

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

STÉFANI ZUCCOLOTTO FRIGINI

**TEORIAS POSSESSÓRIAS E SEUS DESDOBRAMENTOS NOS CONFLITOS
POSSESSÓRIOS ENVOLVENDO BENS PÚBLICOS E PRIVADOS: UMA
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/ES ENTRE 2019 A 2021**

VITÓRIA
2021

STÉFANI ZUCCOLOTTO FRIGINI

**TEORIAS POSSESSÓRIAS E SEUS DESDOBRAMENTOS NOS CONFLITOS
POSSESSÓRIOS ENVOLVENDO BENS PÚBLICOS E PRIVADOS: UMA ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/ES ENTRE 2019 A 2021**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Renata Helena Paganoto Moura

VITÓRIA

2021

STÉFANI ZUCCOLOTTO FRIGINI

**TEORIAS POSSESSÓRIAS E SEUS DESDOBRAMENTOS NOS CONFLITOS
POSSESSÓRIOS ENVOLVENDO BENS PÚBLICOS E PRIVADOS: UMA ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/ES ENTRE 2019 A 2021**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

Professora Mestre Renata Helena Paganoto
Moura

Examinador

Faculdade de Direito de Vitória – FDV

RESUMO

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa jurisprudencial, realizada entre os anos de 2019 a 2021, a partir da análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Espírito Santo envolvendo termos como “ações de reintegração de posse” e “ocupação”. Tem por intuito analisar qual foi a teoria possessória mais aplicada pelo Tribunal, bem como em que pretexto as demais foram apresentadas. Para realizar a pesquisa, foi necessária a divisão entre bens públicos e privados, pois há grande diferença na forma como o Tribunal enfrenta essas questões, de modo a ser incompatível apreciá-las em conjunto. Assim, o estudo se justifica pela necessidade de esclarecimento de importantes pontos sobre a interpretação do Tribunal sobre o direito à posse e sua aplicação em concordância com a Constituição Federal.

Palavras- chave: Teorias Possessórias. Reintegração de posse. Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS	7
2.1 TEORIA SUBJETIVA DA POSSE	7
2.2 DA TEORIA OBJETIVA DA POSSE	9
2.3 DAS TEORIAS SOCIAIS DA POSSE	12
3 METODOLOGIA	16
4 ESTRATÉGIAS DISCURSIVAS DAS DECISÕES JURISDICIONAIS DO TRIBUNAL DO ESPÍRITO SANTO	18
4.1 AS DECISÕES LIGADAS À BENS PÚBLICOS	21
4.2 AS DECISÕES LIGADAS A BENS PRIVADOS	26
4.3 DA ANÁLISE CRÍTICA DOS JULGADOS	28
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

A posse é algo de difícil definição, não se sabe ao certo quando se inicia, o que a configura e quais os seus efeitos. Ao contrário da propriedade, não é direito real e possui maiores limitações quando tenta-se definir os seus contornos. “Inúmeras são as dificuldades que aparecem no estudo da posse. Muitos tratados já foram escritos. Apesar disso, continua sendo tema altamente discutido e controvertido” (GONÇALVES, p. 44, 2020).

O estudo da posse é elemento necessário para um sistema jurídico que busca atingir e tutelar os direitos de uma sociedade, isso porque, ao mesmo tempo em que a propriedade é melhor definida, o seu alcance é muito limitado.

A posse se encontra como um elemento fundamental devido a grande quantidade de imóveis no Brasil que não são regularizados. O Ministério do Desenvolvimento Regional calcula que, dos 60 milhões de domicílios urbanos, 30 milhões têm algum tipo de irregularidade no registro do imóvel, situação essa que atinge das casas mais nobres as mais simples (RIBEIRO, 2019).

Diante disso, o Direito Brasileiro cuidou de regulamentar a posse para além de um desdobramento do direito à propriedade, mas sim como algo que possui autonomia e é independente da existência de um título, ideia essa que é contrária à defendida anteriormente, da posse como algo submetido a propriedade. Com as mudanças sociais, viu-se a necessidade de estudar formas de emancipá-la, a tornando um instituto próprio e não inferior ao título de propriedade.

Dentre tantos pontos, a especial positivação deste direito pode ser observada com maior destaque pela Constituição Federal de 1988, que tratou de colocar a ideia de função social da propriedade junto ao capítulo de direitos individuais, dando ainda mais destaque a propriedade como um direito não absoluto.

Esse trabalho cuidará de analisar as principais teorias possessórias, os seus desdobramentos e sua aplicação no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, avaliando se esse possuiu um posicionamento mais liberal ou social.

Cuida-se de destacar que durante a análise se dividiu o trabalho em dois espaços muito diferentes, os bens públicos e privados. Isso porque há forte entendimento jurisprudência no sentido de afastar os deveres atinentes a propriedade do Estado, conforme entendimento do STJ no sentido de configurar a posse de bem público como mera detenção, inexistindo a possibilidade de usucapir aquele bem.

Envolvimento que não se percebe nos bens privados. Para esses se observa maior questionamento sobre quais os limites do dever que pode ser imposto ao proprietário, há para esses casos maior liberdade, um espaço permissivo ao questionamento da propriedade como um direito absoluto. Motivo que justifica um aparente crescimento de teorias que reiteram o olhar para a existência de deveres ao proprietário que, quando não cumpridos, poderiam ensejar a perda desse direito.

Posto isso, fica evidente as consequências sociais que envolve tais questões e o modo como o parecer do Judiciário é sentido por toda a sociedade. Isto porque é um direito que transpassa o olhar puramente jurídico sobre um fato, ele é capaz de se ater a questões sociais complexas. Desse modo, é exigido dos desembargadores um posicionamento sobre questões do direito que tem uma natureza muito conflitante, em razão do forte caráter financeiro que a transpassa.

Isto porque o Direito é, e não poderia deixar de ser, uma ciência social. Sendo natural que em diversos momento haja normas conflitantes. As teorias apresentadas acabam por ilustrar quais direitos prevaleceram no momento do julgamento, sendo o caráter social importante desta pesquisa.

2 DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS

2.1 TEORIA SUBJETIVA DA POSSE

A teoria subjetiva da posse foi desenvolvida por Friedrich Carl von Savigny aproximadamente no ano de 1803. O autor foi responsável por ser um dos propulsores a enxergar que a posse e a propriedade se caracterizavam como duas coisas distintas, isso porque há direitos que só podem ser decorrentes de ações possessórias, os quais o autor chamou de *ius possessionis* (GONÇALVES, 2020).

Savigny se deparou com uma lacuna no direito romano que, até aquele momento, era carente nos estudos dos direitos possessórios. Diante dessa omissão, coube a ele ser o responsável por elaborar uma das primeiras teorias sobre o tema, que passou a ser configurada por dois elementos essenciais, o corpus e o animus, que podem ser conceituados como:

O corpus, elemento objetivo que consiste na detenção física da coisa, e o animus, elemento subjetivo, que se encontra na intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Não é propriamente a convicção de ser dono (*opinio seu cogitatio domini*), mas a vontade de tê-la como sua (*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*), de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular. (GONÇALVES, 2020, p. 49).

O conceito dos termos apresentados não encontra grande divergência na doutrina, sendo as suas explicações bem similares. Nas palavras de Rosenvald e Chaves tem-se a configuração do corpus como: “É o elemento que se traduz no controle material da pessoa sobre a coisa, podendo dela imediatamente se apoderar, servir e despor, possibilitando ainda a imediata oposição ao poder de exclusão em face de terceiros.” (CHAVES; ROSENVALD, p. 62, 2018)

Desse modo se percebe, para a conceituação desse termo, a necessidade de se observar dois critérios, quais sejam: i) o poder sobre a coisa possuída e ii) o dever de protegê-la de terceiros.

