

A afinidade entre melhor posse e função social da posse: repercussões materiais e processuais

Gilberto Fachetti SILVESTRE*

Lorenzo Caser MILL**

RESUMO: Trata-se de pesquisa que teve por objetivo definir as características e os requisitos de um estado de posse tido como qualitativamente superior a um outro estado possessório. Para isso, investigou o que significou e o que significa atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a chamada “melhor posse” e qual a sua relação com a função social da posse. A abordagem foi qualitativa, com revisão de bibliografia para aprofundar conceitos da civilística e da processualística, além de também realizar revisão de julgados paradigmas da instância especial brasileira. A partir do método indutivo, a pesquisa estabeleceu uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares obtidos em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou seja, partindo de dados singulares sobre noções de melhor posse, tutela da posse e função social da posse, foi elaborada uma conclusão genérica sobre a superioridade qualitativa de um estado possessório. A partir da análise da valoração normativa realizada pelas amostras da literatura jurídica e da instância de uniformização da jurisprudência federal, a pesquisa verificou que, em matéria possessória, os fins estimados do uso da coisa são tutelados qualitativamente de modo diferente, verificando-se tutela prioritária da posse-moradia (*possessio pro morada*) e da posse-trabalho (*possessio pro labore*). Como contribuição, a pesquisa apresenta uma tese propositiva para a harmonização entre melhor posse e finalidade social da posse a partir da não adoção da tese ampliada das situações viciosas da posse, pois, se adotada, somente a transmissão da posse mediante relação negocial consistiria em uma circunstância de aquisição da posse ser considerada legítima.

PALAVRAS-CHAVE: Melhor posse; função social da posse; *possessio pro labore*; *possessio pro morada*; liminar possessória.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. “Melhor posse” como conceito jurídico indeterminado; – 3. “Função social” da posse: a posse em função de fins expressamente previstos no ordenamento jurídico; – 4. A relação entre melhor posse e fim social da posse: o Recurso Especial nº. 1.148.631/DF e a eleição de critério para delimitar a melhor posse; – 5. Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça; – 6. Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Affinity between the Best Possession and the Social Function of Possession: Material and Procedural Repercussions*

ABSTRACT: *This research aimed to define the characteristics and requirements of a state of possession considered qualitatively superior to another possessory state. To this end, we investigated what the so-called “best possession” meant and what it currently means in the Brazilian legal system and what its relationship is with*

* Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Produtividade Pesquisador Capixaba da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Pós-Doutorado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Pós-Doutorado em Educação pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

** Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Falência e Recuperação de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Desafios do Processo. Advogado. E-mail: lorenzo.cm@hotmail.com.

the social function of possession. The analysis was qualitative, with a bibliography review to deepen civil and procedural concepts, in addition to also reviewing paradigms judged by the Brazilian special court. Using the inductive method, the research established a general reference based on the knowledge of a certain number of unique data obtained in judgments of the Superior Court of Justice (STJ), that is, starting from unique data on notions of best possession, guardianship of possession and the social function of possession, a generic conclusion was drawn about the qualitative superiority of a possessory state. Based on the analysis of the normative valuation carried out by samples of legal literature and the standardization instance of federal jurisprudence, the research verified that, in possessory matters, the estimated purposes of the use of the thing are protected qualitatively differently, verifying priority protection housing-possession (possessio pro morada) and working-possession (possessio pro labore). As a contribution, the research presents a propositional thesis for the harmonization between better possession and the social purpose of possession based on the non-adoption of the expansive thesis of vicious situations of possession, since, if adopted, only the transmission of possession through a negotiation relationship would constitute a circumstance acquisition of possession be considered legitimate.

KEYWORDS: *Best possession; social function of possession; possessio pro labore; possessio pro morada; possessory injunction.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. “Best possession” as an indeterminate legal concept; – 3. “Social function” of possession: possession for purposes expressly provided for in the legal system; – 4. The affinity between best possession and the social purpose of possession: Special Appeal n. 1,148,631/DF and the election of criteria to delimit the best possession; – 5. Analysis of judgments from the Superior Court of Justice; – 6. Conclusion; – Bibliographic references.*

1. Introdução

O parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, ante a falta de justo título, ou sendo os títulos dos possuidores iguais, considerava melhor a posse mais antiga; ou, se de mesma data, a posse atual. Dada a consciente não reprodução de normativa semelhante no Código Civil de 2002 e dado o frequente uso desse conceito – melhor posse – em decisões judiciais até os dias de hoje, esta pesquisa teve por objetivo o saneamento da indefinição quanto às características e aos requisitos de um estado de posse – *i.e.*, de um exercício da posse – tido como qualitativamente superior a outro.

Para cumprir seu objetivo, a pesquisa buscou responder ao seguinte problema: o que significa uma “melhor posse” no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo?

A hipótese é que uma posse justa não poderá ser preterida em favor de uma posse injusta; uma posse justa que funcionaliza o instituto jurídico da posse não poderá ser preterida em favor de outra posse justa que não o faz; e, diante de duas posses justas que funcionalizam o instituto jurídico da posse, a tutela de uma em detrimento da outra dependerá da valoração das normas jurídicas, oriundas de diferentes bases legislativas e

que digam respeito à razão de ser do instituto da posse, ou seja, que evidenciem os fins estimados pelo ordenamento jurídico em matéria possessória.

A pesquisa foi desenvolvida com abordagem de caráter qualitativo. Realizou-se revisão de bibliografia no intuito de aprofundamento teórico dos conceitos da civilística e da processualística, explorados no que toca especificamente a essa matéria. Ademais, a pesquisa adotou a metodologia de revisão sistemática de julgados paradigmas. O método utilizado foi o indutivo, buscando estabelecer uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares, ou seja, partindo de dados singulares para a elaboração de uma conclusão de caráter genérico.

Por fim, o trabalho averiguou a inadequação de julgados paradigmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) às conclusões obtidas a respeito do conceito de melhor posse. Tal análise recaiu, de forma mais detalhada, sobre o acórdão proferido pela 4ª instância especial no Recurso Especial nº. 1.148.631/DF.

2. “Melhor posse” como conceito jurídico indeterminado

Conceitos jurídicos indeterminados são sintagmas (unidade sintática composta de um ou mais vocábulos) em formulações normativas, cujo significado, conteúdo e extensão são, em alguma medida, incertos. Do ponto de vista estrutural, tais conceitos possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual, apta a qualificar o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado¹; a partir desse núcleo, surge uma pluralidade de opiniões sustentáveis por meio de argumentos lógicos e razoáveis, que se desprendem da pura interpretação jurídica para estender-se a juízos técnicos ou a valorações fáticas.² Esse é o caso do conceito de “melhor posse”, que estava presente no art. 507 do Código Civil de 1916, mas que não consta no Código Civil de 2002:

Art. 507. Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, 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 os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.

¹ ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, a. 20, n. 47, p. 191-201, jan.-fev. 2019, p. 192

² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. *Themis*, v. 2, n. 2, p. 61-78, 1999, p. 61.

Enquanto o parágrafo único do art. 507 elencava requisitos para que um estado de posse recebesse a qualificação de “melhor” em relação a outro, a legislação civil vigente nada diz expressamente sobre uma possível superioridade qualitativa de um estado de posse sobre outro. O Código Civil se restringe a classificar objetivamente a posse como justa ou injusta (arts. 1.200 e 1.208) e subjetivamente como de boa-fé ou de má-fé (art. 1.201). Tais classificações dizem respeito à posse enquanto poder de fato, isto é, enquanto possibilidade de exercício.³

Mesmo sem previsão normativa expressa, verifica-se que há circunstâncias em que tribunais brasileiros continuam adotando o conceito de melhor posse em decisões que envolvem matéria possessória, tal como a de imóvel alienado em duplicidade sem ciência dos adquirentes. Daí a necessidade de se entender o que realmente significa uma “melhor posse” no ordenamento jurídico civil contemporâneo, ou seja, deve-se sanar a indefinição quanto às características e aos requisitos de um estado de posse tido como qualitativamente superior a outro.

Quando se fala em melhor posse, necessariamente está em discussão um melhor exercício da posse; afinal, já existe uma hierarquia qualitativa estabelecida pelo ordenamento jurídico entre posses propriamente ditas. Esse melhor exercício permite verificar que existe um melhor direito de posse, especialmente nos casos em que há desacordo entre o possuidor da coisa que requer ser declarado proprietário pela usucapião e o proprietário registral que exige ter declarado melhor direito sobre a mesma coisa. Ambos, no caso, são titulares de posse: o usucapiente, do *jus possessionis*, e o usucapido, do *jus possidendi*.

Na hierarquia qualitativa do Código Civil, a posse justa é superior à injusta, bastando verificar a formulação normativa do art. 1.211: “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”. Já a posse de boa-fé é superior à de má-fé, conforme se verifica nos arts. 1.214 ao 1.222. Tal superioridade se realiza nos efeitos gerados pela posse justa e de boa-fé: nota-se que tanto o art. 1.211 quanto os arts. 1.214 a 1.222 criam efeitos jurídicos bastante favoráveis ao titular da posse. Uma observação: esse raciocínio se aplicava inclusive ao *Codex* de 1916, cujo parágrafo único do art. 507 julgava melhor, entre duas posses dotadas de justo título, aquela que se comprovava mais antiga – afinal, se mais antiga, estava sendo exercida há mais tempo.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsóí, 1971.

