

Reflexões acerca da posse como direito subjetivo real na Era Hipermoderna e seus consectários

Reflections on possession as a real subjective right in the Hypermodern Era and its juridical consequencens

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA¹ 

Resumo

A natureza jurídica da posse constitui tema relevante no debate teórico do direito privado, com tendência, nos dias coevos, a considerá-la como direito real, e não um poder de fato, haja vista o olvido, por parte de doutrinadores, do seu posicionamento na Codificação Civil, tanto de 1916 quanto de 2002, e dos seus consectários, elencados não só no Estatuto Civilístico vigente como também na Carta da República e na legislação extravagante. Respeitáveis civilistas que consideram a posse como poder de fato, hoje em minoria, adotam teorias — que tentam consagrar sua natureza jurídica — como fontes de investigação, olvidando que

1 Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), decano e ex-vice-diretor. Bacharel em Direito pela UFF. Bacharel em Ciências Administrativas pela Sociedade Universitária Augusto Motta (UNISUAM). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Pós-doutor em Direito pela UMSA. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-5407-1850>

as legislações codificadas encartam a posse no título “Do Direito das Coisas” e reconhecem seus multifários efeitos, próprios de um verdadeiro direito, e não de poder de fato ou de relação de poder, como algumas legislações estrangeiras admitem. Portanto, faz-se mister que o civilista, desde logo, aceite o fato de ter sido conferido à posse o *status* de único direito das coisas, vanguardista, que em verdade apresenta o mesmo conteúdo dos direitos reais, considerando o poder de inflexão e de soberania do titular sobre o bem. O doutrinador não deve ficar adstrito a antigas teorias da Era Moderna, que não condizem com a verdadeira essência jurídica da posse, na Era Hipermoderna, cuja natureza é de direito subjetivo real (provisório), ainda mais quando leis atuais, transmutando o panorama de então, admitem o registro imobiliário de duas das suas espécies.

Palavras-chave: posse; fruição; natureza jurídica; encarte no Direito das Coisas; essência de poder soberano sobre o bem.

Abstract

The legal nature of possession constitutes a significant issue within the theoretical debate of private law, nowadays shown a growing tendency to regard possession as a real right rather than a factual power, largely due to the neglect, by many scholars, of its systematic placement within both the 1916 and 2002 Civil Codes, as well as of its legal consequences established not only in the current Civil Statute but also in the Federal Constitution and in special legislation. Distinguished civil law scholars who still conceive possession as a factual power, now a minority, adopt theoretical frameworks — that attempt to define its legal nature — as an investigative tool, overlooking that codified legal systems have consistently included possession under the title “Property Law” (“Do Direito das Coisas”) and recognize its manifold effects, proper to a genuine right rather than to a factual power or a relation of power, as admitted in some foreign jurisdictions. Therefore, it is essential that the civil law scholar recognizes that possession has been granted the status of a unique and avant-garde real right, which in fact shares the same substantive content as other property rights, in so far as it expresses the power

of inflection and sovereignty by the holder over the objects. Scholars should not remain bound to out dated theories of the Modern Era, which fail to capture the true juridical essence of possession in the Hypermodern Era, whose nature is that of a (provisional) subjective real right – all the more so as current legislation, transforming the previous legal landscape, now admits the registration of two of its forms in real estate records.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Keywords: possession; fruition; legal nature; inclusion within Property Law; essence of sovereign power over the objects.

Introdução

O presente texto procede a uma análise da posse como direito subjetivo real na Era Hipermoderna e de seus efeitos materiais e processuais. Parte do enfoque sobre os elementos constitutivos dos direitos reais, as relações jurídicas que os integram e seus atributos, com o objetivo de emoldurar a posse como direito subjetivo real provisório. Aborda as teorias mais exponeciais acerca do tema, objetivando apresentar um conceito que se ajuste à sua natureza jurídica, sem deixar de levar em conta suas características, considerando de nenhum resultado prático a antiga discussão se a posse é um poder de fato ou se traduz em direito. Prossegue com apresentação das suas multifárias espécies, duas delas que, na evolução do direito, contam com registro, inovando com a hierarquização de sete delas, no estudo da sua graduação. Acentua os modos de aquisição e a perda da posse. Exalta seus cinco consectários, comentando as duas espécies de defesa extrajudicial; o direito à percepção dos frutos; à indenização por acessões e benfeitorias e o direito de retenção; a prescrição constitutiva; e o direito de propor as ações possessórias, destacando as puras e impuras, além de breves aspectos processuais. Nas considerações finais o estudo consagra que a posse não é uma relação de fato ou de poder, como parte dos civilistas sustenta, e sim um direito subjetivo real, mesmo provisório, haja vista o poder de inflexão exercido pela pessoa titular, com imposição do dever geral de abstenção pelos demais indivíduos participativos da sociedade.

>>|

<< Sumário

1. Disposições gerais acerca dos direitos reais

O posicionamento da posse no Código Civil justifica a apresentação de disposições gerais acerca dos direitos reais para, desde logo, inculcar no leitor a convicção da sua natureza jurídica, relevância e seus consectários. O Código Bevilacqua, de 1916, considerava a posse como Direito das Coisas, e o Código Reale, de 2002, também a considera assim. Ambos distinguem a posse como único direito das coisas, não a enquadrando como direito real. No entanto, não se pode comungar com essa distinção. Direito das Coisas e Direitos Reais integram o mesmo ramo do Direito Civil, que diz respeito à relação pessoa-bem, tanto é que os civilistas intitulam suas obras doutrinárias ora como Direitos Reais, ora como Direito das Coisas.

A impropriedade legislativa do ordenamento civilístico vigente se acentua ao ostentar no art. 1.225 o rol dos direitos reais que considera exaustivo, quando se sabe que é meramente exemplificativo. Assim, *verbi gratia*, no tocante à enfiteuse, ainda vigoram os arts. 678 e ss. do Código Civil de 1916, *ex vi* do art. 2.038 do Código Civil de 2002. Do rol do sobredito art. 1.225 não consta a cessão fiduciária, regulada pelos seguintes preceptivos legais: 22 e 23 da Lei n.º 4.864/1965, e 43, § único, do Decreto-Lei n.º 70/1966; 17, II, e 18, da Lei n.º 9.514/1997; 17, IV, 22 e ss. (alienação fiduciária sobre imóveis) desse mesmo diploma legal, *id est*, a Lei n.º 9.514/1997, e também sobre coisas móveis, tratada no art. 1.361 do CC/2002, não encartada entre os direitos reais de garantia, e sim no Capítulo IX, com o *nomem jûris* “propriedade fiduciária”.

Os direitos reais ou direitos das coisas são compostos por três elementos: a) o sujeito ativo ou titular; b) o bem, objeto do direito; e c) a relação jurídica e direta que se estabelece entre o titular e o bem. A titularidade do direito é atribuída à pessoa física ou jurídica. O bem pode ser móvel ou imóvel. Sobre este recai a maioria dos direitos reais. A relação jurídica pode ser efetiva, imediata ou real, constatada pelo contato direto com o bem, ou mediata por ficção. Esta se verifica por um liame indissolúvel e imaterial que é mantido enquanto a pessoa física ou jurídica estiver investida na titularidade do direito real, ainda que o bem não se encontre debaixo das suas mãos.

A relação jurídica presente nos direitos reais se subdivide em: interna, principal ou imediata, e externa, secundária ou mediata.

Ambas as relações jurídicas são compostas por poderes. A relação jurídica principal ou interna se caracteriza pelos poderes de inflexão, sequela e soberania. A relação secundária ou externa se caracteriza pelo poder *erga omnes* e de imposição de obrigações ao sujeito passivo determinado, quando for possível estipular.

Na relação interna ou principal, destaca-se a inflexão, o poder que se forma entre o sujeito ativo ou titular e o bem. É um poder imediato e real que vincula este àquele, permitindo o exercício de um conjunto de atos materiais que o titular do direito real direciona à coisa, conservando-a, de modo a usá-la e fruí-la. Esse poder se desdobra em mais dois: perseguir e reivindicar o bem, vale dizer, o poder de sequela ou *persecutio* e de sua recuperação (*restitutio* ou *reivindicatio*).

No exercício do poder de sequela o titular do direito real fica autorizado a pleitear a restituição da coisa toda vez que outrem injustamente a possua ou detenha, judicialmente, por meio das ações que são postas à sua disposição (reintegração, imissão de posse, busca e apreensão e reivindicação) e extrajudicialmente, quando a lei permite, como ocorre com a legítima defesa e o desforço imediato. A *persecutio* é o poder que serve de lastro para o titular fundamentar a pretensão de — fazendo valer o direito real — reaver, se investir ou recuperar o bem a ele vinculado.

O art. 1.882 do Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994/2014, conceitua o direito real como “[...] *el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código*”. Prossequindo, o Código Lorenzetti ratifica o que pode ser considerado direito real, dispondo no art. 1886 que o direito real “[...] *atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente*”. Ditos preceptivos legais — tais como implicitamente ocorre com as normas que regem os direitos reais, no caso brasileiro — referem-se aos poderes de inflexão e de sequela exercidos pelo titular sobre o bem, poderes estes que não são encontrados em qualquer outro direito constante do Código Civil ou das leis extravagantes que integram o Direito Civil ou os demais ramos do direito privado.

A soberania dos direitos reais se traduz no seu poder absoluto sobre o bem, de grande amplitude de exercício pelo seu titular, o que não caracteriza qualquer outro direito integrante do direito privado ao se proceder ao cotejo com os direitos obrigacionais e contratuais. Quando o direito não se emoldura entre os reais, seu titular, em regra, não porfia por sua conservação, simplesmente o exerce para vê-lo cumprido, tendo interesse na sua extinção. Ele não dispõe de poder de uso ou fruição, nem pode perseguir a coisa.

Na relação externa ou secundária, destaca-se o poder *erga omnes*, vale dizer, o poder de impor a todos o direito real. Trata-se do reconhecimento público, vale dizer, do dever de todos os indivíduos participativos da sociedade de se absterem do exercício de direito sobre o bem do titular do direito real. Enquanto os direitos pessoais ou obrigacionais se desenvolvem entre os sujeitos ativo e passivo, exclusivamente, os reais são chamados de absolutos. Significa dizer que todas as pessoas da localidade onde se situa o bem — e também as afastadas — devem se abster de exercer atos materiais sobre ele, com respeito absoluto ao direito do titular do direito real, ficando submetidas a suportar os efeitos da decisão judicial ou das consequências extrajudiciais que lhes podem ser direcionadas.

O poder de imposição de obrigações ao sujeito passivo, ínsito aos direitos reais sobre coisa alheia, só se verifica quando o titular do direito de propriedade com aquele convencionou outro direito real de menor envergadura jurídica, tal como a superfície. Decorre da relação jurídica que se forma entre o titular deste e do direito real constituído pelo negócio jurídico, no permissivo do princípio da elasticidade do domínio, o que não é admitido na posse que, em regra, não conta com transcrição no registro imobiliário.

No que diz respeito à sua utilidade, os direitos reais são considerados absolutos, porque proporcionam ao seu titular os benefícios do uso e da fruição. Esse caráter absoluto provém do poder de inflexão, que é um dos atributos dos direitos reais. Alguns destes possibilitam o direito de transferência do seu exercício para terceira pessoa, onerosa ou gratuitamente, como ocorre com a posse, a propriedade, a enfiteuse, a superfície, o direito do promissário comprador (direito real de aquisição), a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

Dizer que o direito real é absoluto não significa afirmar que o seu exercício é ilimitado. O que se vislumbra é uma amplitude maior do exercício de direitos a ele inerentes, que não são encontrados nos direitos obrigacionais ou pessoais. É o que foi dito sobre a soberania. Demais disso, em razão da sua natureza, os direitos reais são duradouros.

A fruição não é direito comum aos direitos pessoais; nem o poder de transmitir o exercício do direito real. Os direitos obrigacionais e pessoais limitam-se, *exempli gratia*, a valores que devem ser satisfeitos, ou seja, pagos e recebidos, como o crédito e o direito à pensão alimentícia. Os negócios jurídicos de índole pessoal são restritos ao benefício ou ao uso não muito duradouro do bem. Isto pode ser constatado quando se analisa o conteúdo da fiança, promessa de recompensa, gestão de negócio, comodato, locação, mútuo, transporte, condução gratuita, cessão de crédito, transação, arbitragem, mediação e tantos outros.

O Código Reale, malgrado editado na Era Hipermoderna— em que “tudo se passa como se estivéssemos ido da era do *pós* para a era do *hiper*”, na qual “nasce uma nova sociedade moderna”, como diz Lipovetsky (2007, p. 56)—, reproduziu o art. 676 do Código Bevilacqua, mantendo, no art. 1.227, o critério seletivo para considerar direito real sobre bem imóvel o que advier de título submetido ao registro imobiliário. A regra, contudo, comporta a exceção, que é a posse jurídica, quando exercida com independência e, em regra, *animus domini*, ainda mais quando, na Era Contemporânea ou Hipermoderna, já se admite o registro de duas das suas espécies.

Diante do que dispõe o preceptivo do art. 1.225, ainda assim, a dúvida pode persistir. Cumpre, portanto, indagar: há algum direito real que recai em imóvel que, em princípio, não se credencia ao registro? Sim, como foi anunciado: a posse. E quando esta recai sobre um bem móvel, deixa de ser direito real, já que esse direito, em regra, não é registrado em setor do registro público? Não. Melhor formular a seguinte indagação para se identificar se um direito é pessoal ou real, ou, ainda como sustentam alguns autores, se é um poder de fato ou de direito: o direito investigado se caracteriza por duas relações jurídicas? Se a resposta for positiva, trata-se de direito real; ao revés, é pessoal. Pergunta-se ainda: que relações são estas? Resposta: uma interna e outra externa, tal como foi visto.

Cumpre recordar o conceito de direito subjetivo. É aquele que à faculdade de agir do titular há correspondência de um dever

jurídico. Quando o titular exerce o direito real, em que consiste esse dever? No de abstenção de todos os que não forem titulares, devendo se manter afastados do exercício ou da tentativa de exercício de atos materiais sobre o bem do possuidor. As pessoas naturais ou jurídicas não estão autorizadas a usar ou fruir do bem que se encontra sob o poder físico-jurídico de quem exerce a titularidade da posse. Os direitos que se regem por essa e pelas demais características antes ressaltadas são denominados direitos reais ou direitos das coisas.

2. A posse como direito subjetivo real

2.1 O conceito de posse

Muito se discute sobre o conceito de posse, sendo sustentadas teorias a seu respeito, destacando-se as teorias subjetiva, objetiva e social. Para as duas primeiras teorias, a posse deve levar em conta os elementos constitutivos do direito subjetivo em epígrafe. Os elementos constitutivos da posse podem influenciar doutrinadores e legisladores, como se infere da leitura das normas constantes dos Códigos Bevilacqua e Reale.

A teoria subjetiva, que tem como precursor Savigny (apud Bevilacqua, 1955), defende que a posse consiste no poder físico do indivíduo de dispor fisicamente de uma coisa, com a intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem. De acordo com essa teoria, a posse é constituída por dois elementos: *corpus* e *animus*. O *corpus* é o poder físico sobre o bem, o que vai se traduzir no poder de inflexão, elemento constitutivo dos direitos reais ou das coisas. O *animus* é a intenção do possuidor de ter a coisa como sua. A teoria subjetiva submete a definição de posse à intenção do possuidor de ser proprietário, isto é, o *animus rem sibi habendi*. Bevilacqua (1955, p. 7) transcreve o pensamento de Savigny: “[...] embora revistos os caracteres do domínio, a posse é mero fato”.

A teoria objetiva, que tem Ihering como seu precursor, entende que a posse consiste no poder físico do indivíduo sobre a coisa, independentemente da intenção de tê-la para si. Consoante essa teoria, o *animus* não é elemento constitutivo da posse, apenas

uma característica implícita no poder físico. Para a teoria objetiva, a posse traz em si correlação com a propriedade, pois consiste numa exteriorização desta. A posse é a visibilidade do domínio, de acordo com a teoria objetiva. Bevilacqua (1955) ressalta que, para Ihering, a posse é um direito.

A teoria social tem Kohler como defensor. Para esse autor, a posse não integra o direito. Transcrevendo o entendimento desse autor, Bevilacqua (1955, p. 8) registra que “[...] o instituto da posse pertence a esse estado de paz; é instituto social que não se regula segundo os princípios fundamentais do direito individualista”. Essa teoria não agradou aos juristas, pois afasta as teses tradicionais, no sentido de que a posse se traduz em poder de fato, ou é um direito. Na verdade, desde o Direito de Justiniano a doutrina reconhece que a posse é um direito, conforme registra Chamoun (1968). No mesmo sentido, Alves (2010, p. 275): “[...] só no período pós-clássico é que — segundo demonstração de Albertario — surgiu a ideia de que a posse seria um direito [...]”.

