea vontade entre o agente financiador e seu mutuário que, de relance, não merece distorções nessa relação negocial e atos válidos de pleno direito por mera violação forçada de terceiros.

Eis a razão porque a defesa da propriedade e o restabelecimento da posse busca incrementar os direitos fundamentais que passaram a ser tutelados inicialmente pelo contrato de financiamento habitacional e dele surtiu o desencadeamento de uma série de outros direitos.

O Poder Judiciário pode conferir aplicabilidade à jurisdição constitucional que por si só não guarda elementos de efetivação pura dos direitos sociais e econômicos envolvidos.

Palavras-chave: Propriedade. Posse. Hipoteca. Esbulho. Direito de seqüela.

ABSTRACT

This monograph entitled The possessory dispossession ahead of mortgage lenders of private land sought to point out aspects present in the Brazilian constitutional context with regard to property rights and housing as an exercise of human dignity and the social function of improved property thing by owner or possessor even in good faith and its defense mechanisms of possession of property thing.

Beside this, there is the study of the way in which it acquired the property thing through a mortgage contract with obligations such as the burden of mortgage, allowing the financing institution guaranteeing credit in the contractual event of default. The contribution of the research aims to broaden the discussion about the use and enjoyment of property thing, and the right defense against third parties invaders, not only in order to preserve the initial situation of the signed contract, but stagnate possible acts of violence and the implementation the transfer of ownership.

Another reference, there is the right mortgage that moves in relation fought between the former owner or possessor of good faith and the robber figure, as a safeguard instrument in some cases, which attracts the legitimacy of pursuing the property thing with anyone she is, away the hiding of violation of primary property rights.

The hypothetical scenario is questioned in this monograph and imposes reflections on legal certainty before agreed upon the free will of the financing agent and its borrower, at a glance, do not deserve distortions that business relationship and valid acts in its own right by mere forced infringement of third .

This is the reason why the defense of property and the restoration of ownership seeks to enhance the fundamental rights which are now protected initially by the mortgage contract and it paid off unleashing a series of other rights.

The judiciary can check applicability to constitutional jurisdiction that alone does not keep elements of pure attaining social and economic rights involved.

Keywords: Property. Possession. Mortgage. Dispossession. Sequel of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. POSSE	11
1.1 Teoria clássica de Savigny.....	14
1.2 Teoria Objetiva de Ihering.....	16
1.3 Natureza jurídica da posse.....	21
1.4 A defesa da posse.....	30
1.5 Desforço imediato.....	32
1.6 Defesa judicial.....	37
2. HIPOTECA	41
2.1 O crédito hipotecário.....	45
3. CASOS CONCRETOS	50
3.1 Casos concretos propriamente ditos.....	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A pesquisa do trabalho de conclusão da pós-graduação em Direito Imobiliário surgiu diante das diversas facetas entre os conflitos de interesses envolvendo a propriedade de terras particulares e a proteção dessas.

Em um primeiro momento, exige-se não só a titularidade das terras particulares (coisa ou bem imóvel), mas que seja dada uma destinação como pré-requisito do exercício da função social, sem a qual se esvai a legitimidade de reclamar a propriedade e garantir especial proteção contra terceiros.

Enquanto a função social da coisa imóvel permeia as habilidades do uso do solo e como dele fazer proveito em benefício próprio ou da família, outros questionamentos se impõem na medida em que se discute, muitas vezes, a fragilidade da propriedade pela posse imobiliária.

À luz das teorias de Friederich Karl Von Savigny e Rudolf Von Ihering sobre a propriedade e a posse, as percepções iniciais e os conceitos dessas disciplinas são estudados nesta monografia cuja ponderação em relação aos contornos da época serviu para aprimorar reflexões mais contemporâneas desse binômio propriedade/posse como as apresentadas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

Não se olvida que a posse imobiliária conta com a figura do possuidor, ora invidiosa quando se transveste no senhor proprietário da coisa e, de pleno direito, dá o devido cultivo do solo e zela pelo espaço que lhe é peculiar, ora camuflada quando outra pessoa toma para si algo que não lhe pertence; essa nuance denota a instigante busca para se desvendar quem tutelaria com maior ou menor razão o direito da posse da coisa.

A problematização do conflito de interesses entre a propriedade ou posse exercida de boa-fé e a violação de garantias fundamentais repercute nos diagnósticos de justiça ou injustiça elencados por Amartya Sen, como também na jurisprudência brasileira — sendo de grande relevância a dúvida constante acerca da eficácia na defesa da coisa e os efeitos do esbulho possessório mediante ato

ilícito promovido por terceiros que pretendem modificar a situação fática e de direito da coisa imóvel.

Sob essa vertente o trabalho de pesquisa visa transportar os elementos dessa realidade comum enfrentada no Brasil para um diálogo ampliativo, oportunizando a análise, em específico, na hipótese deste fenômeno e a mutação da função social da propriedade, a tentativa de preservação da dignidade da pessoa humana com a moradia, a potencial alteração das obrigações contratuais para aquisição da coisa imóvel, a contaminação do ônus de hipoteca e, sob o prisma de se operar, dentre outros motivos, a ineficácia das normas jurídicas com a reprodução dos efeitos experimentados pelo esbulho possessório.

O impacto do esbulho pode ser definido mediante o papel desempenhado pela atividade agressiva do esbulhador e a posse ilícita ou clandestina no ramo do direito, além do critério de intenção/extensão dos seus atos.

Para a realização deste trabalho e aprofundamento do tema *o esbulho possessório à frente dos credores hipotecários de terras particulares* foi adotado como metodologia de pesquisa qualitativa o embasamento teórico-doutrinário de diversos autores de livros, artigos e exposição de motivos, paralelamente à consulta de jurisprudência.

1. POSSE

Não há como não trazer à pesquisa os principais tópicos que tangenciarão a apresentação e conclusão das narrativas desta monografia sem, antes, a descrição da posse.

A origem da posse é historicamente justificada no poder físico sobre as coisas e a necessidade do homem de se apropriar de bens. Diversas teorias procuram a partir de então justificar a necessidade de proteção à posse.

Nada obstante, a cultura jurídica da modernidade é profundamente influenciada pelas teorias de Friederich Karl Von Savigny e Rudolf Von Ihering. Cada qual fornece elementos de identificação dos limites da tutela da posse, individualizam, a seu modo, as figuras do possuidor e do detentor e procuram justificar a essência da proteção possessória.

Nos estudos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Como enfatiza Menezes Cordeiro, a dicotomia Savigny/Ihering tem o sentido dos dilemas permanentes que, esgotando a realidade do espaço humano, acabam sempre por surgir, como igualmente ocorre com as dicotomias coletivo/individual, exterior/interior, Platão/Aristóteles ou Hegel/Kant. “Por certo que os discursos concretos de SAVIGNY e IHENRIG não podem, hoje, ser pura e simplesmente subscritos: nem um, nem outro. As realidades que eles traduzem são, porém, bens reais. Os estudiosos da posse têm o dever de as conhecer e o ônus de optar, em termos justificados”¹.

Feitas essas iniciais considerações mostra-se essencial que se justifiquem os motivos pelos quais a mera posse física sobre uma coisa pode ser defendida e gerar outros múltiplos efeitos, como se fosse possuidor o próprio dono da coisa possuída².

E essa confusão entre dono e possuidor muitas vezes efetivamente ocorre, no entanto, sem que se igualem as formas pelas quais o apossamento se dá.

¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 4. ed. Rio. De Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29-30.

²LEVADA, Claudio Antônio Soares. **Os efeitos da posse em relação aos frutos e a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa no código civil de 2002**. Revista de direito privado. n. 13, jan./mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais. Coord. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade, p. 9-10.

Essa é a lição de Ihering:

O fato e o direito, tal é a antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade. A posse é o poder de fato e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. Ambas podem achar-se com o proprietário, mas podem também separar-se, podendo acontecer isso de duas maneiras: ou o proprietário transfere a outrem tão-somente a posse, ficando com a propriedade; ou a posse lhe é arrebatada contra sua vontade. No primeiro caso, a posse é justa (*possessio justa*), e o proprietário deve respeitá-la; no segundo, é injusta (*possessio injusta*), e o proprietário pode acabar com ela por uma ação judicial. Ora, uma vez dotado dessa faculdade, fica-lhe garantido o direito de possuir³.

Para Claudio Antônio Soares Levada:

(...) esse poder de fato traduz uma aparência de propriedade sobre a coisa, aspecto também de suma importância, pois a necessidade de crença no que nos parece tem a ver com a própria coexistência social⁴.

Nesse sentido a lição de Silvio de Salvo Venosa:

Sem a credibilidade da sociedade nos estados da aparência, inviável será sua convivência. A cada instante, defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. Assim, não investigamos se cada empregado de um estabelecimento bancário possui relação de trabalho com a instituição para nos dar quitação a pagamentos que efetuamos; não perguntamos ao professor que adentra em sala de aula e inicia sua preleção se ele foi efetivamente contratado pela escola para essa função; não averiguamos se o motorista que dirige o táxi ou ônibus que utilizamos é habilitado, e assim por diante.

Essa aparência de propriedade é de grande relevância jurídica e mostra que não importa saber, para efeitos possessórios, se o possuidor tem ou não o domínio sobre a coisa, pois o que transparece é a exteriorização desse domínio, por via do apossamento físico sobre o bem e por seu gozo e fruição, independente de qualquer relação jurídica anterior do possuidor com o efetivo dono da coisa⁵.

Por via de consequência, o elemento psíquico na posse, indispensável na teoria subjetiva de Savigny – que dominou nosso direito civil até a promulgação do Código de 1916 —, deixa de ter a mesma importância na teoria objetiva de Ihering adotada no novo Código Civil de 2002.

³IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Belo Horizonte: Líder, 2002, p.8-10.

⁴LEVADA, Claudio Antônio Soares, op.cit., 2003, p. 10.

⁵VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.5, p. 39.

Seguindo os estudos de Tito Lívio Pontes sobre Ihering:

(...) enfrenta esta concepção, vigorosamente, e põe nela a sua concepção objetiva, realmente mais prática, mais consentânea com os fatos, mais conforme às fontes do direito romano, ali mesmo onde Savigny teria colhido os elementos para construir sua monumental doutrina, quando ainda não tinha atingido os seus trinta anos de idade. Ihering admite, também, o *corpus* e o *animus* da teoria clássica; não discorda de que desses dois elementos é que emerge a posse, salvo as exceções legais. O que ele afirma é que o detentor da posse, pelo simples fato de detenção, se constitui possuidor, cabendo ao adversário, ao que nega a posse, a prova de que lhe falece o ânimo de possuir, ou melhor, de que a relação possessória entre o detentor e a coisa se não estabeleceu, por força de causa especial, que a exclui ou aniquile.⁶

Já nos apontamentos feitos por Claudio Antônio Levada este sugere que posse é um fato:

E fato social potestativo, do qual decorrem efeitos jurídicos precisos, delimitados pelo ordenamento normativo de forma expressa. Esses efeitos é que revelam ao mundo o direito, conforme expresso por Joel Dias Figueira Junior⁷.

Complementando esse entendimento o próprio Joel Dias Figueira Junior assim elucida suas pesquisas e interpretações sobre o tema:

Já vimos no transcorrer deste estudo que a posse, por si mesma, como fato social potestativo, independe da existência prévia de alguma relação jurídica; sua pertinência com o mundo do direito reside nos efeitos por ela gerados, que variam segundo os ordenamentos normativos⁸.

Ainda que seja um fato social potestativo convém traduzir o significado dessa palavra para compreensão plena do seu sentido.

De Plácido e Silva dissipa quaisquer dúvidas conceituais sobre a palavra, expressando inclusive a aplicação correta dela:

POTESTATIVO. Do latim *potestativus* (revestido de poder), exprimindo a faculdade ou o poder de que a pessoa está investida, é propriamente empregado na terminologia jurídica para designar o ato ou qualquer outra coisa, cuja prática ou execução depende, simplesmente, da vontade da pessoa, podendo, assim, ser praticado

⁶PONTES, Tito Lívio. **Da posse**. 3. ed. São Paulo: Iterflex, 2002, p. 19-20.