Para fins jurídicos, a qualificação de “melhor” pode se referir tão somente à maior adequação desse exercício da posse aos preceitos da legislação, mais especificamente às regras da matéria possessória. Quer dizer, é melhor o exercício que funcionaliza o instituto da posse conforme ele é prescrito no ordenamento jurídico, entendendo-se a funcionalização como atuação do instituto no mundo fático. Também revelam hierarquia as diferenças de prazo na usucapião extraordinária e ordinária (arts. 1.238 e 1.242) e os direitos de indenização, retenção e levantamento das benfeitorias praticadas de boa ou de má-fé (arts. 1.219 e 1.220).

Nesse sentido, Luciano de Camargo Penteado⁴ pontua que a função, no fenômeno jurídico, não deve ser tomada como finalidade, pois sua origem associada à matemática remete a relação, a atividade: “essa ideia de função cunhou um termo que tem significado específico e, portanto, apresenta um dinamismo particularizado que aponta para a necessidade de contemplar a ideia de ação, mais especificamente de atividade”.

A atuação da posse no mundo fático — a prática de atos possessórios — consiste no exercício das faculdades dominiais de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. Eduardo Cambi e Eduardo de Lima Galduróz⁵ entendem, com certo rigor, a vinculação necessária entre a própria existência de posse ao cumprimento da função social de apropriação do solo, de sorte que a posse a ser tutelada pelo Poder Judiciário é somente aquela consubstanciada na exteriorização das faculdades licitamente outorgadas pelo direito de propriedade.

Numa situação em que dois indivíduos se reputam justos possuidores de uma coisa, deve-se indagar: qual deles funcionaliza sua posse? Na hipótese de ambos funcionalizarem — *v.g.*, um cultiva para a própria subsistência e o outro utiliza sistematicamente como garantia para pequenos negócios —, deve-se encontrar, no ordenamento jurídico, outros critérios que definam qual deles merece a tutela jurisdicional. E, dada a inexistência de norma semelhante ao parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, a antiguidade do título não é um desses critérios.

João Gilberto Belvel Fernandes Júnior⁶ destaca que “melhor posse” é qualificação relevante no âmbito dos interditos possessórios quando há duas ou mais “poses-poderes fáticos” sobre a coisa. No sistema de 1916, deferir-se-ia a manutenção ou a reintegração

⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁵ CAMBI, Eduardo; GALDURÓZ, Eduardo de Lima. Função social da posse e ações possessórias: releitura do art. 927, I, do CPC/1973 e perspectiva de interpretação para o art. 561, I, do NCPC. *Revista de Processo*, v. 247, p. 387-407, set. 2015.

⁶ FERNANDES JÚNIOR, João Gilberto Belvel. Funcionalização da posse e do *ius possessionis*: do novo sentido do *quieta non movere!* ao manejo abusivo das ações possessórias. *Revista de Direito Privado*, v. 72, p. 113-134, dez. 2016, p. 119.

da posse para o possuidor que, sendo a sua posse de força nova (menos de ano e dia), não a requeresse contra quem tivesse melhor posse que ele (*caput* do art. 507). Cabia ao parágrafo único do art. 507, então, determinar quais eram os critérios para que o magistrado reconhecesse a melhor posse no caso concreto.

A inexistência no Código atual de uma norma expressa como a do parágrafo único do art. 507 foi uma opção consciente do legislador, segundo Gustavo Tepedino⁷: “a omissão na legislação atual não se mostra despropositada, já que os critérios indicados pelo Código Civil de 1916 se apresentavam insuficientes para solucionar os conflitos possessórios”.

Isso posto, tratando-se de tutela interdital possessória, tem-se que: 1) uma posse justa não poderá ser preterida em favor de uma posse injusta; 2) uma posse justa que funcionaliza a posse não poderá ser preterida em favor de outra posse justa que não o faz; e 3) diante de duas posses justas que funcionalizam o instituto jurídico da posse, a tutela de uma em detrimento da outra dependerá da valoração a partir do Código Civil e da legislação extravagante que diga respeito à razão de ser do instituto da posse, ou seja, que diga respeito aos fins estimados pelo ordenamento jurídico em matéria possessória. Nessa etapa, não se trata mais de uma interpretação de função, mas, sim, de fins. Em outras palavras, trata-se de uma investigação de política legislativa.

Janine Stiehler Martins⁸ entende que o critério da melhor posse cria um dever para o juiz, cabendo a ele considerar “a atualidade da posse, a necessidade e o aproveitamento do bem. A melhor posse será, por exemplo, aquela que atender à moradia do possuidor e sua família, com o maior e melhor aproveitamento da terra”.

Observe que a ação possessória — tanto a de força nova quanto a de força velha — pode ganhar um outro objeto para além da proteção da posse: os interditos se destinam a discutir e a proteger, também, a melhor posse. Por isso, tais ações ganham um novo contorno, a saber, verificar quem exerce melhor posse para manter o possuidor ou para restituir a coisa a quem de direito.

O caráter possessório dos interditos está em sua *causa petendi*, que é a proteção possessória; logo, a posse é o fundamento (*causa de pedir*) e a pretensão (*petitum*) presentes na ação possessória. Assim, no caso dos interditos de força nova, a melhor posse se articula, como requisito extra, aos elementos do art. 561 do Código de Processo

⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas* (Coord.: Antonio Junqueira de Azevedo). Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151-152.

⁸ MARTINS, Janine Stiehler. Posse no atual Código Civil: alguns redimensionamentos necessários ao político do Direito. *Jurisprudência Catarinense*, v. 32, n. 111/112, p. 43-62, abr.-set. 2006, p. 56.

Civil, pelo qual incumbe ao autor provar a sua posse, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, a data da turbação ou do esbulho e a continuação ou a perda da posse.

Isso se dá não apenas para as ações possessórias, mas também para os embargos de terceiro, em que a oponibilidade da melhor posse impediria a constrição da coisa. Segundo Lafayette Rodrigues Pereira,⁹

a'quelle, cuja posse é turbada por uma penhora illegal nos termos ditos, a lei concede um remédio possessorio, conhecido pela denominação de *embargos de terceiro possuidor*. O dito remédio não é senão a propria acção de manutenção revestindo pelas necessidades praticas do processo uma fôrma diversa. O dito remédio não é senão a propria acção de manutenção revestindo pelas necessidades praticas do processo uma fôrma diversa.

Outra repercussão processual da melhor posse é o caráter dúplice do interdito possessório, previsto no art. 556 do Código de Processo Civil, pelo qual é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo demandante; daí, decorre a melhor posse como elemento decisivo para o deslinde do processo.

A hierarquia entre exercícios de posse (estados de posse) não é exclusiva do Brasil. Analisando o que é “*mejor derecho de posesión*” (melhor direito de posse) e sua relação com a usucapião em ordenamentos jurídicos latino-americanos, Farkin Edgar Medina Choque¹⁰ conclui que são conferidas facilidades — tal como menor período de tempo —, para fins de prescrição aquisitiva (usucapião), às pessoas que tenham tomado posse de uma coisa e nela trabalhado de maneira pacífica, como se fossem seus proprietários.

Os princípios do Direito europeu e a proposta de Código Civil europeu também procuram delimitar o que seria melhor posse.¹¹ Pelo artigo VIII – 6:301(1), um antigo possuidor, cuja posse decorre da propriedade ou de outro direito real, tem direito de reaver a posse da coisa se exercer uma posse melhor que a do presente possuidor; o artigo VIII – 6:301(2), por sua vez, prescreve que o antigo possuidor terá melhor posse em relação ao presente possuidor se:

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1922, p. 46.

¹⁰ MEDINA CHOQUE, Farkin Edgar. *La prescripción adquisitiva de dominio: mejor derecho de posesión*. Universidad Peruana de las Américas. Facultad de Derecho, 2022, p. 7.

¹¹ LURGER, Brigitta; FABER, Wolfgang. *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*. Munich: Stämpfli, 2011, p. 90-91.

1. Sua posse for de boa-fé, caso o presente possuidor esteja de má-fé;
2. Se antigo e atual possuidores estiverem de boa-fé, o direito de propriedade deve prevalecer, considerando que aquele que primeiro adquiriu a propriedade deve prevalecer em relação àquele possuidor que adquiriu a propriedade de quem não era proprietário (ex.: venda a *non domino*); e
3. Se ambos estiverem de boa-fé, mas um dos dois não tiver o direito de possuir bens corpóreos, a posse atual prevalece.

Veja que os critérios utilizados consideram fatores objetivos, sem margem para valorações e interpretações extensivas. Nesses casos, a melhor posse fica condicionada ao melhor direito de posse.