Nenhum poder ou relação de fato, por mais relevância jurídica que irradie, tem o condão de se convolar em direito. Negacionistas insistem em sustentar que na posse sobre um bem há relação de fato. Entrementes, nenhuma relação desse jaez gera tantos direitos ou efeitos como a posse, de acordo com o que será estudado.

O preceptivo inscrito no art. 485 do Código Civil de 1916 adotou a teoria objetiva ao conceituar o possuidor. O art. 1.196 do Código Civil de 2002 reproduz a norma, excluindo, tão somente, a penúltima palavra, ou seja, “domínio”. Sem qualquer menção à intenção de ter a coisa para si, vale dizer, dispensando o elemento subjetivo *animus*, para que alguém possa ser considerado possuidor, perante o que dispõe a sobredita norma do Estatuto Civil vigente, basta exercer um dos poderes inerentes à propriedade: uso, fruição ou disposição. Este último poder é exclusivo do titular do direito de propriedade. Logo, se o indivíduo exerce os poderes de uso ou de uso e fruição, com ou sem autorização do proprietário, ele é possuidor do bem que se encontra sob o seu poder físico. Se possuidor independente for, poderá, ainda, transferir o exercício desse poder para outrem, por cessão gratuita ou onerosa da posse.

Desse breve estudo apresenta-se o seu conceito. A posse é um direito subjetivo real, de caráter provisório, em que o titular

exerce um conjunto de atos materiais sobre a coisa própria ou alheia, tendentes a conservá-la para que dela possa usar e fruir. Procedendo-se ao desdobramento do conceito, tem-se que a posse é um direito subjetivo. A relação jurídica que se forma entre titular e bem, através de um poder para uso e fruição deste, com conservação, de modo a impor respeito aos demais indivíduos participativos (da sociedade), é reconhecidamente um direito. Se o exercício do precitado poder sobre a coisa institui respeito, significa dizer que, à faculdade de agir do titular do conjunto de atos de poder e de conservação, corresponde um dever de abstenção pelos demais integrantes da sociedade local. Se à faculdade de agir do titular do poder é imposto um dever jurídico de abstenção a todo aquele que não o exerce, é porque a posse é um direito subjetivo.

A relação jurídica entre possuidor e bem também conta com o poder de inflexão, antes abordado. Ele o direciona à coisa, alvejando o seu uso e fruição, sendo-lhe facultado, quando não mais tiver interesse, transferir o seu exercício para outrem, gratuita ou onerosamente (Vieira, 2021, p. 258). No caso de alguém ameaçar, esbulhar ou turbar o exercício, o titular pode se socorrer do direito de seqüela ou *persecutio*, podendo, ainda, como também será analisado, defendê-la *motu proprio*, vale dizer, extrajudicialmente, contanto que atue logo que ocorram os atos turbativos ou espoliativos, haja vista a relevância que o legislador deu a esse “direito das coisas”, apesar de, por mero capricho, não o chamar de direito real. Não há como emoldurar a posse dentre os direitos pessoais. Estando presentes, no seu exercício, os poderes de inflexão e de seqüela, a posse ingressa no campo dos direitos subjetivos reais.

A posse é um direito subjetivo real provisório, em virtude de o possuidor exercer o poder físico de inflexão sobre a coisa, com ou sem título, este, em princípio, não registrável, quando recair em imóvel. No caso de o exercício se dar sobre direito de propriedade alheio, enquanto esse direito não for consumido pela prescrição extintiva, o possuidor não o adquirir pela prescrição constitutiva e o proprietário não aforar as ações cabíveis para afastá-lo do poder de inflexão, a posse se classifica como direito subjetivo provisório.

2.2 A infrutífera e obsoleta discussão sobre sua natureza jurídica

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Respeitáveis civilistas defendem que a posse não é um direito, e sim poder de fato sobre um bem. Assim entendem, dentre outros, Venosa (2017); Lôbo (2015) — este, com esteio em Tito Fulgêncio —; Gonçalves (2017); Nader (2013); e Scavone Junior (2015). Ao comentar o desdobramento da posse em direta e indireta, Bevilacqua (1955, p. 9) sustenta que a posse é “estado de fato que corresponde ao exercício pleno ou limitado do direito de propriedade”. Expondo as correntes doutrinárias defendidas pelos autores que consideram a posse como direito ou como poder de fato, Rizzardo (2011, p. 24 e 27) apresenta entendimento intermediário, destacando que “domina o entendimento de conceber-se a posse como um exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao da propriedade ou de direito real”.

A discussão acerca da sua natureza jurídica perde o valor perante o estudo desenvolvido, em virtude do que já foi sustentado: que a posse integra o único *direito* do Título I, do Livro III, da Parte Especial do Estatuto Civil, que trata do Direito das Coisas, o qual só pode ser visto como gênero dos Direitos Reais. Por isso, Pereira (2015, p. 22) não hesita em afirmar que a posse, “[...] sem embargo de opiniões em contrário, é um direito real, com todas as suas características; oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado etc.”. Igualmente Melo (2015, p. 35), ao sustentar: “[...] servindo-se de uma interpretação sistemática temos que se encontram na posse todas as características de um direito real, pois o seu objeto é uma coisa determinada e não a prestação”. E ainda Viana (2006, p. 21), afirmando que “a posse é um direito subjetivo de natureza real”, assim como Gomes (1976); Monteiro (2003b); Tartuce (2016); Farias e Rosenvald (2015); Coelho (2009); Diniz (2007); Daibert (1979); e Torres (2007).

A posse é reconhecida como exercício de direito, consoante o disposto no art. 2255 do Code Napoléonien, na redação da Loi 2008-561, de 17 de junho de 2008: “*La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom*”. O artigo 1251^o do Código Civil Português

>>|

<< Sumário

dispõe que: “Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”. Esse preceptivo legal está encartado no Livro III, referente ao Direito das Coisas, Título I, inaugurando-o. E está posicionado no mesmo patamar do direito de propriedade, o qual está apresentado no artigo 1302^º, integrando o Título II. Sendo assim, a posse é um direito real.

Após apresentar a divisão da sua codificação em seis livros, o Código Civil e Comercial argentino se dedica aos *Derechos Reales* no *Libro Cuarto*. A posse está enquadrada como *derecho real* no Título II, do sobredito *Libro Cuarto*. Dispõe o art. 1.909: “*Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no*”. Ela integra os direitos dotados de um poder jurídico, isto é, de duas faculdades, ou seja, persecução e preferência, como anunciado no precitado art. 1.882. Consagrando sua autênticanatureza jurídica, resta enfatizado no art. 1891, 1ª parte: “*Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca*”, erigindo a posse no principal direito real sobre o qual recaem e se exercem os demais.

O exercício da posse é o pressuposto de existência e de validade de todos os direitos reais. Sem posse, bem diz a precitada norma civilista argentina — à exceção de apenas dois direitos reais, ou seja, a servidão predial e a hipoteca — nenhum outro direito real pode ser exercido por meio de comportamento comissivo.

No âmbito do Código Civil brasileiro, é certo afirmar que, adotada a teoria objetiva de Ihering, como já ressaltado, *i.e.*, que o art. 1.196 considera a posse como fruto de um efetivo exercício pleno ou limitado de alguns dos poderes inerentes à propriedade — e integrando o único título do Livro III, referente ao Direito das Coisas, repita-se, a posse não pode ser considerada um direito obrigacional nem um poder de fato. O anúncio de que ela é um *direito* das coisas dá-se em primeira mão, compondo o primeiro título, como também anunciava o art. 485 do Código Bevilacqua. Sobre o tema, anota Dantas (1981, p. 22-23):

Ora, já que o dever jurídico que corresponde à posse é um dever que recai sobre todos, não se pode ter dúvidas de que se trata de um direito absoluto. Já que

o objeto da posse é a coisa, totalmente entregue ao possuidor, também se vê que não pode ser direito da personalidade e sim direito real. É legítimo, portanto, incluir-se a posse ao lado dos direitos reais, fazendo mesmo, dela, um tratamento preliminar, por isso que informa todos os direitos e é um instituto paralelo ao direito das coisas.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Cumpre observar que os demais direitos das coisas, chamados de reais, ficaram em segundo plano, consoante o alentado rol constante do art. 1.225 do Estatuto Civilístico, que não é exaustivo. Pergunta-se para os doutrinadores que insistem em considerar a posse como mero poder de fato sobre um bem: qual é a razão de o legislador civil haver encartado a posse como o único “direito” das coisas, vanguardista, quando poderia muito bem emoldurá-la como integrante de um título discreto, sob outra designação, após apresentar os que são chamados de direitos reais? Resposta: porque é o mais relevante de todos direitos reais, tanto é que autoriza o seu titular a defendê-lo extrajudicialmente (autotutela) e se convola em propriedade pela prescrição constitutiva. Reverencia-se mais uma vez o precitado art. 1.891 do Código Civil e Comercial argentino: à exceção da servidão predial e da hipoteca, todos os direitos reais são exercidos por meio da posse.

Na verdade, houve parcimônia do legislador em reconhecer a posse como direito real, quando deixou de encartá-la no quadro geral dessa categoria de direito, preferindo chamá-la de *direito* das coisas. Por outro lado, se acanhamento não houve, o enquadramento como único *direito* das coisas no Livro III, do Estatuto Civilístico, se traduz em injustificável preconceito legal, voltado para afastar a posse do mencionado rol. O tempo em que nenhuma posse sobre imóvel podia ser registrada está superado por diplomas expedidos nos dias coevos da Era Hipermoderna.

A Lei n.º 11.977/2009 e a Lei n.º 12.424/2001, *exempli gratia*, acrescentaram, respectivamente, o § 4º ao art. 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, e o § nº 36, ao inciso I do art. 167, da Lei n.º 6.015/1973, para permitir o registro da imissão provisória na posse, concedida nos autos da ação de desapropriação, às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado concessionárias de serviço

>>|

<< Sumário

público. A mesma Lei n.º 11.977/2009 acrescentou o item n.º 41 ao inciso I, do art. 167, da Lei n.º 6.015/1973, autorizando o registro da legitimação de posse que, após o decurso do prazo ali previsto, se converte em propriedade, sendo necessário um novo registro, consoante o disposto no item n.º 42, do inciso I, do referido art. 167, da Lei de Registros Públicos. Recentemente, o art. 30 da Lei n.º 14.620/2023 acrescentou ao art. 1.225 do Código Civil o inciso XIV, para incluir no rol dos direitos reais os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e a respectiva cessão e promessa de cessão nos autos da ação de desapropriação. Em todos esses casos, a posse e os direitos dela oriundos podem ser registrados, colocando a última pá de terra no fêretro do seu enquadramento como poder de fato.

2.3 Características e atributos da posse

Ainda que o direito em epígrafe não possa comumente ser levado ao registro imobiliário para não se defrontar com o direito de propriedade — no caso de estar registrado em nome diverso do possuidor —, não se olvide de que a posse é credora dos mesmos atributos do direito real. Isto porque ela se caracteriza por uma relação jurídica principal e outra secundária. A principal, que se forma entre o titular e a coisa, de matiz real, é regida pelos atributos da inflexão, sequela e soberania, em certas condições; a secundária — que se aproxima de uma relação de índole obrigacional — é regida pelo atributo *erga omnes*. Na relação jurídica principal, recorda-se, estão presentes os atributos da inflexão ou do poder físico material e da sequela ou *persecutio*.

O atributo da inflexão consiste no poder que o titular da posse exerce sobre a coisa, possibilitando-o usar, fruir e transferir o seu exercício para outrem. Assemelha-se a uma linha de pipa invisível, encarregada de mantê-la no céu para reagir quando o seu titular suporta a ameaça de ver essa linha cortada por outra linha de ca-fifa pertencente a possuidor diverso. O atributo da perseguição ou sequela concede ao possuidor o direito de perseguir a coisa onde quer que ela se encontre. Se a mesma linha do poder de inflexão arrebenta, ou se a pipa do possuidor for cortada pela linha de

outro, ou se o vento estiver fraco e ele tiver oportunidade, poderá persegui-la para recuperá-la, levando-se em conta os poderes de inflexão e de *persecutio* ou sequela.

O poder de sequela legitima o possuidor, que teve a posse esbulhada, a se servir do desforço imediato ou da ação de reintegração de posse. O titular do domínio que pretende reaver o *jus possidendi*, ínsito à propriedade, deve se socorrer da ação reivindicatória, se não estava no exercício da posse. Estando no seu exercício, ambos podem se servir do desforço imediato de que trata o art. 1.210, § 1º, do Estatuto Civil. Os atributos da inflexão e da sequela concedem ao possuidor o direito de se manter ou ser restituído na posse do bem extrajudicialmente.

Na relação jurídica secundária, o atributo *erga omnes*, ou absoluto, se traduz na indeterminação do sujeito passivo e no dever jurídico de abstenção que os demais indivíduos participativos se sujeitam, no sentido do não exercício de atos materiais sobre o bem que se encontra sob o poder de inflexão do possuidor. No momento em que um titular exerce posse, todos devem se afastar (art. 446 do Código Civil espanhol), salvo no caso da compossse, de que trata o art.1.197, da Lei Civil, em que inexiste exclusividade. A exclusividade é a regra. À exceção da compossse, não existem outras situações em que um possuidor exerce posse em conjunto com outro. No desdobramento da posse em direta e indireta, o possuidor originário perde o poder de inflexão, mantendo-o ficticiamente com o possuidor derivado.

Embora reconhecida como direito de caráter provisório — porque, na maioria das vezes o titular do seu exercício pretende se tornar proprietário —, a posse desfruta da qualidade e tem natureza de direito real, tal como foi analisado. Via de consequência, a provisoriedade da posse é também um atributo desse direito real, enquanto não convalidada em propriedade, ao reverso desta, considerada direito definitivo ou peremptório. Somente no caso de a posse decorrer do direito de propriedade, ou seja, quando se tratar de *jus possidendi*, é que ela não pode ser emolurada como direito real provisório. Nesse caso, verifica-se que o proprietário é a pessoa que tem a intenção de ser possuidor definitivo, pelo exercício de poder físico-jurídico que advém do registro do título de aquisição.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

O caráter provisório da posse, entretanto, não tem o condão de excluí-la do quadro dos direitos reais de gozo ou fruição, pois relevante é a reunião dos atributos comuns a essa espécie. O ingresso do indivíduo no exercício da posse se convola em direito subjetivo. Isso, por si só, faz eclodir o poder de inflexão, afastando os demais indivíduos do poder de direcionar atos materiais à coisa. Denominando o direito real em epígrafe como posse e utilizando o linguajar próprio do seu tempo, salienta Hegel (1997, p. 80):

O ato corporal de apropriar é, do ponto de vista sensível, a maneira mais perfeita de posse, já que estou presente nela e manifesto minha vontade, que é reconhecida. Em geral, contudo, é um ato subjetivo temporário, como também limitado na sua extensão quantitativa e na natureza qualitativa dos objetos.

3. Espécies e graduação

Em decorrência dos poderes de inflexão e de sequela, o possuidor pode exercer a posse em caráter permanente ou esporadicamente, ou, ainda, delegar esse exercício a terceiro, em maior consagração da autonomia desse direito real, em que se destacam os direitos de usar e fruir da coisa e de sua conservação. Na maioria das vezes, o possuidor quer manter o poder físico-jurídico *ad eternum*; em outras, ele mantém esse poder durante certo tempo, para depois transferi-lo a terceiro, proclamando a autonomia da posse com relação à propriedade, no caso de esse direito não ser exercido pelo titular.

3.1 As diversas espécies

A classificação da posse, consagradora das suas espécies, leva em conta: a) a possibilidade do seu desmembramento; b) realidade ou aparência; c) exclusividade ou coletividade; d) liceidade ou ilicitude; e) boa ou má intenção do possuidor; f) juventude ou vetustez; g) proteção judicial ou proteção com intenção subjetiva; h) o direito de propriedade ou sua autonomia; i) sua origem ou transmissão; j) a titularidade do bem; k) o objeto do seu exercício. As espécies são destacadas.

