

#DA POSSE – Parte I#

1 – CONCEITO

O conceito de posse, para o Direito das Coisas, dependerá da teoria que se adota a respeito da mesma.

Certo é que, de maneira positivada o CC/02 no seu art. 1.196 conceitua possuidor (e, portanto, posse): “*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”.

A partir do estudo das teorias a respeito da posse poderemos identificar a qual o CC/02 se filia ao conceituar posse, para, a partir de então, tratar do regramento dos institutos relacionados à posse de maneira coerente com a teoria encampada.

2 – TEORIAS

2.1 – Teoria Subjetiva (Savigny)

Friedrich Carl von Savigny era um jurista alemão do século XIX que desenvolveu seus estudos sobre posse a partir de fontes do direito romano.

Esquemáticamente, a posse para ele necessita da reunião de 2 elementos:

- (i) **Corpus** → poder físico sobre a coisa.
- (ii) **Animus Domini** → intenção de ter a coisa para si (elemento subjetivo – análise da intenção).

Obs. Bezerra de Melo coloca como um terceiro requisito na teoria subjetiva a “*affectio tenendi*”. Somar-se-ia à intenção de dono o comportamento externo de portar-se como dono perante a coisa, isto é, a exteriorização dessa vontade de ter a coisa para si.

Assim, havendo apenas o *corpus* sem o elemento subjetivo, configurar-se-ia a figura da “detenção” ou “posse natural”, como chamada por ele – contraposta à posse propriamente dita, que daria direito a interditos, e à posse civil, que daria direito à usucapião.

2.2 – Objetiva (Ihering)

Trata-se de uma teoria que se contrapõe à teoria subjetiva de Savigny.

Formulada por Rudolf von Ihering, posse seria a exteriorização de um ou alguns dos poderes ínsitos à propriedade. Assim, para Ihering a posse é ***tanto um direito real como um poder de fato, podendo ser tanto exercida pelo proprietário como por outra pessoa.***

Basicamente para que haja a posse seriam necessários os seguintes elementos:

- (i) Corpus.
- (ii) Affectio tenendi → procedimento externo de comportar-se como dono da coisa (que é diferente da análise da intenção de ser o dono da coisa, que é subjetiva). É o agir como normalmente o proprietário faz.
- (iii) Ausência de impedimento legal à configuração da posse.

Importante notar que para a teoria objetiva é possível a posse tanto sem o *animus* (**ex:** locatário) quanto sem o *corpus* (**ex.** caçador que coloca uma armadilha na floresta tem a posse sem a apreensão física).

Dispensa-se a exigência da apreensão física direta e imediata da coisa (*corpus*) porque a nessa análise a pedra de toque será a **destinação econômica da coisa** (submissão do bem ao interesse econômico do possuidor, **ex.** locador).

Obs. Portanto, a DETENÇÃO para essa teoria não se configuraria pela ausência de *animus domini* (que não é exigida para posse), mas sim pela incidência de um obstáculo legal.

Contudo, ainda que possa ser exercida por quem não seja proprietário, reconhece que a **finalidade da posse é permitir o uso pleno da propriedade**. Daí a máxima da teoria objetiva de que a **posse seria a exteriorização da propriedade**, e que sua proteção seria um complemento à proteção da propriedade (que sem a posse seria inútil). Ou seja, se protege a

posse em razão da proteção do ordenamento à propriedade, ainda que essa proteção acabe a se estender também ao não proprietário.

Ou seja, não haveria como negar, que a proteção ao não proprietário acaba por ser também uma consequência. Será impossível que essa proteção não se estendesse também ao não proprietário, já que basta que alguém demonstre os elementos externos da propriedade (requisitos da posse) para que goze da proteção (seja ou não proprietário) → assim **a posse adquire independência face à propriedade**, podendo lhe ser contrária ao invés de simplesmente servir a ela.

Contudo, para Ihering há uma **prevalência do direito de propriedade no embate contra o possuidor**. O possuidor tem o direito à posse (*jus possessionis*) em relação a terceiros, mas o perde em relação ao proprietário, que tem o direito de ter a posse (*jus possidendi*). Isto é, numa disputa possessória, quem tiver como causa de pedir a propriedade terá preferência na proteção.

- BEZERRA DE MELO: Para Ihering, a questão se saber se a proteção possessória pode ser exercida mesmo contra o proprietário é uma problemática aberta, que caberia ao legislador resolver no sentido que aprovar.
- Nosso ordenamento jurídico proíbe a evocação da propriedade (*jus possidendi*) como causa de pedir em ação possessória (art. 1210 do CC e art. 557 do CPC).