Quando se parte para o segundo elemento da teoria subjetiva recai-se sobre o motivo de ser reconhecida dessa ser reconhecida como subjetiva, o animus domini. Isso

porque Savigny analisou para além da exteriorização do ato, ele quis se aprofundar no que integrava a vontade do possuidor. Para tanto, o animus “é o elemento volitivo, que consiste na intenção do possuidor de exercer o direito como se proprietário fosse, de sentir-se o dono da coisa, mesmo não sendo. Não basta deter a coisa (corpus), mas haver uma vontade de ter a coisa para si. Só haverá posse onde houver *animus possidendi*.” (ROSENVALD, CHAVES, p. 63, 2018).

Desse modo, consiste na vontade de ter aquele bem como seu. O pensamento de cuidar daquilo como se fosse dono. É necessário, todavia, diferenciar o elemento subjetivo da teoria possessório do opinio domini, isso porque “Diz o autor que o animus domini consiste na intenção de tratar como própria a coisa que deve formar o objeto da posse, não se confundindo com a opinio domini, que seria a convicção de ser proprietário.” (MELO, 2015, p. 22)

É necessário ressaltar que esses elementos eram complementares para se atingir a posse, a configuração de somente um deles não seria suficiente. De nada valeria ter a detenção da coisa se não houvesse no sujeito aquele sentimento de cuidado, de protegê-la contra as ameaças e intervenções, ou vice-versa.

Tal cumulação era necessária para que não se protegesse a posse de detentores, estes não fariam jus a tutela possessória exatamente pela carência do elemento volitivo, não podendo, desse modo, invocar a proteção possessória e seus efeitos jurídicos.

O que ocasionou tanta repercussão a essa teoria foi sua originalidade, visto que Savigny foi autônomo ao separar posse de propriedade. Como se vê:

Contudo, grande o mérito de Savigny foi o de projetar autonomia à posse, por explicar que o uso dos bens adquire relevância jurídica fora da estrutura da propriedade privada e que a titularidade formal desse direito subjetivo não encerra todas as possibilidades de amparo jurídico. A posse passa a ser vislumbrada como uma situação fática merecedora de tutela, que decorre da necessidade de proteção à pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas. (ROSENVALD, CHAVES, 2018 p. 63).

A teoria do autor, embora especialmente brilhante para o período, se deparou com algumas falhas em sua aplicação. Isso porque “A exigibilidade do elemento anímico

tornaria impossível o exercício da posse por parte dos incapazes e de todos aquele que receberiam a posse derivada de uma relação jurídica, como o comodatário, locatário e o depositário.” (MELO, 2015, p. 22)

Nessas situações as pessoas tinham o corpus mas careciam do animus domini, apesar de cuidarem da casa como se sua fosse, não tinham a intenção de tê-la como sua, o que afastava a aplicação da teoria subjetiva e deixava essas pessoas desamparadas, pois não eram os proprietários daquele bem e não podiam ser abarcados pelas ações possessórias.

Diante desse problema prático, várias teorias passaram a ser desenvolvidas, tendo um especial destaque a arquitetada por Rudolf von Ihering, que passou a ser chamada de teoria objetiva da posse.

2.2 DA TEORIA OBJETIVA DA POSSE

Rudolf von Ihering cuidou de desenvolver a linha de argumentação de Savigny, porém esse se despreendeu do caráter subjetivo que foi tão importante para o primeiro autor. Ihering zelava pela proteção da propriedade e buscava na posse modos de assegurá-la.

O autor primeiro construiu a ideia de subjetividade e objetividade, ele prolongou esses como dois planos complementares, na qual a esfera objetiva do direito se propõe a tentar prever os conflitos, sendo presente pela escrita da lei de forma pura, ao passo que a subjetividade e consumaria pelo dever de defender o direito, de utilizá-lo, chamando isso de a luta pelo direito. Em suas palavras, esse coloca, em síntese, que:

O direito objetivo encerra os princípios jurídicos aplicados pelo Estado, isto é, o que forma o ordenamento legal aplicável à vida. O direito subjetivo é representado pela ação concreta da norma abstrata decorrente de uma faculdade específica. (IHERING, 2019, p.27).

Desse modo, Ihering (2019) rompe com a ideia de subjetivismo arquitetada pelo seu preceptor, desenvolvendo uma teoria mais objetiva, em favor da luta pelo direito. O

escritor acredita que, por menor que seja a violação, ela deve ser considerada e é um dever ético do cidadão garantir que o Direito seja lembrado, sob o risco daquele se perder. O autor critica de forma ríspida aquele que, podendo escolher, sacrifica os seus direitos em razão de uma paz pessoal sob o argumento de ser um problema de relevância pequena.

Ihering dá especial relevância a propriedade, para ele somente se poderia abandonar essa nos casos em que o único meio de protegê-la seria o preço de sua própria vida, como se observa no seguinte trecho:

Aquele que é atacado na sua propriedade defende a si mesmo, à sua personalidade. Somente o conflito entre o devedor de afirmar a propriedade e o dever de preservar a vida - conflito que se apresenta quando o criminoso impõe ao ameaçado a escolha entre a bolsa e a vida - pode justificar o abandono da propriedade. (IHERING, 2019, p. 42).

Diante de tanto valor a propriedade e o dever de zelar por ela, torna-se mais claro o porquê Ihering ligar a ideia de posse à propriedade de maneira tão direta. De forma breve, pode-se entender que “Ihering subordina a posse à propriedade” (SOUZA, p.45).

Todavia, se um é subordinado ao outro, é necessário expressar melhor os seus contornos, detalhar o que os diferencia, quando se tem a categórica propriedade ou quando se tem somente a posse. Para o autor:

Ihering, ademais, considera a posse como um direito de uma espécie particular, por sua natureza diferente dos demais, visto que a posse é um poder de fato sobre a coisa, diferentemente da propriedade que é um poder de direito – eis aí o ponto de distinção e separação entre os dois fenômenos jurídicos. (AZEVEDO, FILHO, 2010, p. 9).

Para ele, essa diferenciação é de suma importância, caso contrário pode-se confundir o fato gerador com o seu efeito. Isso porque a proteção à posse seria somente uma complementação ao direito de propriedade, sendo necessário se demonstrar a ineficiência da abrangência dos direitos à propriedade para que se recorra à posse (AZEVEDO; FILHO, 2010).

De forma ainda mais ilustrativa expõem o tema Rosenvald e Chaves, que trazem exemplos nos quais a posse seria reconhecida por aquele que desse destinação

econômica a propriedade: “A propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave, uma árvore frutífera sem escada que atingisse os frutos, pois a propriedade sem a posse restaria paralisada.” (CHVES; ROSENVLAD, 2018, p. 64)

Portanto, fica evidente o porquê de a teoria ser chamada de objetiva, ela não se concentra no poder físico que o possuidor tem sobre a coisa, mas somente na condição de exteriorização da propriedade, pois não é possível se ter posse onde não existe propriedade. Sobre isso, Gonçalves traz:

Para Ihering, portanto, basta o corpus para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa contato físico com a coisa, mas sim conduta de dono. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. (GONÇALVES, 2020, p. 90).