Sergio Nicolás Jalil¹² apresenta um outro significado para melhor posse, com base no Direito Romano. Ao invés de melhor posse, melhor direito de posse ou melhor exercício da posse, fala-se, aqui, em “melhor condição do que possui”. Tal caracterização pode contribuir substancialmente para delimitar o significado de melhor posse na hipótese de duas pessoas possuírem de modo justo e funcionalizarem a sua posse; aqui, a tutela de uma posse se dará em detrimento da outra e dependerá de valoração das demais normas do ordenamento jurídico.^{13,14}

Em estudo histórico sobre a origem da proteção possessória, Antonio Leite Ribeiro de Magalhães¹⁵ revela que tais critérios pertencem à tradição jurídica. Segundo ele, a “posse melhor” é uma alegação feita pelo possuidor para propor a ação possessória de força nova (menos de ano e dia) em face de quem exige a posse da coisa. Daí que é “melhor a posse que se abona em título legítimo; na falta de título, ou na presença de títulos eguaes, é melhor posse a mais antiga; e, se as posses forem eguaes, prefere a actual”. Assim, a melhor posse é o critério que justificaria um esbulhador propor uma ação possessória de força nova em face de quem o molesta.¹⁶

Diferentemente da função social da posse, a melhor posse não é um critério axiológico de avaliação de determinado apoderamento de uma coisa. Em verdade, apresenta

¹² JALIL, Sergio Nicolás. La acción publiciana en el Código Civil y Comercial. In: *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Plata: JURSOC, 2017, p. 5.

¹³ ZAMMIT, Joseph. *Actio rei vindicatoria*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. L-Università ta' Malta. Malta, 1997.

¹⁴ Assim, também, HAUSMANINGER, Herbert; SELB, Walter Selb. *Römisches Privatrecht*. Wien: Böhlau, 1981; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: introdução histórica*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

¹⁵ MAGALHÃES, Antonio Leite Ribeiro de. *Manual das acções possessórias e seu processo*. Coimbra: F. França Amado, 1895, p. 10.

¹⁶ MAGALHÃES, Antonio Leite Ribeiro de. *Manual das acções possessórias e seu processo*. Coimbra: F. França Amado, 1895, p. 57 e 212.

elementos objetivos que produzem um efeito interessante: controlam a arbitrariedade judicial em torno de princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados com a presunção do que é uma posse que atenda aos objetivos do ordenamento jurídico e, por conseguinte, da sociedade.¹⁷

3. “Função social” da posse: a posse em função de fins expressamente previstos no ordenamento jurídico

A melhor posse a que se referia o parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, enquanto critério para concessão da tutela possessória, passou a constar no ordenamento jurídico com outra roupagem a partir do Código Civil de 2002. Agora, além de verificar se o título da posse é hábil, também se deverá verificar, no caso concreto, se se atende à função social da posse.¹⁸ Isso terá uma consequência substancial na tutela processual, de modo que a *possessio ad usucapionem* poderá ser utilizada na defesa dos interesses do possuidor:

[...] o que se busca desvendar nas ações possessórias é a quem deve ser garantida a situação de posse, isto é, qual dos litigantes tem a “melhor posse” para receber do Estado a proteção processual. E somente por isso é que se admite a alegação de posse *ad usucapionem*, porque nela se encontram os elementos que atestam o respeito à função social da posse e da propriedade. Admite-se alegação de posse *ad usucapionem* em defesa nas ações possessórias, portanto, não pelo domínio que pode ser declarado a partir dela em ação de usucapião, mas pela posse em si mesma.¹⁹

Mas a inexistência de previsão legislativa expressa relativa à melhor posse não tem afastado a aplicação do preceito contido no parágrafo único do art. 507. O Conselho da Justiça Federal, por exemplo, aprovou o seguinte enunciado, para fins de orientação na aplicação do art. 1.210 do Código Civil de 2002: “Enunciado nº. 239: Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à 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”. (É verdade que tais enunciados não têm caráter normativo e vinculativo, mas decerto indicam uma tendência da literatura jurídica brasileira favorável à interpretação que eles expressam).

¹⁷ BARCELLONA, Mario. *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*. Modena: Mucchi Editore, 2022.

¹⁸ JACOB NETTO, Fernando. *Tutela processual da posse*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 202-203.

¹⁹ JACOB NETTO, Fernando. *Tutela processual da posse*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 203.

Pelo Enunciado nº. 239, em uma ação possessória deverá prevalecer a posse da parte que demonstrar que confere à sua posse a função social; mas, caso não se comprove tal destinação social, ou se ambos os litigantes conferirem função social às suas posses, deverão ser aplicados os critérios de mensuração da melhor posse outrora previstos no Código de 1916, o que torna a melhor posse um critério qualitativo subsidiário à função social da posse.

Quer dizer: a melhor posse não é um critério de atribuição da coisa previsto na legislação, mas é um critério que se imiscuiu na tradição jurídica brasileira, motivo suficiente para ser aplicado. Na linha do afirmado por José Manoel de Arruda Alvim Netto²⁰, “o que sempre foi fundamental na tradição do direito, e, entre nós, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916 é, apenas, a exigência da posse atual”.²¹

O ordenamento jurídico, a partir de elementos normativos objetivos, permite a diferenciação da posse para além das classificações tradicionais, tais como justa e injusta ou de boa-fé e de má-fé²², classificações essas que nem sempre solucionam o problema da caracterização da posse que merece ser tutelada em detrimento de outra.

Luciano de Camargo Penteado²³ defende uma qualificação da posse de acordo com o modo como ela é exercida, ou seja, de acordo com as características dos atos possessórios praticados pelo possuidor: *posse-trabalho* (posse *pro labore*), que se exerce com desempenho de atividade laborativa ou produtiva sobre uma coisa; *posse-social* (posse *pro misero*), exercida para fins de moradia ou laborativos por pessoas pobres, as quais receberão tutela especial devido à sua condição socioeconômica; *posse-moradia* (posse *pro morada*), destinada à habitação do possuidor e de sua família; e *posse-legitimada*, que resulta do reconhecimento pelo poder público municipal, via título de legitimação, e destinada à regularização fundiária e posterior aquisição da propriedade.

Tais categorias de posse servem, cada uma em seu regime jurídico, como suporte fático a modalidades de usucapião com prazos e requisitos mais favoráveis ao usucapiente.²⁴

²⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Defesa da posse e ações possessórias. *Revista de Processo*, v. 114, p. 9-66, mar.-abr. 2004, p. 31.

²¹ Nesse sentido, também, BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

²² SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero*. *Revista de Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, p. 2.030-2.073, 2021, p. 2.065.

²³ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 674.

²⁴ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero*. *Revista de Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, p. 2.030-2.073, 2021, p. 2.065.

Isso já indica a predileção do ordenamento jurídico brasileiro por um modo específico de exercício da posse, a saber, aquele modo que atende à adoção de políticas de regularização do espaço urbano nos municípios, além da concretização dos direitos fundamentais à moradia e ao trabalho.²⁵ Ao tutelar a posse dessa maneira, o legislador valorizou o sujeito que, de fato, exerce os poderes inerentes ao domínio, protegendo aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo na coisa possuída.²⁶ Essa é a razão pela qual foram criadas as figuras especiais de usucapião especial urbana, previstas nos arts. 9º e 10 da Lei nº. 10.257/2001 (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.465/2017), no art. 1º da Lei nº. 6.969/1981, assim como a aquisição forçada da propriedade por posse-trabalho, prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil.

Segundo Joel Figueira Júnior,²⁷ protege-se a posse a fim de que a coisa sobre o qual recaiu o poder de fato atinja com segurança sua finalidade social e econômica. Quer dizer, ao abonar a posse-trabalho e a posse-moradia, o legislador acabou por atribuir valor maior ao *elemento econômico*, que veio a sobrepujar, em tais termos, o estático direito de propriedade, eliminando o “proprietário não cuidadoso”.²⁸ Tem-se uma disputa de espaço entre situações possessórias e situações dominiais, ou, mais precisamente, criaram-se cenários em que o possuidor não é o dono, mas está em situação que tende a uma estabilidade, em detrimento da situação do dono.²⁹

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro não preza somente pelos sujeitos que possuem a coisa sem vícios, mas, sobretudo, por aqueles que, além de maneira justa, possuem com fins de subsistência e moradia, *i.e.*, por aqueles que funcionalizam a posse como moradia ou como meio de subsistência. Observe que, aqui, não se apela a aspectos ou a critérios axiológicos para tutelar uma posse em desfavor de outra, mas, sim, à integração das normas do ordenamento jurídico referentes à matéria de posse e de domínio. Afinal, o legislador expressamente elegeu determinados suportes fáticos para, uma vez realizados, determinarem repercussões jurídicas favoráveis ao sujeito.

²⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As alterações da Lei nº 13.465/2017 na usucapião especial urbana coletiva: questões materiais e processuais. *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, n. 2, p. 337-367, 2019, p. 340.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. *Revista de Processo*, v. 33, n. 161, p. 9-20, jul. 2008, p. 17.

²⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

²⁸ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XI, T. I: livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 308.

²⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XI, T. I: livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 309.

Nesse sentido, Antonio Hernández Gil³⁰ entende que compete ao jurista não observar e descrever, mas interpretar os fenômenos normativos escritos e não escritos para elucidar a sua razão de ser, propiciando, assim, a “evolução da conjunção normatividade-realidade social”.

O que se toma por “função” social da posse, na literatura jurídica e na atividade jurisdicional, é o atendimento, mediante exercício da posse, dos fins almejados pela legislação. A função social dos institutos jurídicos fundamentais (propriedade, posse, empresa, família e contrato) compreende duas ordens de concepções na literatura jurídica brasileira: 1) há uma concepção restritiva, pela qual a função social é um limite e um instrumento de controle do exercício de direitos subjetivos; e 2) há uma concepção extensiva, que transforma a função social em um discurso jurídico-político de realização da justiça social, retirando-lhe qualquer peculiaridade dogmática.³¹

Em matéria possessória, tais fins traduzem aspirações, ideais e propósitos de uma comunidade cujos membros, em determinadas circunstâncias temporais e culturais, identificam-se uns com os outros por meio da necessidade de salvaguarda de bens e valores. Outrossim, fazem com que a posse deixe de ser vista como mera exteriorização do domínio, como mero instrumento célere e facilitador da defesa da situação patrimonial do proprietário.³² Essa densidade social — sobretudo em um país que adota como modelo tradicional para aquisição de bens a compra e venda e a hereditariedade — demonstra a vocação da posse para promover o acesso ao mínimo existencial e à moradia.³³ Trata-se, com efeito, de instrumento social e jurídico voltado ao atendimento das exigências de moradia e de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza.³⁴

Entretanto, esse entendimento não deve ser utilizado para legitimar toda e qualquer apropriação ou ocupação do solo: o que importa é a subsistência e a moradia do possuidor como critérios para qualificar um estado de posse. Pensar de modo irrestritamente aberto, sem atentar-se ao conteúdo objetivo da finalidade socioeconômica da posse — definição essa fundada em interpretação sistemática de

³⁰ HERNANDEZ-GIL, Antonio. *Metodología del Derecho: ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

³¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social do contrato: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269-270.

³² CHAVES, Cristiano de Faria; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. Vol. 5. 14^a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 73.

³³ FREITAS, Rodrigo Cardoso; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Posse e propriedade: uma constante tensão em busca da concretização da função social. *Direito & Paz*, a. 10, n. 38, p. 154-176, 2018, p. 157.

³⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Vol. 5. 3^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 9-11.

normas jurídicas, não em juízos subjetivos de “melhor” ou “pior” —, tornaria quase automático o expurgo dos vícios descritos no art. 1.200 do Código Civil, situação que, por sua vez, levaria à eliminação do primeiro e mais relevante critério qualificador da posse enquanto poder de fato: o critério objetivo de posse justa ou injusta.

A possibilidade de saneamento do vício de aquisição da posse por meio de critérios que se apegam tão somente ao exercício daquela posse — e, frise-se, de maneira tão maleável — teria como consequência “um sem-número de situações tão díspares que fica difícil enxergar em que circunstância qualquer exercício regular da posse não o atenderia”.³⁵

Dessa maneira, no âmbito dos interditos possessórios, a ideia de melhor posse permite desenvolver as seguintes conclusões:

1. Uma posse justa não poderá ser preterida em favor de uma posse injusta;
2. Uma posse justa que funcionalize o instituto jurídico da posse não poderá ser preterida em favor de outra posse justa que não o funcionalize; e
3. Diante de duas posses justas funcionalizadas, não poderá ser preterida aquela destinada à subsistência ou à moradia do possuidor, dada a tutela prioritária desses *modos de possuir* pelo ordenamento jurídico brasileiro (arts. 9º e 10 da Lei nº 10.257/2001; art. 1º da Lei nº 6.969/1981; §§ 4º e 5º do art. 1.228 do CC/02; e arts. 183 e 191 da Constituição da República).

É na posse funcionalizada que se verifica, com maior intensidade, a função social da posse,³⁶ de sorte que, para continuar possuindo, o possuidor precisa se manter na coisa e constantemente praticar atos típicos da posse-moradia e da posse-trabalho. Parece que se deve compreender “posse funcionalizada” (que realiza a função social) como aquela que exterioriza, pela conduta, o que se espera do possuidor com o exercício daquela posse, o que, ao fim e ao cabo, consiste no cumprimento dos fins socioeconômicos da posse.

4. A relação entre melhor posse e finalidade social da posse: o Recurso Especial nº. 1.148.631/DF e a eleição de critério para delimitação da melhor posse

A ideia de melhor posse possui efeitos processuais, pois permite que as ações possessórias promovam a tutela jurisdicional do possuidor que confere uma “melhor destinação” à coisa. Um exemplo é a posse *ad usucapionem*, que é melhor que a posse de um proprietário

³⁵ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Toda posse *ad usucapionem* é uma posse injusta. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, 2016, p. 21-22.

³⁶ MATTOS, Bruno Magalhães de. *Aquisição social onerosa e privada da propriedade: artigo 1228, § 4º e § 5º do Código Civil*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 36.

que não dá destinação pessoal ou econômica contumaz ao bem.³⁷ Assim, segundo Raúl Alberto Calcagno³⁸, a regulação dos interditos possessórios nas leis processuais vigentes está debilitada e passou a ter um efeito secundário, porquanto o cerne da discussão não necessariamente passa por quem é possuidor, mas por quem melhor exerce a posse.

Outra consequência processual seria a possibilidade de *interversio possessionis* da posse precária.³⁹ Para Gunther Gonzales Barrón⁴⁰, a precariedade seria um “*concepto procesal*”, pelo qual o juízo poderia decidir quem tem o melhor direito de possuir no contexto de uma ação de despejo ou de reintegração. Mas disso resulta outro efeito: a concessão de uma faculdade discricionária ao juiz para decidir a respeito da posse:

el problema de esta postura es que no se sustenta en norma alguna (lo que de por sí basta para descartarla), pero además resulta contraria a la seguridad jurídica pues dota al magistrado de una potestad casi omnimoda, ya que en virtud de su leal saber y entender, podría decidir “quién tiene mejor derecho a poseer”.⁴¹

Daí a importância de se fundar conceitos como “melhor posse” e “função social da posse” em critérios normativos objetivos e preestabelecidos.

O Código Civil define a posse justa *a contrario sensu*: descreve-a, no art. 1.200, como sendo a posse que não é violenta, clandestina ou precária; logo, a posse justa é aquela desprovida de qualquer vício em sua origem. Ademais, o art. 1.211 determina a manutenção provisória da posse em favor de quem tiver a coisa, exceto se estiver manifesto que a origem daquela posse é viciosa.

Deduz-se, das formulações normativas dos arts. 1.200 e 1.211, que, diante de uma posse injusta e uma vez preenchidos os requisitos do art. 561 do Código de Processo Civil, será deferida a medida liminar possessória em favor do possuidor justo, restando alteradas, em caráter imediato, as circunstâncias fáticas que poderiam apresentar, *v.g.*, uma posse injusta propiciando subsistência e moradia e uma posse justa servindo a fins especulativos e sendo mera exteriorização da titularidade formal do imóvel.

³⁷ CALCAGNO, Raúl Alberto. *Actio publiciana in rem*. Su origen en el Derecho Romano. In: *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Plata: JURSOC, 2017, p. 10.

³⁸ CALCAGNO, Raúl Alberto. *Actio publiciana in rem*. Su origen en el Derecho Romano. In: *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Plata: JURSOC, 2017, p. 11.

³⁹ MEJORADA CHAUCA, Martín. «Precario y ¡qué!»>. *Actualidad Jurídica*, n. 151, p. 57-60, junio 2006, p. 57-60.

⁴⁰ GONZALES BARRÓN, Gunther. Nuevamente sobre el precario (réplica a un reciente artículo). *Foro Jurídico*, n. 07, p. 70-81, 30 maio 2007, p. 72.

⁴¹ GONZALES BARRÓN, Gunther. Nuevamente sobre el precario (réplica a un reciente artículo). *Foro Jurídico*, n. 07, p. 70-81, 30 maio 2007, p. 75.

Daí resulta um problema: seria possível conciliar o conceito de melhor posse com o de finalidade social da posse? A resposta pode ser obtida pela análise dos vícios da posse ou da controvérsia sobre a extensão das situações viciosas. Trata-se de matéria que chama a atenção devido ao caráter impropriamente genérico do rol de vícios elencados pelo Código Civil, pois, ao invés de adotar uma generalidade absoluta — tal como “esbulho” —, o legislador preferiu enumerar três vícios cujo conteúdo deverá ser concretizado pelo intérprete.