ATENÇÃO → Pela análise do conceito legal do art. 1.196 do CC/02 percebe-se que a teoria objetiva é a adotada pelo ordenamento brasileiro.

Exceção: a posse apta a gerar a aquisição de direitos reais pela usucapião (posse *ad usucapionem*) que traz como elemento a vontade de possuir a coisa como própria (*animus sibi habendi*).

2.3 – Teoria Social ou Sociológica

Trata-se de uma nova maneira de enxergar a posse. Identifica, apesar da importância prática e da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma crise que se encontra atualmente a teoria objetiva face à função social da posse e, portanto, a necessidade de uma adequação/filtragem constitucional do art. 1.196 do CC.

Explica BEZERRA DE MELO: Assim, no embate entre a posse com função social e a propriedade esvaziada nesse conteúdo, deve prevalecer a posse → **a posse tem valorção econômica e social própria**, não devendo mais ser vista apenas como mera exteriorização da propriedade, como propugna a teoria objetiva → de aspecto secundário ela alcança o patamar principal, tal como aconteceu com a propriedade → a propriedade é possível de existir apenas no plano abstrato, sem o exercício da posse ou emprego de qualquer funcionalidade, ao contrário da posse (impingida, portanto, de uma função social muito mais evidente do que a propriedade abstratamente considerada) → **funcionalização dos institutos (constitucionalização do direito)**.

Continua o autor: tal percepção sobre a posse é da doutrina de SAILLELLES (francês), que defendia que o **corpus** deveria ser entendido não como o contato físico com a coisa, “mas sim a **possibilidade de o possuidor explorar e se apropriar economicamente da coisa colocada à sua disposição, sendo essa a sua legítima pretensão**”. O conceito de posse “decorreria de variáveis segundo a natureza da coisa, forma de utilização e usos do país da época”.

Assim, a melhor posse é aquela que cumpre função social (ao invés do formalismo do justo título) – devendo ser tomada como base preponderante, inclusive, para se determinar a aquisição ou perda da posse.

Essa é uma noção adequada à teoria social de posse no Brasil, a partir de uma análise da realidade econômica e social do país: direito à moradia (art. 6º da CF e CUEM), função social da propriedade (art. 182 e 186 da CF); função social como requisito facilitador da usucapião especial urbana e rural.

OBS: O Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil do CJF adota essa compreensão: “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais”.

3 – NATUREZA JURÍDICA DA POSSE

Há divergência nesse tópico, podendo ser identificadas as seguintes posições:

1-) Fato: baseia-se no fato de que o rol taxativo positivado dos direitos reais do art. 1225 do CC/02 não prevê a posse entre os ditos “direitos reais” (mantendo a mesma posição do CC/16). A posse seria um fato regulado pelo direito, dada sua importância e repercussão social.

2-) Direto “sui generis”: não apresenta as características dos direitos reais, como a publicidade, por exemplo, não podendo se encaixar como direito real. Por outro lado apresenta características peculiares, como a proteção possessória, por exemplo. Faz, ainda, a ressalva de que “direito das coisas” é mais amplo do que “direitos reais” (recurso à disposição topográfica).

3-) Direito Real: a posse encontraria as características essenciais do direito real, tais como objeto (coisa e não prestação), sujeito passivo universal, e modo de exercício direto e mediato (sem necessitar de interposta pessoa, como nas prestações). Ademais, o fato de não estar no rol do art. 1225 não seria óbice, como se verificaria no direito real de retenção e no pacto de retrovenda, por exemplo, que estão fora desse rol – será suficiente que os pressupostos do direito coincidam com os de um direito real para que assim possa ser considerado, e não a presença necessária num rol.

4 – FUNÇÃO SOCIAL

Como já visto, a funcionalização dos institutos e instituições de direito é uma consequência inafastável do influxo da CFRB sobre todas as subdivisões do direito como um todo.

Assim, as visões da teoria objetiva e da subjetiva não são mais suficientes à fundamentar de maneira satisfatória a proteção possessória, como propugnado pela teoria social da posse, que funda suas bases justamente na análise da função social da posse.

CHAVES e ROSENVALD: “a posse deve ser considerada como fenômeno de relevante densidade social, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais. Devemos descobrir na própria posse as razões para o seu reconhecimento”. “Esta visão conceitual implica necessariamente em despatrimonializar e repersonalizar a posse”

A tutela da posse deve vir em razão da sua própria relevância, verificada como meio para a retirada de eficácia de diversos direitos fundamentais. Podem ser apontados como exemplos:

- Moradia (art. 6º da CFRB) – vai além do teto, abrangendo todos os aspectos para o resguardo dos atributos da pessoa humana e de sua família com dignidade, bem como para o desenvolvimento de suas potencialidades. Trata-se de uma categoria autônoma de direito da personalidade (Marcelo Milagres – “direito à moradia”);
- Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CFRB);

- o Direto ao trabalho (art. 7º da CFRB) – posse-trabalho;
- o Solidariedade e Redução das desigualdades sócias (art. 3º, III da CFRB) – acesso à segurança na posse por outros meios que não apenas o título de proprietário ou fundamentos homogêneos pré-estabelecidos na lei, de modo a dividir o acesso a bens (justiça distributiva), principalmente imóveis, quando destinados à fruição com função social.