O conceito de corpus é muito semelhante ao encontrado em Chaves e Rosenvald, que trazem essa como: “O corpus passa então a representar o estado normal externo da coisa, através da qual cumpre o destino econômico de servir ao homem.” (CHAVES; ROSENVLD, 2018, p. 65). Estes também expõem o corpus como “questão de pura experiência e de senso comum”

Então qual a razão da proteção da posse se essa se encontra em tanta desvantagem em relação a propriedade? Essa proteção só faz sentido a partir de uma visão da função econômica daquele bem, reconhecer direitos possessórios permitiu que aqueles que não eram os legítimos proprietários pudessem ter seus direitos reconhecidos, como a figura do locatário.

Isso permitiu o reconhecimento da posse de figuras em que houvesse a anuência do proprietário, como o locatário, ao mesmo tempo em que impediu que se reconhecesse a posse de invasores, como os sem-terra. De modo que se valeu da proteção à propriedade que Ihering sempre foi muito sincero ao defender.

Essa visão da posse ganhou muito destaque na doutrina e jurisprudência, sendo a teoria adotada, majoritariamente, pelo Código Civil de 2002, sua exteriorização se nota em artigos como o 1.196. Nota-se a vinculação dos poderes que podem ser exercidos pela posse com os da propriedade, nas palavras de Pamplona e Gagliano

“Mesmo que o sujeito não seja o proprietário, mas se comporte como tal – por exemplo, plantando, construindo, morando –, poderá ser considerado possuidor” (GAGLIANO; PAMPLONA2019, p. 89).

A teoria objetiva é uma exposição de “poder” sobre a coisa, “segundo essa teoria a posse seria a exteriorização de um ou alguns dos poderes instituídos à propriedade” (MELO, 2015, p.25). Ou seja, a ideia de posse de Ihering é muito ligada à questão econômica daquele bem, pois caso o proprietário perca o direito à posse torna-se inútil o título de propriedade pela impossibilidade de dispor do bem.

Todavia, não se percebe na lei a exclusividade da teoria objetiva, devendo se ater aos espaços em que abriu espaço para as teorias da posse. Pois foi adotado pelo CC uma teoria objetiva reconstruída pela ideia de função social (GAGLIANO, PAMPLONA, 2019), o que nos dá margem para discutir possíveis teorias sociais da posse no Brasil.

2.3 DAS TEORIAS SOCIAIS DA POSSE

Após a exposição feita sobre as teorias clássicas, manifesta-se a necessidade de tratar, ao menos de forma breve, sobre as novas teorias que foram surgindo a partir do século XIX. Com a ascensão de direitos sociais e a crítica à vinculação dos direitos ao valor econômico das coisas, ascenderam então doutrinadores para apresentar novas ideias.

Em especial Leon Duguit foi o principal escritor a descrever a ideia de que a propriedade obriga, ou seja, que não é um direito absoluto e vincula o proprietário ao desenvolvimento de algum tipo de atividade. “Para Duguit, o direito de propriedade não é uma concepção da natureza e nem foi gerado por princípios eternos.” (CRAWFOD, 2017, p.14).

O paradigma apresentado pelo escritor foi necessário para do desenvolvimento de conceitos que passaram a ser chamados de função social da propriedade pelo direito

Brasileiro. O autor tentou descrever uma ideia de propriedade que permanecesse capitalista, todavia que tivesse características mais democráticas. (CRAWFOD, 2017) Era apresentada a ideia de que somos seres sociais, é inegável a ligação existente entre pessoas na sociedade, diante disso ele “acreditava na sociabilidade humana como fator central em nossa formação social” (CRAWFOD, 2017, p. 14). Portanto, entendeu que não deveria vigorar aquele ideal clássico da propriedade como algo do particular e com pouquíssimos limites, mas sim como algo que tem por objetivo criar benefícios sociais e econômicos, contribuir para a satisfação de governos mais democráticos, de modo a beneficiar toda a sociedade (CRAWFOD, 2017).

As teorias sociais da posse, como as apresentadas, encontram grande respaldo no Direito brasileiro, isso porque a Constituição Federal de 1988 tratou de vincular a propriedade a necessidade de uma função social (Art. 5, XXIII; Art. 170, III CF/88), desse modo houve certas limitações ao direito de propriedade. (FREITAS, 2017)

Embora a posse e a propriedade sejam planos distintos, essa exigência constitucional se vincula a atos exercidos no plano fático e não jurídico, de modo que a pessoa que não cumpre com o fim econômico que aquela propriedade deveria possuir, pode vir a perdê-la, sendo nesse momento possível que a posse tenha um valor superior ao direito real da propriedade. (FREITAS, 2017)

Entendimento que é ainda mais desenvolvido, expondo que:

Ou seja, concomitantemente ao reconhecimento da existência de direitos fundamentais são de igual maneira reconhecidos os deveres fundamentais impostos não apenas ao Estado, mas também a todos da comunidade, por vezes essenciais à realização dos próprios direitos fundamentais. (FREITAS, 2017, p. 35)

Essa ideia constitucional acabou por ser um dos pilares para que o Código Civil de 2002 desse maior importância para esse tema, tendo reduzido o tempo necessário para que a posse pudesse se sobressair diante da propriedade em razão da função social que o possuir estava dando a aquele bem imóvel (VIEIRA, 2018). Sendo esse um dos institutos que restaurou a aplicação da teoria subjetiva e deu maior importância a essas teorias sociais.

Essas teorias, ao contrário das teorias subjetiva ou objetiva, tinham por característica o ato de enxergar a posse para além da propriedade, como um instituto autônomo. “Quatro juristas se destacaram nas análises voltadas para esse social — e econômico — aspecto da posse: Silvio Perozzi, em Itália; Raymond Saleilles, em França; Lodovico Barassi, em Itália; e Antonio Hernandez Gil, em Espanha.” (SILVESTRE, 2020, p. 4)

A necessidade de se enxergar a posse para além da propriedade não é algo tão novo, já era questionado por Fachin desde 1958. O escritor foi um dos precursores para o reconhecimento da posse como um direito autônomo, contrariando a ideia de Ihering. Nas palavras desse, a posse pode ser entendida como: “À medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que a posse, portanto, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sim, e principalmente, sua causa e sua necessidade.” (FACHIN, 1988, p. 13).

O escritor, embora com escrita tímida se comparada às propostas sociais atuais, foi revolucionário em razão de ter apontado essa independência entre propriedade e posse durante a vigência do CC/1916, que adotava de forma clara e expressa, a teoria objetiva da posse.

Conforme já introduzido, o Código Civil de 1916 foi enfraquecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a subordinar a propriedade à ideia de função social. Isso porque a CF/88 teve um viés mais social, sendo conhecida como constituição cidadã (POMPEU, G. V. M.; MATOS, L. G., 2020)

O texto normativo foi desenvolvido com análises que ultrapassaram a esfera social e da meritocracia, pois se avaliou a herança escravista e patrimonialista da história brasileira, de modo a avaliar a constituição de todos os demais direitos a luz desse contexto histórico. Isso porque o Brasil possui destaque mundial em relação ao acúmulo de riqueza, desse modo, a CF buscou modificar essa situação (POMPEU, G. V. M.; MATOS, L. G., 2020)

Para que a Constituição de 1988 fosse promulgada houve a necessidade da criação de um poder constituinte, esse pode ser entendido como: “A Constituição decorre de um poder que institui todos os outros e não é instituído por qualquer outro” (PEDRA, 2016, p. 5).

