

119

MAR/ABR 2024

Coordenadores

Anderson Schreiber
Daniel Amorim Assumpção Neves
Débora Brandão
Fernanda Tartuce
Flávio Tartuce

Conselho Editorial

Ana Beatriz Presgrave
Ana Luiza Maia Nevares
Angelica Carlini
Arlete Aurelli
Carlos Nelson Konder
Cecília Asperti
Cesar Calo Peghini
Cláudia Lima Marques
Daniel Mitidiero
Ênio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Junior
Fredie Didier Junior
Giselda M. F. Novaes Hironaka
Gisele Góes
Gustavo Tepedino
Heloísa Helena Barboza
Humberto Theodoro Jr.
José Fernando Simão
José Rogério Cruz e Tucci
Luiz Guilherme Marinoni
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marco Jobim
Maria Helena Diniz
Marília Pedroso Xavier
Maurício Bunazar
Pablo Malheiros Cunha Frota
Pablo Stolze Gagliano
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rolf Madaleno
Sívio de Salvo Venosa
Susana Henriques da Costa
Trícia Navarro

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

LEX MAGISTER

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

Ano XX – Nº 119

Mar-Abr 2024

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Superior Tribunal de Justiça – nº 63/2008

Classificação Qualis/Capes: B1

Editor

Fábio Paixão

Coordenadores

Anderson Schreiber – Daniel Amorim Assumpção Neves – Débora Brandão
Fernanda Tartuce – Flávio Tartuce

Conselho Editorial

Ana Beatriz Presgrave – Ana Luiza Maia Nevares – Angelica Carlini
Arlete Aurelli – Carlos Nelson Konder – Cecília Asperti – Cesar Calo Peghini
Cláudia Lima Marques – Daniel Mitidiero – Ênio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Junior – Freddie Didier Junior – Giselda M. F. Novaes Hironaka
Gisele Góes – Gustavo Tepedino – Heloísa Helena Barboza – Humberto Theodoro Jr.
José Fernando Simão – José Rogério Cruz e Tucci – Luiz Guilherme Marinoni
Marco Aurélio Bezerra de Melo – Marco Jobim – Maria Helena Diniz
Marília Pedroso Xavier – Maurício Bunazar – Pablo Malheiros Cunha Frota
Pablo Stolze Gagliano – Rodolfo Pamplona Filho – Rodrigo Reis Mazzei
Rolf Madaleno – Sílvio de Salvo Venosa – Susana Henriques da Costa – Trícia Navarro

Colaboradores deste Volume

Adriano Stanley – Camila Prado dos Santos – Carlos Eduardo Montes Netto
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – Danilo Henrique Nunes
Gastão Marques Franco – Geralda Magella de Faria Rossetto
Gláucia Maria Pinto Vieira – Guilherme Loria Leoni – Harrison Ferreira Leite
Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza – João Guilherme Perroni La Terza
João Hora Neto – Oswaldo Peregrina Rodrigues – Patricia Ribeiro Serra Vieira
Raphael Silva Rodrigues – Rodrigo Almeida Magalhães
Rodrigo César dos Santos Chaves Bueno – Thaís Fidelis Alves Bruch
Thiago Penido Martins – Vicente de Paula Ataíde Junior

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

v. 1 (jul./ago. 2004)-.- Porto Alegre: Magister, 2004

Bimestral.

v. 119 (mar./abr. 2024)

Coordenadores: Anderson Schreiber, Daniel Amorim Assumpção Neves, Débora Brandão, Fernanda Tartuce e Flávio Tartuce.

ISSN 1807-0930

1. Direito Civil – Periódico. 2. Processo Civil – Periódico.

CDU 347(05)

CDU 347.9(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

A *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* chega ao seu número 119, mais uma vez trazendo importantes temas para debate, tanto do ponto de vista teórico quanto prático.

Abrindo a edição, o primeiro texto trata dos *Meios de proteção às vítimas de stalking na era virtual*, de autoria de Oswaldo Peregrina Rodrigues e João Guilherme Perroni La Terza. No artigo, os autores fazem uma análise dos meios de proteção às vítimas de *stalking* no âmbito do Direito Civil brasileiro, passando por uma breve análise da legislação penal sobre o tema.

Dando continuidade à edição, João Hora Neto os traz o artigo intitulado *Dulcinéia, Flaviana e as posses duvidosas em área de mangue*, no qual discute um caso concreto envolvendo uma ação de reintegração de posse de uma área pública (mangue), disputado por duas antigas invasoras.

Na sequência, o artigo *Os impactos das alterações procedidas pela Lei 14.382/2022 no direito ao nome*, escrito por Thaís Fidelis Alves Bruch e Geralda Magella de Faria Rossetto, analisa as alterações realizadas pela Lei 14.382/2022 no que diz respeito ao direito ao nome.

O quarto artigo, de autoria de Camila Prado dos Santos, Patricia Ribeiro Serra Vieira e Vicente de Paula Ataíde Junior, cujo título é *A responsabilidade civil subsidiária do animal não humano enquanto sujeito de direitos absolutamente incapaz*, levanta o debate acerca da obrigação subsidiária de indenizar por parte do próprio animal não humano, caso seu tutor não tenha capacidade de fazê-lo.

Seguimos com o artigo *Os precedentes judiciais e a interpretação do direito: uma análise do artigo 927 do Código de Processo Civil*. Nele, os autores Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza, Raphael Silva Rodrigues e Harrison Ferreira Leite, analisam o artigo 927 do CPC com fulcro na temática da vinculação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

Seguindo com a seção de Doutrina, Carlos Eduardo Montes Netto, Guilherme Loria Leoni e Danilo Henrique Nunes têm como objetivo investigar a aplicabilidade da arbitragem, a partir da doutrina, com respaldo na jurisprudência recente, no surgimento de uma verdadeira “arbitragem temática”, com a possibilidade da utilização desse instrumento de acesso à Justiça. O artigo está assim intitulado *A (in)adequação da arbitragem nas relações civis em geral*.

O penúltimo artigo, *Revisitando a teoria das incapacidades: uma análise sob a ótica do estatuto da pessoa com deficiência*, no qual os autores Adriano Stanley,

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Gastão Marques Franco e Gláucia Maria Pinto Vieira pretendem responder se a teoria das incapacidades, depois de todas as mudanças legislativas, principalmente após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispensa ou precisa de uma revisitação por parte da doutrina e do intérprete do direito.

A doutrina finaliza com o artigo de Raphael Silva Rodrigues, Rodrigo César dos Santos Chaves Bueno, Rodrigo Almeida Magalhães e Thiago Penido Martins, intitulado *Visão preliminar sobre os medicamentos off label no âmbito do direito à saúde: evolução ou risco?* Os autores estudam o uso de medicamentos *off label* no Brasil, entendendo o conceito e os objetivos, passando pelo posicionamento da Anvisa quanto às substâncias e a responsabilidade do médico.

A edição encerra com os acórdãos selecionados do STJ, eis que a revista é repositório autorizado de jurisprudência daquele tribunal.

Espera-se, portanto, que esse volume da *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* continue fomentando o debate dos temas correlatos, como uma das mais importantes publicações científicas da área, em nosso País.

Boa leitura! Bons estudos! Boas reflexões.