Ao se considerar a possibilidade de desmembramento, a posse pode ser direta ou indireta. Dito desdobramento se traduz numa ficção jurídica. A posse direta decorre sempre de negócio jurídico. O possuidor direto utiliza a coisa de quem lhe concedeu a posse temporariamente, podendo ser breve ou duradoura, ou seja, enquanto o negócio jurídico vigorar. A indireta resulta da perda do interesse do possuidor em desfrutar da utilização do bem. Ele transfere esses poderes a terceiro por meio de contrato, que pode originar direito pessoal ou real. Desdobrada, passam a coexistir duas posses: a de substância desse direito, um arremedo de posse invisível, que continua na titularidade de quem a desmembrou, ou seja, a posse indireta, e a posse de uso ou de uso e fruição de quem a recebeu, *ex vi* de contrato pessoal ou real, oneroso ou gratuito, vale dizer, a direta.

A posse direta também se denomina contratual, dependente, subordinada, derivada, acessória e temporária, porque tem fulcro em negócio jurídico em que o uso ou o uso e fruição são concedidos, em regra, por tempo determinado ou, no máximo, em caráter vitalício. O termo resolutivo — elemento accidental que subordina os efeitos jurídicos do contrato a evento futuro e certo — quase sempre está presente no desdobramento possessório. Da posse direta, oriunda do desdobramento, trata o art. 1.197 do Estatuto Civil. Algumas modalidades de posse direta não originam direito subjetivo real. Para os civilistas que consideram a posse como um simples poder de fato e não um direito subjetivo real, os primeiros exemplos, adiante apresentados, podem servir para a tese que eles sustentam. São exemplos de posse direta que se situam no campo do direito obrigacional: as exercidas pelo locatário, comodatário, depositário, arrendatário ou parceiro de imóvel rural (arts. 92; 95, II; 96, II, III e IV, da Lei n.º 4.504/1964) e do arrendatário de imóvel residencial com opção de compra (arts. 1º e ss. da Lei n.º 10.188/2001).

A posse direta exercida pelo enfiteuta ou foreiro, superficiário, usufrutuário, concessionário de uso especial para fins de moradia ou de direito real de uso, usuário e habitador, não é simplesmente temporária, podendo ser emoldurada como duradoura. Ela advém de negócio jurídico real, que constitui direito real sobre coisa alheia. A do foreiro é *sui generis*, porque perpétua, decorrente do *jus possidendi*; a posse do usufrutuário, usuário e do habitador, em regra é vitalícia, e a do superficiário e do concessionário do direito real de uso perduram por longo prazo, de acordo com o contrato que lhe deu origem.

A única posse contratual que não é dependente e dá origem à aquisição pela prescrição constitutiva — caso seja impossível a obtenção do domínio por meio da escritura definitiva do bem imóvel — é a do promissário comprador, cujo instrumento preliminar, por alguma razão, não pode ser registrado. Isto se deve ao fato de já ter ocorrido o início de transmissão da propriedade pela celebração da promessa irretratável de compra e venda, levada ou não ao Registro de Imóveis. O promissário comprador não exerce posse contratual subordinada. Esta advém de um contrato, que é preliminar de compra e venda.

No que tange à vinculação, isto é, realidade ou aparência, a posse pode ser jurídica ou natural. A primeira, posse jurídica, é a verdadeiramente protegida pelos interditos possessórios (ações possessórias), sendo também chamada posse civil ou inteligível, por representar o exercício do direito subjetivo real em que o titular usa e frui da coisa por seu próprio mando, ainda que em caráter provisório. A segunda, a natural, é uma simples aparência de posse, em que o indivíduo está autorizado a ter o bem móvel em suas mãos ou exercer o uso do imóvel, fazendo-o em nome de outrem.

O possuidor aparente se vincula a atuar subordinadamente em nome do possuidor real, mediante ordens e instruções deste. O possuidor aparente é cognominado detentor, sendo também conhecido como tenente ou fâmulos da posse. Da detenção, cuida o art. 1.198 da Lei Civil, que identifica o detentor como aquele que guarda dependência com o possuidor, conservando a posse em nome deste e em atendimento às ordens e instruções suas. No mesmo sentido dispõem o artigo 1252º do Código Civil Português e o art. 1.919 do Código Civil e Comercial da nação argentina. São exemplos: o administrador ou o caseiro da fazenda ou do sítio, a empregada doméstica, o motorista particular autorizado a levar o carro do patrão para sua residência.

A posse jurídica é a única que possibilita a continuidade do seu exercício, ainda que o titular desse direito real se afaste fisicamente da coisa. Como diz Kant (2005, p. 63), “[...] uma posse inteligível (de ser possível) é uma posse sem ocupação (*detentio*)”. No mesmo sentido de que o poder de seqüela ou *persecutio* justifica a posse sem contato físico, Goyard-Fabre (2006, p. 109), com fulcro em Kant, amplia esse entendimento:

A *posse sensível* de um objeto é empírica e fenomênica; situa-se no contexto espaço-temporal; consiste em “ter agora um objeto na mão” e se resume, em suma, à sua simples detenção física, o que é o nível mais baixo, ainda juridicamente inautêntico, da posse. A *posse inteligível* se situa, por sua vez, num nível muito diferente de compreensão. Ela é, diz Kant, que nisso parece aproximar-se de Leibniz e de Wolff, uma “posse racional”, que em nada implica a detenção empírica de um objeto: essa “posse sem detenção” (*Inhabung*) se situa fora dos limites da sensibilidade.

A posse natural ou detenção também é chamada de posse sensível, empírica e tenência. Essa nomenclatura se deve ao fato de o detentor ter e não possuir a coisa. “Ter” não significa poder de possuir, no linguajar do estudo da posse, o que já não ocorre com “possuir”, que se traduz exatamente neste poder. A tenência ou detenção não se credencia à proteção possessória, uma vez que somente para o estudo de classificação doutrinária é considerada posse (natural), como o próprio nome está a indicar. O detentor não pode propor ação de manutenção ou de reintegração de posse, nem interdito proibitório, mas pode figurar como sujeito passivo de ação reivindicatória, proposta pelo proprietário, *ex vi* do art. 1.228, *in fine*, do Estatuto Civilístico, ao ressaltar que o titular do domínio tem o direito de reaver — entenda-se reivindicar — o imóvel de quem injustamente o possua ou detenha.

No que diz respeito à sua exclusividade ou coletividade, a posse pode ser individual ou exclusiva e coletiva ou composses. Como se vê da leitura do art. 1.199 do Código Civil, não há desdobramento da posse, e sim fracionamento, na proporção dos titulares da posse coletiva, que há de ser exercida simultaneamente, não podendo um compossuidor excluir o exercício da posse pelos demais. Na posse individual, há somente um titular, sem dividir o seu exercício com outro; na posse coletiva ou composses, dois ou mais indivíduos a exercem simultaneamente, no mesmo sentido. Os compossuidores se encontram na mesma posição jurídica, e não em posições contrárias.

No pertinente à liceidade (licitude) ou ilicitude, ou se o seu exercício contraria preceito legal, a posse pode ser justa ou mansa

e pacífica, e injusta ou viciada. Da posse injusta, nas três modalidades, trata o art. 1.200 do Código Civil. Se divide em: violenta, clandestina e precária. Ratifica-se a classificação em comento. Justa é a posse que se apresenta em consonância com a lei; injusta, a que abalroa preceptivo legal. Procede-se ao estudo da posse injusta analisando-se a graduação da ilicitude de quem a exerce.

A posse violenta é a adquirida pela força (*vi*). A violência para obtenção da posse de bem alheio pode ser física ou praticada mediante grave ameaça, tal como ocorre no defeito do negócio jurídico coação, de que tratam os arts. 151 e ss. do Código Civil. Quando o agente invade, com violência ou grave ameaça, ou mediante concurso de duas ou mais pessoas, terreno ou construção de outrem, comete esbulho possessório. A conduta do esbulhador se emoldura no *Tatbestand* inscrito no art. 161, II, do Estatuto Penal. Tratando-se de bem móvel, o agente incide no crime de roubo, de que trata o art. 157 do Estatuto Repressivo.

A posse clandestina é obtida sub-repticiamente, na ausência do possuidor, que se afasta temporariamente do exercício do poder físico do bem (*clam*). A investidura ilícita na posse do bem se dá quando o possuidor não está fisicamente presente, ainda que por horas ou poucos dias. No que diz respeito ao bem imóvel, esse comportamento não constitui delito. Tratando-se de bem móvel, o esbulhador responde por furto (art. 155 do Código Penal).

A posse precária se origina do abuso de confiança (*precario*). A precariedade tem origem no advento do termo resolutivo negocial. O negócio jurídico que dá origem à posse precária, em regra, é o contrato. Ao se encerrar, aquele que não devolve o bem ao possuidor convola a posse justa em injusta. Não constitui crime, salvo quando a não devolução de bem móvel se dá em caráter definitivo, incidindo o possuidor direto no delito de apropriação indébita, previsto no art. 169 da Lei Penal.

Se o contrato é formal ou solene, ou seja, foi celebrado por escrito, dele constando termo inicial ou suspensivo (*dies a quo*) e final ou resolutivo (*dies ad quem*), a obrigação de devolver a coisa é positiva e líquida. O dia previsto para a restituição do bem serve de aviso ao possuidor direto, no caso, devedor da entrega da coisa. A mora, *in hypothesi sub examen*, é da espécie *ex re*, incidindo a regra *dies interpellat pro homine*, ficando o possuidor

indireto dispensado de promover a interpelação do possuidor direto para constituí-lo em mora. Se o contrato é informal ou não solene, inexistindo prazo determinado para a devolução do bem, o possuidor indireto, para tanto, deve interpelar o possuidor direto. A mora, *in casu*, é *ex persona*. A transmutação da posse justa em injusta pela precariedade se emoldura na espécie posse ilícita, uma vez que o possuidor direto deixou de efetuar o pagamento, isto é, de satisfazer a prestação assumida: devolver a coisa, após o término do contrato, incidindo as normas inscritas nos arts. 389, 394, 395, 397, parágrafo único, e 398, todos da Lei Civil.

O comodatário que não devolve o imóvel ao comodante, encerrado o prazo ajustado, convola a posse direta em injusta. A partir do momento da transmutação da posse lícita em ilícita, pela precariedade, ele também pratica esbulho possessório. O mesmo pode ser dito do arrendatário no contrato de arrendamento de imóvel residencial, com opção de compra, de que trata a Lei n.º 10.188/2001, que tem como arrendadora a Caixa Econômica Federal. No instante em que o prazo da notificação para pagamento dos encargos em atraso é encerrado e o arrendatário não o satisfaz, o art. 9º do diploma legal ressaltado consagra expressamente a configuração do esbulho possessório, que autoriza a empresa pública federal a ingressar com ação de reintegração de posse.

As três espécies de posse injusta dão origem ao esbulho possessório. No entanto, a posse violenta e a posse clandestina podem convalescer. Cessada a violência ou a clandestinidade, vale dizer, passado o momento do exercício de coação física, grave ameaça ou da ocupação sub-reptícia, encontrando-se o novo possuidor acomodado, em pleno uso e fruição da coisa — malgrado esbulhador da posse de outrem —, será protegido contra terceiros. Ele só não o será contra o antigo possuidor, caso este afore demanda possessória ou petitória em seu desfavor, na hipótese de ser titular do *jus possidendi*. A posse passa a ser juridicamente protegida, ainda que obtida pela força, ameaça ou sub-repticiamente.

A posse subordinada, recebida em razão de negócio jurídico celebrado por prazo determinado ou não, por força do seu desdobramento, ou seja, direta, não tem a menor chance de convalescer. O *dies ad quem* do contrato por prazo determinado ou a

interpelação, que constitui o possuidor direto em mora, marca a obrigação de restituir. Não o fazendo, convola a posse direta em precária. A precariedade nunca cessa, por isso não foi incluída na norma do art. 1.208, 2ª parte, do Código Civil. A interpretação dessa norma consagra que a posse inicialmente injusta, nas duas modalidades — violenta ou clandestina —, após cessar a violência ou a clandestinidade, é considerada mansa e pacífica. Essa posse, embora não pareça, serve de lastro à prescrição constitutiva (aquisitiva), desde que estejam reunidas mais quatro características e se verifique o preenchimento dos requisitos legais. O art. 1.208, 2ª parte, vincula-se ao art. 1.200. Em direção bem assemelhada à conjugação de ambos os preceptivos do Estatuto Civil, dispõe o art. 2.263 do Code Civil: *“Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d’opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé”*.

De acordo com a boa ou má intenção do possuidor que a exerce, a posse pode ser de boa ou de má-fé. É o que dispõe o art. 1.201 do Estatuto Civilístico. Essa classificação leva em conta a teoria subjetiva de Savigny, ou seja, que vincula o poder físico da posse, o *corpus*, à intenção do possuidor de ter a coisa para si, *id est*, o *animus rem sibi habendi*. Sobre a posse de boa-fé, dispõe o artigo 1260º, item nº 1, do Código Civil Português, no sentido de que, quando o possuidor tem a intenção de adquirir o bem e desconhece o vício que lhe propiciaria sua aquisição, a posse por ele exercida é de boa-fé; conhecendo-o, ao reverso, trata-se de posse de má-fé. O que distingue a posse de boa-fé da posse de má-fé é a posição psicológica do possuidor.

A posse de má-fé nem sempre é ilícita. A violenta e a precária são ilícitas; a clandestina pode ser ou não, dependendo do conhecimento ou desconhecimento do possuidor do vício que o impede de adquirir o bem. O artigo 1260º, item nº 3, do Código Civil Português, estabelece que: *“A posse adquirida por violência é sempre considerada de má-fé, mesmo quando seja titulada”*. Repita-se: o relevante é a cognição do possuidor de que, por ocasião da sua investidura, a posse — em regra *jus possidendi* — pertence a outrem, impedindo-o, naquele momento, de adquirir o bem. Caracterizada a má-fé, deve o possuidor deixar de exercer atos de conservação sobre a coisa, salvo se aquele que tem direito à posse deixar de tomar a iniciativa para reavê-la.

A classificação em estudo assume relevância quando se leva em conta os consectários do exercício da posse de boa-fé e de má-fé. A de boa-fé confere ao possuidor direitos amplos ou o beneficia com redução do prazo para adquirir determinado direito. É o que se infere do direito à percepção dos frutos; à indenização por acessões e benfeitorias — com o consequente direito de retenção do bem até que venha a ser efetivamente satisfeito dos seus valores —; ao direito de transformar a posse em propriedade pela prescrição aquisitiva em prazo menor; ao direito de ser indenizado por haver semeado, plantado ou edificado em terreno alheio; e, por fim, ao direito de adquirir a parte invadida do terreno do vizinho que não ultrapassar 5%, desde que o valor da construção exceda o do terreno, nos termos dos arts. 1.214, 1.217, 1.219, 1.242, 1.255, 1.258 e 1.260 do Estatuto Civilístico.

O possuidor pode iniciar o exercício da posse estando de boa-fé. No entanto, se depois de certo tempo toma conhecimento do obstáculo que o impede de adquirir o bem, nesse momento ocorre sua transformação em posse de má-fé. Estabelece o art. 550 do Code Napoléonien, que: *“Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices”*. A boa-fé cessa no momento em que o vício é conhecido pelo possuidor. Diz a parte final do indigitado art. 550 do Code Civil: *“[...] Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus”*. Sobre a posse de boa-fé e má-fé, pronuncia-se o art. 1.920, primeira parte, do Código Civil e Comercial argentino: *“[...] La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición”*.

O momento da convalidação da posse de boa-fé em de má-fé é o da citação, toda vez que o possuidor é demandado em ação possessória ou de reivindicação. A propósito, não se olvide da leitura dos arts. 238 e 240 da Lei Processual Civil, com vinculação ao tema referente à transmutação da posse de boa-fé em de má-fé. Nesse sentido, dispõe o art. 1.920, 2ª parte, do Código Civil e Comercial argentino: *“No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio.”*

O titular da posse que tem justo título presume-se de boa-fé, consoante o estatuído no art. 1.201, § único, do *Codex Civil*. Em que

consiste o justo título? Apesar de parte da doutrina conceituar o justo título como aquele hábil a transmitir o domínio, se adviesse do titular deste, não há como se acolher esse entendimento.

Em primeiro lugar, porque o título que não emana do *tradens*, ou seja, do transmitente do domínio, é nulo de pleno direito, não produzindo qualquer efeito jurídico. Em segundo, porque o título que consagra a posse como de boa-fé não se confunde com o título que transmite a propriedade. Possivelmente os doutrinadores sofreram influência do disposto na primeira parte do precitado art. 550 do Code Civil, uma vez que essa norma da Lei Civil francesa consagra que o possuidor é de boa-fé quando, dispondo de título de propriedade, ignora os vícios nele contidos. Não tem a ver, *data venia*, com o justo título brasileiro.