Pode-se dizer que a promulgação de uma nova constituição lida com a mudança de valores, a oportunidade de o povo se manifestar indicando possível organização jurídica e política, não estando esse poder limitado por nenhuma norma. (PEDRA, 2016)

Com essa mudança houve a necessidade de alteração do Código Civil de 1916, pois esse era hierarquicamente inferior ao texto constitucional, como se observa: “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível.” (BARROSO, 2017, p. 65)

O poder constituinte tem a autoridade de rasgar valores antigos e inserir novos, ao que parece foi o que ocorreu com a propriedade e a posse no momento em que passou a estar positivada a ideia de função social (Art. 5º, XXIII, CRFB/88).

Desse modo, vários pontos do CC/16 passaram a ser incompatíveis com a CF/88, dentre essas mudanças alguns princípios foram destacados pela doutrina, como se observa:

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – e.g., **função social da propriedade**, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. (BARROSO, p. 282, 2017) (grifo nosso)

O constitucionalista ressaltou a importância desse princípio nas relações privadas do direito civil, dando destaque a um processo de despatrimonialização que irá ajudar a exemplificar o fortalecimento das teorias sociais da posse, como se observa:

A partir dele, tem lugar uma **despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil**, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como

no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. **A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse.** (BARROSO, p. 282, 2017) (Grifo nosso)

Após o breve resumo das mudanças do código civil impulsionadas pela CRFB/88, torna-se evidente o porquê de as novas teorias sociais da posse subordinarem a ideia de propriedade à sua função social.

Após essas críticas, cabe então a reflexão sobre qual teoria o CC/02 adotou e se é possível extrair dele algum posicionamento. Ao contrário do código anterior, o CC/02 não adotou de maneira clara qual será a teoria possessória adota, embora se observe uma inclinação para a teoria objetiva da posse, como se observar no seguinte artigo:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

O artigo tratou de vincular os exercícios possessórios à propriedade, o que o aproxima da ideia econômica apresentada por Ihering. Todavia, isso não vem se mostrando como algo pacífico pelo Direito Civil, como se observa no enunciado 492 da Jornada de Direito Civil:

A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela. (FEDERAL, Conselho de Justiça, Enunciado 492. V Jornada de Direito Civil)

Desse modo, observa-se certa lacuna ao preceituar qual a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro, motivo pelo qual esta pesquisa cuidará de analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo a fim de averiguar qual delas vem sendo usada por ele, ganhando maior destaque na solidificação de entendimento jurisprudencial.

3 METODOLOGIA

A metodologia utilizada será a indutiva, essa se configura por intermédio da utilização de premissas para que se atinja uma verdade. Sobre isso, afirmam Marconi e Lakatos que:

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam. (MARKONI; LAKATOS, p.86, 2003)

Diante desse conceito, o presente trabalho irá cuidar de analisar os julgados do TJES durante o período médio de três anos a fim de que seja observada a sua *ratio decidendi* nas ações possessórias de reintegração. Irá se estabelecer a associação entre as teorias possessórias desenvolvidas por Savigny, Ihering e as teorias sociais da posse, comparando-as com os julgados do Tribunal de Justiça do Espírito Santo nas ações de reintegração de posse.

Com relação às palavras-chaves utilizadas como termo de pesquisa no campo jurisprudencial adotou-se uma das ações possessórias mais complexas e com grandes quantidades de processo, qual seja a “reintegração de posse” e o ato que costuma dar ensejo ao conflito, que é a ideia de “ocupação”.

O lapso temporal adotado de um período médio de três anos que partiu de 2019 até o mês de outubro de 2021, a fim de poder captar se os a pandemia, a curto prazo, poderia ter gerado algum tipo de alteração na forma em que eram tomadas as decisões.

Em síntese, pode ser compreendido como:

Site para pesquisa:	http://www.tjes.jus.br/
Recorte temporal:	1º/01/2019 a 1º/10/2021
Critério de busca:	[“reintegração de posse” e “ocupação”]
Método:	Qualiquantitativo
Documentos selecionados:	Somente acórdãos
Total de documentos encontrados:	55 acórdãos
Total de documentos analisados:	52 acórdãos

O motivo de descarte de alguns julgados se deu, pois, a discussão do acórdão acaba por se afastar das razões possessórias, se direcionando para outra esfera do direito ou pela juntada de documento diverso ao processo, o que tornou impossível o acesso a decisão.

Com essa análise, será possível perceber qual a teoria mais aplicada dentro daquele contexto e poder afirmar qual a teoria que mais vem ganhando destaque no TJES e se é possível falar em uma teoria dominante.

Além disso, o presente trabalho cuidará de ser um estudo sobre as teorias possessórias, observando sua configuração e principais características a fim de se buscar qual seria a teoria mais aplicada pelo estado do Espírito Santo à luz do TJES.

4 ESTRATÉGIAS DISCURSIVAS DAS DECISÕES JURISDICIONAIS DO TRIBUNAL DO ESPÍRITO SANTO

Diante de tantas teorias possessórias e da promulgação da CF/88, a pesquisa quis avaliar as consequências diversas dessa mudança legislativa. Busca-se saber se tal teoria é adotada no TJES nos conflitos possessórios, isso porque: “Embora não se negue a importância da atuação estatal, é preciso lembrar que a previsão normativa, por si só, não tem o condão de modificar, ou pelo menos diminuir, os entraves históricos do desenvolvimento brasileiro.” (POMPEU, G. V. M.; MATOS, L. G., 2020, p. 57)

Por não ser suficiente a existência de leis para assegurar a sua aplicação justificou-se o presente estudo. Para isso foi feita uma pesquisa das decisões envolvendo reintegração de posse, todavia, antes de se abordar sobre o conteúdo possessório em si, se faz necessário descrever de que modo foi realizada a pesquisa. Como dito, foram analisados média de três anos dos julgados do TJES, entre janeiro de 2019 a outubro de 2021.

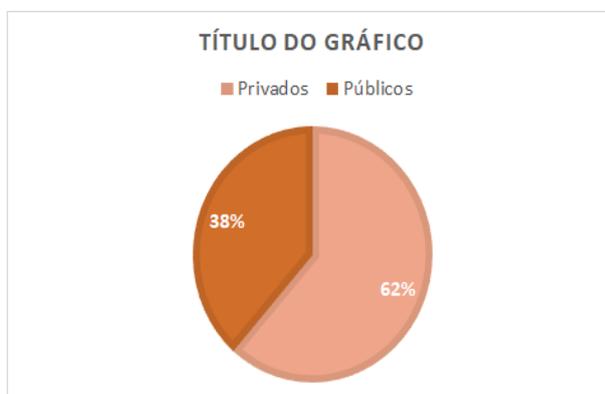
Ao todo, foram estudados 52 (cinquenta e dois) julgados a fim de poder concluir se nos últimos anos havia ou não o reconhecimento de alguma teoria possessória dominante no tribunal e de que modo se daria a aplicação das demais.

Era esperado que, em pelo menos algum dos julgados, fosse citado o direito à cidade, em razão das várias tentativas constitucionais (Art. 182, CF/88) de garantir que a cidade fosse enxergada como algo além de um espaço urbano, mas sim como realmente mais humanizado, conforme descrito:

Tornar as cidades habitáveis hoje não basta por si só; é urgente pensar numa cidade para além das torres altas que servem à especulação imobiliária: é urgente tornar as cidades mais humanas, partindo da compreensão da cidade como um palco constante de disputas entre os cidadãos, sobretudo disputa ideológica para a (re)modelagem dos espaços urbanos. (CARVALHO, C. O. DE; MACEDO JÚNIOR, G. S., 2019, p. 144)

Em um primeiro momento, a pesquisa cuidou de destacar e diferenciar dois tipos de bens que possuem decisões diversas: os bens públicos e privados. Em razão de posicionamentos do STJ - que inclusive foram apresentados ao longo dos julgados, há menos, ou quase nenhuma, variações nas decisões que versam sobre bem público.