⁷LEVADA, Claudio Antônio Soares, op.cit., 2003, p. 11.

⁸JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 61.

ou feito, independentemente da intervenção ou da vontade de outrem.

Potestativo, portanto, dá sempre a ideia do que está integrado no poder da pessoa e constitui faculdade dela, para fazê-lo ou não o fazer, segundo sua vontade ou arbítrio. Equivale a *faculdade, permissivo, autorizado*⁹.

Vê-se que a doutrina eleva os conceitos de posse *versus* propriedade desde sua discussão inicial pela aplicabilidade da teoria clássica, as novas percepções do discípulo de Savigny, Ihering até sua adaptação no Código Civil Brasileiro.

Verifica-se que, em regra, os efeitos possessórios não estariam vinculados a qualquer relação jurídica anterior, pois existiriam a partir de um ato potestativo do possuidor, da única expressão de sua vontade em apropriar-se do que virá a possuir. Assim como os reflexos desse ato e mesmo sua legitimidade.

1.1 Teoria Subjetiva de SAVIGNY (Clássica)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰ recapitulam a origem doutrinária de Savigny. Em 1803, aos 24 anos de idade, Savigny elaborou a sua monografia *Recht dès Besitzes*, o Tratado da Posse.

Em sua concepção, a posse seria o poder que a pessoa tem de dispor materialmente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem.

Para o mestre, a posse apresenta dois elementos constitutivos:

- a) *corpus*: é o elemento que se traduz no controle material da pessoa sobre a coisa, podendo dela imediatamente se apoderar, servir e dispor, possibilitando ainda a imediata oposição do poder de exclusão em face de terceiros;
- b) *animus*: é o elemento volitivo, que consiste na intenção do possuidor de exercer o direito como se proprietário fosse, de sentir-se o dono da coisa, mesmo não sendo. Não basta deter a coisa (*corpus*), mas haver uma vontade de ter a coisa para si. Só haverá posse, onde houver *animus possidendi*.

⁹SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.067.

¹⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2007, p. 30.

Para Savigny, os dois elementos agregam-se em singela fórmula matemática: $P = C + A$. Excepcionalmente, nas situações em que alguém atue materialmente sobre a coisa sem o animus, cogitar-se-ia de mera detenção (v.g., locatário, comodatário, usufrutuário e outras pessoas que entraram na coisa em virtude de relação jurídica). Os detentores não fariam jus à tutela possessória, justamente pela carência do elemento volitivo.

Por atribuir tamanha ênfase ao aspecto psicológico, anímico, a teoria de Savigny sobejou conhecida como subjetiva.

Critica-se na teoria subjetiva, a exarcebação do papel da autonomia da vontade pela incondicionada ligação da posse ao animus *domini*. Segundo Savigny, refletindo o ideário liberal e individualista vigente na época, a pessoa era o indivíduo abstrato que ocupava um dos polos da relação jurídica, possuindo autodeterminação nas relações econômicas.

Esta visão restrita e unitarista camufla o ser humano concreto, capaz de se manifestar em uma pluralidade de relações possessórias, nas quais não revela o exame do animus *domini*, mas sim a proteção à moradia, ao trabalho e a defesa incondicional dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o grande mérito de Savigny foi o de projetar autonomia à posse, por explicar que o uso dos bens adquire relevância jurídica fora da estrutura da propriedade privada, e que a titularidade formal deste direito subjetivo não encerra todas as possibilidades de amparo jurídico.

A posse passa a vislumbrada como uma situação fática merecedora de tutela, que decorre da necessidade de proteção à pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas.

A posse seria um fato na origem e um direito nas consequências, pois confere ao possuidor a faculdade de invocar os interditos possessórios quando o estado de fato for objeto de violação, sem que isto implique qualquer ligação com o direito de propriedade e a pretensão reivindicatória dela emanada.

1.2. Teoria de IHERING (Modelo Objetivo)

Noutro momento, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald compararam as teorias de Savigny com a de seu discípulo Ihering (1818-1892), que encontra a base da controvérsia possessória no direito romano. Porém, em Ihering, a posse é o mero exercício da propriedade:

O célebre romanista admite a anterioridade histórica da posse em relação à propriedade, para justificar a inferioridade daquela em relação a esta. Na prática traz para o direito o determinismo darwiniano que expressa a evolução biológica pela necessária precedência na natureza dos seres inferiores aos superiores.

A posse seria o poder de fato e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. “O fato e o direito: tal a antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade”¹¹.

A posse não é reconhecida como modelo jurídico autônomo, pois o possuidor seria aquele que concede destinação econômica à propriedade, isto é, visibilidade ao domínio. A posse é a porta que conduziria à propriedade, um meio que conduz a um fim.

A propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave, uma árvore frutífera sem a escada que atingisse os frutos, pois a propriedade sem a posse restaria paralisada.

Em outras palavras, não é possível conceder espaço limitado à vontade do possuidor, pois a liberdade da pessoa encontra limites pelo ordenamento jurídico, que considera a posse como exteriorização e complemento necessário à proteção da propriedade.

Para Ihering a tutela da posse não decorre da necessidade de evitar a violência, mas tem como único fundamento a defesa imediata da propriedade. Os interditos possessórios nascem em razão da propriedade e não da posse em si mesma, pois a origem das referidas ações no direito romano reside na proteção da propriedade, mesmo que em um primeiro momento culminem elas por socorrer a posse e, indesejavelmente, a figura do não proprietário.

¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2007, p. 31.

A teoria objetiva repele a conceituação da posse que se baseia no elemento puramente subjetivo – *animus* -, pois ele está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. A posse é evidenciada pela existência exterior, sem qualquer necessidade de descermos a intrincada questão do plano íntimo da vontade individual de quem possui.

Segundo esses autores o *animus* para Ihering é a “*consciência e a vontade do corpus, razão por que se acham ambos indissolavelmente ligados, estando este para aquele como a palavra para o pensamento*”¹².

A fórmula para Ihering – $P = C$ – indica que a posse é reconhecível externamente por sua destinação econômica, independentemente de qualquer manifestação volitiva do possuidor, sendo suficiente que ele proceda em relação à coisa como se comportaria o proprietário em relação ao que é seu. Não é o elemento psicológico que releva a posse, e sim a forma como o poder fático do agente sobre a coisa revela-se exteriormente.

Ademais, o *corpus* para Ihering não estaria na dominação material ou na vigilância pessoal sobre a coisa.

Com efeito, se na teoria objetiva, a posse não existe sem que exista a propriedade, a questão da dominação material sobre o bem se torna secundária, pois é sabido que a propriedade sobrevive sem o contato com a coisa.

Substitui-se a noção do controle material pela ideia da posse como exercício da propriedade, pois só ela justifica a relação material entre a pessoa e a coisa, assim como a necessidade sua tutela.

Não mais importa a possibilidade de apreensão imediata da coisa, mas o fato do possuidor agir como agiria o proprietário, concedendo destinação econômica do bem, fazendo valer a finalidade para a qual é naturalmente vocacionada.

O que vale é o uso econômico facilmente reconhecido por qualquer pessoa, tenha ou não o possuidor o *animus domini*.

¹²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2007, p. 44.

Assim, vem a ser a posse o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao direito de propriedade ou de outro direito real. Ao dispensar-se o elemento psicológico do animus, estende-se a condição de possuidores àqueles que seriam considerados meros detentores pela teoria clássica (v.g., locatários, arrendatários).

Por dispensar o aspecto subjetivo da intenção de dono, a doutrina objetiva consagra a admissibilidade da coexistência das posses direta e indireta.

Do ponto de vista econômico e prático, a teoria de Ihering é inegavelmente um avanço em comparação com a de Savigny, eis que ao abdicarmos da exigência do *animus domini*, ampliando consideravelmente o rol dos possuidores, deferindo àqueles antes considerados meros detentores pela teoria subjetiva, proteção possessória direta e imediata, podendo agir por conta própria na tutela de sua situação jurídica.

Savigny e Ihering concebem suas teorias com base em um ponto de partida comum: a detenção. Todavia, visceral é compreender que a teoria de Ihering é tida por objetiva pelo fato de explicar que a distinção entre os possuidores e detentores é traduzida à luz do elemento anímico da vontade de possuir, e sim uma prévia conformação do ordenamento objetivo, que cuidará de explicitar as hipóteses em que certas pessoas não alcançarão a tutela possessória por expressa opção de política legislativa, em razão da forma pela qual ingressaram na coisa.

De fato, Ihering vislumbrava na detenção uma posse desqualificada pelo sistema jurídico, por razões objetivas e de ordem prática.

Ihering considerava que o interesse jurídico movimenta a vontade. É o interesse da realização da destinação econômica da propriedade que justifica a proteção à posse, pois em si mesma, ela não teria qualquer valia.

A posse só se converte em direito, em homenagem ao direito superior de propriedade. A crítica veemente que se faz à concepção objetiva concerne ao fato de Ihering subordinar a posse à propriedade, extirpando a sua autonomia, por reduzir a posse a um direito ínfimo, como mera exteriorização do direito de propriedade, ou seja, um complemento indispensável à sua tutela.

A proteção possessória seria uma sentinela avançada da propriedade, pois através da posse poderia o titular formal aliviar a defesa do seu direito subjetivo mediante a adoção de uma via defensiva preliminar (interditos possessórios).

Neste particular, temos evidente retrocesso, comparando-se à teoria de Savigny, na qual há um prenúncio de tutela à função social da posse.

Ao conceituar a posse da mesma maneira que o seu antecessor, o Código Civil de 2002 filia-se à teoria objetiva, repetindo a nítida concessão à teoria subjetiva no tocante à usucapião como modo aquisitivo da propriedade que demanda o *animus domini* de Savigny.

Com efeito, predomina na definição da posse a concepção de IHERING. A teor do art. 1.196: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Assim, pela letra do legislador, o possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não.

O Código Civil de 2002 ratificou a via eleita pelo Código de 1916, pela inserção da posse no livro de direito das coisas. Seguidor das teses de Ihering, Clóvis Bevilacqua entendeu que a posse é um caminho para a propriedade e deve ser inserida antes do seu estudo, como um ponto de transição momentânea. Aliás, neste ponto contrariou o próprio mentor, que entendia ser essencial o estudo prévio da titularidade, para posteriormente se alcançar a posse.

Como sabido, apesar de o novo Código Civil ser datado de 2002, ele já nasceu antigo, isto porque seu Anteprojeto é de 1973.

Foram, portanto, aproximadamente 30 (trinta) anos de tramitação legislativa e, por via de consequência, inúmeras críticas quanto a sua real modernidade, com muitas questões que, embora recentes já se encontrem ultrapassadas.

Nesse cenário estão inseridos os conceitos de posse e propriedade que, por sua vez, anseiam novos rumos. Para tanto, faz-se fundamental o papel da doutrina cuja característica construtiva e não estática, com a fluidez necessária para alavancar a hermenêutica em torno do direito das coisas que merecem respostas ágeis dadas a velocidade da nova realidade fática.

Nesse sentido, Gustavo José Mendes Tepedino invoca os operadores do Direito para construção dessa nova realidade:

Um novo tempo não se realiza com a produção de leis novas, desconhecendo-se a identidade cultural da sociedade. É preciso que se ofereça aos profissionais do Direito, com esforço e inteligência, a interpretação mais compatível com a Constituição da República – com os valores da sociedade, com a experiência do Direito vivo, cunhado, em grande parte, pelos magistrados. Assim verificaremos criticamente os aspectos que poderiam estar regulados de outra maneira, procurando, de todo modo, esgotar as possibilidades hermenêuticas de *lege data*¹³.

Diante da crescente velocidade que as coisas acontecem na sociedade tecnológica e que ela própria espera o Código Civil de 2002 não se manteve inerte e com relação à posse não foi diferente, sem, contudo, menosprezar a sólida construção doutrinária.