O justo título é todo documento escrito, revestido de formalidades, capaz de demonstrar que quem exerce posse sobre o bem pode justificar a investidura no poder de inflexão. Não se traduz em qualquer título, e sim em um título formal, que justifica o ingresso da pessoa na posse do bem, numa demonstração de que a investidura não se deu por violência ou clandestinidade, nem que resulta da convalidação da posse direta em precária. É o documento que demonstra a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, como estabelece o art. 216-A, IV, da Lei n.º 6.015/1973, na redação dada pelo art. 1.071 do Código de Processo Civil, para o efeito do procedimento extrajudicial da prescrição aquisitiva (usucapião administrativa). É o que dá origem à posse titulada, a que se refere o artigo 1259º, item nº 1, do Código Civil Português: “Diz titulada a posse fundada em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente, quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico”. Se o possuidor desconhece o vício que o impede de adquirir a coisa e tem como justificar o exercício da posse com documento revestido de formalidades, constando, *exempli gratia*, a qualificação do *tradens*, o tempo em que este exerce posse sobre o bem, sua qualificação (*accipiens*), a discriminação do imóvel, informando se o negócio jurídico translativo é oneroso (preço da aquisição) ou gratuito e a investidura no poder de inflexão, presume-se a boa-fé.

Independentemente da citação, que dá conhecimento ao possuidor de que está exercendo posse sobre bem alheio, chamando-o

para responder aos termos de ação possessória ou petitória, as circunstâncias podem demonstrar que houve sua convalidação em posse de má-fé. Os meios de comunicação desses tempos hipermodernos, comuns à população, notadamente os eletrônicos, como *e-mail*, *Internet*, aplicativos do celular, WhatsApp, Facebook, Instagram e outros, firmam a presunção de que ele não ignora que possui o imóvel de outrem indevidamente. É o que consta do art. 1.202 do Código Civil.

Enquanto não for citado e não incidir presunção de que houve transmutação do caráter possessório, em razão da prova da presença de circunstâncias que demonstrem esse fato — sendo raro que um possuidor, nos dias coevos, não se sirva dos meios de comunicação antes ressaltados, uma vez que comuns a *quidam de populo* —, continua sua posse a desfrutar da qualidade de boa-fé. Em princípio, se ele dispõe de justo título, é porque a posse que lhe foi transferida pelo *tradens* — com o mesmo caráter que este exercia — era de boa-fé. Se, até o momento da transferência da titularidade da posse, o cedente exercia o poder de inflexão sem interrupção ou oposição de qualquer interessado, o cessionário, credor de documento escrito, revestido de formalidades, há que, por mais esse fundamento, ser considerado possuidor de boa-fé, consoante a norma inscrita no art. 1.203 do mesmo diploma legal.

No atinente à sua juventude ou vetustez, a posse pode ser nova ou velha. Desta classificação tratavam os arts. 507 e 508 do Código Bevilacqua, não reproduzidos pelo Código Reale. Ficou a cargo do legislador processual tratar de tema pertinente à concessão de liminar em ação possessória, levando em conta a data em que o direito real foi vilipendiado. A posse é considerada nova toda vez que a turbacão ou o esbulho ocorre em prazo igual ou inferior a um ano e um dia; ao reverso, a posse é velha. A distinção tem importância para o efeito de proteção possessória. A posse nova possibilita a adoção do rito especial das ações possessórias puras, autorizando o Estado-juiz a conceder a medida *inaudita altera parte*, ou seja, *initio litis*, ou após justificação prévia, conforme dispõem os arts. 558, 561, I, II e III, e 562, todos da Lei Processual Civil.

De conformidade com a proteção judicial ou proteção com intenção subjetiva, a posse pode ser *ad interdicta* e *ad usucapionem*. Trata-se de uma classificação que não tem tradução ao pé da letra,

indicando que se refere à posse juridicamente protegida pelos interditos ou àquela que, além de desfrutar dessa característica, pode também contar com algo mais: ser convolada em propriedade pela prescrição constitutiva ou aquisitiva, por meio da via judicial ou extrajudicial (usucapião administrativa). Melhor esclarecendo, a posse *ad interdicta*, como o próprio nome está a indicar, é aquela juridicamente protegida pelos interditos. A posse *ad usucapionem*, além de protegida pelas ações possessórias, é exercida pelo possuidor com a intenção de alcançar, pela prescrição aquisitiva, o direito de propriedade ou outro direito real registrável. Essa classificação permite estabelecer como requisito para sua caracterização ser imprescindível a presença do elemento subjetivo da posse, *id est*, o *animus rem sibi habendi*, consoante sustentado por Savigny.

O titular do *jus possidendi* — vale dizer, da posse que provém da propriedade — ou do *jus possessionis* — da posse que advém da própria posse —, tem a seu favor a posse *ad interdicta*. No exercício de uma ou de outra, a posse é protegida pelos interditos possessórios, sempre que houver violação do direito real que ostenta. Há uma exceção: quando por força de negócio jurídico o proprietário, titular do *jus possidendi*, desdobra a posse, originando a direta e permanecendo com a posse indireta — como ocorre com a superfície, o usufruto, o uso, a habitação, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, nos termos do art. 1.197 c/c art. 1.225, II, IV a VI, X, XI e XII, do Código Civil —, ele, durante a vigência do contrato que originou o direito real, não é possuidor *ad interdicta*, já que possuidor indireto. Provisoriamente, não tem *legitimatío ad causam* ativa para aforar ação possessória. Só o possuidor direto poderá ajuizá-la.

Malgrado não muito pacífico o entendimento, pode ser dito que este ocorre quando o possuidor *stricto sensu*, titular do *jus possessionis*, celebra com outrem contrato de comodato. O possuidor comodante se despoja do poder de inflexão, *ex vi* de contrato, notadamente escrito. Apesar de originar direito pessoal no momento em que transfere a posse direta para o comodatário, ele se afasta do direito de propor as ações possessórias em desfavor de quem ocupa o bem. Só o comodatário poderá fazê-lo.

A posse *ad usucapionem* é conhecida como posse pública ou ostensiva, em virtude da exibição, pelo possuidor, do poder de

inflexão e mando sobre a coisa, incutindo nos indivíduos participativos da comunidade a qualidade de titular do direito de propriedade. A posse assim exercida é tão manifesta que todos pensam que ele é o proprietário do bem.

O Código Civil não apresenta norma pertinente à posse *ad usucapionem*. Tal como o Código de 1916, o Estatuto de 2002 é preconceituoso, no sentido de considerar a usucapião como prescrição aquisitiva, reconhecendo apenas a prescrição extintiva ou liberatória, a partir do art. 189. Assim não procede, contudo, o art. 2.261 do Code Civil: “*Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire*”, nem o art. 1.900 do Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “*La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua*”.

No que concerne ao direito em que se funda, isto é, o de propriedade ou outro direito e sua autonomia, a posse se classifica em *jus possidendi* e *jus possessionis*. Ditas expressões, em latim, também não contam com tradução, nem indicam, de longe sequer, o seu significado. O *jus possidendi* é a posse que advém do direito de propriedade; o *jus possessionis* é a que decorre de um direito real de menor graduação que o direito de propriedade ou provém do exercício da própria posse ou de um direito real sobre o imóvel de outrem. É o caso da posse exercida pelo superficiário, usufrutuário, concessionário de uso especial para fins de moradia ou de direito real de uso, usuário, habitador. A posse exercida pelo comodatário e a do inquilino melhor se emolduram como direta, e não como *jus possessionis*.

A posse oriunda do direito de propriedade, o *jus possidendi*, tem função social por se tratar do dever a ser cumprido por todo titular do direito fundamental, *ex vi* da recomendação constitucional inscrita no art. 5º, XXIII, da Carta da República. Admitindo-se em parte a teoria objetiva de Ihering de que a posse é a exteriorização do exercício de um dos poderes inerentes à propriedade, como diz o art. 1.196 do Código Civil, ao conceituar possuidor, é certo afirmar que o *jus possidendi* tem função social, o que já não ocorre com o *jus possessionis*.

A posse proveniente do direito de propriedade ou do domínio útil — esta com origem na enfiteuse ou aforamento, que também

constitui direito de propriedade, ainda que limitado ao poder reduzido do senhorio direto — se traduz em *jus possidendi*. A posse exercida pelo titular do direito real de aquisição — que dispõe de promessa de compra e venda irretratável e irrevogável, registrada no Registro de Imóveis e já quitada com relação ao preço ajustado e ao pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel — se aproxima do *jus possidendi* do titular do direito de propriedade e se distancia da posse *jus possessionis*.

O promissário comprador naquelas condições é credor do direito à adjudicação do imóvel, nos termos dos arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil, e 216-B da Lei de Registros Públicos. Quando ele exerce o direito, não há como ser indeferido. O compromissário com título registrado é um possuidor *jus possidendi* por extensão, já que não pode ser destituído da posse por qualquer titular de direito real, sequer pelo compromitente, ou seja, pelo proprietário. Este se obrigou a transmitir o domínio ao compromissário, ocorrido o pagamento integral do preço. Logo, sua posse assim pode ser considerada.

No tocante à sua origem ou transmissão, a posse pode ser originária e derivada. A posse originária ou própria é a exercida pelo possuidor que a adquiriu por um dos modos originários como, *exempli gratia*, pela primeira ocupação ou investidura, ainda que clandestina. Não se verifica qualquer relação jurídica entre o antigo e o novo possuidor. A posse derivada se origina na transmissão que o antigo possuidor faz ao novo, gratuita ou onerosamente, ou decorre de uma ficção jurídica. Nessa espécie, *id est*, na derivada, há transmissão da posse por um dos modos de aquisição ou pelo direito sucessório. A primeira se denomina derivada simples; a segunda, derivada hereditária.

A posse derivada simples advém da investidura do possuidor no poder de inflexão em decorrência de negócio jurídico de transmissão *inter vivos*. O *tradens*, ou seja, o possuidor transmite a posse ao *accipiens*. Provém de qualquer transmissão verbal ou deriva de instrumento formal de cessão da posse, em que se infere sua aquisição por meio de um título, como compra e venda, compromisso de venda, cessão da promessa e promessa de cessão, permuta, doação, carta de arrematação ou de adjudicação e dação em pagamento.

A posse derivada hereditária é a oriunda de sucessão *causa mortis*, de que tratam os arts. 1.206, 1.207 e 1.784 do Estatuto Civil.

A posse advinda da sucessão *causa mortis* ou hereditária tem lastro no *droit de saisine* ou *saisine juris* de que cuida o art. 724 do Code Civil: “*Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt*”. É o que também estabelece o artigo 1255º do Código Civil Português: “Por morte do possuidor, a posse continua nos seus sucessores desde o momento da morte, independentemente da apreensão material da coisa”. No mesmo sentido dispõe o art. 440 do Código Civil espanhol.

Quanto à titularidade do bem, a posse pode ser comum ou ordinária e legitimada. Aposse comum ou ordinária é a obtida por qualquer meio ou instrumento. Pode ser iniciada sem o consentimento do titular do domínio, com ou sem justo título, de boa ou de má-fé. Recai em imóvel pertencente à pessoa física ou jurídica de direito privado e não tem caráter social. A posse legitimada é a exercida sobre imóvel que integra o domínio das pessoas jurídicas de direito público, mas que não está discriminado, nem vem sendo utilizado no serviço público.

A posse legitimada tem fulcro em título expedido pelo poder público, que autoriza o possuidor a continuar no exercício do poder de inflexão, agora com documento público. Essa autorização origina a legitimação de posse sobre terras públicas federais (terras devolutas), como previsto nos arts. 97, 99 e 100 da Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra). Após a pessoa jurídica de direito público verificar que não há interesse em utilizar o imóvel, constituído por pequena área de terras devolutas, não discriminadas, apresentando-se bem aproveitadas pelo particular, autoriza a continuidade do seu exercício, preenchidos os requisitos elencados na norma legal, levando em conta que o possuidor já havia se investido no poder de inflexão. A posse legitimada também tinha previsão nos arts. 47, IV, e 60, da Lei nº 11.977/2009, que tratou do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e da regularização fundiária de assentamentos urbanos. De acordo com o art. 47, IV, a legitimação se originava de ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse. O art. 60 dispunha que, após decorrido o prazo de cinco anos da expedição do título de legitimação de posse, o titular podia

requerer ao Oficial do Registro de Imóveis sua conversão em título de propriedade, em vista da aquisição pela prescrição constitutiva (usucapião). Ambas as normas foram revogadas pelo art. 109, IV, da Lei nº 13.465/2017.

Atualmente a legitimação de posse está disciplinada no art. 25 da Lei nº 13.465/2017, consagrando que é instrumento de uso para fins de regularização fundiária. Consiste em ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual é reconhecida a posse de imóvel objeto da regularização fundiária urbana, constando a identificação dos possuidores, o tempo de exercício e a natureza da posse, que será conversível em direito de propriedade. Isto se dá após o decurso do prazo de cinco anos, preenchidos os requisitos do art. 183, da Carta Federal, de acordo com o disposto no art. 26, da Lei nº 13.465/2017.

Quanto ao objeto, a classificação pode ser dividida em dois grupos: a) posse de direito público e posse de direito privado; e b) posse sobre coisa própria e posse sobre coisa alheia. A posse de direito público recai em bens públicos que integram o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público; a de direito privado recai em bens particulares. A posse sobre coisa própria é o mesmo que *jus possidendi*, já estudado; a posse sobre coisa alheia é a que concerne aos direitos reais de gozo ou fruição e direitos reais de garantia.

No tocante ao primeiro grupo, tem-se que, comumente, vale dizer, *quod id plerumque accidit*, a posse recai sobre bem particular. A posse de direito público, quer dizer, a que incide sobre bens públicos, traduz-se na exceção, pois não é comum. Os bens públicos que possibilitam o exercício da posse pelo particular estão especificados nos arts. 20, I, II, IV, VII, e 26, II a IV, da Constituição Federal; 1º, "a", "b", "c", "e", "f" e 2º, do DL nº 9.760/1946; 98 e 99, III, do Código Civil. A posse de direito público tem origem em enfiteuse de terrenos de marinha, ocupação, legitimação de posse e concessão de uso especial para fins de moradia. Essa posse tem como fundamento a não utilização do bem no serviço público, objetivando radicar o indivíduo no solo, mantendo-se a União como titular do direito de propriedade (arts. 49, § 3º, do ADCT da Carta da República; 2.038, § 2º, do Código Civil, que manteve os arts. 678 e ss. da Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de

1916); 99 e ss. do DL nº 9.760/1946; 3º e 5º do DL nº 2.398/1987; 12 a 16 da Lei nº 9.636/1998; 3º, 5º a 8º, 13 a 16 e 25 a 27 da Lei nº 13.240/2015; art. 77, da Lei nº 13.465/2017, que deu nova redação aos arts. 1º e 9º, da Medida Provisória nº 2.220/2001).

No que diz respeito ao segundo grupo, a classificação quanto ao objeto pode ser dividida em posse sobre coisa própria e posse sobre coisa alheia. A posse sobre coisa própria é a proveniente do direito de propriedade. A posse sobre coisa alheia, como a própria classificação está a indicar, tem fulcro no desleixo do titular do direito de propriedade que não exerce o *jus possidendi* ou decorre da constituição de direito real de gozo ou fruição pelo proprietário, em prol de outra pessoa física ou jurídica. O rol exemplificativo desses direitos reais é apresentado no art. 1.225, II, IV a VI, VIII, e X a XII, do *Codex Civilístico*. O exercício da posse sobre coisa alheia pode ser indefinido, ou seja, perpétuo, como no aforamento — vedado o ajuste a partir da vigência do Código Reale (art. 2.038) —, vitalício, como no caso do usufruto, do uso e da habitação, ou temporário, como ocorre nos direitos reais de garantia: penhor, anticrese e alienação fiduciária.

3.2 Graduação possessória

A hierarquia das espécies de posse é tema não muito conhecido. Estudos realizados pelos civilistas limitam-se a classificar a posse, sem levar em conta a força e o poder que cada espécie dispõe, de acordo com sua origem. Há posse que advém da propriedade, outras posses que provêm de direitos reais, que se situam em um campo intermediário de força; algumas existem por si só, porque independem de título ou de contrato; outras dependem de título, de contrato de direito real ou pessoal, tendo validade provisória.