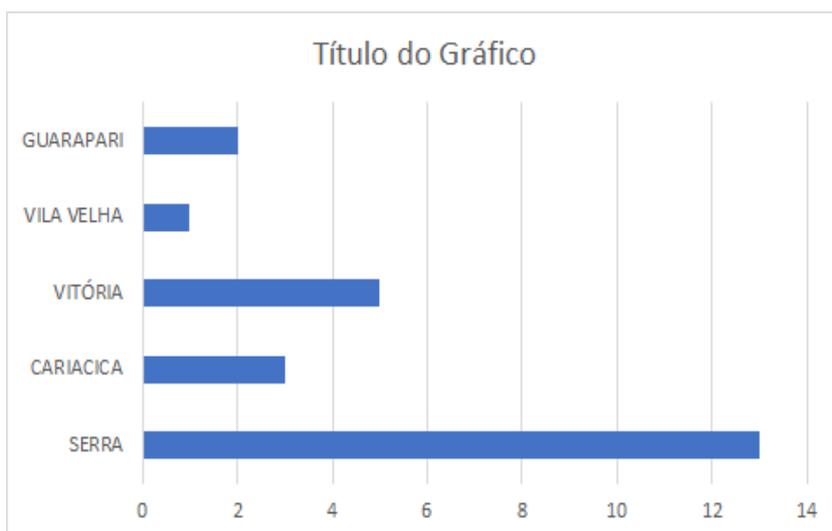
Dos cinquenta e dois acórdãos analisados, 20 (vinte) deles tratavam de bem público. O que permite chegar a seguinte percentagem:



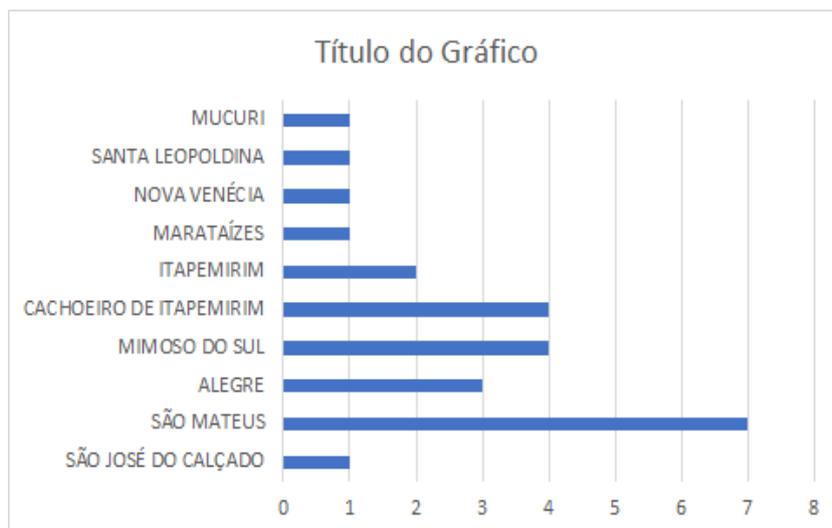
Em relação a divisão territorial, notou-se destaque na quantidade de ações na cidade de Serra, com 13 (treze) acórdãos envolvendo a região, e a cidade de São Mateus, com 7 (sete) decisões envolvendo o lugar.

A fim de tornar possível a apresentação de tabela, será dividida entre a região da grande Vitória, composta pelas decisões das cidades de Vila Velha, Guarapari, Vitória e Serra, seguida pela demonstração das demais cidades do Espírito Santo que tiveram decisões sobre reintegração de posse no período analisado.

Em relação a grande Vitória, se chegou a seguinte indicação:



Em relação às demais cidades capixabas, a quantidade de decisões analisadas chegou a seguinte distribuição:



Após breve exposição das questões quantitativas envolvendo os julgados, passa-se então para o exame da ratio decidendi das decisões do Tribunal de Justiça, a fim de se responder à pergunta do presente estudo.

4.1 AS DECISÕES LIGADAS À BENS PÚBLICOS

Após demonstração geral dos dados, cabe sua análise de forma qualitativa. Em relação aos 20 (vinte) julgados envolvendo bens públicos, 6 (seis) eram ligados a atos de concessão - 4 (quatro) ligados a forte empresa de transporte nacional, a CETURB, 1 (um) ligado a empresa que era conhecida como ESCELSA e 1 (um) tendo relação direta a uma área de rádio.

Dentre os julgados, dois foram os caminhos mais comuns a serem adotados pelos desembargadores, os posicionamentos definitivos ou liminares que julgaram a favor do Estado se basearam no geral: na precariedade de ato público e no posicionamento do STJ. Ao longo dos julgados, pode ser observado que o TJES entende as questões envolvendo bem público como algo pacífico, como foi sintetizado pelo relator no seguinte trecho:

A meu ver, não tem razão a apelante, por estar pacificada a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “bens integrantes do acervo patrimonial de sociedade de economia mista sujeitos a uma destinação pública podem ser considerados bens públicos, insuscetíveis, portanto, de usucapião” (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação 030100016689. Espírito Santo, 26 de janeiro de 2021. p. 4.)

Desse modo, essa foi a ratio decidendi adotada pelo E. Tribunal ao longo dos julgados. Quando se tentou buscar algo associando a questão do bem público com a teoria social da posse, houve um julgado que a citou no ano de 2021, sendo o posicionamento do tribunal, seguindo o entendimento do MPES, no sentido abaixo:

Consoante parecer do douto presentante do Ministério Público Estadual de primeira instância, o agravante e sua família estavam ocupando o local ilegalmente, não havendo que se falar em contrariedade aos princípios da função social da propriedade, da dignidade da pessoa ou de violação do direito à moradia, vez que “não se mostra adequado o município dispor de bem público em privilégio de particular, em detrimento de outros cidadãos, que se encontram em situação idêntica ou menos favorecida”. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Agravo de Instrumento, 046199000087. Espírito Santo, 11 de maio de 2021. p. 4.)

Como visto, o relator entendeu que não poderia um bem público - ou seja, coletivo-favorecer determinadas pessoas em favor de toda uma coletividade, de modo que se justificava o pedido de reintegração e deveria a teoria social da posse ser desconsiderada.

Todavia, esse não é o posicionamento mais recorrente no tribunal, no geral, o principal ponto alegado é do interesse público geral e da precariedade dos seus atos, justificando a reintegração - de forma liminar ou não - em razão de uma coletividade e da precariedade daquela ocupação, se limitando a questões legalistas e jurisprudenciais, sem analisar as teorias possessórias em si.

As decisões nesses casos costumam ser curtas, cuja argumentação pode facilmente ser condensada no seguinte raciocínio: “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias” (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Agravo de Instrumento, 002209000021. Espírito Santo, 23 de maio de 2021. p. 4)

Das vinte decisões envolvendo bens públicos, somente quatro tiveram o pedido liminar negado a fim de favorecer o possuidor. Observou-se que o tempo de ocupação e a justificativa do para que o terreno seria utilizado pelo Estado foram fundamentais para flexibilizar o reconhecimento do periculum in mora e da necessidade da saída do possuidor de forma provisória e rápida. Como foi descrito no seguinte trecho:

Ainda que sejam meros detentores, já ocupam o imóvel há 23 anos, tendo o recorrente sido permissivo com a ocupação irregular ao longo dos anos, especialmente com a celebração de diversos contratos de promessa de compra e venda e de compromisso de reserva de terreno, muito embora tais atos não tenham obedecido os requisitos legais. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Agravo de Instrumento, 048209000685. Espírito Santo, 3 de agosto de 2021. p. 6.)