Nesse sentido, confira-se a exposição de motivos do responsável pelo Anteprojeto, Miguel Reale:

Demonstração cabal da objetividade crítica, com que sempre procurou se conduzir na feitura do Anteprojeto, deu-se a Comissão ao estabelecer o art. 485 do Código Civil atual em matéria de posse, não só para atender às objeções suscitadas pelo novo texto proposto, mas também para salvaguardar o cabedal da valiosa construção doutrinária e jurisprudencial resultante de mais de meio século de aplicação. Nos demais pontos foi mantida, porém, a orientação do Anteprojeto, o qual efetivamente dá contornos mais precisos e práticos a várias disposições sobre posse, inspirando-se na experiência das últimas décadas¹⁴.

O Código Civil de 2002 adotou, pois um conceito mais afinado de posse – previsto no art. 1.204:

“Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

Dessa forma e abandonando o antigo conceito estampado no art. 493 de que a posse era adquirida pela pretensão da coisa ou pelo exercício do direito, cuja

¹³TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Os direitos reais no novo código civil**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15.pdf. Acesso em 15 jul. 2015.

¹⁴Trecho da exposição de motivos do autor do Anteprojeto do Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf. Acesso em 15 jul. 2015.

imprecisão foi bastante criticada, eis que bastava o exercício do direito para configurar a posse.

Será possível observar adiante que, nos dias atuais, as teorias de Savigny e Ihering não são mais capazes de explicar o fenômeno possessório à luz de uma teoria material dos direitos fundamentais. Mostra-se envelhecidas e dissonantes da realidade social presente.

Surgiram ambas em momento histórico no qual o fundamental era a apropriação de bens sob a lógica do ter em detrimento do ser.

Ambas as teorias se conciliavam com a lógica do positivismo jurídico, na qual a posse se confina no direito privado como uma construção científica, exteriorizada em um conjunto de regras herméticas.

Todavia, todo processo contemporâneo de interpretação do Direito Privado inicia-se na investigação dos princípios que se colocam como substrato do Estado Democrático de Direito.

Apesar de o Código Civil conceituar a posse de forma abstrata e unitária, com sujeição à propriedade, ameniza-se a concepção patrimonialista e utilitarista no restante do tratamento da matéria, conferindo-se à posse um tratamento sistemático aperfeiçoado em comparação ao Código de 1916, com relevantes manifestações de uma intenção de dotá-la de autonomia com relação ao direito de propriedade.

1.3 Natureza da Posse

A natureza da posse é uma das mais discutidas controvérsias que cercam a matéria, pela própria dificuldade em se abordar a posse de forma analítica. Compreender a sua natureza significa entender se a posse é protegida pelo ordenamento por seu próprio significado, ou como extensão da tutela da propriedade, ou mesmo, da necessidade do sistema evitar qualquer forma de violência e proteger a personalidade do ser humano.

Para a teoria subjetiva, a posse teria natureza jurídica dúplice. Em princípio, seria mera situação fática. Considerada isoladamente, a posse é um fato, pois sua existência independe das regras de direito.

Mas, certas condições atribuem a este fato os efeitos de um direito pessoal, por produzir consequências jurídicas (v.g., usucapião e ações possessórias). Por esta visão combinada de posse como fato e direito, a lição de Savigny denominou-se *teoria eclética*. Ele sustentava a tutela possessória no acautelamento da pessoa humana, que merece ser protegida de toda a forma de violência, como conduta antijurídica.

Na visão de Ihering conceituando-se direito subjetivo como um interesse juridicamente legítimo. O interesse é reflexo à tutela da propriedade. A posse seria a condição econômica de utilização do direito de propriedade. Daí, concede-se ao possuidor um direito subjetivo, para que ele sirva em última instância à tutela do direito superior de propriedade.

A proteção jurídica seria atribuída por lei àquele que preenche a condição de possuidor, sendo-lhe deferido o uso das ações possessórias, direito aos frutos e benfeitorias e, em alguns casos, acesso à usucapião.

Entende-se que, para além da concepção da posse como relação de fato ou mera exteriorização de um direito de propriedade, as normas que tutelam a posse são a ela direta e imediatamente dirigidas. Portanto, a posse é um direito subjetivo dotado de estrutura peculiar. Ressalte-se que não só a posse é alicerçada em uma situação de fato, pois outros modelos jurídicos também o são.

Todavia, à medida que o ordenamento jurídico concede ao possuidor o poder de satisfazer o direito fundamental de moradia, naturalmente defere-lhe uma gama de pretensões que lhe assegurem proteção perante terceiros, o que revela nitidamente a existência do direito subjetivo de possuir.

Qualquer direito subjetivo tem origem em um fato jurídico. Todavia, a polêmica despertada pela natureza da posse – fato ou direito – é intensificada pela inexistência de uma terminologia capaz de distinguir o fato jurídico que lhe dá origem do direito subjetivo que o secunda.

Exemplificando: a morte (fato jurídico stricto sensu) provoca o direito subjetivo de suceder: o contrato (negócio jurídico) desencadeia o direito subjetivo ao crédito.

Nada obstante, na matéria em relevo, o fato jurídico *posse* desencadeia o direito de *possuir*, independentemente de qualquer cogitação sobre a propriedade.

Pelo que se estuda e a suspeita remanesce latente, Savigny e Ihering divergiam sobre a natureza jurídica da posse. O primeiro deles sustenta que a posse é um fato que gera consequências jurídicas no âmbito dos direitos pessoais, enquanto o segundo sustenta que se trata de um direito, mais precisamente um direito real.

Na opinião de Marcos Alcino de Azevedo Torres, parece então duvidoso que foi o comportamento mutante do titular do domínio, fruto de sua liberdade e expressão de sua personalidade, que permitiu aos intérpretes vislumbrarem, em certa medida, o direito de propriedade como um daqueles que necessita ser remodelado.

Mas parece também que a interpretação da extensão desse direito é que permitia aos titulares este ou aquele tipo de comportamento.

Portanto, não se pode pensar em propriedade ilimitada se a ordem jurídica expressando o pensamento dominante, assim não o permitir. Ao titular do domínio não restaria alternativa que não fosse adequar o seu comportamento proprietarista à atuação inclusiva do poder político, como referimos na introdução deste trabalho.

Mas pode-se apontar como uma das razões de empreender tamanha força ao direito de propriedade, o momento histórico que vivia a sociedade e o que representava para a grande maioria a instituição, como se vê no registro de Lafayette:

O direito feudal acerca da propriedade há de figurar sempre na história como um monumento de iniquidade e de extravagância, de desprezo pela dignidade humana, do mais atroz sacrifício da igualdade do Direito à exigências brutais de um individualismo selvagem¹⁵.

Aléxis de Tocqueville, após reconhecer que a Revolução teria partido do povo onde era menos opressivo o regime feudal como em França, registra a consequência para o pequeno produtor das regras do regime feudal:

¹⁵PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 2. v., Brasília: Senado Federal, 2004, p. XII.

Na maioria dos Estados da Alemanha de 1788, o camponês não pode deixar a senhoria e se a deixar podem persegui-lo onde quer que se encontre e reconduzi-lo à força do domínio. Tem que obedecer à justiça dominical que vigia sua vida privada e pune sua intemperância e preguiça. Não pode alcançar uma posição melhor, nem mudar de profissão, nem casar-se sem a anuência do seu senhor. Tem que consagrar grande parte de seu tempo ao serviço deste último. A corveia senhorial existe com toda a força e pode estender-se, em alguns países, até três dias da semana. É o camponês que reedifica e conserva os prédios do senhor, leva os gêneros ao mercado, cuida da condução e das mensagens do senhor. Todavia o servo pode tornar-se proprietário de terras, mas esta propriedade sempre permanece imperfeita¹⁶.

Marcos Alcino de Azevedo Torres expressa sua percepção sobre os estudos de Aléxis Tocqueville com as seguintes conclusões:

A questão relativa ao fundamento da posse está estritamente ligada a uma outra questão importante – sua autonomia. Autônoma será a posse considerada em si mesma, desvinculada de qualquer relação jurídica precedente ao seu nascimento isto é, não há necessidade de recorrer-se a qualquer outro instituto consagrado pelo ordenamento, esgotando-se no fenômeno possessório a justificativa em institutos estranhos à posse, como a propriedade ou outro direito real¹⁷.

Nesse estudo Marcos Alcino de Azevedo Torres trouxe sua visão sobre a proteção da posse:

A distinção é importante por sua repercussão, tanto no plano jurídico como no plano social, por ocorrer um determinado fenômeno social que em razão de sua relevância, goza de autonomia e deve merecer proteção especial. Se, ao contrário, não goza de autonomia, sua proteção estará fundamentada na existência ou não do suporte jurídico e social que é seu sustentáculo – a propriedade.

Se a posse for considerada um apêndice, como tem sido do direito de propriedade, na eventual colisão entre os institutos, deverá prevalecer aquele que serve de fundamento, qual seja, na hipótese, a propriedade. Estaremos diante da posse heterônima. Contudo, se considerada como fenômeno isolado e produtor de efeitos por si mesma, passando de satélite a astro do complexo contexto social e jurídico, a proteção deve ser duradoura e não interina.

Na tentativa de apontar o fundamento da proteção possessória diversas teorias foram desenvolvidas e classificadas em dois grandes grupos: teorias absolutas e teorias relativas¹⁸.

¹⁶TOCQUEVILLE, Aléxis, 1979, p. 67 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 130.

¹⁷TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 311.

¹⁸Ibid., p. 311.

Manuel Rodrigues ainda ponderou:

Vários autores cuidam do assunto. Sem qualquer justificativa especial, adotar-se-á aqui o que escreveu sobre o assunto Manuel Rodrigues. Diz ele, nas teorias ditas absolutas, que se protege a posse porque: 1 – é um ato da vontade do homem; 2 – constitui uma categoria econômica independente. Nas teorias relativas, protege-se a posse porque: 1 – é um meio de evitar a violência; 2 – é uma presunção de propriedade; 3 – é a defesa avançada da propriedade¹⁹.

Percebe-se facilmente nessa classificação que para as teorias absolutas a posse goza de autonomia e para as teorias relativas é considerada como vinculada a uma outra situação.

A importância econômica e social da posse não permite que seja considerada como a sentinela avançada da propriedade como sugere Ihering ou que sirva de muleta para um instituto que goza de adequada proteção do sistema²⁰.

Em que pese a posse merecer proteção preferencialmente de forma pacífica também se deve pontuar a preocupação constante dos meios pelos quais se busca inibir a invasão da posse sobre terras particulares, com é o exemplo tratado nesta monografia.

Essa interdição do ato violento para obter a coisa imóvel tem a finalidade de limitar não só os atos tidos como inapropriados e violentos, mas principalmente para que se evite a confusão posterior entre seu invasor na qualidade de dono e o verdadeiro à margem da característica de visibilidade às pessoas que podem ter conclusões equivocadas de quem realmente assume as responsabilidades pela coisa imóvel, neste caso, as terras particulares²¹.

Essa preocupação guarda sua importância, uma vez que a tutela (proteção) da posse não pode mais se dar porque o possuidor tem aparência de dono e, na

¹⁹RODRIGUES, Manuel, 1940, p. 24 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 311.

²⁰TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 311.

²¹A interdição da violência contra o possuidor é um argumento que serve para tal justificação, uma vez que a violência contra a pessoa é interdita para proteção da pessoa como valor importante para a sobrevivência da própria sociedade. As hipóteses em que se legitima a violência são excepcionais, como por exemplo na legítima defesa de um valor que foi ameaçado ou atingido (legítima defesa individual própria ou de terceiro, legítima defesa da posse, da pátria, das instituições etc.).