A hierarquia da posse é um estudo que imprescinde da identificação de sua espécie. Depois de identificada e emoldurada no âmbito da classificação, são concedidos mais direitos ou menos direitos ao titular sobre o bem, em caráter definitivo ou provisório. A proteção possessória e as providências judiciais são conferidas ao titular, de acordo com o grau e relevância da posse. A hierarquia vai desde a que está no topo à mais rudimentar, que só tem a aparência de direito real, mas que não passa de uma quimera possessória

(posse *fake*). Normas legais não se preocupam em apresentar uma valoração possessória, nem reconhecem a hierarquia ou o grau de posse para lhe conferir efeitos jurídicos. Por isso, faz-se mister perscrutar a posição em que ela se encontra para que o possuidor possa buscar a proteção possessória adequada, tema adiante abordado. Partindo da posse mais exponencial e descendo até a que é denominada como tal, apenas para efeitos doutrinários, a graduação é a seguinte: a) posse *jus possidendi*; b) posse *ad usucapionem*; c) posse *ad interdicta*; d) posse *jus possessionis*; e) posse direta; f) posse precária; e g) posse natural.

A posse *jus possidendi*, consoante foi visto no estudo da sua classificação, é a mais graduada de todas, porque advém do direito de propriedade, o mais real dos direitos reais. É a posse de primeira categoria. Tanto é que a lei põe à disposição do titular da posse *jus possidendi* duas medidas judiciais protetivas: a ação de reivindicação e a ação de reintegração. Se o titular nunca exerceu o *jus possidendi* deve ingressar com ação reivindicatória em desfavor de quem indevidamente possua ou detenha o imóvel, se quer se investir na sua posse. Se já a exerceu, perdeu e quer recuperar o *jus possidendi*, pode eleger uma ação ou outra. Sairá vencedor, salvo se o réu completou prazo para adquiri-lo pela prescrição aquisitiva.

No pertinente à classificação da posse quanto ao direito em que se funda, restou entendido, vale recordar, que a posse do promissário comprador, por equiparação, é *jus possidendi*. A equiparação requer que a promessa não contenha cláusula de retratabilidade, esteja registrada no Registro de Imóveis e conte com quitação do preço e pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel. Ele, no entanto, não pode propor ação de reivindicação.

A posse *ad usucapionem* ocupa o segundo lugar na linha decrescente. Ela está a um passo de se convolar em posse *jus possidendi*. O titular dessa espécie de posse já percorreu longo caminho. Vale para o fim da convalidação a teoria subjetiva de Savigny, que conta com o elemento subjetivo, o *animus rem sibi habendi*, vale dizer, possuir a coisa com a intenção de tê-la para si. Além dessa posse contar com as características imprescindíveis para que se credencie à transmutação em propriedade ou em outro direito real, sua vetustez é a responsável pela ascensão e alcance da posse *jus possidendi*.

De acordo com o que foi visto no estudo pertinente à sua classificação, a posse *ad usucapionem* é também protegida pelos interditos possessórios, ou seja, emoldura-se como *ad interdicta*. Toda posse *ad usucapionem* é *ad interdicta*, mas a recíproca não é verdadeira, porque o fato de a posse ser protegida não quer significar que o seu titular tenha a intenção de adquirir o bem pela prescrição aquisitiva. Trata-se da única posse que serve de supedâneo à aquisição do direito real de outrem pelo decurso do tempo, caso ele tenha deixado passar *in albis* o prazo para o exercício do direito de retomar o bem. A posse *ad interdicta* é a protegida pelas ações possessórias, ou seja, pelos interditos. Ainda que posicionada na terceira categoria na hierarquia possessória, traduz-se na posse que despertou no legislador a preocupação de protegê-la, pois se cogita que aquela, comumente, é exercida pela quase totalidade dos possuidores, como deixa entrever a leitura dos arts. 1.210 do Código Civil, 560 e ss., do Código de Processo Civil.

A posse *jus possessionis* ocupa o quarto lugar na linha decrescente. Consistindo na mais comum dentre as que são exercidas, identifica-se e imiscui-se com o próprio direito subjetivo real provisório, quando quem a exerce não dispõe de título. Igualmente é a que provém daquele que mantém alguma relação jurídica com o titular do direito de propriedade, como o superficiário, o usufrutuário, o concessionário do direito real de uso ou de uso especial para fins de moradia, o usuário e o habitador. A posse *jus possessionis* também é *ad interdicta*, porque protegida pelas ações possessórias contra quem molesta o titular do seu exercício.

A posse direta é a que resulta do seu desdobramento. Cuida-se de uma perda de posição, ou seja, de uma posse menos graduada que as anteriores, por ter origem em negócio jurídico, daí também ser denominada contratual, dependente, subordinada, derivada ou acessória, como foi visto no estudo da sua classificação. Deduz-se que se trata de uma posse temporária, em regra de pouca duração, quando se coteja com as demais.

Demais disso, traduzindo-se em posse limitada ao uso ou à guarda por prazo determinado — comodato, depósito, arrendamento de imóvel residencial ou rural e locação —, não dá origem a direito subjetivo real. O possuidor, no exercício provisório do direito subjetivo de índole pessoal, sabe que tem prazo para restituir o

bem, verificado o implemento do termo resolutivo ou final (*dies ad quem*). Na posse direta, o possuidor só tem possibilidade de exercer o *jus possessionis* mitigado durante a vigência do contrato, se vier a ser molestado por outrem ou pelo possuidor indireto (art. 1.197, *in fine*, do Código Civil).

A posse precária é a que estava classificada como direta, enquanto o contrato que lhe deu origem vigorava. Encerrado o prazo contratual, sem a restituição ou devolução da coisa, a posse desce mais um degrau, não para ser considerada detenção ou tenência, mas sim, para ser considerada contratualmente injusta. Ela era justa em razão da vigência do negócio jurídico ajustado por prazo determinado. No entanto, é transmutada em precária no dia seguinte ao *dies ad quem* do prazo contratual, incoorrendo a restituição do bem.

A convalidação da posse justa e direta em precária ocorre independentemente de interpelação do possuidor direto, agora sem justa causa para continuar a exercê-la. O contato com o *corpus* estava subordinado ao tempo de uso previsto no negócio jurídico que lhe deu origem. Emoldurando-se no quadro das espécies de posse injusta, *ex vi* do art. 1.200 do Estatuto Civil, a posse precária não tem como subsistir. Resta caracterizado o esbulho indireto. Depois da não restituição do bem, a posse precária se aproxima da detenção.

A posse natural é a de nível mais baixo por não se tratar do exercício do poder de inflexão. É a que os negacionistas da natureza jurídica da posse como direito real chamam de poder de fato. Este, sim, bem caracteriza a detenção, e não a posse que dispõe do indigitado poder. Quem está submetido a ordens e instruções do verdadeiro possuidor exerce simples poder de fato sobre a coisa. O detentor não tem independência no contato físico, nos termos do art. 1.198 do Código Civil. Por isso é chamado de tenente, fâmulos ou serviçal da posse.

Entrementes, cumpre observar, que esse mais reles nível de posse (aparente) não deve ser inteiramente desprezado e excluído da graduação possessória. O sobredito art. 1.198 não nega que o detentor “conserva a posse em nome deste”, ou seja, em nome do possuidor. Admite que há uma transferência do exercício inteiramente subordinado. O encargo confiado ao detentor pelo

possuidor refere-se apenas ao trato da coisa. Essa transferência de exercício mitigado pode resultar em abuso de confiança em devolvê-la. Designando a detenção como *tenencia*, o art. 1.940 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina apresenta seus *efectos propios*, e o artigo 1311º, item nº 1, do Código Civil Português, na mesma direção do sobredito art. 1.128 da Lei Civil estatui que a “ação de reivindicação” pode ser intentada pelo proprietário da coisa, em desfavor de qualquer possuidor ou detentor, para exigir o reconhecimento do seu direito de propriedade.

4. Aquisição e perda da posse

A aquisição da posse se concretiza pelos modos adequados à natureza do bem, sejam estes originários ou derivados, segundo haja ou não transmissão do seu exercício. A aquisição ocorre no momento da investidura do possuidor, em nome próprio, no poder de inflexão, tornando possível o exercício de uso e fruição, e de conservação da coisa, que o art. 1.204 do Estatuto Civil denomina exercício “de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”. Quando não há transferência da titularidade da posse do *tradens* para o *accipiens*, o modo é originário; ao reverso, em havendo, é derivado. Os modos originários de aquisição da posse são: a apreensão da coisa e o exercício do direito, segundo se trate de bem móvel ou de imóvel. Os modos derivados são: a tradição e o direito hereditário.

Em se tratando de bens móveis, o modo originário de apreensão pode ser considerado o ato jurídico de tomar para si um bem descartado. Este modo de aquisição da posse algumas vezes se confunde com o modo originário de aquisição da propriedade móvel, que tem *nomen juris* assemelhado. É o caso da caça, pesca, invenção (descoberta) e tesouro, modos de aquisição da propriedade chamados de ocupação (arts. 1.263 e ss. do Código Civil).

No tocante aos bens imóveis, o exercício do direito é o modo originário, regulado pelo art. 1.205, I e II, da Lei Civil. Dito exercício pode ter início diretamente pelo possuidor com justo título, de acordo com o disposto no art.1.201, parágrafo único, dando início a uma posse justa e de boa-fé. Pode ter início também por esbulho possessório praticado com violência ou grave ameaça ao possuidor e por meio da clandestinidade. Malgrado rotuladas

de injustas, essas formas de investidura, ainda que ilícitas, servem como modos de aquisição. Essas duas posses, já estudadas, recorda-se, encontram-se no art. 1.200 c/c o art. 1.208 do Estatuto Civil.

O modo de aquisição pelo exercício do direito de forma indireta, constante do art. 1.205, I, *in fine*, ocorre quando a pessoa interessada delega à outra a investidura na posse. Pode ser adquirida por procurador com mandato escrito ou verbal. Ao adquirir a posse para outrem, o procurador age como detentor. A aquisição por terceiro sem mandato é um arremedo de gestão de negócio (art. 1.205, II, c/c os arts. 861 e 873 do Código Civil).

O primeiro modo derivado de aquisição da posse e também da propriedade dos bens móveis é a tradição. A tradição pode ser real, ficta e consensual. As espécies são analisadas.

Na tradição real ou efetiva, como o próprio nome está a indicar, o *tradens* entrega o bem móvel nas mãos do *accipiens*, *exempli gratia*, um livro. Na tradição ficta ou simbólica, a entrega se consuma por uma ficção jurídica. A transmissão fictícia da posse se deve a um representativo da coisa ou se dá por meio de palavras ou gestos como, *verbi gratia*, a entrega das chaves de um imóvel construído, de um veículo, embarcação, *jet ski*, aeronave ou de uma máquina de grande porte. Igualmente é o caso do consentimento dado pelo *tradens* para a investidura do *accipiens*, possuidor adquirente. Na consensual ou subentendida, ocorre uma mudança do caráter possessório. O titular do direito real provisório, que possui em nome alheio, passa a possuir em nome próprio. Pode ocorrer o reverso, o possuidor em nome próprio passa a possuir em nome alheio, *ex vi* da celebração de um negócio jurídico.

A tradição consensual se classifica em *traditio brevi manu* e *constitutum possessorium*.

Na primeira, o possuidor em nome alheio passa a possuir em nome próprio. Assim, exercendo o direito de preferência de que trata o art. 27 da Lei nº 8.245/1991, a inquilina adquire o imóvel, sendo investida na condição de proprietária, com o registro do título de aquisição. Pela *traditio brevi manu* há transmutação da posse de *jus possessionis* mitigada (direta) para *jus possidendi* com o registro do *titulus adquirendi*. Da *traditio brevi manu* cuida o art. 1.267, § único, *in fine*, do Estatuto Civilístico. No *constitutum possessorium*, também

conhecido como *clausula constituti* ou constituto possessório, o possuidor em nome próprio passa a possuir em nome alheio. Como exemplo, tem-se que a proprietária vende seu apartamento, aceitando a oferta, ajustando com a compradora permanecer no imóvel até seis meses da data da escritura de venda. Durante esse tempo, a vendedora, ex-proprietária, passa a exercer posse sobre o imóvel *ex vi* do constituto possessório, agora em nome alheio. Ela, que era possuidora *jus possidendi*, passa a exercer posse *jus possessionis* mitigada (direta) durante os seis meses, como comodataria ou locatária, de acordo com o que convencionou com a adquirente. Do *constitutum possessorium* trata o art.1.267, par. Único, da Lei Civil.

A aquisição da posse pelo direito hereditário ou direito sucessório também se dá por tradição. Tem fulcro na *saisine jûris* ou *droit de saisine*, consoante arts. 724 do Código Civil francês, 1.572 do Código Bevilacqua e 1.784 do Código Reale. É modo de aquisição derivado de todos os bens móveis ou imóveis. Trata-se de uma tradição fundada na ficção *saisine juris*, em que o *de cujus* chama seus herdeiros legítimos ou testamentários para tomar posse da herança, a fim de que, desde logo, se invistam nos poderes de inflexão, conservação, uso e fruição, de modo que os direitos dela decorrentes não sejam violados por terceiros.

A indigitada ficção jurídica tem supedâneo nos poderes inerentes à posse. Sobre esse modo de aquisição derivado, há que se reverenciar ainda o art. 1.206 do Estatuto, que amplia o direito hereditário para direito sucessório, incluindo o legado. De acordo com esse preceptivo legal, a posse da herança (sucessão universal) ou do legado (sucessão singular) é transmitida com os mesmos caracteres da exercida pelo hereditando.

No exame do modo derivado de aquisição da posse, cumpre investigar se a tradição ocorre a título universal ou singular. A tradição a título universal se dá somente no direito hereditário, em que o sucessor continua a exercer a posse do seu antecessor. A tradição a título singular deriva da aquisição do bem por compra ou de legado deixado em testamento celebrado pelo *de cujus*, encerrado o inventário. Na sucessão singular é facultado ao *accipiens* ou ao legatário unir sua posse à do antecessor ou dar início a uma nova posse para os efeitos legais. É o que dispõe o preceptivo inscrito no art. 1.207 do Código Civil.

Aquele que exerce arremedo de poder sobre o bem proveniente de permissão ou tolerância do possuidor não adquire posse. Os atos direcionados à coisa podem cessar a qualquer momento, bastando que o possuidor notifique ou interpele o beneficiário judicial ou extrajudicialmente, sob pena de ele suportar os efeitos da ação judicial adequada a retirá-lo do contato físico com o bem. É o que estabelecem os arts. 1.208, primeira parte, da Lei Civil, e 2.262 do Code Napoléonien. Este assim dispõe: “*Les actes de purê faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription*”.

A perda da posse pode ser analisada em razão da ausência dos elementos *corpus* e *animus* (arts. 1.223 e 1.224 do *Codex*). Com relação aos dois elementos, a perda ocorre por abandono e por tradição. Quando decorre do *corpus*, dá-se por perda da coisa, por esta ter sido posta fora do comércio, por sua destruição, esbulho, arrematação em hasta pública ou venda em execução judicial ou extrajudicial, ou por concessão da liminar de imissão provisória na posse em favor do poder público, na ação de desapropriação. Em virtude do *animus*, a perda ocorre pela tradição consensual.

5. Consecutários da relação possessória

Dentre os consecutários da posse, podem ser destacados: a) a defesa extrajudicial (legítima defesa e desforço imediato); b) a percepção dos frutos; c) o direito à indenização por acessões e benfeitorias e direito de retenção; e) a aquisição do direito de propriedade ou de outro direito real pela prescrição constitutiva; e f) a faculdade de invocar os interditos (direito de propor as ações possessórias). Malgrado a relevância das cinco consequências do seu exercício, tem-se que os mais exponenciais são a aquisição do direito de propriedade ou de outro direito real pela prescrição constitutiva e o direito de propor as ações possessórias. Embora não seja comum, assume certa relevância o direito de o possuidor *jus possessionis* — e, mais ainda, o *jus possidendi* — fazer cessar a molestação à posse ou recuperá-la pelas próprias mãos, ocorrendo turbação ou esbulho, respectivamente. Considerando sua relevância, as ações possessórias encerram o estudo dos efeitos da posse.