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas⁴² demonstra que a polêmica gira em torno, principalmente, do conceito de “violência”. Se por um lado não há dúvidas de que, quando utilizada diretamente contra uma pessoa, a força representa aquisição violenta, por outro permanece a interrogação sobre se tal uso apenas indireto, sem que tenha ocorrido um conflito com alguém, seria suficiente para a materialização da injustiça da posse adquirida dessa forma. A partir disso, foram construídas duas teses sobre a hermenêutica do art. 1.200 do Código Civil: uma *tese restritiva*, que considera a injustiça da posse como excepcional, sendo o art. 1.200 interpretado restritivamente (os vícios são *numerus clausus*); e outra *tese ampliativa*, a qual sustenta que o art. 1.200, ao enumerar os vícios da posse, não esgotou as possibilidades pelas quais uma posse se torna viciosa (os vícios são *numerus apertus*). Desse modo, defende a imputação de tal característica a toda posse tomada sem permissão ou autorização.⁴³

A mesma divergência é verificada quanto à definição de clandestinidade. Há dúvidas, *v.g.*, sobre a possibilidade de ocorrer durante o dia, à luz do Sol. Caio Mário da Silva Pereira⁴⁴ reputa irrelevante o momento (dia ou noite) em que a posse é adquirida, pois clandestina é a posse que se adquire “por via de um processo de ocultamento (*clam*), em relação àquele contra quem é praticado o apossamento”, contrapondo-se a ela a posse que é tomada e exercida pública e abertamente. Para ele, a clandestinidade é um “defeito relativo: oculta-se da pessoa que tem interesse em recuperar a coisa possuída *clam*, não obstante ostentar-se às escâncaras em relação aos demais”.

Dito isso, parece ser possível, sim, a harmonização entre melhor posse e finalidade social da posse. Basta que não se adote a tese ampliativa das situações viciosas, sob pena de, se o fizer, somente uma única circunstância de aquisição da posse seria considerada legítima: a transmissão da posse mediante relação negocial.

⁴² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 197, jan.-mar. 2013, p. 32-33.

⁴³ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 197, jan.-mar. 2013, p. 33.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direitos reais*. Vol. 4. 21^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 22.

Esse panorama não seria problemático para a questão da contagem do prazo de prescrição aquisitiva (usucapião), visto que, de fato, toda posse *ad usucapionem* necessita ser injusta,⁴⁵ mas seria um cenário controverso no sentido de viabilizar a posse como instrumento de promoção do acesso ao mínimo existencial e à moradia, atendendo às exigências constitucionais de aproveitamento do solo. O art. 1.211 do Código Civil não dá margem à manutenção de uma posse injusta quando duas pessoas se disserem possuidoras, tornando imperioso o deferimento da liminar possessória do art. 561 do Código de Processo Civil em favor do justo possuidor, independentemente de como este está se apropriando da coisa.

Já a utilização da finalidade social da posse como forma de *interversio possessionis* (convalescimento) da posse não parece adequada. Ou seja, a finalidade social da posse como forma de transformação de uma posse injusta em uma posse justa não se sustenta juridicamente, pois novamente se estaria minando a classificação objetiva feita pelo legislador, suscitando insegurança jurídica. Abrir a possibilidade de saneamento do vício de aquisição da posse por meio de critérios fundados somente ao exercício daquela posse, e de maneira tão maleável, tem como consequência a dificuldade de se entender em que circunstâncias uma posse não seria justa.

De todo modo, caso for essa a intenção do legislador, é possível propor, *de lege ferenda*, a alteração da redação da parte final do art. 1.211 do Código Civil para algo similar a “se não estiver manifesto que descumpra a finalidade social da posse”. Isso permitiria que situações fáticas hoje entendidas como cumpridoras da “função” social da posse fossem legitimamente adotadas como óbice material-processual ao deferimento da liminar possessória pleiteada pelo justo possuidor. Assim, posterga-se para a cognição exauriente a análise acerca da justeza da posse, análise essa que resultará, necessariamente, na tutela jurisdicional em benefício do justo possuidor.

Nesse contexto, tem-se o acórdão do Recurso Especial nº. 1.148.631/DF, proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que logo na ementa indica o caráter paradigmático do julgamento: “discussão voltada a definir o conceito de ‘melhor posse’, à luz do Código Civil de 2002”.⁴⁶

Na conjuntura fática desse julgado, o recorrente sustentava ter adquirido onerosamente,

⁴⁵ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 197, jan.-mar. 2013, p. 14.

⁴⁶ STJ, REsp. nº. 1.148.631/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, julgado em 15/08/2013.

em 2005, os direitos possessórios sobre um imóvel, detendo justo título e tendo limpado, cercado, construído cisterna e um barraco, onde deixou cama, fogão e vários objetos. Em março de 2007, o recorrente teve seu lote invadido por terceiros, a mando da recorrida. Os invasores atearam fogo ao barraco e derrubaram a cerca, razão pela qual o recorrente pleiteou, em 1ª instância, a reintegração de posse. Em sua defesa, a recorrida também alegou posse sobre o imóvel, apresentando título de força idêntica, datado de 1997, e argumentando representar, há anos, os interesses da comunidade de chacareiros do Núcleo Rural Rajadinha II.

Tanto a sentença quanto o acórdão proferido na instância de apelação negaram a tutela jurisdicional ao recorrente sob o fundamento de que “comprovado que a posse mais antiga sobre o imóvel em litígio é da ré, não há como conceder a reintegração do imóvel ao autor”. O juízo de piso afirmou que o Código Civil não prescreve critérios para aferição da melhor posse, criando-se um vácuo normativo que força a aplicação do revogado parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916.

O recurso especial se debruçou, então, sobre a seguinte questão jurídica: numa situação com títulos de força idêntica, pode a antiguidade do título ser um critério qualificador do estado de posse?

O relator, em seu voto, esclareceu que o qualificativo jurídico de “melhor posse”, num caso concreto, deve provir primariamente da análise sobre a “função” social daquela posse, isto é: será considerada melhor a posse cujo exercício atenda às finalidades socioeconômicas que o ordenamento jurídico prevê para o instituto. Pontuou que o Código Civil (2002), com seu “espírito de cláusulas gerais e conceitos indeterminados e em alinhamento com a Carta da República, trouxe como pilar a dignidade da pessoa humana, assegurando a tutela à moradia, ao trabalho, ao aproveitamento do solo e ao mínimo existencial; sendo a posse, por isso, uma extensão dos bens da personalidade”. Então, segundo esse raciocínio, a função social “seria a base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse”, sendo ela um “princípio implícito” nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do 1.242, todos do Código Civil. A solução proposta ao final do voto, dada a impossibilidade de revolvimento do acervo probatório nas instâncias extraordinárias, foi a anulação da sentença e do acórdão recorridos por deficiência da fundamentação, com conseguinte baixa dos autos à 1ª instância.

Houve, porém, inauguração de divergência. O voto divergente seguiu a seguinte linha de raciocínio:

não se está aqui a defender o ressurgimento de dispositivo legal do Código anterior – artigo 507 e seu parágrafo único – e tampouco se desconhece a força da função social da posse [...]. Todavia, é preciso estabelecer e exigir do Poder Judiciário, quando no exercício da função jurisdicional – na construção da norma jurídica concreta – a fixação nela (na norma jurídica concreta) de critérios seguros, objetivos e, fundamentalmente, agregadores dos demais elementos reputados, pela norma legal, necessariamente integrados para ensejar o reconhecimento e a declaração, pela jurisdição, do instituto jurídico defendido pela parte, como no caso, para fins de avaliação do cabimento, ou não, da proteção possessória reclamada pelo autor da ação.

De acordo com a divergência, não se deve utilizar norma de lei já revogada para aferir a melhor posse no caso concreto, mas, sim, outros elementos da legislação vigente que permitam uma construção hermenêutica adequada. Todavia, os elementos do voto de divergência colhidos de forma primária não foram as normas vertentes às finalidades socioeconômicas da posse.

O voto afirma que o referencial da interpretação do conceito de “melhor posse” deve ser o justo título, “a teor do parágrafo único, do art. 1.201, do Código Civil, o qual arrola elemento que, concorrente com outros mais, a lei vigente ainda possibilita agregar quando do exame de hipóteses como esta ora *sub judice*”. Aduz, ainda, que o recorrente não teria produzido provas suficientes à caracterização de sua posse como *pro morada*, definindo como “pouco denso, tênue ou mesmo transitório” o caráter conferido à posse em questão. Destarte, considerar a função social da posse como critério isolado na análise da melhor posse tampouco seria benéfico ao recorrente no julgamento.

Aludindo ao princípio da segurança jurídica, o voto de divergência conclui que “a função social da posse deve complementar o exame da melhor posse para fins de utilização dos interditos possessórios. Quer dizer, alia-se a outros elementos, tais como a antiguidade e a qualidade do título”. Logo, visto que o título da recorrida indicava posse desde 1997, ao passo que o do recorrido indicava posse somente oito anos depois, o voto divergente negou provimento ao recurso e foi acompanhado pelos vogais.