A interdição da violência então é um argumento geral da sociedade que condena a prática da violência, atitude rudimentar de atuação dos animais, os homens, pelo conhecimento das regras mezinhas de sobrevivência aprendem ou podem aprender a evita-la. Não se pode olvidar que admite o direito positivo a tomada da posse através da violência (física ou moral) em que pese qualifica-la de injusta e de considerar que a aquisição só ocorre após cessada aquela (art. 1.208 do CC/2003).

grande maioria, o é como a doutrina tem sustentado e a jurisprudência admitido pacificamente, por interpretação do antigo art. 485 do Código Civil de 1916 e que certamente continuará a fazê-lo em razão da redação do atual art. 1.196 do Código Civil de 2002, mas em razão da função econômica e social que ela representa para o possuidor e para a sociedade.

A característica da visibilidade serve para uma proteção imediata e iminente, necessária à míngua de provas suficientes de que houve demissão injusta do possuidor reclamante.

Daí a possibilidade nas ações possessórias de uma audiência de justificação prévia em que seja verificado quem merece a tutela, ainda que provisória.

Por certo, não se ignora que a simples visibilidade – prática de atos sobre a coisa que por si só não é suficiente para identificar o possuidor ou proprietário do bem.

A posse merece proteção por si mesma, mas é necessário reconhecer sua existência e tal será aquela relação material com a coisa que cumpra uma função social e econômica.

A usurpação da posse ou da propriedade alheia não pode ser tolerada, ainda menos protegida, uma vez que caracteriza uma usurpação quando o agente invasor intenta praticar atos de visibilidade, mas com intenção (*animus*) de especulação, visando ao reconhecimento de seus atos como atos de possuidor, para se valer no futuro da transformação da natureza de sua relação – considerada como de posse sem o ser, na visão deste trabalho em propriedade, para futura alienação²².

²²Convém perpassar que a vontade do verdadeiro possuidor não pode estar direcionada a um comportamento antissocial e reprovável como a formação de banco de terras ou a usurpação da terra para fins especulativos. Deve, para ser considerado possuidor, haver a intenção de dar uma destinação social e econômica à coisa possuída, pois do contrato deve prevalecer o direito de propriedade com os *jus possidendi* ou a posse do anterior ocupante.

Não cumpre a função social a ocupação que não produz, na posse urbana, moradia e habitação, indispensáveis ao atendimento de necessidades básicas do cidadão e de sua família, e na posse rural a que produza moradia, habitação e bens (se o espaço ocupado permitir) para garantir subsistência da família ou do possuidor se não tiver família constituída.

Morada, habitação e produção de alimentos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade humana.

O papel da vontade na posse é e sempre será fundamental, em que pese a diversidade, na opinião dos autores, quanto a seu conteúdo e importância no fenômeno possessório.

A despeito de ser apontada a dificuldade de sua investigação como ponto enfraquecedor de seu reconhecimento, esse problema pode ser contornado estabelecendo-se critérios objetivos de verificação como a vigília das terras particulares, conferindo se não houve danos a muros ou cercas na tentativa de limitar as margens do mapa geográfico das terras particulares e impedir intrusos que venham a se estabelecer sem a devida autorização de quem, por direito, possa reclamar a integridade das terras.

Marcos Alcino de Azevedo Torres contorna as dificuldades de se proteger as terras particulares, em especial, quando há por detrás desse bem imóvel atos escusos de um terceiro que demonstra nítido interesse de invadir e nele se manter ainda que em detrimento de pessoas responsáveis que assumiram compromissos para fazer uso desse bem:

O que se pretende sustentar é que não se mostra razoável o comportamento de alguém que, encontrando determinada área vazia a invada com a única intenção de ao cabo de certo tempo, usucapiá-la, transformando-a, através de posse sem função social, em propriedade para alienação e enriquecimento. Não há, nessas hipóteses, posse, no contexto deste trabalho, que possibilite a usucapião.

Devemos construir a consciência de que tal gesto não é posse e sim usurpação ao direito alheio que deve ser respeitado, diante do cumprimento de parcela, ainda que mínima, de sua função social (gerar tributos). Se, por hipótese, não cumpre o proprietário nem esta parcela mínima, compete ao cidadão, em vez de invadir coisa alheia, comunicar às autoridades a circunstância de estar o imóvel abandonado ou com aparência de abandono, para que esta tome a salutar providência indicada no art. 1.279 do Código Civil de 2002, arrecadando o bem como vago e dando uma destinação social, conforme o interesse da coletividade, para implementação de equipamentos urbanos como escola, posto de saúde, patrulhamento etc., para assentamento de pessoas que necessitam de espaço para moradia e, se rural, para assentamento de trabalhadores rurais que carecem de espaço próprio para plantio e moradia.

Para Savigny protege-se a posse não por ela, que é um simples fato cuja perturbação não viola direito, mas protege-se a pessoa do possuidor contra a violência, que é um ato ilegal.

A afirmação não pode ser totalmente aceita como verdade, segundo sustenta Ihering, de que os interditos surgiram por ato do pretor para atribuir a algum dos contendores a coisa, enquanto a pendenga estava sendo julgada, nada disto relacionado à violência, pois esta ou não ocorreu ou já ocorreu antes da lide, mas não influenciou na decisão do pretor para dar proteção à posse. O que influenciou foi o fato de alguma das partes estar exercendo atividade exterior na coisa e, enquanto não se decidia com quem a coisa devia ficar em caráter definitivo, provisoriamente pelo interdito *itu possidetis*, mantinha-se a coisa com aquele que estivesse com ela no momento da demanda²³

²⁴

Além disso, em vários sistemas, a posse pode ser perdida em razão da violência e o ato de perda necessariamente representa um ato de aquisição para o violador da posse, tão logo cesse a violência.

Se proteção é algo que deve se dar, em princípio, antes da ocorrência do fenômeno que pretende proteger, em tal hipótese, a proteção não existiria efetivamente, pois a violência já ocorreu. Então não pode ser fundamento da proteção possessória a interdição à violência contra o possuidor.

Todas essas hipóteses são visibilidades da posse que pode, conforme o caso, corresponder ou não ao domínio ou outro direito sobre a coisa.

²³TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 315.

²⁴Por outro lado, com o conhecimento da autotutela por alguns sistemas, a possibilidade de violência está latente no fenômeno possessório, seja praticada para defender a posse, seja para recuperá-la, como ocorre entre nós por força do art. 1.210 do Código Civil.

Por sua vez a tese de Ihering de que se protege a posse para proteger a propriedade presumindo que existe aquele que está praticando atos exteriores na coisa e daí protege-se até o ladrão ou usurpador, porque, na grande maioria das situações, o possuidor é o proprietário.

Em tal circunstância, a posse seria meio de defesa da propriedade e sua forma de exteriorização, funções presentes na posse, conteúdo do direito de propriedade, mas ausente na posse desvinculada de qualquer direito.

Se a tese é verdadeira, então a demanda possessória sempre tem de ser julgada a posse em favor do titular do direito, em razão da visibilidade existente na posse, mas que, depois, a instrução da causa indica que não é, isto é, que a aparência não se confirmou com a realidade. Deve então ser demitido da posse.

Esta teoria parece estar centrada na ideia acima e nela a posse é mero apêndice da propriedade, ou mera manifestação exterior do poder do proprietário, nele diretamente ou por aquele a que ele cedeu a coisa.

Tal tese na opinião de Marcos Alcino de Azevedo Torres parece refletir na configuração da própria posse, ao afirmar que ela é a visibilidade do domínio, mas já se sabe que, pela visibilidade, não é possível reconhecer se está no exercício de algum direito, diretamente ou por outrem, se na verdade cuida-se de posse autônoma ou detenção.

A visibilidade que existe na posse é dela mesma e não da propriedade, porque em várias situações o possuidor não é proprietário e não tem qualquer vínculo com o proprietário.

Hoje em dia, tanto no meio urbano como rural, em princípio, não existiria coisa imóvel sem dono (salvo ainda as terras devolutas²⁵), para que fosse possível reconhecer no possuidor ausência de clandestinidade e a boa-fé.

Pela consciência que se tem hoje, em poucos locais seria possível imaginar que o ocupante ou possuidor não conhecesse, salvo raríssimas exceções (ignorância total; posse adquirida por cessão de outrem que mente quanto à regularidade de sua posse ou de sua titularidade sobre a coisa), o vício que lhe impede a aquisição da posse.

Ora, não havendo posse efetiva do titular sobre a coisa, situação que normalmente ocorre quando não se cumpre a função social da propriedade, não seria razoável considerar que existe vício na aquisição da posse de outrem, quando se considera a posse em si mesma. Haverá uma aquisição originária, desvinculada de qualquer titular anterior.

Portanto, é necessário conhecer um conjunto de situações assim relacionadas:

1. Protege-se a posse para proteger o possuidor contra a violência, como se protege qualquer pessoa ou direito contra a violência, ou seja, não é uma peculiaridade ou mera razão para se proteger a posse.
2. Protege-se a posse porque o possuidor como tal exerce atos de posse e não porque ele exerce atos semelhantes ao proprietário ou a algum titular de outro direito real sobre a coisa, porque não é mister ser proprietário para praticar tais atos.
3. A presença de propriedade não é fundamento para a proteção da posse, porque tal presunção poderia ser facilmente derrubada.

²⁵As terras devolutas são terrenos públicos, ou seja, de propriedade pública que nunca pertenceram a um particular, mesmo ocupadas, a exemplo daquelas de propriedade da União, conforme assim previsto no art. 20, II, da Constituição Federal, desde que sejam indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

Já o art. 26, IV, da Constituição Federal determina que as demais pertencem ao Estado desde que não compreendidas entre as da União. Enquanto o art. 225, § 5º, que trata do ambiente, determina que as terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (assim como as arrecadadas pelos Estados por ações discriminatórias) são indisponíveis.

4. Se não é cabível a exceção do domínio então não é mais verdade a afirmação de que a posse é a sentinela avançada de propriedade.
5. Deve ser reconhecido, depois de tantos séculos de reflexão, de desenvolvimento, que se protege a posse por si mesma, porque é através dela que se torna possível extrair as utilidades econômicas e sociais de alguma coisa; porque é através dela que uma coisa pode produzir riqueza, moradia, alimentação, lazer, em benefício do possuidor e da comunidade²⁶.

Observa-se que esses 5 (cinco) elementos elencados acima convidam ao debate acerca da defesa da posse, seja de maneira geral ou mais direcionada quando realizada pelo possuidor legal ou a quem lhe represente nessa condição.

A capacidade de protestar pela coisa contra o esbulho possessória, portanto, não está só atrelada ao direito de propriedade, e sim por algo maior, na constante busca pelo equilíbrio nas relações sociais e a preservação do patrimônio extraído da aquisição de terras particulares.

Deve, sobretudo, conferir capacidade de sobrepor a vontade de terceiros invasores.

E contra essa vontade é que a defesa da posse, da propriedade e da coisa dada em garantia hipotecária a quem proveu a compra dessas terras, o direito de pleitear com os mecanismos que a lei permite a defesa do que é seu.

1.4 A Defesa da posse

Sobre essa parte Marcos Alcino de Azevedo Torres destacou os principais efeitos da posse:

Os principais efeitos da posse são a sua proteção e a transformação da situação passageira, ainda que de certa duração em situação definitiva, perpétua através da usucapião. Estes efeitos eram, conforme Savigny, os efeitos legais que o direito romano consagrava independente de toda a idéia de propriedade.

Ambos os efeitos são importantes para a investigação ora realizada, sobressaindo, contudo, a proteção interdital, em face das suas vicissitudes. Permite, em caráter imediato, a proteção efetiva e em caráter imediato, atingir-se o tempo para usucapir a coisa. Tendo proteção interdital, poderá o possuidor atingir ao momento de transformação da posse em propriedade.

²⁶TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 317.

É através da proteção da posse que o fato se juridiciza, como salienta Pontes de Miranda:

A tutela da posse é, no direito, o que mais importa, porque a posse é acontecimento do mundo fáctico, cuja significação econômica e social se opera nos fatos, fora do mundo jurídico. Somente a tutela jurídica a traz a esse. [...] A tutela jurídica e a permissão da justiça de mão própria (art. 502, 2. Parte) precedem a quaisquer direitos, pretensões ou ações que nasçam da posse.