5.1 Defesa extrajudicial da posse

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

A legítima defesa e o desforço imediato são direitos que provêm do exercício da posse, espécies de defesa extrajudicial que autoriza o seu titular, respectivamente, a nela se manter, no caso de turbação, ou recuperá-la, no caso de esbulho, sem que o possuidor tenha necessidade de ingressar em juízo para fazer cessar a turbação ou ser reintegrado. Para tanto, é mister que o faça incontinenter. Tão logo tome conhecimento da continuidade da turbação ou de ter havido esbulho, deve dar início aos atos de defesa ou de desforço, sob pena de, em não agindo prontamente, perder o direito à proteção extrajudicial da posse.

Dispositivo constante da Parte Geral do Código Civil reconhece a legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude civil (art. 188, I). Na Parte Especial, a excludente inclui a legítima defesa propriamente dita e o desforço imediato. Este se traduz na legítima defesa de esbulho que acaba de ocorrer, admitida pelo art. 1.210, § 1º, do *Codex Civil*. Diversamente da excludente da ilicitude penal, que autoriza o ofendido a revidar injusta agressão atual ou iminente a direito próprio ou de outrem, a excludente civil milita apenas em prol do possuidor que suportou o esbulho, rechaçando que outra pessoa revide a agressão no seu lugar, embora ele possa ser auxiliado por familiares, amigos e empregados. A defesa da posse no Código Civil Português pode se dar por ação direta ou judicial, de acordo com o artigo 1277º c/c o artigo 336º. No Código Civil e Comercial argentino, o desforço imediato está previsto no art. 2240, incidindo nos casos em que o auxílio da autoridade judicial ou policial possa chegar demasiadamente tarde.

Os elementos constitutivos da legítima defesa penal são extraídos do art. 25 do Estatuto Repressivo. Tomados por empréstimo para a excludente civil, são requisitos da defesa extrajudicial: a) que haja uma agressão atual ou iminente à posse exercida pelo titular; b) que seja injusta; c) que o possuidor utilize os meios necessários para repeli-la; e d) que os meios sejam utilizados moderadamente. Para o desforço imediato ser considerado excludente da ilicitude civil, é exigido que a agressão tenha acabado de ocorrer. A reação do possuidor deve vir imediatamente, vale dizer, *in ipso congressu*, estendendo-se ao momento em que o possuidor toma conhecimento do esbulho perpetrado.

>>|

<< Sumário

Se o possuidor é esbulhado do exercício da posse de um imóvel situado na comarca em que reside, ao tomar conhecimento do fato deve imediatamente se dirigir ao local por qualquer meio de transporte para recuperar o poder de inflexão. Se o imóvel esbulhado se situa em outra comarca, Estado ou outro país, é considerado de imediato o tempo demandado para ele se deslocar, igualmente, por qualquer meio de transporte, inclusive de avião, desde que se interesse em estar presente no local no menor tempo possível. Se não comparece ao local de imediato, só lhe resta, quando retornar, propor ação de reintegração de posse. Os demais elementos exigidos para a defesa extrajudicial são o emprego dos meios necessários a repelir a injusta agressão à posse e a moderação do uso desses meios. Caso contrário, ocorrerá *excessus defensionis*, respondendo o possuidor civil e penalmente pelo resultado obtido.

Durante a vigência integral da Lei n.º 14.118/2021, que instituiu o Programa Casa Verde e Amarela (PCVA), a legítima defesa e o desforço imediato podiam ser exercidos no prazo de cinco dias, contados da ciência da turbacção ou do esbulho. É como dispunha o art. 16, § 2º, do precitado diploma legal. Revogados os arts. 1º a 16 e 25, pelo art. 43, II, da Lei n.º 14.620/2023, que revigorou o Programa Minha Casa Minha Vida, ainda têm lugar as duas espécies de defesa extrajudicial da posse. O art. 21 da Lei n.º 14.118/2021 alterou as normas da Lei n.º 11.977/2009, que instituiu o sobredito Programa, dentre elas o art. 7º-D, §§ 1º e 2º. Esses dois parágrafos garantem a posse dos bens ainda não alienados aos beneficiários finais que venham a suportar turbacção ou esbulho. Para assegurar a manutenção ou a reintegração extrajudicial, podem os titulares exercer a legítima defesa e o desforço imediato no prazo de cinco dias, contados da ciência dos atos, inclusive com o auxílio da força policial.

Cumprir observar que “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima”, constitui crime de ação privada, tipificado no art. 345 do Código Penal. No entanto, o legislador exclui a injuridicidade do agir extrajudicialmente ao dispor: “salvo quando a lei o permite”. A norma inscrita no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, autorizando o possuidor a fazer justiça com as próprias mãos, defendendo a agressão à sua

posse, traduz-se exatamente na previsão do preceptivo legal, quando encerra o tipo penal com a expressão “salvo quando a lei o permite”. Com isso, resta afastada qualquer dúvida de que o possuidor não possa exercer a defesa extrajudicial da posse, preenchidos os requisitos legais exigidos.

5.2 Direito à percepção dos frutos

A percepção dos frutos é um consectário do exercício da posse que pode ou não se traduzir em direito do possuidor. Trata-se de um efeito amplo ou reduzido. Pode ser que o possuidor vencido em ação de conhecimento ou de execução não tenha direito aos frutos. Tudo dependerá da espécie de posse que ele exerce, no que se refere ao desconhecimento ou ao conhecimento que o impede de adquirir a coisa, *id est*, se ele a exercia de boa ou de má-fé.

De acordo com as normas inscritas nos arts. 1.214 a 1.216 do Ordenamento Civilístico, sendo o possuidor vencido em ação fundada em posse ou propriedade (reintegração, reivindicatória ou imissão), terá ou não direito à percepção dos frutos. Estes podem ser naturais, industriais e civis, como legumes e frutas em geral, produtos manufaturados, rendimentos, aluguéis, juros e correção monetária. Desconhecendo o vício que impede o possuidor de adquirir o bem, consoante dispõem os arts. 1.201 a 1.203, enquanto estiver de boa-fé, tem direito aos frutos percebidos. Cessando a boa-fé ao possuidor, é vedado colher os frutos, podendo ser compelido a restituí-los se o fizer, depois de abatidas as despesas de produção e custeio (art. 1.214 da Lei Civil). Isso ocorre quando ele passa a conhecer o vício (art. 550, 2ª parte, do Código Civil francês) ou o possuidor é citado para responder aos termos de ação de reintegração ou de imissão de posse ou de ação reivindicatória, levando em conta os efeitos do ato de convocação para integrar a relação processual, conforme dispõem os arts. 238 e 240 do Estatuto Processual.

No caso de o possuidor iniciar o exercício da posse conhecendo o vício que o impede de adquirir o imóvel, não tem direito de colher os frutos. Seu direito se resume na indenização das despesas de produção e custeio das incorporações naturais. Nada mais lhe é conferido (art. 1.216 do Código Civil).

5.3 Direito à indenização por acessões e benfeitorias e direito de retenção

Consoante pode ser inferido da má vontade legislativa, na expressão “indenização das benfeitorias necessárias e úteis”, a que alude o art. 1.219, inclui-se o direito de o possuidor ser ressarcido das acessões. Se as benfeitorias são obras realizadas na coisa principal ou na acessória, com a finalidade de conservá-la, melhorar o seu uso ou embelezá-la, não se vê como deixar de fora a indenização, v. g., do valor de uma pequena casa construída pelo possuidor no terreno de outrem (possuidor ou proprietário), toda vez que ele é vencido em ação de reintegração ou de imissão de posse ou, ainda, em ação reivindicatória, estando de boa-fé. Pode também levantar as benfeitorias voluptuárias. É o que está previsto no art. 1938, quando o Código Civil e Comercial argentino cuida da “*indemnización y pago de mejoras*”.

A inclusão das incorporações ou acessões (naturais e artificiais), referidas na parte final do art. 79 da Lei Civil, no direito de o possuidor ser indenizado, estando de boa-fé, se justifica: a uma porque o ordenamento positivo não comunga com o enriquecimento sem causa, de acordo com o art. 884; a duas, em decorrência do fato de que as acessões se traduzem em incorporações de maior valor do que obras realizadas no bem com os objetivos identificados no art. 96 e §§ 1º a 3º do Código Civil. Não faz sentido o vencedor indenizar o valor das obras necessárias e úteis e não indenizar ao vencido as despesas de material e de mão de obra referentes ao que plantou ou erigiu no imóvel que terá que desocupar.

O direito de retenção é um arremedo de direito de extensão, corolário do direito de indenização por acessões e benfeitorias. Consiste no fato de o possuidor poder prorrogar, por ordem judicial, a restituição do bem, até que venha a ser pago integralmente por tudo o que despendeu no imóvel. Tem fundamento, igualmente, no art. 1.219 do Estatuto Civil, estando, evidentemente, de boa-fé. Os Enunciados do Conselho da Justiça Federal não têm a mesma força da jurisprudência predominante dos tribunais superiores. O Enunciado 81 da I Jornada de Direito Civil, porém, comunga com esse entendimento: “O direito de retenção previsto no artigo 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias”.

O Estatuto Processual faz previsão do direito de retenção decorrente da realização de acessões e benfeitorias, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução. No processo de conhecimento, a previsão consta do art. 538, §§ 1º e 2º, que vincula o possuidor — se quiser ser indenizado e exercer o direito de retenção — a requerer o benefício na contestação, discriminando e comprovando os gastos com a realização das acessões e benfeitorias, além de a eles atribuir valor.

O art. 810 e seu parágrafo único da Lei Processual estabelecem que, no processo de execução, havendo acessões e benfeitorias indenizáveis, urge que se proceda à prévia liquidação, a qual é obrigatória. Passada a oportunidade, o possuidor, vencido nas ações possessória (reintegração) e petitórias (reivindicatória e de imissão de posse), poderá, ainda, deflagrar, embargos de retenção por acessões e benfeitorias necessárias e úteis, consoante o disposto no art. 917, IV, do mesmo diploma processualístico. Tal como na contestação do processo de conhecimento, urge que, na inicial dos embargos, o possuidor discrimine as despesas pertinentes às acessões e benfeitorias, comprovando-as com documentos e atribuindo o valor a ser indenizado.

5.4 Prescrição constitutiva

A lei estabelece prazo para o titular do direito real assumir comportamento positivo. Ele tem o ônus de agir comissivamente para protegê-lo. Quando deixa de fazê-lo, o decurso do tempo se encarrega de transferir o direito para o patrimônio de outrem ou de extingui-lo, impedindo que jamais possa exercê-lo, seja por que via for. Enquanto não ocorre o implemento do termo resolutivo para exigir o cumprimento do dever jurídico, o titular do direito subjetivo deve assumir conduta comissiva dentro do prazo estabelecido em lei, *id est*, um *facere* no tempo designado pela norma legal. Se assim não procede, vai assistir à aquisição empreendida por aquele que tinha o dever jurídico de se abster do exercício da posse sobre o seu bem.

O espaço de tempo decorrido é o fundamento para o fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, o verdadeiro conteúdo da prescrição, seja qual for sua espécie. Trata-se de arremedo de sanção imposta pela norma jurídica que estabelece

prazo para o seu exercício. O transcurso do tempo é a advertência inscrita na norma legal de que o direito do titular será adquirido por outrem, caso não tome providência que demonstre o seu exercício. Além de estabelecer prazo para o exercício do direito, a lei — a este prestando reverência — motiva o titular a assumir condutas que revelem a vontade de não o deixar extinguir, colocando à sua disposição causas interruptivas da prescrição, por intermédio de simples providências que enumera. Se pelo menos assim procede, afasta o decurso do prazo que serve de lastro à consumação da prescrição, que pode ser constitutiva para o possuidor e desconstitutiva para o titular do direito de propriedade ou de outro direito real.

A prescrição constitutiva, aquisitiva, positiva, mais conhecida como usucapião, é o fato jurídico em sentido amplo em que o possuidor adquire direito de propriedade ou outro direito real, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular, preenchidos os requisitos legais. Além de fato jurídico, a usucapião é efeito da posse, prescrição aquisitiva na sua única forma e modo de aquisição de direito real submetido ao Registro Imobiliário.

No caso da propriedade, por meio do exercício prolongado da posse sobre o bem, o possuidor adquire o direito em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular. Dá-se a transferência do *jus possidendi*. A substituição de titularidade dessa espécie de posse, exclusiva de quem é proprietário, verifica-se em razão de ele ter deixado que o possuidor — com quem não mantinha qualquer relação jurídica, nem lhe era subordinado — utilizasse e desfrutasse do seu bem. Iniciado o exercício do poder de inflexão com ou sem justo título, de boa ou de má-fé, por meio de violência ou de clandestinidade, caracterizando *jus possessionis*, um pouco mais adiante se convola em posse *ad interdicta*, avança com a posse *ad usucapionem* para, decorrido o prazo estabelecido em lei, ser convalidada em *jus possidendi* pela sentença proferida na ação de usucapião ou pelo acatamento do pedido pelo Oficial do Registro na usucapião extrajudicial.

O fato jurídico *lato sensu* que produz os efeitos ressaltados — perda do direito pelo titular e concomitante aquisição por quem não era — se deve ao comportamento do proprietário, proclamando ele próprio que não mais lhe interessa o uso, a fruição e o maior

dos direitos inerentes ao domínio, o de dispor do bem. O titular do direito deixa a entender que não mais lhe interessa ser proprietário do bem (Vieira, 2015b, p. 36). Nisso se funda a usucapião ou prescrição aquisitiva ou constitutiva. Como diz Rabinovich-Berkman (2006, p. 183): *“El otro concepto en que descansa la usucapión es el de que la tierra debe pertenecer a quien la ‘usa’”*.

A prescrição constitutiva ou aquisitiva tem lugar como consequência do desprezo do exercício do direito real registrado em seu nome. Ao completar o prazo exigido por lei, apto à conversão do direito subjetivo em outro, o possuidor necessita apenas do decreto judicial ou da escritura pública de reconhecimento para ser tido como proprietário. Obtendo, deve levar um desses títulos ao Registro Imobiliário, na observância do princípio da continuidade do registro (ou da cadeia imobiliária), nos termos do art. 167, I, 28, da Lei nº 6.015/1973, passando de possuidor a titular do direito real, antes pertencente a outrem.

Esse fato jurídico *lato sensu*, conseqüência da posse e modo de aquisição da propriedade, é um direito garantido ao possuidor que usa e frui o bem do proprietário, tanto na Lei Maior, como no Código Civil e nas leis esparsas (arts. 183 e 191 da Carta da República; arts. 1.238 e ss., do Código Civil; art. 1º e ss., da Lei nº 6.969/1981; arts. 9º e 10 da Lei nº 10.257/2001; art. 216-A e §§ da Lei nº 6.015/1973). Por isso, a prescrição constitutiva, como diz Vieira, 2015a, p. 78 “[...] pode ser arguida em defesa pelo possuidor não proprietário, nas ações petitórias e possessórias, quer na *contestação*, quer *através de reconvenção*”, no permissivo dos arts. 7º da Lei nº 6.969/1981 e 13 da Lei nº 10.257/2001, além do verbete da Súmula 237 da Suprema Corte.

A usucapião é tratada ora como modo de aquisição da propriedade, ora como efeito da posse pelo *Code Civil*, na redação da Lei 561, de 17 de junho de 2008. O art. 712 do Código Napoleônico dispõe que: *“La propriété s’acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription”*, e o art. 2258 preconiza que: *“La prescription acquisitive est un moyen d’acquérir un bien ou un droit par l’effet de la possession sans que celui qui l’allègue soit obligé d’en rapporter un titre ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi”*.

Para o Código Civil Português, a prescrição aquisitiva, chamada de usucapião, está vinculada à posse, pois a encarta no Capítulo VI,

do Título I, do Livro III, referente ao Direito das Coisas, e não como modo de aquisição da propriedade. Esse capítulo vem logo após aos que se referem aos efeitos da posse e à sua defesa, em continuidade, como se fora uma das suas consequências, além de reconhecer que à usucapião se aplicam as regras da prescrição (artigo 1292^o). Nas Disposições Gerais, conceitua a prescrição aquisitiva no artigo 1287^o:

A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião.

Já o *Código Civil e Comercial* argentino estatui, no art. 1897, que: *“La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”*. Ratificando a assertiva de que na prescrição se dá a aquisição de direito, o diploma civilístico argentino complementa no art. 2565 que: *“Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes”*.