Dentre os julgados, outro ponto observado foi a questão da razoabilidade e da proporcionalidade, na qual E. Tribunal aumentou o tempo para que o local fosse desocupado por entender que a medida seria excessivamente gravosa para o

possuidor, que retirava seu sustento do local a ser desocupado, como se observa na seguinte decisão:

Neste passo, à luz dos vetores que orientam a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conclui-se ser de todo recomendável a fixação de ponderado e justo prazo aos Recorrentes para desocuparem a área objeto da lide, sobretudo, diante da circunstância de que se trata de local onde exercitaram suas atividades profissionais, extraindo renda, o que envolve uma série de providências não passíveis, via de regra, de implementação imediata, daí a necessidade de vir a ser fixado prazo para a desocupação. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Agravo de Instrumento, 047199000341. Espírito Santo, 20 de fevereiro de 2020. p. 6.)

Posicionamento esse que foi novamente adotado pelo tribunal no seguinte caso:

Por medida de cautela, que é imprescindível neste juízo de cognição sumária, e por envolver a posse de mais de 20 (vinte) anos de um imóvel que é utilizado por um casal de idosos para moradia, deve-se aguardar a ampla cognição probatória para que seja possível autorizar a imissão na posse em favor da empresa agravante, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Agravo de Instrumento, 047199001034. Espírito Santo, 11 de fevereiro de 2020. p. 6.)

No tocante ao julgado citado, foi um dos poucos casos em que se observou, embora tímida, a aplicação da teoria social da posse. O relator utilizou a questão para justificar que há mais de vinte anos os possuidores residiam no local, de modo que a liminar seria excessivamente onerosa para tanto. Por fim, a questão da vulnerabilidade do idoso também foi um dos fatores considerados.

Somente se observou um caso isolado em que a ação de reintegração se deu em desfavor do município de forma definitiva. No entanto, havia várias particularidades deste caso que o fizeram ser reconhecido: i) A posse foi considerada mansa e pacífica desde 1973; ii) Havia uma promessa realizada por representante do Estado de que aquele terreno não tinha utilidade para eles e que poderia ser dado como forma de pagamento pelos serviços prestados pelo autor como vigia; iii) Foram realizadas obras pelo município próximas ao local e iv) Havia ao menos três casas no local.

Desse modo, não foi reconhecida a questão da usucapião, mas sim de espécie de direito real, consoante art. 1.225, inciso XI, do Código Civil. Desse modo, não havendo

aqui sido discutida a teoria possessória em si, mas sim a impossibilidade de as ações estatais serem tão usurpadoras de direitos.

Dentre os casos envolvendo bens públicos, há a necessidade de destacar a grande quantidade de conflitos entre dois polos: A CETURB e as pessoas que exerciam a atividade de comercialização em terminal urbano.

A CETURB, segundo informações disponibilizadas em seu próprio site, trata-se de empresa responsável pelo sistema de transporte público de passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória. É vinculada à Secretaria de Mobilidade e Infraestrutura (Semobi) e foi criada pela lei estadual de nº 3.693/84 – Já revogada. (CETURB, 2021)

Dos vinte julgados envolvendo bens públicos, quatro envolviam a empresa supracitada e a questão da regulação dos comerciantes em terminais. Diante da grande quantidade de casos, em julgado no começo de 2021, o tribunal reconheceu a semelhança dos casos e resolveu pacificar a questão, a fim de não prejudicar a segurança jurídica.

O caso foi mais longo e o único em que foi necessário ampliar o colegiado para sanar a divergência entre os desembargadores. O julgamento se divide em duas argumentações: A vitoriosa, que seguiu os entendimentos supracitados da precariedade do bem público, e o voto divergente, que considerou a questão do sustento das pessoas que dependiam daquela atividade comercial e considerou a TAC firmada entre eles como válida.

O voto vencedor se baseou principalmente na seguinte lógica argumentativa:

Como cedição, a permissão de uso de bem público é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, no qual a Administração Pública consente que determinada pessoa utilize bem público privativamente, de forma que se atenda, concomitantemente, ao interesse público e privado. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação Cível, 048180028325. Espírito Santo, 22 de fevereiro de 2021. p. 7)

Após essa exposição, chegou a conclusão de que:

Dessa maneira, a permissão de uso de bem público possui as características da discricionariedade, precariedade do ato, podendo a empresa pública revogar a permissão concedida segundo razões de interesse público, retomando assim o imóvel, que no caso foi cedido a título oneroso, a qualquer tempo. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação Cível, 048180028325. Espírito Santo, 22 de fevereiro de 2021. p. 7).

Como dito, esse foi o posicionamento dominante. Todavia, apesar de vencido, entendo por necessário destacar os pontos apresentados pelo desembargador que abriu a divergência. O principal conflito da lide girava em torno da validade ou não de TAC firmada entre as partes, sendo esse o ponto ao qual o relator deu maior destaque.

O desembargador recorreu ao art. 422 do CC a fim de apresentar a necessidade de se considerar a boa-fé contratual antes, durante e após a realização de contratos. Esse se posicionou no sentido de:

Qualquer pessoa que mantenha com outra um vínculo jurídico – na verdade não importa a natureza do vínculo – tem o dever de atuar de modo a não trair a razoável confiança do outro, já que a ninguém é dado frustrar justas expectativas alimentadas com quem se relaciona. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação Cível, 048180028325. Espírito Santo, 22 de fevereiro de 2021. p. 16).

A argumentação não foi reconhecida, tendo prevalecido a questão do interesse público coletivo. Desse modo, pacificou-se a questão dos bens públicos no tribunal em questão, tendo os comerciantes que se retirarem do local antes do fim da TAC acordada.

Há muito receio no TJES em aplicar qualquer modalidade que não reconheça o pedido de reintegração por parte do Estado. Desse modo, fica evidente que para os bens públicos não houve a aplicação da teoria social da posse em nenhum dos casos de forma definitiva, somente sendo essa usada para flexibilizar a desocupação imediata do imóvel.

4.2 AS DECISÕES LIGADAS A BENS PRIVADOS

Em relação à segunda etapa da pesquisa, analisou-se os bens privados. Sobre esses, notou-se raciocínios lógicos repetitivos e que guiavam o tribunal no momento de julgar a ação possessória. Em um primeiro momento falaremos da teoria subjetiva.

A respeito da teoria subjetiva não houve nenhum julgado que a utilizasse como parâmetro no momento de decidir as ações de reintegração de posse, embora tenha sido possível observar sua aplicação de forma indireta.

Isso porque, em raros momentos, houve a citação do “animus domini”, todavia essa apresentação não era a única questão apresentada no julgamento, sendo utilizada para reconhecer a reintegração, como se observa:

Como se sabe, um dos requisitos que o autor da ação de usucapião deve demonstrar é o exercício da posse mansa, pacífica e com animus domini por um determinado lapso temporal, a depender do tipo de usucapião pretendida. Pela natureza da posse, por certo sua caracterização demanda, em princípio, dilação probatória. Contudo, não são raros os casos em que, pela própria narrativa da inicial e pelos documentos anexos, se verifica, de plano, a ausência da posse qualificada. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação Cível, 048150079043. Espírito Santo, 11 de novembro de 2019. p. 2-3).