Em verdade, a tutela interdita da posse, como afirma Hernández Gil, “describe el círculo más amplio de la posesión. Traz ala línea divisoria entre lo que es y lo que no es posesión”²⁷.

Com efeito, diversamente do que ocorria no direito romano clássico, tempo em que indiretamente se protegia a detenção através da *actio iniuriarum*, o direito só confere proteção à *possem* que pese não se desconheça um ponto de semelhança na proteção à pessoa do detentor, mas como pessoa e não em razão da detenção em si.

E o autor traz à baila alguns outros doutrinadores e as incursões no Código Civil de 1916:

É na situação de inquietação ou de apossamento que vem à tona o mecanismo de defesa da situação possessória, pois como adverte Hernández Gil, “la posesión, perturbada, adviene robustecida” e pelo só fato de se falar em posse, começa a gerar “la consecuencia representada por la protección. Esta es la garantía jurisdiccional del mantenimiento de una situación”.

Esse aspecto não passou despercebido de Lafayette no longínquo ano de 1877, quando escrevera a primeira edição do Direito das Coisas, como se verifica no registro de nota de rodapé: “Os interditos são a garantia de direito que a lei confere ao possuidor contra todo o fato que lhe perturba ou usurpa a posse. A posse é a causa determinante dos interditos; a ofensa à posse é ocasião do seu exercício.

O novo Código Civil, como afirmou o professor Chamoun, responsável pela redação do direito das coisas ao tempo do projeto, fez defesa miúda da posse, ou seja, suprimiu as regras relativas à proteção processual da posse (artigos 503, 506, 507, 508 e 523 todos do CC/1916), deixando tal questão para o direito processual. Eram defesas processuais concedidas pelo código civil²⁸.

O enfoque dessa investigação nesta parte pretende demonstrar a importância da proteção da posse, que se dá, de regra, frente ao titular do direito de propriedade,

²⁷TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 318.

²⁸Ibid., p. 319.

embora possa ocorrer colidências com outros direitos reais e até mesmo entre possuidores sem título.

E não objetivaria analisar as peculiaridades das ações possessórias, mas pontuar que o conflito possessório é o local adequado para a constatação do cumprimento da função social, seja na propriedade, seja na posse.

Tanto é que no conflito possessório se tem a possibilidade de dimensionar a concreitude exigida na função social abstratamente imaginada e teorizada se efetivou, para em caso contrário dar sentido às consequências atraídas para a situação em razão da ausência de função social num dos polos da relação conflituosa.

Todavia, os próprios sujeitos em conflito têm possibilidade de atuar na defesa de seus interesses, a qual se legitima na medida em que um dos contendores cumpre ou não a função social do bem ou se torna ilegítima.

E aí se configura a dinâmica entre compreender quem daria a função social da coisa imóvel — terras particulares. Entre as medidas tem-se o desforço imediato.

1.5 Desforço Imediato

Marcos Alcino de Azevedo Torres novamente ensina que ao lado da defesa, através de procedimentos judiciais, a posse tem proteção através da legítima defesa.

Chama-se ato de defesa, conforme lição de Tito Fulgêncio, “a faculdade concedida ao indivíduo, emanação direta de sua personalidade, de defender a sua pessoa e bens jurídicos, em casos inadiáveis”; e complementa suas observações com as seguintes notas:

Pontes de Miranda salienta que o princípio do status quo ou princípio da conservação do fáctico é imprescindível à paz jurídica, como à paz fáctica, exigindo que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros, ponderando:

O próprio autor Pontes de Miranda assim trazia a discussão as relações da posse:

As relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, não de conservar-se como são, exceto se o titular delas as muda, ou a

sentença determina que se mudem. Ninguém pode, em ofender o princípio, que é, logicamente, de vida social, antes de ser de vida jurídica, transformar ou extinguir relações de posse, cujo titular é outro²⁹.

Recordando alguns ensinamentos de outro pensador, Hernández Gil, tem-se que:

Segundo Hernández Gil, o conflito entre o status quo e a alteração de tal status se resolve em favor da manutenção do primeiro, pois o ordenamento material pressupõe "un derecho a la continuidad".

Comparativamente, Marcos Alcino de Azevedo Torres ainda trouxe uma revisão da lei civil:

Manteve o novo Código Civil a defesa direta, através do desforço imediato (desforço incontinenti): autodefesa (art. 1.210, para 1) que teve origem no Direito Romano no D. 41, 2, fr. 17, e foi admitida em nosso direito pré-codificado conforme Ordenações L. 4, 58 para 2 e no art. 812 da Consolidação de Teixeira de Freitas.

Essa defesa é excepcional, tal qual a defesa da vida e da integridade física na legítima defesa, causa excludente da ilicitude penal, o que indica a importância que o Estado deu à defesa de direitos que ele, o Estado, para si como exercício da jurisdição³⁰.

À luz dessas referências compete fazer o paralelo que não constitui como constituía ato ilícito (art. 160, I, do Código Civil de 1916 e art. 188, I, do Código Civil de 2002) por tratar-se de legítima defesa da posse, respeitados os limites da prática de atos necessários à restituição ou manutenção do estado possessório. Levam-se em consideração os princípios insculpidos no direito penal para a legítima defesa: (a) agressão atual iminente e injusta; (b) preservação de um direito próprio ou alheio; (c) emprego moderado dos meios necessários à defesa.

A turbação ou o esbulho, para justificar a autodefesa, devem estar efetivamente ocorrendo, não podendo a defesa ter por base uma simples possibilidade ou ameaça de turbação eis que a autodefesa não tem caráter preventivo.

É necessário que haja o ato de esbulho ou turbação, sob pena de a reação do possuidor assumir conotação antijurídica e tal permissão, principalmente após o surgimento de grupos organizados clamando por melhor distribuição das terras rurais e urbanas, tem gerado grandes conflitos.

²⁹MIRANDA, Pontes de, 1964, p. 281 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 420.

³⁰TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 320-321.

Sobre os casos envolvendo a área rural onde os proprietários com recursos financeiros, titulares de grandes latifúndios, contratam seguranças e jagunços para expulsar ou impedir que lavradores se mantenham ou ingressem em suas terras, e isso tem gerado graves consequências sociais.

No geral, isto é, nos conflitos não massificados, o proprietário evita o conflito direto pelo desforço imediato, em face do risco que ele produz.

A manutenção da autotutela na legislação é um forte indicativo de que estamos ainda diante de um código de propriedade, e assim será enquanto a posse for considerada como apêndice da propriedade, em que pese a importância da tutela direta em matéria possessória.

De regra, o proprietário, salvo raras exceções, goza de condições sociais privilegiadas (tanto é que consegue ser proprietário) e não vai pôr em risco sua integridade física e a própria vida para disputar um pedaço de terra que não está utilizando, ou seja, cuja posse, com função social não está exercendo; que o está mantendo como capital para um dia dele dispor ou talvez, como também acontece, esperando que a situação econômica o favoreça para construir no imóvel. Nesta última hipótese, em geral trata-se de construção não destinada à moradia, mas ao lazer (o que também caracteriza interesse legítimo) ou uma melhor moradia, ou seja, quem necessita, no sentido verdadeiro da expressão, de terra para morar ou plantar, não pode esperar as condições econômicas melhorarem e se lança como pode na empreitada, fazendo surgir, na maioria das vezes, construções desordenadas, sem atendimento de qualquer preceito urbanístico na hipótese de imóvel urbano.

As ocupações em razão da primária satisfação de necessidades vitais como a moradia, o cultivo e, em terras em que o titular do direito de propriedade descurou de seus deveres sociais inerentes ao próprio direito, pela presença nele do binômio poder-dever, também influenciam diretamente na percepção do uso das terras particulares e quem dela corretamente usufruiria (se o invasor ou o real proprietário).

É inquestionável que a solução direta pela própria força não revela a melhor estratégia a fim de proteger e manter seu patrimônio, tanto pelo aspecto econômico de sua personalidade.

Para Marcos Alcino de Azevedo Torres:

Se a posse for conteúdo do direito de propriedade e se este não estiver sendo exercido conforme a função social do bem, objeto do direito, ou seja, tendo a posse “solo animo”, não parece lícito, diante daquilo que expusemos a respeito da proteção do direito de propriedade, conferir proteção tão superior em comparação com os demais direitos, do desforço imediato.

Isto decorre da circunstância de que a função social impregna a existência da proteção imediata e da proteção interdita.

Ora, se é verdade como parece ser que o cumprimento da função social da propriedade se dê prioritariamente pelo exercício da posse (conteúdo de maior repercussão econômica), necessariamente a ausência de função social da propriedade implica ausência de função social da posse³¹.

Por conta desta ausência de função social em ambos os institutos – na propriedade na posse, conteúdo do direito – não se pode reconhecer ao titular do direito de propriedade a possibilidade de exercício do desforço imediato. Seria conferir poder de autotutela a quem não merece proteção sequer direito que origina sua posse.

Segundo o magistério de Marcio Aurélio S. Viana a tutela interdita do proprietário pela circunstância de o ser é um equívoco científico, acrescentado ainda:

Não podemos tutelar a posse de quem efetivamente não é possuidor. O fato de alguém ser titular do domínio não implica posse da coisa. É possível que se fique apenas no estado potencial. Ele é titular do direito de usar e gozar, na linguagem analítica do diploma civil, mas não utiliza realmente, não extrai os serviços que ele oferece. Assim, não houve posse, que reclama atitude dinâmica. Outra pessoa agiu nesse sentido, e ela é quem merece a tutela por meio dos interditos.

A priori, então, tal conduta seria ilícita, mas a dificuldade de reconhecer-se a priori não impede o reconhecimento no litígio, provando-se que a propriedade no seu conteúdo, dinâmico estava destituída de função social.

Tal situação, a toda evidência, não atinge só a posse-conteúdo do direito de propriedade, mas também a posse em si mesma, como entidade jurídica reconhecida pela sociedade.

Pelo direito positivo, aparentemente ocorreria um paradoxo pois tal posse, pelo fato de sê-lo, tem proteção interdita e defesa direta, mas o que se quer demonstrar é que a posse, visibilidade do domínio que o

³¹TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 325.

sistema protege, é menos posse do que a posse como função social, mas nem por isso deixaria de receber proteção, embora não em toda e qualquer situação.

Imagine-se que alguém que não tenha outro interesse que não seja invadir a área de propriedade (ou posse solo animo) de outrem, apenas para agir do mesmo modo que o proprietário, ou seja, manter abstratamente a posse somente pelo ânimo, sem pretender dar qualquer destinação social ou ainda que assim pretenda, não haja nele qualquer necessidade básica, carente de suprimento³².

E nesse contexto deve-se buscar compreender quais os motivos do interesse pela coisa imóvel, uma vez que historicamente e por analogia prevalecer por assim dizer a posse do proprietário em relação ao segundo, aplicando-se como solução doutrinária o que estabeleciam os revogados artigos 507 e 508 do Código Civil de 1916.

Há que ponderar que a instalação do ocupante (ou esbulhador), inicialmente clandestina, torna-se logo pública, permitindo a conversão da detenção em posse, atraindo assim a proteção do sistema. Dificuldade contornável diz respeito à identificação do “animus” do ocupante, quando não há ainda estabilidade ou reconhecimento no ato de ocupação.

A figura do invasor de terras alheias com fins de apropriação que deve ser repellido.

Tal aspecto se acentua porque, não se pretende sustentar que mereça proteção especial o ato de invasão. Deve-se salientar, todavia, que na propriedade sem função social não tem o titular legitimidade para utilizar do desforço imediato com objetivo de expulsar aqueles que se instalem com objetivo de dar destinação social e adequada ao bem, objeto de sua titularidade.

Esse ponto sugere flexibilizar a titularidade de terras particulares, independente do que se pretenda fazer com a coisa imóvel. O receio se justifica na medida em que a titularidade se fragiliza perante o ato invasivo.

O aspecto fático sempre importante na posse foi acentuado pelo novo Código Civil, tanto na aquisição (art. 1204) quanto na perda (art. 1223), aproximando a

³²VIANA, Márcio Aurélio S., 1993, p. 45-46 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 326.

realidade social da realidade jurídica e afastando-se da abstração para aproximar-se da concretude do fenômeno possessório social.