Flávio Tartuce

Coordenador-Geral da Revista

Sumário

Doutrina

1. Meios de Proteção às Vítimas de *Stalking* na Era Virtual
Oswaldo Peregrina Rodrigues e João Guilherme Perroni La Terza 7
2. Dulcinéia, Flaviana e as Posses Duvidosas em Área de Mangue
João Hora Neto 31
3. Os Impactos das Alterações Procedidas Pela Lei nº 14.382/2022 no Direito ao Nome
Thaís Fidelis Alves Bruch e Geralda Magella de Faria Rossetto 56
4. A Responsabilidade Civil Subsidiária do Animal Não Humano Enquanto Sujeito de Direitos Absolutamente Incapaz
Camila Prado dos Santos, Patricia Ribeiro Serra Vieira e Vicente de Paula Ataíde Junior..... 73
5. Os Precedentes Judiciais e a Interpretação do Direito: uma Análise do Artigo 927 do Código de Processo Civil
Isaac Maynard Carvalho Moyses Souza, Raphael Silva Rodrigues e Harrison Ferreira Leite 88
6. A (In)Adequação da Arbitragem nas Relações Cíveis em Geral
Carlos Eduardo Montes Netto, Guilherme Loria Leoni e Danilo Henrique Nunes... 102
7. Revisitando a Teoria das Incapacidades: uma Análise sob a Ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência
Adriano Stanley, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Gastão Marques Franco e Gláucia Maria Pinto Vieira 126
8. Visão Preliminar sobre os Medicamentos *Off Label* no Âmbito do Direito à Saúde: Evolução ou Risco?
Raphael Silva Rodrigues, Rodrigo César dos Santos Chaves Bueno, Rodrigo Almeida Magalhães e Thiago Penido Martins..... 142

Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Ação Indenizatória. Negativa de Prestação Jurisdicional Não Verificada. Matéria Jornalística Veiculada em Revista e em Sítio de Internet sobre Esquema de Corrupção. Excesso Identificado. Dano Moral Caracterizado. Recurso Especial Parcialmente Provido
Rel. Min. Moura Ribeiro 158
2. Superior Tribunal de Justiça – Ação de Anulação de Registro de Nascimento. Falsidade Ideológica. Art. 1.064 do CC. Viúva do Pai Registral. Legitimidade Ativa. Interesse Moral e Material. Existência. Recurso Especial Conhecido e Provido
Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 179

3. Superior Tribunal de Justiça – Direito Sucessório. Ação de Produção Antecipada de Provas na Modalidade de Justificação. Natureza Cautelar ou Satisfativa. Existência de Direito Autônomo à Prova nas Ações Probatórias Autônomas de Cunho Satisfativo. Investigação Acerca da Existência ou Modo de Ocorrência dos Fatos. Mensuração do Risco do Litígio, Viabilizando Meios Autocompositivos ou Justificadores, ou Não, da Propositura da Ação de Conhecimento. Ação Probatória Autônoma de Justificação. Inexistência de Declaração ou Reconhecimento de Direito Material ou Fato que o Suporte	
<i>Rel^a Min^a Nancy Andrighi</i>	185
4. Superior Tribunal de Justiça – Direito Sucessório. Erro Material e Omissão Inexistentes. Fundamentação Suficiente a Respeito da Questão Controvertida Quanto à Manifestação dos Herdeiros de que a Partilha Ocorra no Inventário e Não por Sobrepartilha. Omissão Configurada. Superação. Possibilidade. Ação de Produção Antecipada de Provas. Natureza Cautelar ou Satisfativa. Impossibilidade de a Ação Probatória Autônoma Tornar Litigioso o Bem ou Direito a Ponto de Relegá-lo à Sobrepartilha. Litigiosidade que Impede a Partilha na Ação de Inventário que Pressupõe Lide e Conflito de Interesses sobre o Direito Material	
<i>Rel^a Min^a Nancy Andrighi</i>	194
Diretrizes para Submissão de Artigos Doutrinários	203

Dulcinéia, Flaviana e as Posses Duvidosas em Área de Mangue

JOÃO HORA NETO

Doutor em Direito pela UFBA. Professor-Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT).
E-mail: joao.hora.neto@gmail.com.

“A posse é o *poder de fato*; a propriedade é o *poder de direito*”¹.

RESUMO: O estudo discute um caso concreto envolvendo uma ação de reintegração de posse de uma área pública (mangue), especificamente um “quintal” disputado por duas antigas invasoras. Apresenta a generalidade sobre a posse e atesta que é um direito real *sui generis*, não passível de ser levado ao Sistema de Registro de Imóveis, em prol da segurança jurídica. Ressalta possível o litígio possessório entre ambas, à vista da função social da posse materializada nas casas por elas construídas e habitadas pelas respectivas famílias. Registra não ser um litígio em face do Poder Público, no qual seria discutida a detenção, fato que permitiria até autoexecutoriedade do ato administrativo de reintegração. Informa sobre a impossibilidade da *exceptio proprietatis*, incompatível com a casuística. Em sede de julgamento, reconhece a inexistência de uma possuidora aparente, por causa da posse viciada de ambas, bem como ratifica a função social da posse em razão das moradias existentes. Elucida que o critério da função social da posse deve ser complementado pelos critérios objetivos da “melhor posse”, dentre os quais, o da posse mais antiga. Diante da lacuna legal, propugna que o Código Civil de 2002, de *lege ferenda*, adote os critérios objetivos do parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, para fins de prever a “melhor posse”, importante conceito para a solução das lides possessórias.

PALAVRAS-CHAVE: Área pública. Função social da posse. Reintegração. “Melhor posse”. Código Civil de 1916.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Generalidade sobre a posse. 2. A posse, o Brasil real e o registro de imóveis. 3. Litígio possessório entre invasoras de área pública e a função social: posse ou detenção? 4. Litigância entre as invasoras e o poder público: detenção e autoexecutoriedade. 5. A *exceptio proprietatis* e as invasoras de área de mangue. 6. As posses duvidosas entre as invasoras, a função social e o princípio da socialidade. 7. O Código Civil de 2002 e a lacuna legal sobre a melhor posse – uma proposta de *lege ferenda*. Conclusão. Referências.

1 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 398.

Introdução

In primis, esclareço que Dulcinéia e Flaviana são nomes fictícios, mas não o litígio possessório que envolveu duas invasoras de área remanescente de mangue situada na comarca de Aracaju, Sergipe.

A cidade de Aracaju é uma capital litorânea, largamente delimitada por área de manguezal.

Há alguns anos, na condição de Juiz Titular da 21ª Vara Cível, processei e julguei a referida demanda, o que me desafiou a estudos mais aprofundados sobre o instituto da posse. Nos autos, a União, instada a se manifestar, não demonstrou interesse, razão por que a competência permaneceu com a Justiça Estadual.

A casuística servirá de base fática para esta pesquisa, sendo um caso recorrente na práxis judicial.

As fictícias personagens eram invasoras históricas de uma área sobrando de um antigo mangue, hoje conhecida como integrante do Bairro Coroa do Meio, zona sul e nobre da capital.

Outrora amigas e, possivelmente, colegas de invasão, na demanda brigavam fervorosamente por causa de uma nesga de terra (mangue), conhecido aqui no Nordeste como sendo um “quintal”, isto é, uma faixa de terreno que fica nos fundos da casa, normalmente destinada a guardar apetrechos domiciliares, feitura de hortas, ou para servir de canis ou galinheiros improvisados.

As litigantes não tinham título hábil (recibo, contrato de promessa de compra e venda, etc.), mas, tão apenas, trouxeram aos autos farta prova testemunhal, a maioria parentes respectivos (declarantes), razão por que a prova oral de uma era rebatida pela outra.

A instrução processual, lastreada em prova oral, foi pouco elucidativa.

O caso versava sobre uma ação de reintegração de posse, o qual, diante da fragilidade da prova acostada, refiz a colheita da prova, fundado no poder geral de cautela e no princípio da verdade material.

Refeita a instrução, conclui que a posse de uma delas era mais antiga (melhor posse), assistindo-lhe, pois, a pretensão possessória.