As ações possessórias por vezes têm confusões no que está sendo pedido, desse modo é comum que haja um pedido de reintegração de um lado e do outro o pedido de reconhecimento da usucapião. Nesse tipo de situação foi possível observar a aplicação indireta da teoria de Savigny.

A teoria subjetiva só ganhava efetivamente alguma forma quando somada a teoria social da posse ou da propriedade a fim de assegurar a existência da usucapião. Houve julgado em que era apresentada a teoria social em um primeiro:

Não se desconhece a relevância do princípio da função social da propriedade, que ganhou expressão a partir da CF/88 e do CC/02, pois estabeleceu uma série de obrigações ao proprietário de um bem, que deve utilizá-lo dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, a fim de não prejudicar os interesses da coletividade (arts. 5º, XXIII e 182, S 2º, ambos da CF e art. 1.228, SIº, do CC). (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação, 069140022489. Espírito Santo, 05 de agosto de 2019. p. 3).

Para em seguida se descrever a situação da usucapião utilizando o “animus domini”:

Segundo o doutrinador Alexandre David Malfatti: "Alguns fatos evidenciam o animus domini. A análise conjunta, não servindo um fato isolado para caracterizar, em todas as situações, a posse ad usucapionem. A colocação de cercas ou muros no imóvel; o pagamento de tributos que pesam sobre a titularidade imobiliária; a construção de acessões ou a introdução de benfeitorias nos prédios existentes; a constituição de residência no imóvel; a plantação de flores, árvores ou plantas no local; a criação de animais, tudo pode significar a ocupação do imóvel com ânimo de dono." (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação, 069140022489. Espírito Santo, 05 de agosto de 2019. p. 4).

Dos 32 (trinta e dois) julgados envolvendo reintegração da posse, somente dois utilizaram a teoria social no momento do julgamento. Apesar de ter se notado a sua utilização em outros momentos, ela foi citada para negar a sua existência, como no seguinte exemplo:

Ainda que as ações perpetradas pelo movimento social sejam fundadas no direito à moradia e na própria dignidade da pessoa humana, certamente não devem ser vistos de forma absoluta, apesar de sua origem no texto constitucional, e não podem ser efetivados a qualquer custo, a fim de justificar abusos e reiterados atos de desobediência a ordens judiciais. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Agravo de Instrumento, 034199000059. Espírito Santo, 18 de julho de 2019. p. 4-5)

Desse modo, observa-se tímida aplicação da teoria social da posse apesar do respaldo constitucional para a sua aplicação. Isso porque se notou ampla e quase pacífica aplicação da teoria objetiva de Ihering, sendo mencionada em vários momentos pelo TJES como a teoria adotada pelo Código Civil.

Ihering foi citado em diversos julgados do TJES, no geral ela servia para afastar posses de longa data - sendo encontrados prazos superiores a vinte anos - sob o argumento dos exercícios do poder de propriedade. O tribunal reconheceu em vários momentos a ilegitimidade da posse pois, apesar de mansa e pacífica, ela tinha sido consequência de um comodato verbal.

Uma das citações feitas ao autor foi a seguinte: “A ação de reintegração de posse, como é indutivo, visa a tutela da posse, assim definida, no dizer de Ihering, como o exercício do direito de propriedade; é, pois, o atributo instaurado pelo exercício de fato

de algum inerente ao domínio” (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ação de reintegração de posse. Apelação, 048120184790. Espírito Santo, 07 de maio de 2019. p. 2)

Dos 32 (trinta e dois) julgados envolvendo bens privados em 11 (onze) houve o posicionamento favorável ao possuidor, quadro bem diverso do que foi observado com relação aos bens públicos, no qual dos 20 (vinte) julgados somente 4 (quatro) foram favoráveis ao ocupante, sendo 3 (três) desses deferidos de forma provisória.

Dos 11 (onze) julgados favoráveis ao possuidor que envolviam bens privados, 3 (três) foram proferidas em caráter provisório. No geral, três foram os caminhos adotados para afastar o pedido de reintegração: A ausência da comprovação do esbulho ou turbação, não se observar a comprovação da posse, mas sim o da propriedade e o excessivo rigor que aquela medida em decisão provisória poderia ocasionar, tendo os desembargadores considerado a medida muito gravosa.

4.3 DA ANÁLISE CRÍTICA DOS JULGADOS

Após a narrativa dos dois principais enfoques da pesquisa, cabe a crítica de se estão os julgados do TJES em descompasso com as normas que a Constituição Federal objetivou. Ou seja, analise em qual dos paradigmas o E. Tribunal se encontra, seja ele sólido entendimento firmado pela supremacia da propriedade ou uma interpretação mais próxima a que foi acendida pela Constituição Federal.

Isso porque, como já demonstrado, houve a ascensão de artigos que legitimam a ideia de função social da propriedade e as questões envolvendo a moradia, todavia “a história brasileira é marcada por certo descompasso entre as grandes inovações legislativas e o conjunto de práticas sociais subjacentes.” (ALFONSIN, 2016, p. 5)

Pelo que foi analisado, ainda há grande afirmação da propriedade, sendo em muitos momentos essa tida como algo absoluto. O tribunal capixaba reconhece a diferença entre posse e propriedade e a autonomia da posse, mas é comum que, apesar das

mudanças legislativas, se continue entendendo que a posse se configura como um exercício dos poderes da propriedade.

Isso porque “os discursos dominantes da posse não conseguem, e não pretendem, explicar o fenômeno da posse sem uma referência obrigatória à propriedade privada, ou seja, a uma perspectiva patrimonialista” (AZEVEDO; FILHO, 2010, p. 14)

Essa forma de exposição dos poderes possessórios acaba por vincular um ao outro, de modo a tornar a propriedade como um direito maior. A propriedade beirou o intocável, a perpetuação da impossibilidade de limitações externas.

De fato, houve o reconhecimento da posse como algo autônomo, todavia foi um entendimento em que se limitava na capacidade do autor da ação de reintegração cumpriria os requisitos do art. 560 do CPC. Não havia análise sobre a hipossuficiência da parte ré, não houve o questionamento sobre as consequências da reintegração.

Em especial a casos envolvendo a defensoria pública, era muito comum que se tentasse pedir a reconsideração desses pontos, já que restava amplamente caracterizada os malefícios à própria existência das partes. Mas essas questões eram refutadas, na maioria das vezes, com poucas linhas.

A tipo da argumentação apresentada pode ser sintetizada no seguinte raciocínio:

Com forte inspiração privatista, esta primeira modalidade de racionalidade interpreta o conflito social da disputa fundiária a partir das categorias tradicionais de posse e propriedade edificadas na tradição civilística. Sob este viés, os interesses em enfrentamento são dimensionados à literalidade da lei civil, compreendendo a posse como manifestação da exterioridade da propriedade, independentemente de outros diplomas normativos que possam ser cotejados e, inclusive, a despeito da principiologia constitucional e a consequente vinculação entre tutela possessória e cumprimento da função social da propriedade. (MILANO, 2017, p.8)

Há a descontextualização, os julgadores se cobrem da legalidade a fim de justificar o comportamento. Se validam em um rito e entendem que a partir do momento em que aquele foi cumprido não há mais espaço para críticas.

Como já exposto, o tribunal permanece com o entendimento de que a teoria adotada pelo código civil é a de Ihering, sendo raros os momentos em que se abriu espaço para a sua mitigação com os princípios constitucionais como a função social da propriedade. Os julgados envolvendo bens privados, apesar de relevantes resultados a favor do ocupante possuidor, teve seu reconhecimento muito especificamente na falta de demonstração da turbação ou esbulho pelo proprietário.