Mas nada impede que o titular de direito possa intervir judicialmente para inibir o ato de invasão consubstanciado pela prova fática da ocupação.

1.6 Defesa Judicial

Marcos Alcino de Azevedo Torres esclarece que a função social interfere na defesa judicial da posse, “desde que se faça uma leitura mais coerente com o sistema constitucional, objetivando atender aos princípios fundantes da dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza assegurando existência digna, conforme os ditames da justiça social”³³.

Nessa frente historicamente Ihering afirma que a proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário.

E o canal de acesso que o proprietário na qualidade de titular de direito de terras particulares seria na esfera judicial as ações possessórias de reintegração ou de manutenção na posse que de regra preocupam-se em afirmar e demonstrar propriedade para logo a seguir sustentar posse com base na propriedade, o que de imediato se percebe, é exercida “solo animo”, distante da realidade da posse, com objetivo de proteção de tutela imediata através da concessão de liminar.

Tal postura, não raro, é aceita pelo judiciário, por considerar como uma afronta ao direito, a tomada clandestina ou violenta da posse, sendo, na verdade, não existe como um dado palpável e sensível de realidade, mas que se justifica a expulsão do verdadeiro possuidor, que às vezes conta até com alguma estabilidade possessória, o que é forte indicativo da perda da posse pelo titular do domínio.

Para acolhimento da proteção judicial da posse o Código de Processo Civil estabeleceu alguns requisitos inclusive para o ajuizamento dessas ações possessórias. Como por exemplo a regra insculpida no o inciso I do art. 927 do referido Código obriga o autor a provar sua posse, e o inciso II a turbação ou esbulho praticado pelo réu.

³³TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 328-329.

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

Em contrapartida, é aceito com facilidade que a existência da posse está na existência da propriedade, admitindo aquela como conteúdo necessário e natural desta.

Ou seja, ainda que se esteja diante de um processo de natureza possessória, procura-se demonstrar, com afinco, a situação do proprietário com fundamento apenas no título.

Já impondo um requisito essencial que poderia ser considerado de menor importância, mas de extremo impacto para confirmar o interesse jurídico nas ações de natureza possessória é a prova da posse efetiva do autor da ação, e tal prova, não pode se basear simplesmente no título de propriedade.

Tito Fulgêncio assinala que:

(...) a ação de manutenção no seu objetivo, supõe uma posse anteriormente adquirida e atualmente existente, pois só se mantém o que existe e não o perdido, porque este se recupera e não se mantém. Resolve-se a questão “dando manutenção ao possuidor, que atualmente o é e quer continuar sua posse. A proteção é concedida, pondera Ruggiero, contra incômodos e turbações, sendo incômodo qualquer atentado à posse legítima, consistente em fato ou atos que, praticados contra a vontade do possuidor, impedem o seu exercício ou mudam o estado precedente da posse, implicando de todas as maneiras uma pretensão contrária à posse alheia³⁴.

A noção de esbulho, segundo Manuel Rodrigues, é de fácil formulação: “Há esbulho sempre que alguém for privado do exercício da retenção ou fruição do objeto possuído, ou da possibilidade de continuar”³⁵. Objetiva-se no esbulho, “castigar o fato ilícito e delituoso da espoliação violenta ou clandestina”, e do abuso de confiança.

³⁴FULGÊNCIO, Tito, 1978, p. 85 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 332-333.

³⁵TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 333.

Tais noções são interpretadas conforme a situação vivenciada pela sociedade, comportando por vezes interpretação fria e desvinculada da realidade, mas também, vez por outra, interpretação consentânea com uma leitura mais coerente com o que se espera do direito como ciência que serve à vida e não só à coisa imóvel como melhor opção entre o balanço entre direitos em destaque (vida e bem imóvel).

À luz da interpretação que parece adequada seguindo os ditames da justiça social, os princípios da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e eliminação das desigualdades sociais, ou seja, a interpretação em que sobressaia o conteúdo axiológico determinado pelo próprio sistema a autora Flavia Piovesan sugere as seguintes ponderações:

Na qualidade de núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana constitui critério e parâmetro de valoração a ordenar a interpretação e compreensão do sistema jurídico instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, muita resistência há em reconhecer que é no exame de demandas possessórias que se pode constatar o cumprimento ou não da função da propriedade ou da posse, quando esta for considerada isoladamente daquela (...)³⁶.

Diferentemente da interpretação de justiça social Tito Fulgêncio reforça:

A ofensa à posse apresenta intensidade diversa, corresponde a cada um de seus graus um remédio específico. Na ação de manutenção de posse o possuidor teve sua posse turbada, ou seja, o réu erigiu obstáculo à plenitude do exercício da posse. Esse interdito pressupõe uma lesão à posse, ou seja, foi praticado contra a vontade do possuidor, que implica estorvo ao gozo da coisa, sem dela o excluir, completamente³⁷.

³⁶PIOVESAN, Flavia, 2002, p. 5 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., 2007, p. 333.

³⁷FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias: teoria legal, prática**. 11. ed., rev. e atualizada pelo advogado e doutor em direito civil Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 106.

Complementando seu raciocínio debruçado no núcleo do ato de invasão, o autor Tito Fulgêncio ainda enaltece suas opiniões:

É princípio geral de direito e preceito do Código que aquele por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (art. 186 do CC). O art. 927 do diploma civil estatui que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O ato ilícito desemboca na obrigação de indenizar³⁸.

E a percepção do ato ilícito fere não só o título do direito de propriedade, e se expande para os casos das terras particulares com o gravame de hipoteca oriundo, muitas vezes, de um contrato de financiamento habitacional em que um determinado credor teria o bem imóvel dado em garantia desse financiamento.

A partir dessa hipótese, se as terras particulares são invadidas e o proprietário ‘expulso’ pelo esbulhador, o imóvel padece de ausência de proteção, o que, indiretamente ou de modo reflexo afetaria o contrato de financiamento em si, pois o credor não teria a certeza se as terras dadas em garantia seriam cuidadas pelo invasor ou mesmo e o ponto nodal, se o proprietário assumiria agora o pagamento da dívida constituída.

Sabe-se num primeiro momento das dificuldades de retirar um invasor e minimizar os prejuízos financeiros e estruturais das terras particulares invadidas.

Para discutir os caminhos do crédito hipotecário oriundo de um contrato de financiamento habitacional, seguirão os próximos parágrafos nesse contexto.

³⁸FULGÊNCIO, Tito, op. cit., 2013, p. 107.

2. HIPOTECA

Tem-se compreendido que a hipoteca é um direito real que recai sobre um bem imóvel ou determinados bens, assegurando ao credor o pagamento de uma dívida. Essa dívida pode ser instrumentalizada mediante contrato onde as partes voluntariamente assumem compromissos de honrar as obrigações partilhadas a cada qual.

A hipoteca, nas palavras de Carlos Alberto Bittar tem o seguinte significado:

(...) incidente sobre imóveis, seus acessórios e equipamentos e acessões, enumerados em lei, para efeito de garantia do cumprimento de obrigação de ordem econômica. Trata-se como os demais direitos de garantia, de vínculo acessório, que pressupõe a prévia constituição de obrigação, ou se assenta concomitantemente. Pode também ser feita em contrato próprio, o de hipoteca, ou através de cláusula específica no instrumento da assunção da obrigação, com ou sem emissão de título de crédito (cédula hipotecaria), ou ainda por sentença judicial. Permanece o bem de posse do devedor, com certas limitações, outorgando-se ao credor preferência, em eventual execução, mas pode ser alienado a outrem, a quem se transfere o gravame. Incide sobre o bem do devedor, ou de terceiro, existindo o direito real a partir do registro do título constitutivo.

Também de longa data se utiliza esse expediente de garantia, que se delineou em seus contornos básicos já à época romana, ingressando nas codificações modernas e em leis especiais ulteriores, diante das novas modalidades introduzidas pela prática negocial. Constitui-se, ainda, em importante instrumento na circulação jurídica, pois permite, contra a garantia imobiliária, a obtenção de financiamentos próprios, para fins industriais, comerciais, negociais e, mesmo, pessoais. Destinado a assegurar o crédito concedido, responde, ao lado do penhor e da alienação fiduciária, pela grande expansão empresarial dos últimos tempos, dada a segurança que confere à entidade financiadora³⁹.

Segundo disciplina o Código Civil em seu art. 1.225:

Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese; XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso.

³⁹BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p. 202-203.

Enquanto o art. 1.473 do mesmo diploma legal esclarece que:

(...) podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves; VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso; e X - a propriedade superficiária.

Uma das características da hipoteca é a preferência que o credor passa a ter diante dos demais credores, embora o imóvel não seja entregue ao credor e permaneça nas mãos do proprietário, nada impede que a coisa imóvel, no caso em estudo as terras particulares sejam mantidas e protegidas para a incolumidade da garantia real.

Isso porque a aquisição das terras particulares mediante contratos de compra e venda com hipoteca ou mútuo com hipoteca devem obedecer aos parâmetros de ordem civil já citados como referência, bem assim legislação própria, entre elas a Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964; a Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971; a Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990 e o Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, todas essas que regulam o chamado Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

A Lei nº 4.380/1964 criou o Sistema Financeiro de Habitação cujo objetivo, expressamente declarado no seu art. 1º, era de *estimular a construção de habitações de interesse social e financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.*

Luiz Antonio Scavone Junior comentou a dubiedade da legislação específica e os institutos do SFH:

(...) na esteira de questionável legislação da época do regime militar, criou-se execrável sistema de execução extrajudicial, aquele do Decreto-Lei 70/1966, arts. 31 a 38, do qual já tratamos.

Com efeito, sem a participação do Poder Judiciário, pelo sistema do Decreto-Lei 70/1966, um agente fiduciário dá início e conduz o processo de execução. Vencida e não paga a prestação, o agente financeiro solicita o início da execução ao agente fiduciário que notifica o devedor e procede ao leilão do imóvel hipotecado.

Ante os ataques sofridos pelo sistema de execução extrajudicial, criou-se a Lei 5.741/1971 que, segundo ensinam, representa opção do credor hipotecário e agente financeiro que pode, também, preferir a ação de execução por quantia certa do Código de Processo Civil e, ainda, a execução extrajudicial do Decreto-Lei 70/1966, correndo,

obviamente, nesse último caso, o risco de ter sustado o leilão conforme dissemos alhures⁴⁰.

No caso de execução hipotecária, exige-se, além do próprio contrato de mútuo hipotecário, seu registro junto ao oficial de Registro de Imóveis. Não que a ausência de registro da hipoteca obste a execução.

O efeito da ausência de registro da hipoteca é a ausência de constituição de direito real de garantia com as características da sequela, da oponibilidade erga omnes, além da preferência⁴¹.

Portanto, entre as partes (direito pessoal) a garantia vale, mesmo sem o registro, disposição essa do art. 848 do Código Civil de 1916 que, embora não encontre exata correspondência, se infere do sistema e dos arts. 1.419 e 1.492 do novo Código Civil.

Todavia, eventual adquirente do devedor (Lei nº 5.471/1971, art. 4º, §1º), poderá opor embargos de terceiro, cuja boa-fé demonstrada garantirá a desconstituição da penhora (Código de Processo Civil, art. 1.046).

Esse mesmo art. 5º da Lei nº 5.741/1971 determina que, efetivada a penhora, os executados devem ser intimados da sua ocorrência, passando a fluir o prazo de dez dias para os embargos à execução.

Ocorre que o Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, estabeleceu que os embargos serão oferecidos no prazo de 15 dias da citação e não mais da intimação da penhora o que, no nosso entendimento, em razão do art. 10 da Lei nº 5.471/1971, se aplica ao caso.

Os §§ 1º e 2º do art. 4º da Lei nº 5.471/1971 preveem a desocupação do imóvel pelo devedor executado e por quem eventualmente ocupe o imóvel, a partir da penhora.