Todavia, surgiu um empecilho: como fundamentar a sentença, considerando que não há no Código Civil de 2002 nenhum artigo que regule a questão da “melhor posse”, da “posse duvidosa”?

Não obstante a lacuna da lei, e, considerando que o juiz não pode se eximir de decidir (art. 4º da LINDB c/c o art. 140, *caput*, do CPC), mediante processo hermenêutico me socorri do art. 507 do Código Civil de 1916, aliado à doutrina e jurisprudência aplicáveis, para fins dos critérios a serem seguidos em caso de “posse duvidosa”.

No Brasil, em sendo a posse um instituto bem mais frequente do que a propriedade, o presente estudo visa a discutir a lacuna legal do Código Civil de 2002 sobre o assunto “melhor posse”/“posse duvidosa”, mediante uma abordagem dogmática, à luz do direito posto, adotando-se uma linha de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de procedimentos interpretativos gramatical, hermenêutico e sistemático.

Far-se-á um apanhado doutrinário sobre o instituto da posse, com reflexos na invasão de área pública (algo comum no país), além de examinar se a posse é ou não um direito registrável passível de ser levado ao Sistema de Registro de Imóveis.

Outrossim, o estudo busca analisar a possibilidade de litígio de área pública entre invasoras de *per se*, bem como, por hipótese, entre as invasoras e o Poder Público, além de perquirir sobre o afastamento absoluto ou relativo da *exceptio proprietatis* (exceção do domínio) nas lides possessórias e, especialmente, na casuística analisada.

Ao cabo, considerando que o Juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna legal, a pesquisa objetiva sugerir a adoção, pelo Código Civil de 2002, em sede de *lege ferenda*, dos regramentos da “melhor posse” previstos no Código Civil de 1916, ainda úteis e eficazes em demandas desse jaez.

1. Generalidade sobre a posse

Assim como o contrato de troca/permuta precede o contrato de compra e venda, haja vista que esse só surge com o advento da moeda (pecúnia)², a posse nasce antes da propriedade, uma vez que, nos tempos primitivos do direito romano, o ser humano apropriava-se das coisas móveis existentes na natureza, a fim de satisfazer as suas necessidades, além do apossamento coletivo das terras. Só mais tarde, quando o homem deixou de ser nômade, já atento com a delimitação de suas fronteiras e divisas, é que surge a propriedade como a organização do Estado³.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 3. p. 295.

3 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

A posse é um poder de fato, enquanto a propriedade é um poder direito.

Ao longo da história, surgiram diversas teorias para explicar o conceito de posse, merecendo destaque as Teoria Subjetiva de Savigny e a Teoria Objetiva de Ihering, sendo esta última acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 485 do CC) e pelo Código Civil de 2002 (art. 1.196 do CC).

Desde sempre a posse é um instituo complexo e controvertido, razão por que persiste acesa discussão sobre os meandros das respectivas teorias, mas que não é objeto deste estudo.

No ano de 1803, com apenas 24 anos de idade, Savigny publica a Teoria Subjetiva, defendendo a conjugação simultânea de dois elementos, ou seja, o *corpus* e o *animus*, sendo entendido o primeiro como o poder físico da pessoa sobre a coisa e, o segundo, o *animus*, o elemento intelectual, representado na vontade de ter essa coisa como sua⁴.

Para Savigny, a posse “é o poder que tem uma pessoa de dispor, fisicamente, de uma coisa, acompanhado da intenção de tê-la para si” (*animus domini, animus rem sibi habendi*)⁵, assim entendida como o resultado da combinação dos dois elementos: o poder físico (*corpus*) e a intenção de ter a coisa para si (*animus*).

Por seu turno, Ihering, autor da Teoria Objetiva, compreende a posse como “a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica”⁶, assim explicada como sendo a exteriorização da propriedade.

Para Ihering, é bastante o elemento *corpus*, ou seja, o contato físico e material com a coisa, sendo prescindível o elemento *animus*, pois ele está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. É bastante o *corpus* para a caracterização da posse, uma vez que a conduta de dono deve ser analisada objetivamente, sem a necessidade de pesquisar-se a intenção do agente, sendo a posse a visibilidade do domínio, o uso econômico da coisa⁷.

Segundo Ihering, a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade, de sorte que, em regra, o possuidor é simultaneamente o proprietário, pois quem tem a posse tem a propriedade, mas o inverso não é verdadeiro.

4 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 32.

5 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 3. p. 967.

6 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 3. p. 968.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 5. p. 295.

A posse é a rota que conduz à propriedade, segundo Ihering. Assim, 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, comodatários), admitindo assim a coexistência das posses direta e indireta, o chamado desdobramento da posse.

Não há dúvida de que, do ponto de vista econômico e prático, a Teoria Objetiva de Ihering representa um avanço em comparação com a Teoria Subjetiva de Savigny, uma vez que, ao abdicar do elemento subjetivo *animus*, amplia consideravelmente o rol de possuidores⁸.

Segundo doutrina e jurisprudência dominantes, somente coisas corpóreas podem ser objeto da posse, ou seja, bens tangíveis/materiais, não se estendendo a bens intangíveis e imateriais, como, por exemplo, direitos autorais, patentes e *software*.

Contudo, no contexto da atual sociedade digital/virtual/informacional, há entendimento de que a posse possa recair sobre bens imateriais ou semi-incorpóreos, como a eletricidade, a telefonia, o direito autoral, consoante as Leis ns. 9.279/96 (Patentes), 9.610/98 (Direitos Autorais) e 9.609/98 (*Software*), razão pela qual merecem ser tutelados via ações possessórias, uma vez que os bens virtuais têm notória importância econômica na modernidade⁹.

Tal questão é polêmica. A controvérsia jurisprudencial persiste, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editar súmulas em contradição acerca da incidência da posse sobre direitos imateriais, conforme enunciado de Súmula nº 193, *verbis*: “o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião” e o enunciado de Súmula nº 228, *verbis*: “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

Doutrina majoritária entende que só é admissível a posse de direitos reais ou de direitos pessoais patrimoniais, não sendo possível a posse de direitos pessoais extrapatrimoniais, haja vista que nestes não há direito de alguém, por exemplo, a se manter em um emprego, num cargo ou a usar o nome civil, não sendo possível a adoção dos interditos possessórios, mas, sim, da ação constitucional do mandado de segurança¹⁰, sendo esse o entendimento fixado

8 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: reais. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 5. p. 66.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: reais. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 5. p. 118-119.

10 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 43-44.

desde a doutrina clássica (Clóvis Beviláqua), isto é, que “os direitos pessoais são estranhos ao conceito de posse”¹¹.

Quanto à natureza jurídica, entende-se que a posse é um fato que se converte em direito, segundo a doutrina de Savigny, ou seja, a posse é, ao mesmo tempo, um fato e um direito, diferente do que sustenta Ihering, que argumenta ser a posse um direito¹², entendido esse como o interesse juridicamente protegido. Nesse cotejo, à luz da Teoria Objetiva de Ihering, entende-se a posse como um direito real *sui generis*, uma vez que a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata, sem intermediário, significando dizer que o direito do possuidor se exerce *erga omnes*, que é um atributo próprio do direito real e não do direito pessoal¹³.

Possível é o desdobramento ou bipartição da posse – posse direta e posse indireta – conforme art. 1.197 do CC, entendida como posse direta a que tem o não proprietário, a quem cabe o exercício de uma das faculdades do domínio, por força de obrigação ou direito; e posse indireta a que o proprietário conserva quando se demite, temporariamente, de um dos direitos elementares do domínio, cedido a outrem seu exercício¹⁴, podendo o possuidor direto defender sua posse contra o indireto e vice-versa, via interditos possessórios, conforme Enunciado nº 76 do CJF/STJ: “O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil)”.