Diferentemente dos diplomas legais ressaltados, que se pautam pela técnica condizente com sua natureza jurídica, a usucapião é tratada na Lei Civil apenas como modo de aquisição da propriedade em geral (arts. 1.238, ss. e 1.260 a 1.262). Em momento algum o diploma civilístico a reconhece como prescrição aquisitiva, tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial pertinente ao Direito das Coisas. Para o legislador só existe uma prescrição: a extintiva. Equivocadamente chama a prescrição de perda da pretensão (artigo 189), demonstrando desconhecimento e um preconceito injustificável no atinente à natureza dessa espécie de fato jurídico, *id est*, a prescrição aquisitiva na sua única forma. Além do preconceito, o Estatuto Nacional se olvida de que essa espécie de prescrição se presta a adquirir, pelo decurso do tempo, além da propriedade, enfiteuse, superfície, servidão predial, direito real de aquisição (direito do promitente comprador), concessão de direito real de uso e até linha telefônica (arts. 1.225, II, III, VII, XII, e 2.038, ambos do Código Civil, e Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça).

A conversão da posse em propriedade ou em outro direito real pelo decurso do tempo e inércia do titular imprescinde dos seguintes requisitos: a) coisa comercialmente hábil a ser adquirida; b) posse com cinco características; c) decurso do tempo; d) decreto judicial ou decisão administrativa em procedimento extrajudicial; e e) transcrição da sentença ou da decisão administrativa no Serviço do Registro de Imóveis da circunscrição competente. A ausência de um desses requisitos, salvo o registro da sentença ou da decisão administrativa —que é declaratório e não constitutivo— não transforma a posse em propriedade ou em outro direito real. Procede-se ao exame desses requisitos.

O bem objeto de aquisição pela usucapião deve ser suscetível de ser negociado, vale dizer, há que se tratar de coisa *in commercium*. Chamado pela doutrina de *res habilis*, o art. 1936 do Código Civil espanhol dispõe que: “*Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*”. O art. 2260 do Código Civil francês estabelece que não é possível prescrever bem ou direito fora do comércio: “*On ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce*”. Conclui-se, portanto, que só os bens que estão “no comércio” são passíveis de aquisição pela prescrição aquisitiva.

No caso brasileiro, estão fora do comércio, *exempli gratia*, os bens públicos — aí se incluindo as terras devolutas e os terrenos de marinha — e os bens gravados com cláusula de inalienabilidade. Sobre bens públicos não só a Lei Maior como diversos diplomas legais e antigo verbete sumular da Corte Suprema são expressos no sentido de que eles são imprescritíveis, como se vê da leitura dos arts. 183, § 3º, e 191, § único, da Carta da República; 102 do Código Civil; 200 do Decreto-Lei nº 9.760/1946; 1º da Lei nº 6.428/1977, e da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal.

A posse exercida sobre o bem do titular do domínio, vale dizer, a posse *ad usucapionem*, deve contar com cinco características. São elas: a) ter o possuidor a intenção de ser dono da coisa, com demonstração ostensiva, isto é, com *animus domini*; b) ser o possuidor independente ou não contratual; c) ser mansa e pacífica; d) ser ininterrupta na contagem do prazo; e e) ser exercida sem oposição ou contestação. Esses atributos devem estar presentes e são concorrentes. A falta de um deles, tal como ocorre com a falta de um dos requisitos, joga por terra abaixo os efeitos do exercício prolongado da posse.

A intenção do possuidor de convolar a posse em propriedade deve ser pública, ostensiva e conhecida por todos os indivíduos que residem na localidade. A ostentação do exercício do poder de inflexão sobre o bem alheio deve ser de tal modo que os indivíduos participativos da sociedade local pensem até que o possuidor é o proprietário, como se estivesse exercendo o *jus possidendi*. A posse parcimoniosamente exercida, com certo respeito ao titular, malgrado independente, não se presta à usucapião.

Como foi visto no estudo das suas espécies, com a apresentação da classificação em que se destaca a posse *ad usucapionem*, os arts. 2261 do Código Civil francês e 1900 do Código Civil e Comercial argentino são expressos nesse sentido. O primeiro passo do possuidor para transformar o direito subjetivo real provisório em definitivo, pelo decurso do tempo, é ser obstinado nesse *desideratum*, dando publicidade à intenção. A posse exercida ostensivamente é uma posse pública, demonstradora do *animus rem sibi habendi*. Nesse sentido, também o art. 1941 do Código Civil espanhol: “*La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida*”.

A posse que serve à prescrição aquisitiva é aquela exercida com absoluta independência, sem qualquer vinculação contratual ou subordinação do possuidor ao titular do direito de propriedade ou de outro direito real. É a posse independente, não contratual, sem subordinação ao senhorio. O possuidor não mantém qualquer relação jurídica com o titular do direito real. Ele não exerce posse decorrente do desdobramento por contrato que origina direito real ou pessoal. O possuidor não pode exercer posse em nome alheio, *id est*, posse direta. Quer significar que ela não pode ser contratual. Por isso, não podem adquirir por prescrição o superficiário, o usufrutuário, o habitador, o locatário, o depositário, o comodatário e todos que exercem posse subordinada. Deve exercer a posse em nome próprio, em caráter definitivo, *ex vi* de um justo título, ou mesmo em razão de violência ou clandestinidade cessadas (arts. 1.200 e 1.208 do Estatuto Civil). Nesse sentido, o disposto no artigo 2266 do Código Civil francês: “*Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi, le locataire, le dépositaire, l’usufruitier et tous autres qui détiennent précairement le bien ou le droit du propriétaire ne peuvent le prescrire*”.

A posse que se presta à usucapião deve ser mansa e pacífica. Enquanto a violência ou a clandestinidade não cessar, vale dizer, enquanto injusta no sentido estrito do seu significado, a contagem do prazo não se inicia. Não só os sobreditos arts. 1.200 e 1.208 do Código Civil, como também o artigo 2263, *in fine*, do Code Civil, assim dispõem. A propósito da parte final desse preceptivo legal: “*La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé*”.

O exercício da posse não pode ser interrompido durante a contagem do prazo. Se isto vier a ocorrer durante o prazo estabelecido para a aquisição do direito real pela prescrição, sem que o possuidor, ao menos, desdobre o seu exercício, por meio de um possuidor indireto, o tempo decorrido antes da interrupção não é aproveitado. Deve reiniciar o exercício para um novo lapso de tempo contar, até atingir o estabelecido em lei para a espécie de usucapião. À interrupção da prescrição aplica-se o art. 1.244 c/c o art. 202 e parágrafo único do Código Civil. Para o Direito Civil francês, a interrupção da prescrição ocorre sempre que a privação do exercício ocorrer por mais de um ano (art. 2.271 do Código de Napoleão).

Durante a contagem do prazo para a aquisição do direito de propriedade ou outro direito real pela prescrição, a posse não pode ser contestada pelo titular ou interessado, como, *v.g.*, o sucessor *inter vivos* ou *mortis causa*. Se o proprietário ou seu sucessor se opuser por meio de ação petítória ou possessória durante o lapso temporal, antes de o possuidor completar o prazo estabelecido para a espécie de usucapião, não adquirirá o direito. O prazo para adquirir a propriedade pela prescrição constitutiva é estabelecido em lei. Para cada espécie de usucapião, a norma legal inscrita na Lei Suprema, no Estatuto Civilístico, na legislação extravagante e na estrangeira, fixa um prazo, que deve ser conjugado com outros requisitos (arts. 183 e 191 da Constituição Federal; arts. 1.238 a 1.242 do Código Civil; arts. 1º e ss. da Lei n.º 6.969/1981; arts. 9º e 10 da Lei n.º 10.257/2001; arts. 2.272 e 2.273 do Code Napoléonien; artigo 1294º do Código Civil Português; arts. 1.898 e 1.899 do Código Civil e Comercial argentino). No que atine ao prazo de exercício, o possuidor pode unir sua posse à de seu antecessor, de acordo com o estatuído nos arts. 1.243 do Código Civil; 10, § 1º, da Lei n.º 10.257/2001; 2.265 do Código Civil francês e 1.901 do Código Civil e Comercial argentino.

Para a aquisição da propriedade pela usucapião, é mister que haja reconhecimento judicial ou administrativo da convolação da posse *ad usucapionem* em posse *jus possidendi*. Isto se dá, tradicionalmente, com a sentença que julga procedente o pedido formulado pelo autor da ação de usucapião proposta pelo possuidor em desfavor do proprietário. Admite-se o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião na contestação ou reconvenção deflagrada nas ações petitórias (reivindicatória ou de imissão de posse) ou, ainda, na ação de reintegração de posse (Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal; art. 7º da Lei n.º 6.969/1981; art. 13 da Lei n.º 10.257/2001; e art. 1.905 do Código Civil e Comercial argentino).

Mais recentemente, passou a ser admitida a transmutação da posse em propriedade pela via administrativa (usucapião extrajudicial). Nesse caso, o Oficial do Registro de Imóveis reconhece o preenchimento dos requisitos elencados na Lei de Registros Públicos, em forma de escritura pública, após a apresentação de documentos enumerados no preceptivo legal de regência, observadas as formalidades legais com destaque para a ata notarial lavrada em Tabelionato, documento imprescindível para a transmutação da posse em propriedade pela via administrativa (art. 216-A, I a IV, e §§ 1º a 15 da Lei n.º 6.015/1973).

Cumprе ressaltar que a legislação brasileira não utiliza a expressão prescrição aquisitiva para designar esse fato jurídico, efeito da posse e modo de aquisição da propriedade. O Código Civil, *exempli gratia*, prefere utilizar a palavra usucapião. Tenta, entrementes, reconhecer a convolação da posse em propriedade como tal, no último preceptivo legal que trata do tema (art. 1.244), quando — chamando o possuidor de devedor e o é, por violação do dever de se abster de usar e fruir o bem alheio — estabelece que as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da Parte Geral (arts. 197 a 199 e 202), referentes à prescrição extintiva, são aplicáveis em prol do credor, no caso, o titular do direito de propriedade. Não deixa de ser uma aproximação da natureza jurídica da prescrição aquisitiva.

As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição constitutiva, previstas nos sobreditos dispositivos legais, que devem ser combinados com o precitado art. 1.244 do Estatuto Civilístico, objetivam dilatar o prazo para o proprietário assumir

comportamento comissivo em desfavor do possuidor que violou o dever de abstenção de exercer o *jus possidendi* em seu lugar. O possuidor deveria se pautar pela observância do dever jurídico de abstenção (obrigação negativa). Essa espécie de direito é absoluta, sem sujeito passivo determinado, já que imposto *erga omnes*. O titular da propriedade, por sua vez, deveria ajuizar a ação adequada para impedir a transmutação da posse no seu direito.

A aquisição do direito ocorre no dia em que o exercício da posse completa o prazo estabelecido em lei para a transformação em propriedade, de acordo com a espécie de usucapião. A sentença ou a decisão administrativa que reconhece a convalidação de um direito em outro tem retroatividade *ex tunc* ao *dies ad quem* do prazo estatuído na norma legal. Igualmente, há retroatividade da formação de uma nova relação jurídica entre o novel proprietário e o bem. O atributo da inflexão que o possuidor já detinha torna-se mais evidente e respeitado *erga omnes*. Dali em diante o novo titular do domínio é um possuidor *jus possidendi*, estando habilitado a gravar o seu nome no Registro Imobiliário competente.

Quando o direito real provisório é convolado em direito real definitivo pela prescrição aquisitiva, o fato jurídico *lato sensu* produz três efeitos jurídicos: a perda da propriedade para o *dominus*, sua aquisição pelo possuidor e a modificação da qualidade da posse. Para o proprietário, a prescrição é desconstitutiva; para o possuidor, a prescrição é constitutiva, e a posse, que era *ad usucapionem*, é transmutada em *jus possidendi*. Destarte, a prescrição constitutiva, além de ser conceituada como fato jurídico em que o possuidor adquire direito subjetivo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do proprietário, também modifica a qualidade da posse que agora decorre do seu novo *status*.

5.5 Direito de propor as ações possessórias

A faculdade de invocar os interditos, como diziam os romanos, é um dos maiores efeitos da posse. Traduz-se na defesa judicial da posse. O direito de propor as ações possessórias é chamado de faculdade de invocar os interditos. A palavra “interdito”, designada para as ações possessórias, significa que, sendo proposta com a inicial acompanhada de prova da ofensa à posse, será expedida ordem judicial, ou seja, mandado de interdição para fazer cessar a ameaça

de violação, a continuidade da perturbação ou, ainda, de reintegração. Interdito é ato judicial de cessação da ofensa a direito de outrem. É um mandamento, uma ordem judicial expedida para proteger a posse. Nenhuma ação judicial deflagrada para proteger qualquer outro direito real concede tantas regalias processuais ao seu titular.

Os interditos se materializam por meio do processo. De acordo com Vieira (2010, p. 213): “O fim do processo é solucionar conflitos para que se retorne à paz jurídica.”. O objeto do processo é a composição da lide, isto é, resolver o litígio de acordo com a vontade da lei, dando origem à vontade jurisdicional. Passada a oportunidade que o possuidor tem de defender extrajudicialmente a posse, autorizado que estava pela norma inscrita no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, ele se volta para o *caput* do mesmo preceptivo legal. Resta agora se servir das ações adequadas para defendê-la ou restabelecer o seu exercício.

As ações possessórias podem ser puras e impuras. As puras ou por excelência ou em sentido estrito (*stricto sensu*) ou propriamente ditas, são as que se fundam exclusivamente na posse, seja qual for sua espécie. As impuras, por extensão, equiparação ou em sentido amplo (*lato sensu*), lastreiam-se não só na posse como também em outro direito real. As possessórias puras são as três clássicas: manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório. As impuras são: ação de imissão de posse, ação de embargos de terceiro, ação de nunciação de obra nova e ação de busca e apreensão. Nenhum outro direito real, salvo o de propriedade, que traz na sua essência o *jus possidendi*, pode fundamentar uma ação possessória pura.

Aos interditos possessórios puros aplica-se o princípio da fungibilidade. Se, no lugar de uma ação possessória, o autor propõe outra ou se, no curso da demanda, ocorre modificação da situação fática, o Estado-juiz dará a proteção judicial adequada, sendo desinfluyente o nome que foi dado ao interdito puro ou à modificação da situação narrada na exordial (art. 554 da Lei Processual Civil). É a proteção judicial máxima que a lei concede ao possuidor.

A abordagem das ações possessórias puras requer estudo conjunto das normas da Lei Civil com as do Estatuto Processual. Elas estão identificadas nos arts. 1.210 do Cód. Civil e 560 e 567 do Cód. Proc. Civil: a manutenção de posse, a reintegração de posse

e o interdito proibitório. Os artigos 1278º e 1281º do Código Civil Português reconhecem como interditos as ações de manutenção da posse e de restituição da posse, nos casos de perturbação e de esbulho, respectivamente. O art. 2238 do Código Civil e Comercial da nação argentina não nomina as ações protetivas da posse, no entanto especifica que, havendo turbação ou desapossamento (esbulho), elas têm por finalidade manter ou recuperar o objeto sobre o qual se exerce a relação de poder. A segunda parte desse preceptivo legal identifica os atos que constituem turbação e os que se traduzem em esbulho. O artigo 2.278 do Code Civil des Français dispõe que a posse é protegida contra a turbação ou a ameaça. A segunda parte do art. 446 do Código Civil espanhol estatui que, se o possuidor for importunado no seu exercício, será amparado ou restituído pelos meios estabelecidos nas leis processuais.

A ação de manutenção de posse é também denominada ação de força nova turbativa, quando proposta há menos de ano e dia. Em Roma, era conhecida como *interdictum retinendae possessionis*. Tem como *causa petendi* a turbação da posse perpetrada por outrem e como *petitum* ou *res*, fazer cessá-la. Objetiva manter o possuidor na posse do imóvel mansa e pacificamente, de modo a interromper o prosseguimento dos atos perturbativos. O fundamento da ação de manutenção, ou seja, a *causa petendi*, é a turbação. O pedido se resume à manutenção do titular no exercício da posse (arts. 1.210 do Código Civil e 560 e ss. do Código de Processo Civil).

Por turbação deve ser entendido todo e qualquer ato contínuo que prejudica o pacífico exercício da posse pelo titular. É a agressão dirigida à posse de outrem. A conduta impertinente e habitual do ofensor não chega ao ponto de fazer com que o ofendido venha a ser retirado do exercício do poder de inflexão. A palavra turbação é sinônima de perturbação, importunação, *in casu*, do exercício tranquilo da posse.