Não há de forma consistente nos julgados questionamentos sobre questões sociais, são análises extremamente legalistas e que cumprem ritos elencados no código civil, não se observando nenhuma menção ao estatuto da cidade. Há julgados em que se reconhece a questão da vulnerabilidade, mas não vê para o caso formas com que a lei possa julgar em favor do ocupante.

Já em relação aos bens públicos houve grande resistência no questionamento do pedido de reintegração. Como já descrito, somente 4 (quatro) foram os acórdãos julgados a favor do possuidor, sendo muito mais comum o posicionamento incisivo no sentido de reconhecer uma jurisprudência favorável ao Estado.

Desse modo, percebe-se certo reconhecimento do Tribunal de Justiça do Espírito Santo da inexistência de necessidade de o Estado observar as ideias da função social, sendo percebida pouca mudança dos julgados envolvendo bens públicos, havendo decisões firmes pelo não reconhecimento da posse do ocupante mesmo que com longo período de tempo com base em julgados do STJ.

Em relação aos bens privados, foi percebido forte caráter legalista com relação ao rito processual dos artigos de esbulho e turbação da posse, no geral é muito mais forte o seu entendimento por enxergar a posse como um desdobramento da propriedade, com posicionamentos muito presente de que o Código Civil adota a teoria objetiva da posse. Desse modo, concluiu-se que o Tribunal possuiu um posicionamento fortemente conservador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme desmontado, a presente pesquisa chegou à conclusão de que o TJES adota uma postura mais conservadora em relação às teorias possessórias, sendo evidente que, apesar de avanços legislativos, não houve relevante mudança nas decisões capixabas.

Isso porque em muitos momentos observou-se que o Tribunal permanece por entender que é pacífico a consolidação do Código Civil como resultado da teoria objetiva de Ihering, não enxergando na Constituição Federal grande aplicação.

Não se observou nos julgados analisados nenhuma menção ao estatuto da cidade e pouquíssimas citações a ideia de teoria social da posse ou ao direito à moradia. Há uma perspectiva estritamente legalista que domina as decisões, não se atentando às questões sociais que envolvem as ações possessórias.

Os julgados foram, em grande maioria, extremamente diretos e curtos, sendo quase uma questão pacífica para o tribunal. Os casos em que o pedido de reintegração não foi reconhecido foram decorrentes principalmente do não preenchimento dos critérios do CPC, tão pouco em decisões de caráter provisório foi possível visualizar o viés mais social e humano das decisões.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. **A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário**. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 14, p. 421-453, mai. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONILHA MILANO, Giovanna. **Conflitos fundiários urbanos no poder judiciário: estratégias discursivas no fundamento das decisões**. Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2047-2071, out. 2017. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29548>>. Acesso em: 07 nov. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/rdc.2017.29548>.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 de nov de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 8 de nov. de 2021.

CARVALHO, C. O. DE; MACEDO JÚNIOR, G. S. **'Ainda vão me matar numa rua': direito à cidade, violência contra LGBTs e heterocisnormatividade na cidade-armário**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 20, n. 2, p. 143-164, 20 dez. 2019.

CETURB/ES. Quem somos. Disponível em: <<https://ceturb.es.gov.br/quem-somos>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

CRAWFORD, Colin. **A função social da propriedade e o direito à cidade: teoria e prática atual**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, mar./2017. (Texto para Discussão, n. 2282). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7651/1/td_2282.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

EFREM, Roberto Filho; AZEVEDO, André Luiz Barreto. **As teorias da posse e da propriedade e o campo jurídico sob conflito**. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/10025>>. Acesso em: 23 jun de 2021

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

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Apelação Cível nº 030100016689. Relatora: Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira. Julgamento: 26.01.2021. Julgamento: 26/01/2021. Terceira Câmara Cível. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_juris/14282723403.pdf?CFID=213272081&CFTOKEN=15340133> . Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Apelação, 069140022489. Relator: Desembargador Wallace Pandolpho Kiffer. Julgamento: 05.08.2019. Quarta. Câmara Cível. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_juris/13878675223.pdf?CFID=213279979&CFTOKEN=45142734>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Agravo de Instrumento nº 046199000087. Relator: Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgamento: 04.05.2021. Segunda Câmara Cível. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=046199000087&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema=>>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Agravo de Instrumento nº 002209000021. Relator: Desembargador Telemaco Antunes De Abreu Filho. Julgamento: 23/03/2021. Terceira Câmara Cível. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=002209000021&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema=>>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Agravo de Instrumento nº 048209000685. Relator: Desembargador Fabio Clem De Oliveira. Julgamento: 03.08.2021. Primeira Câmara Cível. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=048209000685&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgad>

or=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema==>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 047199000341. Relatora: Desembargadora Namyra Carlos De Souza. Julgamento: 11.02.2020. Segunda Câmara Cível. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=047199000341&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 047199001034. Relatora: Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira. Julgamento: 11.02.2020. Terceira Câmara Cível. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=047199001034&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 048180028325. Relator: Desembargador Jorge Do Nascimento Viana. Julgamento: 22.02.2021. Quarta Câmara Cível. Disponível em: [<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=048180028325&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema=>](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=048180028325&edPesquisaJuris=reintegra%C3%A7%C3%A3o%20de%20posse%20%20E%20ocupa%C3%A7%C3%A3o&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2019&edFim=01/10/2021&Justica=Comum&Sistema=). Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação nº 048150079043. Relator: Desembargador Jorge Do Nascimento Viana. Julgamento: 11.11.2019. Quarta Câmara Cível. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=048150079043&Justica=Comum&CFID=213273595&CFTOKEN=63872236>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 034199000059. Relatora: Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira. Julgamento: 09.07.2019. Terceira Câmara Cível. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=034199000059&Justica=Comum&CFID=213273595&CFTOKEN=63872236>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Apelação nº 048120184790. Relator: Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy. Julgamento: 07.05.2019. Segunda Câmara Cível. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=048120184790&Justica=Comum&CFID=213273595&CFTOKEN=63872236>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: Reais**. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2018, v. 5.

FEDERAL, Conselho de Justiça, Enunciado 492. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso em: 11 de nov. de 2021.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. **Desapropriação judicial privada indireta: Os direitos de posse, propriedade e moradia**. Curitiba, Juruá, 2017.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das coisas**. v. 5. ed.15. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IHERING, Rudolf Von Ihering. **A luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Edipro. 2019

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamento de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Alas S.A. 2015.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **A constituição viva: O poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 4ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2016.

POMPEU, G. V. M.; MATOS, L. G. **Os custos do bem-estar social: como fechar a conta no ordenamento socioeconômico brasileiro?**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 21, n. 1, 26 out. 2020.

RIBEIRO, Luiz. **Metade dos imóveis no país são irregulares, segundo ministério**. Correio Braziliense, Minas Gerais, 28 de set. 2019.

Disponível em:

<<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/28/interna-brasil,774183/imoveis-irregulares-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 21 de jun 2021

SOUZA. Leonardo Antônio Galvani de. **Teoria pós-moderna da posse**. 2014.

Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaLAG_1.pdf>.

Acesso em: 23 jun 2021.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual**. Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 1017-1052, jun. 2020. ISSN 2317-7721.

Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/49976/36803>>.

Acesso em: 08 nov. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/rdc.2020.49976>.

VIEIRA, Renan Leite. **A usucapião de bens imóveis e a sua finalidade social e jurídica no mundo moderno**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5404, 18 abr. 2018. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/60376>. Acesso em: 8 nov. 2021.