A posse comum ou compossé é admitida (art. 1.199 do CC), quando “mais de uma pessoa possui, ao mesmo tempo, a mesma coisa”¹⁵, assim também chamada de posse simultânea ou posse paralela, muito comum no mundo dos fatos, como, por exemplo, envolvendo os cônjuges na compossé das coisas que lhes são comuns ou os herdeiros, antes da partilha, na compossé da herança.

Não se confunde posse com detenção (art. 1.198 do CC), sendo essa considerada uma posse degradada, uma vez que o detentor (fâmulo da posse) “está a serviço da posse de outro, é instrumento mecânico de posse, mas não possuidor”¹⁶, não podendo manejar as ações possessórias e tampouco alcançar

11 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 3. p. 969.

12 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5. p. 21.

13 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 40.

14 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 57.

15 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil III: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981. p. 59.

16 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 31.

a propriedade via usucapião. Como não tem posse própria, e sim uma posse em nome de outrem, não lhe assiste o direito de invocar, em nome próprio, as ações possessórias¹⁷, mas pode, na condição de *longa manus* do possuidor, exercer a pretensão defensiva via desforço imediato ou da legítima defesa da posse, conforme Enunciado n° 493 do CJF/STJ, *verbis*: “o detentor pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sobre seu poder”.

Detentor, fâmulos ou servidores da posse são sinônimos, ou seja, é aquela pessoa que detém o poder físico sobre a coisa em razão de uma relação subordinativa para com o terceiro, como é o caso do policial detentor da arma que porta ou o do caseiro em relação à casa que zela, merecendo destaque a sua compreensão, para fins do presente estudo, uma vez que a ocupação de bens públicos de uso comum do povo ou de uso especial é tida como mera detenção e não posse.

Há várias espécies de posse, assim resumidas: a) posse justa é aquela isenta de vícios originários (violência, clandestinidade e precariedade); b) posse injusta é aquela ilícita na sua aquisição, ou seja, que contém alguns dos vícios originários; c) posse de boa-fé significa a “firme convicção do possuidor de que a coisa possuída realmente lhe pertence”¹⁸, ou seja, quando ignora o vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído; d) posse de má-fé é o inverso da de boa-fé.

É possível a alteração no caráter da posse, a chamada interversão (convalescimento) da posse – *interversio possessionis* – conforme o art. 1.203 do CC, sendo possível a interversão da posse precária em posse *ad usucapionem*, nos moldes do Enunciado n° 237 do CJF/STJ: “é cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuído indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*”.

A posse pode ser adquirida de modo originário, quer dizer, quando não há consentimento de possuidor precedente, como é o caso da apreensão ou da ocupação, ou de modo derivado, via tradição, quando há consentimento de precedente possuidor, podendo a tradição ser de três espécies, a saber: a) efetiva ou material; b) simbólica ou ficta; c) consensual, mediante a *traditio brevi manu* e o *constitutum possessorium*. Por seu turno, a posse pode ser perdida pelo abandono, pela tradição, pela destruição, pela perda da coisa, pela posse de outrem ou pelo fato de a coisa ser posta fora do comércio.

17 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 40.

18 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 43.

O principal efeito da posse é a presunção de propriedade.

Todavia, há outros importantes efeitos, a saber: a) dá direito ao uso dos interditos; b) o do desforço incontinenti; c) o de haver indenização dos prejuízos sofridos; d) o de perceber os frutos da coisa possuída; e) o direito de retenção por benfeitorias; f) conduzir à usucapião¹⁹.

A proteção possessória ocorre por meio de ações especiais denominadas *interditos*²⁰, admitindo-se, em caráter excepcional, a autodefesa ou desforço imediato (art. 1.210, § 1º, do CC), cabendo a proteção tanto à posse originária, assim entendida como a posse formal, autônoma, não titulada, natural (*jus possessionis*) e à posse derivada, assim entendida como posse causal, titulada, civil, jurídica (*jus possidendi*)²¹.

As ações possessórias acham-se disciplinadas no Código de Processo Civil (arts. 554 a 568 do CPC), sendo que, versando sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa, por se tratar de competência absoluta (art. 47, *caput* e § 2º, do CPC), isto é, aquela relacionada à matéria, à pessoa ou à função, sendo inderrogável por convenção das partes (art. 62 do CPC)²², de sorte que a competência para as ações possessórias é absoluta, que não pode ser modificada²³.

Merece destaque que o direito à usucapião é um dos principais efeitos decorrentes da posse²⁴, sendo a usucapião a “aquisição do domínio pela posse prolongada”²⁵, destinando-se a ação de usucapião à aquisição da propriedade pelo possuidor, largamente manejada na praxe judicial.

Também merece destaque o instituto da *exceptio proprietatis* (exceção do domínio) (art. 1.210, § 2º, do CC), uma vez que desde o Direito romano entende-se que há separação do juízo possessório em face do juízo petitorio, consoante expressão de Ulpiano: *separata esse debet possessio a proprietate*²⁶, na medida em que, em essência, no juízo possessório (*jus possessionis*) tutela-se a posse com base no fato jurídico da posse preexistente hostilizada por uma

19 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 83.

20 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil III: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981. p. 73.

21 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 5. p. 147.

22 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2023. p. 110.

23 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 99.

24 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 70.

25 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 3. p. 1031.

26 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 153.

ofensa concreta e, no juízo petitório (*jus possidendi*), tutela-se a posse derivada do direito de propriedade ou de um negócio jurídico transmissivo de direito real ou obrigacional (*v.g.*, promessa de compra e venda, comodato)²⁷.

As ações possessórias não comportam discussão sobre o domínio, como também previsto no art. 557 do CPC, sendo esse o entendimento sufragado na doutrina hodierna, à luz do Enunciado n° 78 do CJP/STJ: “tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso” e do Enunciado n° 79 do CJP/STJ: “a *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório”.

Eis uma visão geral sobre a posse.

Em síntese, constata-se que, à luz da doutrina de Ihering, “a proteção da posse nada mais é do que a proteção complementar da propriedade”²⁸.

2. A posse, o Brasil real e o registro de imóveis

O Brasil é um país de dimensão territorial continental, cujo solo é majoritariamente de natureza pública, diante da multiplicidade de bens públicos existentes (art. 99 do CC) – bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais – cuja titularidade refere-se à União, ao Estado ou ao Município, não obstante muitos deles não estejam contabilizados pelo Poder Público, bastando lembrar as terras devolutas pendentes de demarcação.

A definição de bem público dá-se a partir da natureza do seu titular (art. 98 do CC), classificando-se como bem público aquele pertencente à pessoa jurídica de direito público interno e, por interpretação inversa, como bem particular, de forma residual, todos os outros que não sejam bens públicos. Contudo, parcela da doutrina entende insuficiente a referida norma, admitindo a possibilidade de ser classificado como bem público aquele bem pertencente à pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos (Enunciado n° 287 do CJP/STJ)²⁹.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: reais. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 5. p. 207.

28 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil III: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981. p. 77.

29 SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 78.

Historicamente, persiste uma imprecisão demarcatória imobiliária que alcança não apenas o domínio privado – superposição/duplicidade de matrículas imobiliárias e/ou a “grilagem de terra” – atingindo, também, o domínio público, à vista dos recorrentes litígios demarcatórios entre os municípios ou os casos envolvendo os bens dominicais e particulares.

A imprecisão demarcatória dos imóveis é uma realidade incontestada e que só não é mais grave em razão de o ordenamento jurídico pátrio seguir o sistema do *civil law*, também conhecido como sistema continental, atrelado ao direito codificado, que deita raízes no sistema romano-germânico, cuja característica relevante “é ser a lei a fonte principal do direito, sendo subsidiárias as demais fontes”³⁰, cabendo ao Julgador tão apenas interpretar e aplicar o direito positivado.