A Lei estabelece as seguintes distinções:

⁴⁰JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 426.

⁴¹Ibid., p. 427.

- a) Imóvel ocupado pelo próprio devedor executado e sua família: trinta dias para desocupação do imóvel a partir do recebimento do mandado;
- b) Imóvel ocupado por terceiros: dez dias para a desocupação a partir do recebimento do mandado.

Após o desapossamento o exequente permaneceria como depositário fiel do bem. Portanto, mesmo sendo proprietário do imóvel, sem qualquer possibilidade de oposição de embargos, o executado seria desapossado.

Em consonância com o atacado, mormente em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, entende a jurisprudência e a doutrina, pelo que foi possível conferir os §§ 1º e 2º do art. 4º da Lei nº 5.741/1971 não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Demais disso, dispõe a Constituição Federal que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Por evidente que esse devido processo legal não pode prescindir dos embargos à execução, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, LV).

Nesse ponto vislumbra-se mais uma inconstitucionalidade da Lei nº 5.741/1971 na exata medida em que o devedor poderia ver seu imóvel ser penhorado e vendido em hasta pública sem que seus embargos fossem apreciados pelo Poder Judiciário.

Ora, tais exigências, por óbvio, não foram recepcionadas pela Constituição Federal pelos mesmos motivos que não foram aqueles dispositivos referentes ao desapossamento sumário.

Relembre-se que o proprietário e possuidor quando esbulhado ou turbado pode restituir a sua posse (desforço imediato), desde que sua reação seja imediata, ou manter-se na posse (legítima defesa da posse), usando a força que não pode ultrapassar o indispensável⁴².

⁴²JUNIOR, Luiz Antonio Scavone, op. cit., 2014, p. 934.

Deve-se volver a tentativa de reaver as terras e a ação de reintegração da posse cabe no caso de esbulho, ou seja, de invasão e perda da posse que ocorre, às vezes, de forma violenta. Visa, assim, restabelecer a posse que fora perdida pelo autor da ação.

É uma ação executiva *lato sensu*, assim como despejo, de tal sorte que sua efetividade se manifesta no mesmo procedimento, sem necessidade de fase de execução.

2.1 O crédito hipotecário

Vê-se a origem do crédito hipotecário como fonte primordial para que o proprietário possuidor na condição de mutuário do sistema de financiamento habitacional, viabilizando a aquisição de patrimônio ao passo em que merece a preservação da garantia de direito real no pagamento integral do contrato de financiamento ou, ao menos, e principalmente nas hipóteses de esbulho quando a garantia sofre intervenções de terceiros invasores.

É certo que o proprietário pode reclamar a devolução das terras particulares objeto de esbulho, conforme amplamente evidenciado pela literalidade da lei civil e a doutrina.

Mas como preservar o direito real de garantia quando ocorre o esbulho possessório para os casos em que o proprietário não intenta as medidas coercitivas e abandona suas obrigações contratuais, dando fim a uma relação contratual de financiamento habitacional?

Estaria o credor hipotecário à mercê do ato de invasão pelo agente esbulhador e o abandono do imóvel pelo proprietário sem, em nenhum momento pensar no aporte financeiro transferido pelo credor hipotecário sem previsão de ter a dívida quitada?

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald discorrem as tensões entre a posse e a propriedade, decorrentes de situações em que imóveis são abandonados por assim dizer por seus titulares e algumas implicações:

Não é raro observarmos tensões entre a posse e a propriedade, decorrentes de situações em que imóveis são abandonados por seus

titulares, sendo que possuidores passam a exercer a ingerência socioeconômica sobre o bem. Há um evidente conflito entre garantias essenciais em nosso sistema constitucional. De um lado o direito fundamental à propriedade (art. 5, XXII, da CF); de outro, a função social da propriedade que, apesar de omitida pelo titular formal, é concedida por um possuidor ao deter o poder fático sobre o bem (art. 5, XXIII, da CF). Esta tensão será por vezes solucionada pela lei (v.g., usucapião) ou pelo magistrado ao ponderar a dimensão dos interesses conflituosos na situação concreta. Em qualquer caso, se formos coniventes com a noção da posse reduzida a direito real, invariavelmente estaremos submetendo-a preconceituosamente ao império da propriedade, reduzindo a sua enorme importância social⁴³.

Esses autores traçam além dos conflitos originados pelo abandono seja induzido ou por livre iniciativa do proprietário que, de um modo ou de outro, ainda evocam a função social da propriedade:

Ao se estudar a função social da propriedade, procuraremos buscar soluções para aquelas situações em que o proprietário exerce a sua liberdade de ação, mas é leniente na missão de outorgar uma destinação útil àquilo que lhe pertence. Será ele sancionado pelo ordenamento jurídico por imitir-se em dar efetividade ao direito fundamental difuso do art. 5, XXIII, da Constituição Federal. O proprietário é titular de direitos subjetivos, mas os seus poderes implicam assunção de responsabilidades perante a coletividade.

Todavia, quando é analisada a função social da posse há um *plus* no estudo da matéria. Aqui, não se preocupa com a trajetória isolada do proprietário e o seu compromisso com o atendimento a direitos fundamentais. Aprecia-se a atuação fática de um possuidor sobre a coisa que o titular patrimonial desvinculou de qualquer função social. Nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN, “o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade”⁴⁴.

Luiz Edson Fachin na função social da posse o possuidor não é mais inserido entre os erga omnes, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade:

Aqui, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial. São casos em que a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário, porém um possuidor. Surge uma tensão entre o direito fundamental individual de propriedade, do art.5, XXII, da CF, e o direito subjetivo metaindividual

⁴³FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., 2007, p. 39.

⁴⁴Ibid., p. 41.

do inciso XXIII, É necessário aprender a conviver com prováveis hipóteses de colisão entre os princípios da função social da propriedade e da função social da posse. Essa tensão será solucionada pela lei ou pelo magistrado, na vertente do princípio da proporcionalidade⁴⁵.

Resumindo, a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade humana.

Cumprindo perceber que a função social da propriedade recebeu positivação expressa do Código Civil (art. 1.228, § 1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva⁴⁶.

Todavia, as menções à função social da posse, as tensões entre posse e propriedade, bem como a destinação mais equilibrada dentro de um cenário de invasão e abandono de terras particulares à frente do credor ou dos credores hipotecários não responde a dúvida se o crédito proporciona instrumentos hábeis a proteger a coisa imóvel e preservar a garantia de hipoteca até o pagamento da dívida contraída pelo proprietário mutuário.

Socorre-se para dirimir a dúvida a partir da própria essência da hipoteca por ser um direito real de garantia incidente sobre bem imóvel que confere ao credor o direito de sequela para reivindicar a coisa e executá-la esteja com quem estiver mesmo não sendo o possuidor o devedor do crédito hipotecário. Em outras palavras, é a sujeição da coisa conforme prevê o art. 1.419 do Código Civil.

Havendo o inadimplemento da obrigação contratual (não pagamento do financiamento), o direito de sequela confere a possibilidade de executar o bem hipotecado, ainda que transferido a terceiros por ato de violência como seria o caso do esbulho, uma vez que a garantia hipotecária é oponível *erga omnes*, segundo os preceitos do art. 1.422 do Código Civil de 2002.

⁴⁵FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

⁴⁶Ibid., p. 41-2.

Com efeito, Carlos Alberto Bittar reitera a letra da lei transcrevendo sua interpretação praticamente literal:

Ao credor compete exigir a conservação do bem e sobre ele atuar, em caso de descumprimento da obrigação. Ademais, complexo esquema relacional é instituído para os fins de harmonização de interesses vários, em caso de pluralidade de hipotecas, disciplinando-se, outrossim, de modo minucioso, o respectivo registro⁴⁷.

Diante do efeito erga omnes, ou seja, oponível a terceiros e a todos, esse direito busca preservar não a situação do solo exclusivamente, mas prevenir a propriedade, a posse a quem de direito seja dela autor e a garantia incidente na coisa imóvel para subsidiar o pagamento do financiamento habitacional contraído.

Relembra Adilson José Paulo que:

A propriedade, diz Leon Duguit, deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de riqueza a obrigação de emprega-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar a partir das necessidades sociais às quais deve responder⁴⁸.

Por força do direito de sequela, nem mesmo a transferência válida da propriedade a terceiro impede o exercício da ação real hipotecária, como tangencia José Manoel de Arruda Alvim Netto:

Ora, se essa oponibilidade do vínculo real hipotecário vale para o novo titular do domínio do bem gravado, com muito maior razão haverá de prevalecer diante de mero possuidor, que apoia a sua situação jurídica numa simples relação pessoal, que, de maneira alguma vincula o titular da garantia real em execução. Daí a inviabilidade do promissário comprador sem direito real de aquisição, á execução hipotecária⁴⁹.

⁴⁷BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 1991, p. 203.

⁴⁸BARBOSA, Adilson José Paulo. **A aplicação do princípio da função social da propriedade às políticas públicas de regularização fundiária nas cidades brasileiras**. Texto de dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2006, p. 86.

⁴⁹NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **A prevalência da hipoteca**. Consulta prestada à Associação brasileira das entidades de crédito imobiliário e poupança (ABECIP), p. 77-78.

Por lógica, o direito real de hipoteca concentra os esforços para se proteger a coisa imóvel e tende a prevalecer o cuidado de contornar possíveis prejuízos a serem suportados se o esbulho possessório fosse ratificado.

3. CASOS CONCRETOS

No intuito de pontuar as mais atuais decisões judiciais sobre casos paradigmas, sugere ampla discussão conforme enaltece Cristiane Oliveira Peter Silva:

A questão central que motiva o debate acerca da necessidade, ou não, de circulação de ideias constitucionais, no âmbito do processo de interpretação construtiva, ou concretização como se prefere chamar neste trabalho, dos direitos fundamentais, é como tem ocorrido as causas e consequências mais evidentes da citação de decisões para a construção da jurisprudência constitucional doméstica⁵⁰.

Tal prática vem sendo objeto de intensa discussão exatamente onde se questionam os limites da concretização constitucional, especialmente no que diz respeito à construção do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ali onde mais se torna evidente a relevância do debate.

É indubitável a preocupação com o pagamento da dívida contraída e que tem como garantia real a coisa imóvel objeto de contrato de mútuo habitacional.

Mais a frente, também deve-se ater ao enfrentamento do esbulhador e fazer cessar o ato ilícito por ele empreendido, como alternativa satisfatória de proteger e retomar a coisa esbulhada.

Amartya Sen induz a refletir com a razão a fim de parametrizar o sentido de certeza dos atos praticados pela pessoa humana, passando a interpretar com parcimônia, sem ignorar a essência dos elementos que devem compor o senso crítico e viabilizar uma discussão saudável sobre os requisitos da teoria da justiça, entre outros pontos nodais que, invariavelmente dependerão de um exercício mental e aprofundado. Em simples palavras, ensina que:

“(...) os requisitos de uma teoria de justiça incluem fazer com que a razão influencie o diagnóstico da justiça e da injustiça”⁵¹.

⁵⁰SILVA, Cristiane Oliveira Peter. **Transfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. Texto de tese de dissertação de doutorado. Universidade de Brasília, 2013, p. 94.

⁵¹SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 35.

Per se avança o estudo da defesa da propriedade com enfoque no restabelecimento da posse que, tantas vezes, exige uma análise da estrutura do direito privado patrimonial como ideia de justiça contra atos de violação de garantias fundamentais.