A ação de reintegração de posse é denominada ação de força nova espoliativa, quando proposta há menos de ano e dia, e ação de esbulho. Em Roma, era chamada de *interdictum recuperandae possessionis* e se classificava de acordo com o esbulho cometido. Eram três: o *unde vi*, o *de clandestina possessionis* e o *de precario*, chamados de interditos restitutórios, como registra Cretella Júnior (1998, p. 193). A reintegração tem como *causa petendi* a perda da

posse pelo seu titular, haja vista o esbulho perpetrado pelo ofensor e, como *petitum*, o retorno do possuidor ao poder de inflexão. O pedido formulado na reintegração se resume à restituição da posse perdida ao titular (ofendido), em decorrência de ato comissivo ou omissivo do ofensor (arts. 1.210 do Código Civil e 560 e ss. do Código de Processo Civil). O ofensor da posse se mantém na posse injusta, tomada por violência ou grave ameaça, clandestinamente ou pela não devolução do bem, findo o prazo ajustado no negócio jurídico (art. 1.200 do Código Civil). O esbulho decorre da posse injusta. Segundo preleção de Monteiro (2003b, p. 47), “esbulho é o ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse, violenta ou clandestinamente, e ainda por abuso de confiança”.

O esbulho pode ser direto ou indireto. No direto, o exercício da posse é interrompido, não só em decorrência da violência — que também inclui a grave ameaça —, como também da clandestinidade. O ofensor viola o exercício da posse do ofendido por ação direta comissiva, por meio de um *facere*. No esbulho indireto, a violação da posse se dá pela precariedade. O titular da posse não é privado do seu exercício por conduta comissiva do ofensor, e sim em razão de um *non facere*. A não devolução é o esbulho. O possuidor indireto não recebe o bem de volta, encerrado o prazo contratual. A posse direta é convolada em precária. Há omissão do possuidor direto — agora injusto — em devolvê-lo, encerrado o prazo pactuado no contrato.

O interdito proibitório é também denominado preceito cominatório e ação de força iminente. Em Roma, era chamado de *interdictum prohibitorium*. Tem como escopo proteger o possuidor da ameaça de esbulho ou de turbação, sendo a primeira hipótese mais comum. Tem natureza preventiva. A ação de força iminente tem fulcro nos arts. 1.210, do Estatuto Civil, e 567 do Código de Processo Civil. Objetiva impedir que se consuma a violação da posse ameaçada. A cominação de multa, ou seja, a aplicação de pena pecuniária, para o caso de esbulho ou de turbação, deve integrar o pedido. É o modo eficiente para afastar a consumação do ilícito. É possível que o ofensor, ao ser advertido judicialmente de que poderá suportar o pagamento do valor estipulado na decisão, retroceda no seu comportamento violador. Em Portugal, a ação em epígrafe é cognominada “ação de prevenção” (artigo 1276º do Código Civil Português).

As ações possessórias impuras não têm esteio apenas na posse. Nesta se lastreiam e também em outro direito real. O fundamento é duplo: pretensão de exercício da posse ou de sua conservação conjugada com outro direito real, que em algumas situações pode ser o direito de propriedade. Como visto, as ações possessórias impuras são as seguintes: ação de imissão de posse, ação de embargos de terceiro, ação de nunciação de obra nova e ação de busca e apreensão.

A ação de imissão de posse denominava-se, em Roma, *interdictum adipiscendae possessionis*. Embora reconhecida como interdito, a imissão não pode ser emoldurada como tal. Ela tem esteio em direito real do qual o pretendente se tornou titular. Funda-se, em regra, no direito real de aquisição, hoje denominado direito do promitente comprador, de que tratam os arts. 1.225, VII, 1.417 e 1.418 do Código Civil, na cessão da promessa (cessão de direitos aquisitivos) e na promessa de cessão, desde que esses títulos de aquisição preliminares tenham sido ajustados em caráter irrevogável e irretratável, conste a cláusula de transferência da posse pelo *tradens* ao *accipiens* e estejam registrados no Registro de Imóveis da circunscrição competente. A imissão não tem supedâneo na posse nem na propriedade, e sim na pretensão de investidura no exercício de um direito real oriundo de título registrado. É o remédio processual em prol do novel titular de direito real de graduação inferior ao direito de propriedade, que justifica a indigitada pretensão de investidura na posse em desfavor de quem não tem razão de exercê-la, já que não houve turbção, esbulho ou ameaça de turbção ou de esbulho a ser corrigido.

A ação de embargos de terceiro, conhecida simplesmente como embargos de terceiro, está prevista no art. 674 do Estatuto Processual vigente. Os embargos de terceiro são admitidos por aquele que, não sendo parte no processo, suporta constrição sobre os bens que possua ou sobre os quais exerça direito incompatível com o ato constritivo. Tal como descrevia o § 1º do art. 1.046 do diploma processualístico revogado em 2016 — o CPC/1973 —, o proprietário e o possuidor têm legitimidade *ad causam* ativa e interesse processual na propositura da ação de embargos de terceiro para defender o *jus possidendi* ou o *jus*

possessionis, respectivamente. Dito preceptivo da Lei Processual derogada apresentava um rol de cabimento dos embargos bem significativo. Era claro e objetivo.

O Estatuto Processual vigente, mais parcimonioso e não muito claro, designando o embargante como terceiro no § 2º do art. 674, refere-se a algumas situações que justificam a deflagração dessa ação possessória impura. Mais claro e objetivo, o artigo 1285º do Código Civil Português dispõe, acerca do tema: “O possuidor cuja posse for ofendida por penhora ou diligência ordenada judicialmente pode defender a sua posse mediante embargos de terceiro, nos termos da lei de processo.”

A ação de nunciação de obra nova objetiva proteger o possuidor da turbção decorrente de acessões, benfeitorias e reparos realizados por vizinho confinante, próximo ou afastado, que prejudica o exercício da posse, de suas servidões ou de seus fins. Como o próprio nome está a indicar, exige-se que a obra prejudicial ao exercício da posse tenha se iniciado recentemente, ou que ainda se encontre em andamento. Caso já esteja nos arremates finais, como, *e. g.*, na fase de colocação de massa, pintura, vidros nas janelas ou lâmpadas, não cabe mais a nunciação. A *causa petendi* da nunciação de obra nova do vizinho tem fundamento no direito de construir, de que todo proprietário ou mesmo possuidor independente dispõe.

A ação de busca e apreensão só não é considerada possessória por mero preconceito da doutrina possessória nacional que influenciou o legislador. Trata-se do único remédio processual para proteger a posse de coisas móveis e semoventes, no caso de ocorrer esbulho. O preconceito decorre do fato de a ação de busca e apreensão também proteger o direito de propriedade sobre coisas móveis, que se adquire com a tradição, independentemente de título de transferência do domínio, *ex vi* da interpretação do art. 1.267 do *Codex*. Em Roma, a busca e apreensão se emoldurava como ação de reintegração de posse. Denominava-se *interdictum utrubi*.

Ao rol das ações possessórias impuras — que pode ser emoldurada como impura indireta —, acrescenta-se a ação reivindicatória, não obstante se tratar de ação dominial para fazer valer o *jus possidendi*. Isto se deve ao fato de que, em substância, o

pedido formulado na ação de reivindicação é de investidura do proprietário na posse do imóvel, em razão da eficácia do título de propriedade, para afastar o possuidor que não tem razão de continuar no exercício do poder de inflexão (art. 348, *in fine*, do Código Civil espanhol). Além disso, o nome do mandado a ser expedido para dar cumprimento à decisão judicial e investir o possuidor na posse do bem não é de reivindicação. É de imissão de posse, com afastamento do possuidor injusto — podendo ser até mesmo o natural (detentor), de acordo com a previsão do art. 1.228, *in fine*, do Código Civil — do contato físico com o imóvel, como se infere da leitura do art. 538 da Lei Processual Civil. Apesar de se admitir o enquadramento da ação reivindicatória como possessória impura indireta, haja vista a pretensão de imissão na posse, ela não é substitutiva da reintegração, se o proprietário nunca exerceu o poder de inflexão sobre o bem. Quando o proprietário, erroneamente, propõe reintegração com esteio no direito de propriedade, diz-se que há alegação de domínio.

A alegação de domínio, exceção de domínio ou *exceptio proprietatis* é a sustentação ou defesa do proprietário em demanda possessória com esteio no direito de propriedade. Trata-se de pedido de reintegração, tendo como *causa petendi* a titularidade do direito de propriedade. É o desvirtuamento da proteção possessória. Tanto faz propor ação possessória, contestar ou reconvir; com supedâneo em propriedade, a proscrição vem da doutrina processual de proteção possessória. É defeso propor ação que tenha por objeto o reconhecimento do direito de propriedade — qualquer que seja o seu nome —, como dispõe o art. 557 do Estatuto Processual.

A *exceptio dominii* só prevalece quando a posse é disputada com fulcro na propriedade, *id est*, com lastro na posse *jus possidendi*, que advém do direito de propriedade. Nesse caso o pedido formulado na ação de reintegração será julgado em favor do proprietário. Não teria sentido contra este o Estado-juiz julgar, quando a parte contrária — em ação intitulada de possessória — não demonstra o exercício da posse turbada ou esbulhada, alegando que exerce direito real sobre o imóvel, consoante estabelece o verbete da Súmula 487 da Suprema Corte. Vetusta doutrina civilística é rigorosa, no sentido de proteger

o possuidor em detrimento do proprietário, toda vez que este pretende vencer o litígio possessório, com lastro na exceção de domínio. Gomes (1976, p. 92-93) enfatiza que a *exceptio dominii* deve ser rechaçada como “[...] uma excrescência no terreno da proteção possessória. Pouco importa que o proprietário seja vencido no possessório; pois, se verdadeiramente proprietário é, vencerá no petitório”.

Toda demanda em que o autor se arrima no direito de propriedade ou mesmo no direito real de aquisição se denomina ação petitória ou, simplesmente, *petitório*. Ai se incluem a ação reivindicatória e a de imissão de posse. As demandas possessórias clássicas ou puras, *id est*, manutenção e reintegração de posse e interdito proibitório, foram apelidadas de *possessório*. A doutrina reprova a *exceptio dominii*, por se traduzir em tentativa do autor ou do réu de descaracterizar o sistema de proteção da posse, fundando-se no direito de propriedade ou em outro direito real (v. g., o direito do promitente comprador), como bem enfatizado na sobredita preleção.

O petitório não pode se imiscuir no possessório. Como diz Monteiro (2003b, p. 56): “[...] realmente, a posse deve ser protegida por si mesma, independentemente da propriedade. O possessório e o petitório não se misturam”. Argumentando que a doutrina de Ihering acolhe a rejeição da *exceptio dominii*, Pereira (2015, p. 58) afirma que “[...] o debate possessório tem em vista o estado de fato do possuidor, cuja defesa se frustraria se fosse aberta a questão em torno da propriedade, sucumbindo a própria sistemática da posse”.

Considerações finais

Ao longo deste artigo acerca das reflexões sobre a posse, restou demonstrado que ela não significa apenas uma relação de fato ou de poder, e sim um direito subjetivo real — ainda que provisório —, porque à faculdade de agir do titular, vale dizer, ao exercício do poder de inflexão sobre o bem, corresponde um dever jurídico de abstenção dos demais indivíduos participativos da sociedade, exercendo o possuidor um conjunto de atos materiais tendentes a conservá-lo, para que dele possa usar e fruir.

Após a apresentação de diversos fundamentos e estudos desenvolvidos sobre a posse nos cinco títulos que precedem estas considerações finais, não pode pairar a menor dúvida sobre a razão do seu posicionamento antes da apresentação do rol exemplificativo dos direitos reais, constantes do art. 1.225 do Estatuto Civil. A posição que a posse ocupa na primeira norma legal, que inaugura o Direito das Coisas, é o reconhecimento de que se cogita do mais relevante de todos os direitos reais. A norma inscrita na primeira parte do art. 1891 do Código Civil e Comercial argentino, antes ressaltada, é merecedora de aplausos. Sem posse, salvo no que tange às duas exceções, não é possível o exercício dos demais direitos reais previstos no art. 1887 daquele diploma civilístico. O mesmo pode ser dito, no caso brasileiro, acerca dos direitos reais elencados no art. 1.225 do Código Civil. Não há direito real mais relevante que a posse, ainda que ali não esteja elencado e se emoldure como provisório.

Reconhecimento explícito da relevância desse direito real ocorre quando o legislador — deixando de lado a regra geral do socorro à ação judicial — permite que o possuidor faça justiça com as próprias mãos, desde que utilize moderadamente os meios necessários para repelir a injusta agressão, e que atue imediatamente (art. 1.210, § 1º, do Código Civil). Tal como analisado, o possuidor não incide no tipo penal do art. 345 do Estatuto Repressivo. Não se tem notícia, em qualquer norma legal, de direito cujo exercício interrompido possa ser restabelecido extrajudicialmente. O único que permite essa espécie de defesa é a posse (*jus possessionis* ou *jus possidendi*).

Cumpra mais uma vez ressaltar que a fonte do reconhecimento da posse como direito real é a lei codificada ou esparsa, quando, na Era Hipermoderna: a) admite a transcrição da decisão no Registro de Imóveis, toda vez que, na ação de desapropriação, for concedida a imissão provisória na posse, em favor do poder público ou de empresa concessionária de serviço público (artigos 1.225, XIV, do Código Civil, acrescentado pela Lei n.º 14.620/2023; arts 15, § 4º, do DL n.º 3.365/1941, e 167, I, 36, da Lei n.º 6.015/1973); b) admite a transcrição do título no Registro de Imóveis, em caso de legitimação possessória — o que é inusitado, por se tratar de direito que pode ser exercido por pessoa que não seja titular do

direito de propriedade —, para que neste possa ser convolado (arts. 29 e §§ da Lei n.º 6.383/1976; 25 da Lei n.º 13.465/2017; 167, I, e 41, da Lei n.º 6.015/1973); e c) o seu exercício prolongado, somado à inércia do titular do *jus possidendi*, oriundo do direito de propriedade ou o *jus possessionis*, decorrente de direito real diverso, possibilita a aquisição de um ou de outro pela prescrição aquisitiva (arts. 183 e 191 da Constituição Federal; 1.238 e ss. do Código Civil; 9º e 10 da Lei n.º 10.257/2001; 1º e ss. da Lei n.º 6.969/1981; e 216-A e §§ da Lei n.º 6.015/1973).

A Lei Processual Civil consagra sua relevância ao perfilhar o princípio da fungibilidade das ações possessórias puras (art. 554), e ao conceder liminar ao seu autor, restabelecendo o *status quo ante*, levando em conta a violação do seu exercício, desde que afore o interdito no prazo de ano e dia. O possuidor que já foi beneficiado com a possibilidade de exercer a legítima defesa e o desforço imediato (art. 1.210, § 1º, do Código Civil) tem agora mais duas chances de obter, de imediato, a proteção possessória: liminar *initio litis*, isto é, *inaudita altera parte*, ou após a audiência de justificação da posse, designada exclusivamente em prol daquele que se diz ofendido no exercício do poder de inflexão inerente a esse relevante direito real. As normas inscritas nos arts. 558, 562 e 563 do Código de Processo Civil proclamam o elevado *status* que os interditos possessórios desfrutam para proteger a posse.

Demais disso, considerando que, em litígio possessório puro, a *exceptio dominii* ou *exceptio proprietatis* não tem lugar, prevalecendo o *jus possessionis* sobre o *jus possidendi* — *ex vi* do disposto nos arts. 1.210, § 2º, do Estatuto Civil, e 557, parágrafo único, da Lei Processual Civil —, pode-se afirmar que a posse está posicionada bem acima dos demais direitos reais, apesar de não figurar no rol do art. 1.225 do mesmo Estatuto, repita-se, em decorrência de injustificável preconceito do legislador, que deu o maior dos cochilos, menosprezando sua verdadeira essência jurídica. É o que se conclui, no caso brasileiro, de todo direito positivo vigente sobre a posse como direito subjetivo real, ainda que de caráter provisório.

Referências

- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Direito Autoral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DAIBERT, Jefferson. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 4. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*. Vol. V. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Coisas. Vol. V. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Vol. V. São Paulo: Atlas, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Vol. I. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. III. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. Vol. IV. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Reais. Vol. IV. 17. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas* (artigos 1.225 a 1.509). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 51, p. 178-229, jul.-set. 2010.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. O inexplicável oblívio da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu* pelo Código Civil Brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 69, p. 64-101, jun.-ago., 2015a.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. O incompreensível olvido da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu* pelo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol.104, p. 26-58, 2015b.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A prescrição constitutiva: consecutário da posse, aquisição de direito fundamental e contributo para afirmação da cidadania. In: FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Antón Lois; HANSEN, Gilvan Luiz; SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guilherme (org.). *Ciudadanía en una perspectiva global*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021.