Acaso o Brasil adotasse o sistema anglo-americano, também conhecido de *common law*, segundo o qual o precedente é a fonte principal do direito, desempenhando a lei um papel secundário³¹, não resta dúvida de que, considerada a dimensão territorial brasileira, ampliaria em muito a insegurança jurídica, dando azo à cultura do decisionismo judicial, permitindo ao Julgador negar a lei e criar a sua própria norma, inclusive decidindo *contra legem*³².

Nesse contexto, à vista da continentalidade do território brasileiro, com múltiplas áreas urbanas e rurais, públicas e privadas, ainda não devidamente delimitadas, ou melhor, claramente individualizadas com suas dimensões e confrontações, por certo que o sistema jurídico alemão, derivado do *civil law*, confere maior segurança jurídica, posto que o contrato/escritura pública precisa ser levada ao registro imobiliário (arts. 1.227 e 1.245 do CC) para fins de constituição dos direitos reais elencados no art. 1.225 do Código Civil, cujo rol é *numerus clausus* e não *numerus apertus*.

O País tem um sistema de registro de imóveis evoluído, cuja finalidade suprema é a segurança jurídica³³, merecendo destaque duas leis que lhe dão suporte, isto é, as Leis de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) e a dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935/94).

Diversos princípios regem o Registro de Imóveis, a saber: princípio da publicidade; princípio da obrigatoriedade; princípio da territorialidade; princípio da continuidade; princípio da especialidade; princípio da priorida-

30 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução do estudo do direito*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 311.

31 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução do estudo do direito*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 311.

32 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 73.

33 DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (princípios)*. São Paulo: Primus, 2017. v. 1. p. 23.

de; princípio da tipicidade; princípio da legalidade; princípio da presunção; princípio da unitariedade; princípio da instância³⁴⁻³⁵.

Para fins deste estudo, cujo objeto é a posse, merecem destaque os princípios da tipicidade, da especialidade e da legalidade, entendido o primeiro como o rol de direitos que são passíveis de ingresso na Serventia Registral Imobiliária, de sorte que são registráveis apenas aqueles títulos previstos em lei³⁶, cujo rol é ditado pelo legislador e não pela parte interessada³⁷, *ex vi* arts. 167, I e II c/c o art. 246 e parágrafos, LRP, arts. 799, IX e 828 e parágrafos, do CPC. Já o segundo (especialidade) diz respeito “a plena e perfeita identificação do imóvel na matrícula e nos documentos apresentados para registro”³⁸, consoante o art. 176, § 1º, nº 3 c/c o art. 225 da Lei de Registros Públicos (LRP) e, por último, o terceiro (legalidade), que impõe ao Oficial de Registro de Imóveis, na condição de preventor de litígios, examinar a compatibilidade do título com os demais princípios registrários³⁹.

Ora, considerando ser a posse um direito real especial, um direito real *sui generis*, é de fácil compreensão que o direito à posse (*jus possessionis*) ou o direito de posse (*jus possidendi*) não é um direito registrável no Registro de Imóveis, por ser um direito real atípico, violando, portanto, o primeiro princípio, o da tipicidade.

Ademais, considerando a recorrente imprecisão da identificação do imóvel constante em qualquer título hábil (recibo de compra e venda, por exemplo), a posse nele descrita viola o segundo princípio (especialidade), assim como, por via reflexa, viola o terceiro princípio (legalidade), diante das diversas hipóteses de vícios intrínsecos e extrínsecos encontráveis em um recibo de compra e venda ou mesmo num contrato particular de compra e venda e/ou promessa particular de compra e venda, passíveis de nulidade plena, posto que em desacordo com o art. 166 do Código Civil.

De mais a mais, a posse também viola o princípio da presunção (art. 252 da LRP c/c os arts. 1.245, § 2º e 1.247 do CC), uma vez que, como os títulos registráveis no Registro de Imóveis gozam apenas de presunção relativa (*juris tantum*), posto que admitem alteração, mediante ação de retificação do

34 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 5. p. 299-307.

35 RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 429-439.

36 RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 434.

37 CASSETARI, Christiano (coord.); SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis*. 5. ed. São Paulo: Foco, 2021. p. 85.

38 RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 432.

39 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 5. p. 425.

registro imobiliário, na hipótese de a posse tornar-se um direito registrável a presunção de veracidade de um título de posse ficaria muito aquém de uma presunção relativa, em detrimento da segurança jurídica, que é a finalidade do registro imobiliário.

À vista da continentalidade do território brasileiro, a admissão da posse como um direito registrável no Registro de Imóveis significa fomentar a “grilagem” de terras públicas⁴⁰, o que é um fato público e notório.

A posse é, portanto, um direito real não registrável.

3. Litígio possessório entre invasoras de área pública e a função social: posse ou detenção?

O litígio mencionado versava sobre um bem dominical (art. 99, III, do CC), por ser uma área remanescente de mangue, ou seja, acrescido de um terreno de marinha⁴¹, não tendo a União demonstrado interesse, fato que, em assim sendo, deslocaria a competência para a Justiça Federal (art. 109, I, da CF e Súmula nº 150 do STJ).

Tratava-se de uma invasão já consolidada no tempo, cujo mangue foi sendo aterrado ao longo de décadas, sem qualquer reação pelas autoridades competentes.

Dulcinéia e Flaviana, ainda jovens, invadiram suas respectivas áreas de mangue, edificaram suas “barracas”, criaram suas famílias, e, por fim, na condição de vizinhas, começaram a “brigar” por uma faixa de terreno, popularmente denominada de “quintal”, cada uma se arvorando como possuidora dele.

Na ação de reintegração de posse, o objeto supostamente esbulhado era o “quintal”, tendo as contendoras arrostado aos autos mera prova testemunhal, basicamente formada por respectivos parentes, ouvidos como declarantes.

Não havia nenhum título hábil/justo título, assim conceituado como documento capaz de transferir o domínio, mas que não se realizou “por padecer de algum defeito ou lhe faltar qualidade específica”⁴² (recibo de compra e venda, instrumento particular de promessa ou de compra e venda etc.), razão por que, diante da prova débil, a instrução foi refeita, em prol da verdade material.

40 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 604.

41 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 526.

42 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 4. p. 127.

Ao cabo, advieram duas dúvidas: a primeira, saber se era hipótese de direito à posse (*jus possessionis*)⁴³ decorrente do exercício fático que foi ameaçado ou violado⁴⁴ ou, apenas, se de mera detenção, considerando que o bem em disputa se situava em área remanescente de mangue (área pública), um terreno acrescido de marinha; a segunda, saber se era possível o manejo de interditos possessórios entre os particulares sobre um bem público dominical.

Posse e detenção são institutos distintos (tópico 1), compreendida a primeira como o poder fático sobre a *res* e, a segunda, como a posse em nome alheio.

À luz da jurisprudência dominante do STJ, em caso de contendas possessórias entre particulares incidentes sobre terra pública, como é o caso reportado, a questão diz respeito ao instituto da posse e não da detenção, em face da função social da coisa apossada, destinada à moradia, de sorte que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural, e sim o funcional (STJ, 4ª T., REsp 1.296.964, Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2016, DJ 07.12.2016)⁴⁵, sendo a função social relevante para a solução do conflito, consoante trecho do referido julgado, *verbis*: “À luz do texto constitucional e da inteligência do novo Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana”⁴⁶.