3.1 Casos concretos propriamente ditos

Considerando recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferido em 2014 e abaixo colacionado, tem-se como sugestão de jurisprudência pátria o direito de se pleitear a retomada da coisa que se encontra indevidamente com terceiros, cuja medida judicial coercitiva é fundada no direito de seqüela:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL DO USUFRUATUÁRIO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE CARÁTER PETITÓRIO. O usufrutuário possui legitimidade e interesse para propor ação reivindicatória - de caráter petitório - com o objetivo de fazer prevalecer o seu direito de usufruto sobre o bem, seja contra o nu-proprietário, **seja contra terceiros. A legitimidade do usufrutuário para reivindicar a coisa, mediante ação petitória, está amparada no direito de seqüela, característica de todos os direitos reais, entre os quais se enquadra o usufruto, por expressa disposição legal (art. 1.225, IV, do CC).** A ideia de usufruto emerge da consideração que se faz de um bem, no qual se destacam os poderes de usar e gozar ou usufruir, sendo entregues a uma pessoa distinta do proprietário, enquanto a este remanesce apenas a substância da coisa. Ocorre, portanto, um desdobramento dos poderes emanados da propriedade: enquanto o direito de dispor da coisa permanece com o nu-proprietário (ius abutendi), a usabilidade e a fruibilidade (ius utendi e ius fruendi) passam para o usufrutuário. Assim é que o art. 1.394 do CC dispõe que o "usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos". Desse modo, se é certo que o usufrutuário - na condição de possuidor direto do bem - pode valer-se das ações possessórias contra o possuidor indireto (nu-proprietário), também se deve admitir a sua legitimidade para a propositura de ações de caráter petitório - **na condição de titular de um direito real limitado, dotado de direito de seqüela - contra o nu-proprietário ou qualquer pessoa que obstaculize ou negue o seu direito.** A propósito, a possibilidade de o usufrutuário valer-se da ação petitória para garantir o direito de usufruto contra o nu-proprietário, e inclusive erga omnes, encontra amparo na doutrina, que admite a utilização pelo usufrutuário das ações reivindicatória, confessória, negatória, declaratória, imissão de posse, entre outras. Precedente citado: REsp 28.863-RJ, Terceira Turma, DJ 22/11/1993. REsp 1.202.843-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/10/2014. (Grifado)

Ainda que diferente do primeiro entendimento do STJ, o mesmo órgão jurisdicional apresenta novo aresto, publicado em 2015, apontando a extinção da

garantia real de hipoteca quando fulminada a cobrança principal da dívida pela prescrição.

Vê-se que nesse exemplo o crédito não seria exequível, embora se pondere que a prescrição, efetivamente, não finalizaria o direito do credor (hipotecário), mas, apenas, a ação correspondente:

DIREITO CIVIL. EXTINÇÃO DA GARANTIA HIPOTECÁRIA E PRESCRIÇÃO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. A prescrição da pretensão de cobrança da dívida extingue o direito real de hipoteca estipulado para garanti-la. **O credor de uma obrigação tem o direito ao crédito desde o momento da pactuação do negócio jurídico, ainda que não implementado o prazo de vencimento. Após o vencimento da dívida, nasce para o credor a pretensão de recebimento dela. Recusado o cumprimento da obrigação, inflama-se a pretensão, nascendo a ação de direito material.** Esse desdobramento da obrigação tem interesse prático exatamente no caso da prescrição, pois, após o vencimento da dívida sem a sua exigência coativa, o transcurso do lapso temporal previsto em lei encobre a pretensão e a ação de direito material, mas não extingue o direito do credor. **A par disso, é possível visualizar que, efetivamente, o reconhecimento da prescrição não extingue o direito do credor, mas, apenas, encobre a pretensão ou a ação correspondente.** De outro lado, registre-se que o art. 1.499 do CC elenca as causas de extinção da hipoteca, sendo a primeira delas a "extinção da obrigação principal". Nessa ordem de ideias, não há dúvida de que a declaração de prescrição de dívida garantida por hipoteca inclui-se no conceito de "extinção da obrigação principal". Isso porque o rol de causas de extinção da hipoteca, elencadas pelo art. 1.499, não é numerus clausus. Ademais, a hipoteca, no sistema brasileiro, é uma garantia acessória em relação a uma obrigação principal, seguindo, naturalmente, as vicissitudes sofridas por esta. Além do mais, segundo entendimento doutrinário, o prazo prescricional "diz respeito à pretensão de receber o valor da dívida a que se vincula a garantia real. [...] extinta a pretensão à cobrança judicial do referido crédito, extinta também estará a pretensão de executar a hipoteca dada a sua natureza acessória". REsp 1.408.861-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 20/10/2015, DJe 6/11/2015. (Grifado)

Esse acompanhamento jurisprudencial é seguido noutras instâncias como a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), proferida e publicada no ano de 2012, reafirmando o elo entre o crédito e o direito de seqüela de quem tenha concedido o financiamento de mútuo imobiliário:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL E CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. EXECUÇÃO. PENHORA. GARANTIA HIPOTECÁRIA. GRAVAME ANTERIOR. INSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. I. **A hipoteca, como direito real por excelência, cria para o credor o direito de**

sequela, que consiste no poder de perseguir e executar o bem gravado onde quer que se encontre, mesmo que o devedor o tenha alienado. A hipoteca convencional sobre imóvel vincula o bem até o cumprimento da obrigação. Inadimplida esta, o credor pode executar o bem hipotecado. II. Havendo hipoteca anterior à posse de terceiro, regularmente inscrita no Registro Imobiliário, o imóvel continua garantindo a obrigação, não podendo o embargante, alegando ignorância do fato e boa-fé, tentar impedir que o bem seja objeto de execução para o pagamento da dívida. II. Negou-se provimento ao recurso. APC 20110111432173, Rel. Des. José Divino de Oliveira, julgado em 10/10/2012, DJe 18/10/2012. (Grifado)

Novamente, a semelhança dos direitos pleiteados e os entendimentos nos diversos órgãos colegiados exprimem a vocação pela retomada da coisa esbulhada, como assim conferido em outra decisão, desta vez da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que em 2015 reconheceu a ameaça de esbulho e fez cessar esse ato atentatório, reformando sentença de improcedência com base nas provas carreadas aos autos do processo:

Apelação cível. Agravo retido. Ação de reintegração de posse. **Autor que comprovou o exercício da posse e ameaça de esbulho.** Inteligência do art. 927 I e II CPC. Laudo pericial conclusivo pela melhor posse em favor do autor. Depoimentos em juízo que atestam a posse e o esbulho. Precedentes desta Corte. **Desnecessidade da oitiva do réu.** Inteligência do art. 130 CPC. Retido desprovido. Sentença de improcedência que se reforma. Recurso a que se dá provimento, com fulcro no art. 557, § 1º A CPC. APC 0013002-43.2011.8.19.0003, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, julgamento em 12/11/2015, DJe 16/11/2015. (Grifado)

Por fim, o alicerce jurisprudencial viabiliza um panorama muito maior acerca das matérias afins ao direito real, garantias e propostas de medidas impeditivas ou, ao menos, inibitórias, mesmo que provisórias para obstar a posse mansa e pacífica do esbulhador que lhe proporcionaria, passados alguns anos e sem impugnação, ao direito de aquisição originária da coisa imóvel.

Não seria adequado cancelar agressões ao direito de propriedade e à posse. Por isso mesmo, não se deve reconhecer invasões ilegais da propriedade alheia ou atos de esbulho possessório como instrumentos de legitimação da expropriação de bens particulares.

Em última análise, tem-se por finalidade neutralizar abusos e atos de violação possessória, praticados contra proprietários de imóveis ou possuidores de boa-fé, e a tolerância culmina por gerar (considerada a própria ilicitude dessa conduta) em

grave situação de insegurança jurídica, intranquilidade social e de instabilidade da ordem pública.

4. CONCLUSÃO

Apresenta-se a seguir as principais conclusões da pesquisa ora trazida nesta monografia.

A posse é o cerne que permeia todo o trabalho, pois dela se extrai o uso apropriado ou forçado mediante ato violento de esbulho promovido por terceiro que, em algum momento, se faz substituto do titular de terras particulares adquiridas por compra e venda ou mútuo imobiliário (e financiamento habitacional).

A posse não só deflagra a destinação da coisa imóvel e a aplicação geral da função social seja para fins de moradia, cultivo de alimentos.

Sua essência influencia diretamente desde o surgimento da posse mansa, pacífica ou instada por intervenção de terceiros interessados em dela se aproveitar mesmo que para este último, existam meios legais e jurídicos de inibir a eficácia dos atos praticados em desfavor do verdadeiro possuidor originário.

Por certo, a posse não se confunde com a propriedade, outro instituto do direito real que denota especial atenção e situa quais são os personagens e limites no uso ou fruição das terras particulares.

O cuidado exigido depende de atentar, tempestivamente, que a propriedade sobrepõe muitas vezes a posse simples, mas a posse (simples ou não) pode afetar drasticamente a propriedade, seja pelo decurso do tempo quando o possuidor demonstra que o proprietário não cuida da coisa imóvel ou mesmo se o possuidor for confundido pelos vizinhos e pelo público como se proprietário o fosse.

Podendo, daí, reclamar posteriormente a propriedade ainda que obtida mediante esbulho, cuja prova desse fato cabe ao proprietário ou quem lhe vier representar.

Nesse enfoque também coube discorrer sobre a natureza da hipoteca como garantia real de um contrato de financiamento habitacional que proporcionou a compra e venda de terras particulares. Sob essa lógica, quais os desdobramentos oriundos do contrato de mútuo imobiliário e as razões sobre a tentativa de se

proteger as terras particulares e incentivar o proprietário possuidor da cobertura inibitória contra terceiros de invadirem e lhe tomarem o patrimônio.

Essa preocupação se justifica nas hipóteses em que o proprietário como possuidor primário não consegue suprir os atos violentos de esbulho e a eventual desídia, pode acarretar no desvirtuamento do contrato de financiamento e contaminar diretamente a garantia real da hipoteca.

Nessa abordagem a intenção do debate filtra a inércia ou defesa da posse e da propriedade de modo precário que, afetando essa relação pode impactar no direito de garantia e mesmo desestimular o proprietário possuidor a reaver a coisa imóvel e cumprir suas obrigações contratuais, prejudicando sobremaneira o credor hipotecário.

Ante a ausência de condutas adequadas para solucionar esse conflito instaurado e recuperar a coisa imóvel tida nas terras particulares, o direito de seqüela enquadrado no Código Civil possibilita ao credor hipotecário substituir as omissões ou meios sem resultado positivo iniciado pelo proprietário, se identificado, que destrua a garantia real como única referência ao credor hipotecário sobre o aporte financeiro concedido ao proprietário da coisa imóvel.

O direito de seqüela, então, busca viabilizar alternativas que preservem a coisa imóvel, tendo as terras particulares um segundo vigia e protetor, não como reforço do proprietário, mas simplesmente para dar certeza na efetivação do contrato de financiamento habitacional e a quitação integral.

Sem a qual, diga-se, não haveria mobilização ou interesse pela preservação da garantia real mantendo-se a coisa imóvel com o seu proprietário que figura como devedor do credor hipotecário.

Conclui-se que a matéria discutida na monografia comporta constantes digressões, acerca dos limites da posse, da propriedade, da função social da coisa imóvel e até da dignidade da pessoa humana com o direito de moradia pelo exercício pleno ou forçado, enquanto de outro lado há, a princípio, direitos privados envolvendo regras contratuais e garantias para seu adimplemento.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Adilson José Paulo. **A aplicação do princípio da função social da propriedade às políticas públicas de regularização fundiária nas cidades brasileiras**. Texto de dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias: teoria legal, prática**. 11. ed., rev. e atualizada pelo advogado e doutor em direito civil Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEVADA, Claudio Antônio Soares. **Os efeitos da posse em relação aos frutos e a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa no código civil de 2002**. Revista de direito privado. n. 13, jan./mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais. Coord. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **A prevalência da hipoteca**. Consulta prestada à Associação brasileira das entidades de crédito imobiliário e poupança (ABECIP).

PONTES, Tito Lívio. **Da posse**. 3. ed. São Paulo: Iterflex, 2002.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Cristiane Oliveira Peter. **Transfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. Texto de tese de dissertação de doutorado. Universidade de Brasília, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Os direitos reais no novo código civil**. Disponível em:
http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15.pdf. Acesso em 15 jul. 2015.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Trecho da exposição de motivos do autor do Anteprojeto do Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf . Acesso em 15 jul. 2015.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.5.