Merece destaque o voto de um dos vogais por aceitar que, em determinadas circunstâncias fáticas envolvendo uma ação possessória, a “função social da posse” seja tomada como elemento principal na avaliação da melhor posse:

talvez, noutras circunstâncias se pudesse dar uma prevalência para a função social, mas neste caso, em que a função social não se mostra tão relevante, pois não se falava em moradia, não havia plantações importantes, a não ser um terreno capinado, a construção de uma cisterna e de uma pequena casa para colocação de mantimentos, não havia uma relevância tão grande para a invocação da função social.

Analisando o julgamento, primeiramente, parece que o voto de divergência foi contraditório em seu raciocínio, porquanto nega que queira ressuscitar uma norma já revogada e, ao mesmo tempo, admite como critério complementar à análise da melhor posse algo que conscientemente não foi reproduzido no Código Civil, qual seja, a antiguidade do título. O parágrafo único do art. 1.201, mencionado no voto como norteador da interpretação do conceito de melhor posse, nada diz sobre antiguidade do título, limitando-se a traçar uma relação entre justeza do título possessório e presunção de boa-fé do possuidor. Só que a justeza não se caracteriza pela antiguidade da posse, mas, sim, pela ausência de vícios em sua aquisição.

Em segundo lugar, o mesmo voto divergente recusa que uma eventual interpretação do conceito de melhor posse, situada nas finalidades socioeconômicas do instituto da posse, influenciasse o julgamento em favor do recorrente, pois a posse que ele demonstrou nos autos era de “caráter tênue e pouco denso”, sobretudo pelo fato de não servir de moradia. Tal argumentação significa, com efeito, que, diante de outras circunstâncias fáticas e de um acervo probatório mais robusto, seria possível a concessão da tutela possessória utilizando fundamentação centrada no cumprimento das finalidades socioeconômicas da posse. Foi essa a ressalva expressamente feita no voto do vogal, ao acompanhar o voto divergente.

Portanto, o equívoco substancial no julgamento do Recurso Especial nº. 1.148.631/DF foi a validação da antiguidade do título como um dos critérios possíveis para a concreção do conceito jurídico de melhor posse. Conquanto não tenha havido aplicação explícita do revogado parágrafo único do art. 507 do *Codex* de 1916 — tal como o fez o Tribunal de Justiça no acórdão recorrido —, a mera eleição da antiguidade do título como critério possível e decisivo, em um julgamento que se dedicava a “definir o conceito de ‘melhor posse’ à luz do Código Civil de 2002”, atesta a inclinação indevida da 4ª Turma à legislação anterior, implicando violação da *ratio legis* do Código Civil de 2002.

Outra evidência de que a 4ª Turma se vinculou ao entendimento equivocado do acórdão recorrido é o fato de o recurso especial em questão ter sido desprovido. Caso o acervo probatório dos autos realmente indicasse não existir *possessio pro morada* ou *possessio pro labore* voltada à subsistência do possuidor — o que, na avaliação do voto divergente e

do voto do vogal, tornaria inócua a apreciação da melhor posse sob o critério primário da função social da posse —, o recurso especial deveria ser provido, no sentido de desconstituir a sentença e o acórdão recorrido por impropriedade da fundamentação. Aí então, após, ter seu mérito efetivamente julgado pela 4ª Turma, resultaria no desprovimento do recurso devido ao “caráter tênue e pouco denso” da posse do recorrente.

Esse é o procedimento proposto por Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira⁴⁷ quando interpretam o *caput* do art. 1.034 do Código de Processo Civil. Os recursos especial e extraordinário possuem três etapas de julgamento, sendo uma de admissibilidade e duas de mérito. Desse modo, uma vez admitido o recurso, é necessário cassar o acórdão recorrido — *i.e.*, vencer a primeira etapa do juízo de mérito — para, então, julgar a causa de forma exauriente.

Há relação de subordinação entre essas três fases, tornando a cassação da decisão colegiada um pressuposto do novo julgamento da causa. A função de aplicar o direito à espécie é consequencial e somente exercida “na medida em que realizada em concreto a função de proteção do direito objetivo. Em outras palavras: os tribunais superiores somente julgam a causa na eventualidade de ser reconhecida e declarada a ilegalidade praticada pela decisão recorrida”.⁴⁸

5. Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça

Chamou a atenção, ao longo da revisão bibliográfica desta pesquisa, que, embora se diga inexistir formulação normativa indicando expressamente o critério da melhor posse para a tutela possessória, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplica largamente tal critério. Para se ter uma ideia, a pesquisa de julgados constatou que 94,5% dos acórdãos que versam sobre melhor posse são posteriores à vigência do Código Civil de 2002. A pesquisa de julgados adotou os seguintes parâmetros:

- local: *site* de pesquisa de jurisprudência do STJ (<https://processo.stj.jus.br>);
- data da pesquisa: 22/11/2022;
- recorte temporal: até 21/11/2022;
- período de análise documental: 22/11/2022 a 30/11/2022;
- termos de busca: “melhor posse” e “melhor direito de posse”;
- total de documentos: 741, sendo: 1 súmula (nº. 637/2019), 18 acórdãos e 722 decisões monocráticas; e

⁴⁷ JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, v. 295, p. 165-192, set. 2019, p. 177-178.

⁴⁸ JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, v. 295, p. 165-192, set. 2019, p. 178.

- objetivo: verificar se há jurisprudência (decisões reiteradas) sobre a matéria e se há uniformidade de entendimento entre as Turmas da instância especial.

Nesse levantamento, foram eliminadas a súmula — que versa sobre legitimidade do ente público para intervir incidentalmente em ação possessória envolvendo apenas particulares — e as decisões monocráticas, pois estas refletiriam um entendimento unilateral, ou seja, do relator, e o objetivo é verificar se existe um posicionamento colegiado das Turmas e da Corte Especial. Não se localizou julgado de Seção. A análise inicial dos 18 acórdãos levou à seleção dos seguintes julgados: Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.820.051/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 11/11/2020; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.322.591/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 04/05/2020; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.172.652/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães (convocado), julgado em 22/05/2018; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 834.104/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 24/04/2018; Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 1.134.446/MT, Corte Especial, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21/03/2018; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 731.847/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 17/11/2015; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 349.621/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 02/06/2015; Recurso Especial nº. 1.148.631/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, julgado em 15/08/2013; Recurso Especial nº. 52.245/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ministro Francisco Falcão, julgado em 19/09/2006; e Recurso Especial nº. 671.115/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16/06/2005.

Por tratarem de questões processuais que apenas tangenciavam o conceito de melhor posse — ou seja, o objeto desta pesquisa não foi objeto do recurso —, além de alguns haverem aplicado a Súmula nº 7, foram excluídos os seguintes julgados: Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.720.585/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/04/2021; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 548.713/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 01/09/2016 (aplicou Súmula nº 7); Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 476.154/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/06/2015 (aplicou Súmula nº 7); Recurso Especial nº. 1.417.620/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 02/12/2014 (aplicou Súmula nº 7); Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 471.172/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 18/06/2013; Agravo

Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 290.817/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 28/05/2013 (aplicou a Súmula nº 7); Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 659.944/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 18/12/2012 (aplicou Súmula nº 7); e Recurso Especial nº. 31.243/ES, 3ª Turma, Rel. Min. Dias Trindade, julgado em 08/03/1993 (anterior à vigência do Código Civil).

Consequentemente, a pesquisa documental se deu sobre 10 julgados que fundamentaram teses jurídicas e decisões sobre a melhor posse. A tabela a seguir indica, para cada julgado, qual foi a ação de 1ª instância, qual a *causa petendi* da ação e como a melhor posse foi aplicada pela Turma ou pela Corte Especial do STJ naquele recurso. A tabela foi dividida em quatro colunas: a primeira identifica o julgado; a segunda indica qual a ação de 1ª instância; a terceira é a causa de pedir detectada no inteiro teor do acórdão; e a quarta coluna são trechos de como a melhor posse é aplicada no julgado em questão:

JULGADO	AÇÃO 1º GRAU	APLICAÇÃO DA MELHOR POSSE
AgInt. no REsp. nº. 1.820.051/PA	Ação possessória (entre particulares) (não especificado o tipo de interdito)	“O critério (ou princípio) da melhor posse, o qual costuma prevalecer no julgamento de semelhantes demandas, leva em conta a posse mais antiga”. “A tutela possessória deverá ser deferida a quem ostente melhor posse, que poderá ser não o proprietário, mas o cessionário, arrendatário, locatário, depositário, etc.”.
AgInt. no AREsp. nº. 1.322.591/DF	Ação de reintegração de posse	“Deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração de posse, pois fundada em análise apurada e detalhada do acervo probatório a respeito de qual das partes exerce a melhor posse”. “[...]o apelado deteria uma posse não só justa, como a melhor, em face das circunstâncias fálicas apresentadas e provadas nos autos [...]”. “[...]o apelado deteria uma posse não só justa como a melhor, em face das circunstâncias fálicas apresentadas e provadas nos autos”.
AgInt. no AREsp. nº. 1.172.652/DF	Ação de reintegração de posse	“O Tribunal de origem, mediante o exame dos elementos informativos da demanda, entendeu que os direitos de usufruto do imóvel caberiam à parte agravada, que comprovou que empreendeu produtividade à época que habitou o imóvel e demonstrou a melhor posse”. “No que diz respeito à suposta violação do art. 1.196 do CC/2002, insiste a parte agravante na tese de que comprovou a ‘melhor posse’ e que a parte agravada não o fez, afirmando que o exame não demanda revolvimento fático. Contudo, tem-se que a Corte de origem concluiu que os direitos de usufruto do imóvel caberiam à parte agravada a partir dos depoimentos dos autos, que demonstraram que esta empreendeu produtividade à época em que habitou o imóvel e comprovou a melhor posse [...]”.
AgInt. no AREsp. nº. 834.104/DF	Ação de manutenção de posse	“Assevera que restaram violados os arts. 32 e 34 do Código Tributário Nacional, visto a legislação reconhecer a figura do contribuinte do IPTU como o possuidor do bem imóvel, o que denota a ‘melhor posse’ na configuração do <i>animus domini</i> ”.