A razão acerca disso é a seguinte: como a função social da propriedade é um imperativo legal aplicável à propriedade (art. 1.228, § 1º, do CC c/c os arts. 5º, XXIII e 170, II e III, da CF), a posse, que é a rota que conduz à propriedade ou à sua exteriorização, de igual modo deve ser imantada pela função social, inclusive por ser um direito autônomo⁴⁷, sendo materializada, no caso *in concreto*, com a construção das moradias das respectivas invasoras, pois o direito à moradia um direito social (art. 6º, *caput*, da CF) afeto ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

A outro giro, tratando-se de um bem dominical, conforme jurisprudência sedimentada do STJ, é possível o ajuizamento de ação reintegratória de posse entre os particulares, uma vez que a disputa se refere à posse de uma área afeta pela função social, que não se confunde com detenção, sendo assim

43 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5. p. 16.

44 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 915.

45 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 53. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 491.

46 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 915.

47 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 37-39.

admissível uma ação possessória entre invasores (STJ, 3ª T., REsp 1.484.304, Min. Moura Ribeiro, j. 10.03.2016, DJ 15.03.2016)⁴⁸.

Por conseguinte, as dúvidas foram solvidas, isto é, o caso se reportava ao direito à posse (*jus possessionis*), ou melhor, aquela relação de fato desacompanhada de um direito anterior⁴⁹, incidente sobre um bem dominical e que, em razão da função social das moradias encravadas, tornou-se possível o ajuizamento da ação possessória entre as invasoras.

4. Litigância entre as invasoras e o poder público: detenção e autoexecutoriedade

Incontestes que nenhum bem público, de qualquer espécie – de uso comum do povo (art. 99, I, do CC); de uso especial (art. 99, II, do CC) e, dominical (art. 99, III, do CC) – pode ser usucapido, consoante art. 102 do Código Civil e enunciado de Súmula nº 340 do STF, *verbis*: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Contudo, se nenhum bem público não pode ser usucapido, os bens dominicais podem ser apossados, a depender da situação fática, a saber:

i) se o particular maneja interdito possessório em face de outro particular sobre bem público dominical, a disputa será relativa à posse, como assim demonstrado no tópico anterior (3), posto que, na contenda possessória entre particulares, incidente sobre bem disponível do Estado (dominical), despojado de destinação pública, permite-se a proteção possessória pelos ocupantes de terra pública que venham a lhe dar função social⁵⁰. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ diz que “ainda que o bem seja público, é possível o manejo de interditos possessórios entre particulares” (STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1.577.415/DF, Rel. Min. Moura Riberio, DJe 19.02.2020)⁵¹;

ii) se o particular, na condição de invasor de área pública, almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do Ente Estatal, a disputa diz respeito à detenção e não à posse (STJ, 4ª T., REsp 1.296.964, Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2016, DJ 07.12.2016), pois ele “não tem a coisa para

48 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. p. 491.

49 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5. p. 16.

50 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. p. 491.

51 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 914.

si, mas por ordem de outrem, para outrem, ou por permissão de outrem”⁵², ou seja, tem apenas detenção em relação ao Poder Público, não se cogitando de proteção possessória.

Por conseguinte, em caso de invasão de área pública pelo particular inexistente proteção possessória ou indenização/retenção em face do Poder Público, conforme jurisprudência sedimentada do STJ, *verbis*: “a ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser considerada como posse, mas como mera detenção” (STJ, 2ª T., REsp 556.721, Minª Eliana Calmon, j. 15.09.2005, DJU 03.10.2005) e, ainda, “[...] na hipótese em que o particular ocupa irregularmente área pública, pois, como o imóvel público é insuscetível de usucapião, nos termos do art. 183, § 3º, da CF, o particular jamais poderá ser considerado possuidor, senão mero detentor, sendo irrelevante falar-se em posse de boa ou má-fé” (STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp. 1.717.124/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 29.03.2019)⁵³, além do enunciado de Súmula nº 619 do STJ: “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”.

A bem se ver, as situações postas são distintas.

Na situação descrita no item *i* deste tópico, também reportado, amiúde, no tópico 3, o caso se encaixa perfeitamente ao objeto deste estudo, uma vez que o litígio possessório envolveu particulares em área de mangue, inclusive sem qualquer interferência da União, não obstante assim pudesse fazê-lo, à luz do enunciado de Súmula nº 637 do STJ, *verbis*: “o ente público detém legitimidade e interesse para intervir, incidentalmente, na ação possessória entre particulares, podendo deduzir qualquer matéria defensiva, inclusive, se for o caso, o domínio”.

Já em relação à situação relatada no item *ii*, o caso não diz respeito ao litígio reportado nesta pesquisa, sendo, todavia, importante o seu registro, por ser conexo com o tema da posse, até porque as invasões de área pública são recorrentes no Brasil. Nessa seara, por exemplo, diante da urgência da medida, na hipótese de invasão de área pública, o Poder Público pode, com base na autoexecutoriedade do ato administrativo, reintegrar-se na posse do bem público, por *moto proprio*, ou seja, sem a interferência do Judiciário, consoante entendimento jurisprudencial dominante, *verbis*: “embora a Administração, pelo princípio da autoexecutoriedade, possa reintegrar-se *ex proprio Marte* na

52 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 913.

53 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 914.

posse de bem público de uso comum, nada impede que o faça através do Judiciário (JTA 118/213, maioria)”⁵⁴.

Em sendo um dos atributos dos atos administrativos, a autoexecutoriedade significa “a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”⁵⁵ e, por conseguinte, tem como “fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário”⁵⁶.

Por exemplo, na hipótese de invasão de uma área pública (manguezal), objetivando resguardar o interesse público, impõe-se uma medida urgente por parte da Administração Pública a fim de coibir o esbulho, uma vez que a autoexecutoriedade deriva do poder de polícia estatal, também aplicável nos casos de “destruição de bens impróprios ao consumo público e a demolição de obra que apresenta risco iminente de desabamento”⁵⁷.

No Direito Administrativo a autoexecutoriedade é algo comum⁵⁸, à vista da urgência da situação real, não sendo a via judicial eficaz para atingir a tutela do interesse público, em face da tramitação de uma medida judicial, aplicando-se, assim, o desforço imediato (autotutela da posse), nos moldes do art. 1.210, § 1º, do Código Civil.

5. A *exceptio proprietatis* e as invasoras de área de mangue

A separação do juízo possessório em face do juízo petitório remonta ao Direito romano, traduzida na expressão de Ulpiano: *separata esse debet possessio a proprietate*⁵⁹.

A *exceptio domini* (exceção de domínio) quer dizer que não se discute propriedade em ação possessória, uma vez que a cognição, nas ações possessórias, é limitada, posto que sua causa de pedir funda-se na posse e não na propriedade⁶⁰.

54 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. p. 496.

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 328.

56 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 123.

57 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 124.

58 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 330.

59 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 153.

60 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 920.

Além do art. 557 do CPC, a *exceptio proprietatis/exceptio domini* tem previsão no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, assim como prevista desde o Código Civil de 1916 (art. 505), significando dizer, em suma, não ser possível a cumulação de pedido possessório com petitório no mesmo processo.

Há uma separação absoluta entre o juízo petitório, baseado na propriedade, e o juízo possessório, baseado na posse, uma vez que a posse é um fenômeno fático-social digno de tutela, além de autônomo, distinto da propriedade⁶¹, restando patente que na ação possessória discute-se exclusivamente a questão da posse e na ação petitória examina-se exclusivamente o direito de propriedade⁶², conforme entendimento sufragado no Enunciado nº 79 do CJF/STJ: “a *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório”.

Todavia, em caráter excepcional, a disputa pela posse pode ser atrelada ao domínio, consoante Súmula nº 487 do STF, *verbis*: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”, sendo admissível, portanto, a discussão da posse com base no domínio se assim for disputada por ambos os litigantes, isto é, “será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, apenas se com base neste for a posse disputada por um e por outro dos litigantes” (STJ, 4ª T., REsp 6.012, Min. Athos Carneiro, j. 13.08.1991, DJU 09.09.1991)⁶³.

A regra é que, em sede possessória, não cabe a discussão sobre o domínio, “salvo se ambos os litigantes disputam a posse alegando a propriedade ou quando duvidosas ambas as posses alegadas (STJ, 4ª T., REsp 5.462, Min. Athos Carneiro, j. 20.08.1991, DJU 07.10.1996)⁶⁴.”

Malgrado isso, acerca da casuística versada neste estudo, impõe-se registrar ser inaplicável a Súmula nº 487 do STF, posto que as invasoras, no litígio julgado, pretendiam a proteção possessória com fundamento no respectivo *jus possessionis* (direito à posse), isto é, fundado no fato jurídico da posse preexistente, ou melhor, numa relação de fato desacompanhada de um direito (título) anterior – razão por que a *exceptio proprietatis* sequer foi alegada.

61 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade mecum de jurisprudência*: dizer o direito. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 458.

62 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direitos reais. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 5. p. 33.

63 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 53. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 666.

64 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 53. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 666.

6. As posses duvidosas entre as invasoras, a função social e o princípio da socialidade

Como já dito, a posse é um “direito *sui generis*”⁶⁵ decorrente do exercício do poder de fato sobre a coisa, tendo em vista a destinação econômica desta⁶⁶.

Na lide reportada, as invasoras litigavam sobre um pedaço de mangue com base no *ius possessionis*, ou seja, o direito oriundo da posse e independentemente da preexistência de uma relação jurídica. Para tanto, nas respectivas versões, alegavam que, ao longo dos anos e no mundo dos fatos, deram destinação socioeconômica ao bem litigioso, leia-se, uma nesga de terra (quintal) encravada nos fundos das respectivas casas/barracas.

Nos autos, não acostaram qualquer justo título, mas, tão apenas, prova testemunhal da invasão da área de mangue ocorrida há décadas, onde se apossaram de “lotes” e edificaram suas moradias, ali habitando com as famílias desde então.

A prova carreada foi apenas a oral, sendo essa considerada, conforme larga doutrina, “uma prova perigosa, volúvel, difícil, custosa, mas importante e necessária. É prova sempre sujeita a críticas; não havendo outra saída, é a que, na grande maioria das vezes, é utilizada para decidir uma causa”⁶⁷. A despeito disso, apesar da falibilidade dos testemunhos, que é própria da natureza humana, entende-se imprescindível a prova testemunhal em “determinadas causas, como nas ações possessórias, de usucapião e nas separações judiciais litigiosas, não raro constituindo-se em um único meio de prova possível, como em ações de reparação de danos por acidente de veículos”⁶⁸.

In casu, diante das inconsistências dos depoimentos, a instrução oral foi refeita (poder geral de cautela do juiz), a fim de aquilatar a causa de pedir, isto é, a “melhor posse”, inclusive em razão da lacunosidade do tema no Código Civil em vigor.

No curso do processo – ação de reintegração de posse – dúvidas surgiram de variados matizes, inclusive em sede de audiência de justificação de posse (arts. 561/562 do CPC), para fins de se aferir a posse aparente, enquanto não se apurasse a quem, realmente, ela coubesse.

65 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992. v. 8. p. 269.

66 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 4. p. 16.

67 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 609.

68 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 820.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 dispõe apenas do art. 1.211, *verbis*: “Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso”.

A interpretação do dispositivo é a seguinte: na hipótese de diversas pessoas (no caso, as duas litigantes) se disserem possuidoras, ao juiz cabe manter a detentora da coisa, se sua posse não for viciada (*nec vi, nec clam, nec precario*), por ser uma possuidora aparente, até que seja apurada a quem realmente caberá a posse. Referido artigo acolhe o instituto do *possessorium summarium* do Direito antigo, que visa regular a posse durante do curso do processo⁶⁹.

No caso dos autos, ocorre que não havia possuidora aparente, posto que ambas eram manifestamente invasoras da área de mangue, ou seja, tinham posse viciada pelo esbulho consumado há anos.

Assim, outra saída foi aventada, qual seja, a interpretação do art. 1.211 do CC de forma sistemática/teleológica, à luz do princípio da socialidade que estrutura o Código Civil de 2002, no sentido de perquirir o interesse público/coletivo da demanda, isto é, examinar a função social da posse da coisa em litígio (art. 1.228, §§ 1º e 2º, do CC); no caso reportado, a demanda também não se solveu, uma vez que ambas as litigantes tinham dado destinação socioeconômica ao bem objeto do litígio com a construção das respectivas moradias, ou seja, detinham a função social da posse, sendo inaplicável a *primeira parte* do Enunciado nº 239 do CEF/CJF-STJ, da III Jornada de Direito Civil, *verbis*: “Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda a função social, deve-se utilizar a noção de ‘melhor posse’, com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916”.

Reitere-se, pois, que não havia possuidora aparente e ambas as invasoras detinham a função social da posse, quer dizer, o quintal em disputa.

O impasse persistiu, doravante para se investigar qual delas tinha a “melhor posse”, instituto não previsto no atual Código Civil.

Contudo, considerando que o Juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna legal (art. 140 do CPC c/c os arts. 5º e 6º da LINDB), a *vexata quaestio* foi resolvida com a adoção do art. 507 do Código Civil de 1916, não recepcionado pelo Código Civil de 2002, conforme explanado no tópico seguinte.

69 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 130.

7. O Código Civil de 2002 e a lacuna legal sobre a melhor posse – uma proposta *de lege ferenda*

O conceito de “melhor posse” não foi adotado pelo Código Civil de 2002.

Diferentemente, assim o foi no Código Civil de 1916, consoante a regra do art. 507, *verbis*:

Art. 507. Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse.

Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas foram duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.

Consoante a doutrina clássica⁷⁰⁻⁷¹, o artigo *supra* – que trata da “melhor posse” – deve ser interpretado em consonância, isto é, combinado com o art. 500 do Código Civil de 1916, que trata da “posse aparente”, mas que também se acha previsto no art. 1.211 do Código Civil de 2002, com redação praticamente idêntica, *verbis*: “Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso”.

Assim, sob a égide do Código Civil de 1916, os arts. 500 e 507 eram interpretados de forma sistemática, assim como deve ocorrer sob a ótica do Código Civil de 2002, quer dizer, o art. 1.211 atual, que reproduz o art. 500 revogado, deve ser aplicado em consonância com o art. 507 do Código Civil de 1916.

Mas, afinal, o que é “melhor posse”?

À luz da doutrina abalizada, “em regra, na significação jurídica, se entende por *melhor posse* a que se apresenta *mais bem titulada*. Entre títulos de igual força, o título *mais antigo* promove a *melhoria*. E se não há títulos, a *posse mais antiga* é induzida a melhor”⁷².

70 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 178.

71 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 3. p. 981-982.

72 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 401.

Em suma: por melhor posse se entende, com base no parágrafo único do art. 507 do CC/1916, a posse que se fundar em justo título. Na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual.

Contudo, as preferências na posse, nos termos do art. 507 do CC/1916, somente deve ser implementada na hipótese de vacuidade da posse, quer dizer, quando a coisa é disputada por mais de uma pessoa e não haja um possuidor aparente, ou seja, cuja posse não incorra no vício referido no art. 500 do CC/1916⁷³, o que significa dizer que, havendo um possuidor aparente, inaplicável é o conceito de “melhor posse”.

Reitere-se que as contendoras não eram possuidoras aparentes (art. 1.211 do CC/02 e art. 500 do CC/1916), bem como as duas exerciam a função social sobre a coisa litigiosa.