<p>EREsp. nº. 1.134.446/MT</p>	<p>Ação possessória (entre particulares) com oposição da União (não especificado o tipo de interdito)</p>	<p>“Titularizar o domínio, de qualquer sorte, não induz necessariamente êxito na demanda possessória. Art. 1.210, parágrafo 2º, do CC/2002. A tutela possessória deverá ser deferida a quem ostente melhor posse, que poderá ser não o proprietário, mas o cessionário, arrendatário, locatário, depositário, etc.”.</p> <p>“Não se está a afirmar que o proprietário haverá de se sagrar sempre vencedor de demanda possessória. Tanto assim que o parágrafo único do art. 557 do CPC/2015 veio a dispor que "Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa". Com efeito, a tutela possessória há de ser concedida àquele que tenha melhor posse, que poderá ser não o proprietário, mas o arrendatário, o cessionário, o locatário, o depositário, etc.”.</p> <p>“O que se está a afirmar é que um dos fundamentos do pleito de tutela possessória poderá ser a titularidade do domínio. A titularidade do domínio poderá induzir melhor posse, mas poderá ser insuficiente para a tutela possessória (é o caso, por exemplo, do possuidor-cessionário que tem melhor posse que o proprietário-cedente)”.</p>
<p>AgRg. no AREsp. nº. 731.847/DF</p>	<p>Imissão na posse</p>	<p>“CIVIL E PROCESSO CIVIL. CESSÃO DE DIREITOS. NEGOCIAÇÃO DÚPLICE. MELHOR POSSE. 1. Discutindo-se a melhor posse fundada em contratos de cessão de direitos e não em títulos de propriedade, o possuidor direito deverá ser mantido na posse se o outro nunca teve a posse direta do imóvel e celebrou negócio jurídico quando aquele já exercia os atos de posse. 2. Demonstrado nos autos o exercício da posse pelo requerido, que erigiu no lote sua residência, deve ele ser mantido na posse do bem litigioso”.</p>
<p>AgRg. no AREsp. nº. 349.621/DF</p>	<p>Ação de reintegração de posse</p>	<p>“O pagamento das despesas e tributos incidentes sobre o imóvel é indício de poder de fato sobre o bem. Todavia, se os demais elementos de prova dos autos não o confirmam, não é possível pressupor melhor posse da autora. Sobretudo, quando o título que, em tese, garantiria a posse justa à autora, foi apresentado com reconhecimento de firma falso” (Trecho do relatório da apelação que tramitou no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com o qual a 4ª Turma concordou).</p>
<p>REsp. nº. 1.148.631/DF</p>	<p>Ação de reintegração de posse</p>	<p>Voto do relator:</p> <p>“Discussão voltada a definir o conceito de ‘melhor posse’, à luz do Código Civil de 2002. [...]. Não há que se falar na utilização de parâmetros estabelecidos no artigo 507, e seu parágrafo único, do Código Civil anterior, não repetido no estatuto atual, nem tampouco ignorar a força do comando constitucional da função social do uso da terra (propriedade/posse), em virtude do que se espera sejam aos imóveis dada a destinação que mais legítima a sua ocupação. É preciso que o Poder Judiciário, quando no exercício da função jurisdicional – na construção da norma jurídica concreta – se valha de critérios seguros, objetivos e, fundamentalmente, agregadores dos diversos requisitos deduzidos na lei, no afã de bem avaliar a providência acerca da eventual manutenção ou reintegração do sujeito na posse da terra”.</p> <p>“Na concepção acerca da ‘melhor posse’, a análise do parâmetro alusivo a função social do uso da terra há de ser conjugando a outros critérios hermenêuticos, tendo como norte o justo título, a teor do parágrafo único, do art. 1.201, do Código Civil, sem olvidar as balizas traçadas pela alusão às circunstâncias referidas no art. 1202 do Código Civil. A função social da posse deve complementar o exame da ‘melhor posse’ para fins de</p>

	<p>utilização dos interditos possessórios. Quer dizer, alia-se a outros elementos, tais como a antiguidade e a qualidade do título, não podendo ser analisada dissociada de tais critérios, estabelecidos pelo legislador de 2002, a teor do art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil, conferindo-se, inclusive, ao portador do justo título a presunção de boa-fé”.</p> <p>“É preciso considerar o critério da função social da posse, complementado a outros parâmetros, como a antiguidade e a qualidade do título, a existência real da relação material com a coisa, sua intensidade, tendo como norte hermenêutico a definição do art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil”.</p> <p>“[...] essas circunstâncias, vistas em conjunto, relevam o inexorável reconhecimento do melhor título da recorrida, aliada à sua antiguidade [...]”.</p> <p>“Deverá ser mantido provisoriamente aquele que tiver melhor posse”.</p> <p>“[...] para a definição do que seja ‘melhor posse’ é necessário seja levado em conta o atendimento de sua função social, tendo como escopo a atual codificação e seu espírito de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em alinhamento com a Carta da República, que trouxe como pilar a dignidade da pessoa humana, assegurando a tutela à moradia, ao trabalho, ao aproveitamento do solo e ao mínimo existencial; sendo a posse, por isso, uma extensão dos bens da personalidade. Deveras, 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 dignidade da pessoa humana”.</p> <p>“Nessa seara, a concepção acerca da ‘melhor posse’ não mais se funda apenas no justo título, mas sim na da posse que esteja cumprindo adequadamente sua função social”.</p> <p>“[...]desnecessidade de formalismo para a prova da posse, como exigia o revogado – a bom tempo – artigo 507 do Código Civil que estabelecia ser melhor a posse que se fundasse em justo título. Com efeito, a bem da verdade, a melhor posse é aquela que cumpre a sua inexorável função social”.</p> <p>“De fato, a construção do conceito de melhor posse deve levar em conta o direito social primário à moradia e o acesso aos bens vitais mínimos, aptos a conferir dignidade à pessoa humana em um plano substancial (art. 1º, III, CF), sempre em resguardo à pessoa e à entidade familiar”.</p> <p>“O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa”.</p> <p>“Na perspectiva civil-constitucional, a posse com justo título nem sempre será a melhor posse”.</p> <p>“[...] provimento ao recurso especial para anular a sentença e o acórdão recorridos, de modo a que o Juízo de origem analise a ‘melhor posse’ do caso em concreto à luz de sua função social”.</p> <p>Voto divergente, o qual foi acompanhado pelos vogais:</p> <p>“É importante deixar assente a compreensão de que a ação de reintegração de posse limita-se à apuração da melhor posse, não implicando, dessa forma, em qualquer consideração acerca do domínio, cuja via processual adequada é a petítória”.</p> <p>“[...] diversamente da compreensão do e. Relator, na concepção acerca da ‘melhor posse’, a avaliação da função social da posse deve ser agregada a outros critérios hermenêuticos, tendo como norte, sem dúvida, o justo título, a teor do parágrafo único, do</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>art. 1.201, do Código Civil, o qual arrola elemento que, concorrente com outros mais, a lei vigente ainda possibilita agregar quando do exame de hipóteses como esta ora <i>sub judice</i>”.</p> <p>“A função social da posse deve complementar o exame da melhor posse para fins de utilização dos interditos possessórios. Quer dizer, alia-se a outros elementos, tais como a antiguidade e a qualidade do título. Ela não pode ser analisada, <i>data venia</i>, dissociada de tais critérios estabelecidos pelo próprio legislador de 2002, a teor do art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil, conferindo-se, inclusive, ao portador do justo título, a presunção de boa-fé”.</p> <p>“Nessa ordem de ideias, na definição de melhor posse é preciso, sem dúvida, considerar sua função social”.</p>
REsp. n.º. 52.245/DF	Ação de reintegração de posse (entre União e particular)	<p>“Em ação de reintegração de posse discute-se quem tem a melhor posse, autor ou réu”.</p> <p>“Afinal, o que se discute na ação de reintegração de posse? A posse, evidentemente. E a isso se cinge o mérito, ou seja, decide-se quem tem a melhor posse”.</p>
REsp. n.º. 671.115/RJ	Ação de reintegração de posse c/c exceção de domínio	<p>“Na mesma linha deste Tribunal Superior, o julgador de primeiro grau dirimiu a lide sob o fundamento da ‘melhor posse’, eis que a exceção de domínio restringe-se àquelas hipóteses em que ambos os contendores disputam a posse fundada na propriedade (Súmula n.º 487/STF) [...]”.</p>

Tabela 1: A melhor posse em julgados do STJ. Fonte: os autores.