Induvidoso que o conceito de “melhor posse” continua controverso no direito pátrio, conforme a *ratio decidendi* exarada no Recurso Especial nº 1.148.631/DF (2009/0132727-6), 4ª T., STJ, julgado em 15.08.2013⁷⁴, por maioria, da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão (voto vencido), com Voto Divergente/Vencedor do Ministro Marco Buzzi, segundo o qual restou assente que a função social da posse, enquanto um valor e critério jurídico-normativo, não tem caráter absoluto, devendo ser complementado a outros parâmetros, como a antiguidade e a qualidade do título, isto é, ao justo título, nos moldes do parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil.

Nos autos da contenda reportada, contudo, a despeito de as partes não argumentarem com base no justo título, entende-se perfeitamente possível extrair das razões recursais que a função social da posse também deve ser complementada aos demais critérios do parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, e, dentre eles, por exemplo, o da posse mais antiga.

Assim, a solução jurídica aplicada foi a adoção do conceito de ‘melhor posse’, conferindo a reintegração de posse em favor da litigante de posse mais antiga, inclusive em sintonia com o Enunciado nº 239 da III Jornada de Direito Civil do STJ-CEJ/CJF, *verbis*: “Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda a função social, deve-se utilizar a noção de ‘melhor posse’, com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do Código Civil/1916”.

73 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7. p. 179.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.148.631. Recorrente: Eufrásio Justino de Araújo. Recorrido: Cátia Barcelos de Abreu. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Relator para acórdão: Ministro Marco Buzzi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901327276&dt_publicacao=04/04/2014. Acesso em: 15 fev. 2024.

Portanto, vê-se quão importante é o conceito de “melhor posse” para a solução das lides possessórias frequentes na práxis judicial, razão por que se entende que os critérios do parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916 devem ser acolhidos, *de lege referenda*, pelo Código Civil de 2002.

Conclusão

A partir de um caso concreto, isto é, uma lide possessória que tramitou numa Vara Cível da Comarca de Aracaju, à época por mim titularizada, a pesquisa discutiu o tema da “melhor posse”, não previsto no Código Civil de 2002.

A contenda envolveu duas antigas invasoras de área pública (mangue), na qual disputavam uma nesga de terra (quintal) encravada nos fundos das respectivas casas/barracas por elas habitadas com as famílias.

O objeto do litígio era um bem público federal, precisamente um bem dominical, não tendo a União demonstrado interesse em intervir nos autos, razão por que a competência permaneceu com a Justiça Estadual Comum.

Após um apanhado doutrinário sobre o instituto da posse, observou-se que a posse não é um direito registrável no Sistema de Registro Imóveis, por violar diversos princípios registrares inerentes ao direito imobiliário e vinculados ao sistema do *civil law*.

Nos autos – um litígio possessório entre particulares incidente sobre terra pública – as contendoras argumentavam o direito à posse (*jus possessionis*), sem qualquer justo título, mas apenas prova testemunhal, sendo reconhecido que disputavam a posse e não mera detenção, à vista da manifesta função social caracterizada pelas moradias existentes, em obediência, pois, à jurisprudência dominante do STJ.

Anotou-se que não se tratava de uma lide envolvendo duas invasoras em face do Poder Público, posto que, se assim o fosse, a disputa versaria sobre detenção e não sobre posse, passando a ser consideradas meras ocupantes, sem direito de retenção ou indenização por acessão ou benfeitoria, inclusive dando azo a autoexecutoriedade do ato administrativo de reintegração pela União.

Discorreu-se sobre a *exceptio proprietatis* (exceção do domínio), isto é, a separação absoluta entre o juízo possessório e o juízo petitório, mas que admite, em caráter excepcional, a disputa da posse atrelada ao domínio, isto é, se a posse, com base no domínio, for disputada por ambos os litigantes (Súmula nº 487 do STF), não sendo a hipótese aplicável à casuística, uma vez que as

litigantes disputavam a posse do “quintal” com fundamento no respectivo *jus possessionis* (direito à posse).

As versões foram fundadas em mera prova oral, sem qualquer justo título.

Em sede de audiência de justificação de posse dúvidas surgiram para fins de aferir a posse aparente (art. 1.211 do CC), restando comprovado que não havia possuidora aparente, posto que ambas eram esbulhadoras antigas da área de mangue e ali exerciam a função social da posse (art. 1.228, §§ 1º e 2º, do CC) em razão das casas/barracas construídas e habitadas pelas respectivas famílias, tornando inaplicável a *primeira parte* do Enunciado nº 239 do CEF/CJF-STJ da III Jornada de Direito Civil: “Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda a função social, deve-se utilizar a noção de ‘melhor posse’, com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916”.

Em sequência, considerando que o Julgador não pode se eximir de decidir, adotou-se o conceito de “melhor posse” previsto no art. 507 do Código Civil de 1916, interpretado em consonância com o art. 1.211 do Código Civil de 2002, para fins de conceder a reintegração em favor da litigante com posse mais antiga, sob o argumento de que a função social da posse deve ser complementada aos demais critérios do parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, conforme interpretação extraída do Recurso Especial nº 1.148.631/DF (2009/0132727-6), 4ª T., STJ, julgado em 15.08.2013.

Na casuística posta, a solução jurídica foi a adoção do conceito de “melhor posse”, em conformidade com o Enunciado nº 239 da III Jornada de Direito Civil do STJ-CEJ/CJF, ressaltando-se a sua importância para o desate das inúmeras lides possessórias, propugnando, ao fim, pela sua adoção no Código Civil de 2002, *de lege ferenda*.

TITLE: Dulcinéia, Flaviana and the doubtful possessions in a mangrove area

ABSTRACT: The study discusses a specific case involving an action for repossession of a public area (mangrove), specifically a ‘backyard’ disputed by two former invaders. It presents the generality of possession and attests that it is a *sui generis* real right, which cannot be taken to the Real Estate Registry System, for the sake of legal certainty. It points out that it is possible for there to be possession disputes between the two, in view of the social function of possession materialized in the houses built by them and inhabited by their families. It points out that this is not a dispute against the government, in which detention would be discussed, a fact that would even allow the administrative act of repossession to be self-executing. Informs about the impossibility of the *exceptio proprietatis*, which is incompatible with the case. In the judgment, it recognizes the non-existence of an apparent possessor, due to the vitiated possession of both, as well as ratifying the social function of possession due to the existing housing. He explains that the criterion of the social function of possession must be complemented by the objective criteria of the ‘best possession’, including the oldest possession. In view of the legal gap, it argues that

the 2002 Civil Code, *de lege ferenda*, should adopt the objective criteria of the sole paragraph of art. 507 of the 1916 Civil Code, in order to provide for the ‘best possession’, an important concept for the solution of possessory disputes.

KEYWORDS: Public area. Social function of possession. Reintegration. “Best possession”. Civil Code of 1916.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BEVLÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1973. v. 3.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.148.631. Recorrente: Eufrásio Justino de Araújo. Recorrido: Cátia Barcelos de Abreu. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Relator para acórdão: Ministro Marco Buzzi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901327276&dt_publicacao=04/04/2014. Acesso em: 15 fev. 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CASSETARI, Christiano (coord.); SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis*. 5. ed. São Paulo: Foco, 2021.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade mecum de jurisprudência: dizer o direito*. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil III: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981.
- DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (princípios)*. São Paulo: Primus, 2017. v. 1.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992. v. 7.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 5.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 5.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução do estudo do direito*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2023.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BANDIOLI, Luiz Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 53. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 4.

RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 7.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

Recebido em: 22.02.2024

Aprovado em: 21.03.2024