Essa abordagem realizada pelo STJ em torno da melhor posse permite algumas conclusões. Embora se diga, no julgamento do Recurso Especial n.º. 1.148.631/DF, que não se deve aplicar os parâmetros do parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, a verdade é que tal critério tem sido aplicado inadvertidamente. Por exemplo, confunde-se, por vezes, “melhor posse” com “melhor título”, para não dizer que se está aplicando um critério revogado (melhor posse).

Com efeito, a melhor posse adquire quatro significados diferentes na análise geral dos julgados, a saber:

1. Requisito formal de atribuição da posse, como se estabelecesse critérios de desempate entre os pretensos possuidores;
2. Qualificador da posse por meio da produtividade dada à coisa (*possessio pro labore*) ou por meio da moradia (*possessio pro morada* ou *pro misero*), o que, nesse caso, afasta a ideia de melhor posse daquela do parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916;
3. Sinônimo de função social, em que melhor posse é aquela que está cumprindo adequadamente a função social, não mais se fundando apenas no justo título; ou
4. Subsídio da função social, em que a melhor posse é utilizada para atribuir a proteção possessória quando os pretensos possuidores cumprem, todos, a função social.

Essas distinções não se verificam com absoluta precisão nos julgados analisados, pois, em algum deles, função social e melhor posse aparentam ser a mesma coisa. Assim, quando os julgados falam em melhor posse, referem-se, em verdade, ao melhor exercício da posse, já que atrelam melhor posse às finalidades socioeconômicas do instituto jurídico da posse.

A melhor posse não é apenas um critério de “desempate” entre os que alegam posse; cuida-se de um conceito que caracteriza o próprio possuidor — *i.e.*, aquele que tem documentos que lhe respaldam — ou aquele que não resta inerte diante da coisa apossada. O STJ considera que a ação de reintegração de posse é limitada à apuração da melhor posse, o que gera, em tese, uma repercussão prático-processual sobre a análise dos requisitos para a concessão da liminar possessória de força nova: não bastaria verificar estarem presentes os requisitos do art. 561 *c/c caput* do art. 562 do Código de Processo Civil; seria preciso verificar, ainda, a melhor posse por parte do postulante da medida liminar. Destarte, a liminar *inaudita altera parte* — deferida *ipso jure*, como poder-dever do juízo — não seria mais operacionalizada como fora concebida pelo legislador.

A mesma repercussão se verifica nos interditos possessórios de força velha, quando se pleiteia tutela provisória (de urgência ou de evidência). Quando da análise do pedido de concessão da medida, o juízo deve, em tese, questionar se o preenchimento dos requisitos prescritos nos arts. 300 e 311 do Código de Processo Civil está acompanhado da melhor posse.

6. Conclusão

No âmbito das ações possessórias, com espeque nos arts. 1.200 e 1.211 do Código Civil, uma posse justa não poderá ser preterida em favor de uma posse injusta; uma posse justa que funcionaliza o instituto jurídico da posse não poderá ser preterida em favor de outra posse justa que não o faz; e, diante de duas posses justas que funcionalizam o instituto jurídico da posse, a tutela de uma em detrimento da outra dependerá da valoração de normas oriundas de diferentes diplomas legislativos que digam respeito à razão de ser do instituto da posse, ou seja, que evidenciem os fins estimados pelo ordenamento jurídico em matéria possessória.

Segundo a hermenêutica feita a partir do ordenamento jurídico vigente, os fins da posse consistem na subsistência e na moradia do possuidor, a julgar pela tutela prioritária

desses modos de possuir dada pela ordem jurídica brasileira (arts. 9º e 10 da Lei nº. 10.257/2001; art. 1º da Lei nº. 6.969/1981; §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil; e arts. 183 e 191 da Constituição da República). Destarte, o direito brasileiro prioriza a tutela da posse-moradia (*possessio pro morada* ou *pro habitatio*) e da posse-trabalho (*possessio pro labore*).

É possível harmonizar melhor posse e finalidade social da posse como critérios para a heterotutela possessória. Basta que não se adote a tese ampliativa das situações viciosas, pois, do contrário, somente será legítima a aquisição da posse pela transmissão mediante negócio jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça não possui, atualmente, entendimento concorde sobre a relação entre melhor posse e função social da posse, causando confusão e insegurança jurídica em um momento histórico de “império dos precedentes”. Amostras de julgados revelaram que o tribunal está propenso a validar a antiguidade do título como um dos critérios possíveis para a concreção do conceito jurídico de melhor posse. Conquanto não tenha havido subsunção explícita ao parágrafo único do art. 507 do Código Civil de 1916, a mera eleição da antiguidade do título como critério possível e decisivo para caracterização da melhor posse atestou a afeição à legislação já revogada.

Referências bibliográficas

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Vol. XI, T. I: livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Defesa da posse e ações possessórias. *Revista de Processo*, v. 114, p. 9-66, mar.-abr. 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. *Themis*, v. 2, n. 2, p. 61-78, 1999.
- BARCELLONA, Mario. *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*. Modena: Mucchi Editore, 2022.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Vol. 1. 5ª ed. rev. e atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social do contrato: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALCAGNO, Raúl Alberto. *Actio publiciana in rem*. Su origen en el Derecho Romano. In: *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Plata: JURSOC, 2017.
- CAMBI, Eduardo; GALDURÓZ, Eduardo de Lima. Função social da posse e ações possessórias: releitura do art. 927, I, do CPC/1973 e perspectiva de interpretação para o art. 561, I, do NCPC. *Revista de Processo*, v. 247, p. 387-407, set. 2015.
- CHAVES, Cristiano de Faria; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. Vol. 5. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 197, jan.-mar. 2013.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Toda posse *ad usucapionem* é uma posse injusta. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. *Revista de Processo*, v. 33, n. 161, p. 9-20, jul. 2008.

FERNANDES JÚNIOR, João Gilberto Belvel. Funcionalização da posse e do *ius possessionis*: do novo sentido do *quieta non movere!* ao manejo abusivo das ações possessórias. *Revista de Direito Privado*, v. 72, p. 113-134, dez. 2016.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Rodrigo Cardoso; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Posse e propriedade: uma constante tensão em busca da concretização da função social. *Direito & Paz*, a. 10, n. 38, p. 154-176, 2018.

GONZALES BARRÓN, Gunther. Nuevamente sobre el precario (réplica a un reciente artículo). *Foro Jurídico*, n. 07, p. 70-81, 30 maio 2007.

HERNANDEZ-GIL, Antonio. *Metodología del Derecho: ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

HAUSMANINGER, Herbert; SELB, Walter Selb. *Römisches Privatrecht*. Wien: Böhlau, 1981.

JALIL, Sergio Nicolás. La acción publiciana en el Código Civil y Comercial. In: *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Plata: JURSOC, 2017.

JACOB NETTO, Fernando. *Tutela processual da posse*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, v. 295, p. 165-192, set. 2019.

LURGER, Brigitta; FABER, Wolfgang. *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*. Munich: Stämpfli, 2011.

MAGALHÃES, Antonio Leite Ribeiro de. *Manual das ações possessórias e seu processo*. Coimbra: F. França Amado, 1895.

MARTINS, Janine Stiehler. Posse no atual Código Civil: alguns redimensionamentos necessários ao político do Direito. *Jurisprudência Catarinense*, v. 32, n. 111/112, p. 43-62, abr.-set. 2006.

MATTOS, Bruno Magalhães de. *Aquisição social onerosa e privada da propriedade: artigo 1228, § 4º e § 5º do Código Civil*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

MEDINA CHOQUE, Farkin Edgar. *La prescripción adquisitiva de dominio: mejor derecho de posesión*. Universidad Peruana de las Américas. Facultad de Derecho, 2022.

MEJORADA CHAUCA, Martín. «Precario y ¡qué!»>. *Actualidad Jurídica*, n. 151, p. 57-60, junio 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Vol. 5. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: introdução histórica*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direitos reais*. Vol. 4. 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1922.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, a. 20, n. 47, p. 191-201, jan.-fev. 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero*. *Revista de Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, p. 2.030-2.073, 2021.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As alterações da Lei nº 13.465/2017 na usucapião especial urbana coletiva: questões materiais e processuais. *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, n. 2, p. 337-367, 2019

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas* (Coord.: Antonio Junqueira de Azevedo). Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAMMIT, Joseph. *Actio rei vindicatoria*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. L-Università ta' Malta. Malta, 1997.

Como citar:

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MILL, Lorenzo Caser. A afinidade entre melhor posse e função social da posse: repercussões materiais e processuais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

12.9.2023

Aprovado em:

28.11.2023