Ou seja, a análise da função social da posse transcende os aspectos que caracterizariam a função social da propriedade, principalmente por se tomar a posse de maneira autônoma, não mais como mera exteriorização da propriedade. Transcende também aspectos puramente econômicos.

A posse com função social é aquela que busca desenvolver os atributos/potencialidades do possuidor para que ele e sua família tenham o suporte para uma vida digna (que vai além do mínimo para a subsistência).

5 – OBJETO DA POSSE

A discussão nesse tema é se a posse é possível de ser exercida apenas sobre bens corpóreos ou se sobre bens incorpóreos também (direitos pessoais).

A doutrina majoritária entende que posse só seria possível sobre bens que tenham materialidade, pois apenas sobre eles é possível exteriorizar um poder de fato. A posse seria apenas o poder fático sobre a coisa. Não haveria assim a posse de direitos obrigacionais ou de direitos da personalidade. Quem ingressa na posse a partir de uma relação jurídica (locação ou usufruto) não estará na posse de um direito obrigacional, mas da própria coisa.

BEZERRA DE MELO aponta que o CC/16 nos art. 493, inc. I e 490 se referiam ao termo “direito possuído”, e que tal expressão não foi reproduzida no CC atual, sendo inclusive desnecessária semelhante previsão, ante a presença no ordenamento de outros instrumentos capazes de tutelar de maneira mais eficaz tais direitos, como o Mandado de Segurança, por exemplo.

CHAVES e ROSENVALD defendem a possibilidade de posse sobre bens incorpóreos. O raciocínio é: o CC/02 adota a teoria objetiva de Ihering - - → essa teoria não exige a apreensão direta do corpus, mas sim o comportamento do possuidor submetendo o bem a

seu interesse econômico - - → assim, o que importa não é o aspecto corpóreo, mas o elemento externo e objetivamente perceptível da destinação econômica imprimida ao bem.

Nesse tema, ressalta-se a Súmula 193 do STJ, que permitia a usucapião de linha telefônica, evidenciando a possibilidade de posse sobre bens incorpóreos, ressaltando o aspecto econômico da qual era dotada a linha telefônica décadas atrás.

O mesmo ocorre com direitos autorais e patentes, que seriam suscetíveis de posse. A súmula 228/STJ que não permite interditos possessórios para proteção do direito autoral não retira a possibilidade de posse sobre os mesmos, mas exclui tão somente essa via de proteção – isso porque sendo incorpóreos não haveria sobre eles esbulho ou turbação, mas concorrência que ofenderia o monopólio ou a exclusividade, aspectos assegurados pela lei de direitos autorais.

6 – COMPOSSE

A princípio a posse (tal qual a propriedade) tem o caráter da exclusividade, tal como a propriedade. Isso significa que, de regra, a posse é exercida apenas por uma pessoa de modo a excluir todas as demais.

Mas excepcionalmente admite-se a composses, tal como ocorre com o condomínio. Admitindo-se a propriedade comum, sendo a posse conceituada no Brasil como a manifestação de fato dos poderes da propriedade, admite-se a composses (situação fática).

Assim, a composses pode ser conceituada como: a posse comum a duas ou mais pessoas sobre um determinado bem, isto é, a situação pela qual duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, poderes possessórios sobre a mesma coisa.

O CC somente regula a posse “*pro indiviso*” (art. 1.199), que para alguns passaria a ser requisito para a composses. “*Pro Indiviso*” é aquela composses na qual não há divisão na posse, ou seja, os possuidores exercem posse sobre parte ideal do todo. Não há posse em parte certa, o que significa a existência do exercício integral da posse todos os possuidores exercem posse sobre o todo.

Obs. Há quem admita a composses de “*pro divisio*” na qual há delimitação da posse de cada possuidor. Ocorreria em bens naturalmente indivisíveis sobre uma parcela certa da coisa. Sua natureza jurídica da posse seria de relação condominial (condomínio edilício) ou de vizinhança ((muro, cerca, vala, parede, teto e chão – direito de extremar).

- Como visto, para outra parcela, a lei apenas admite a composses “*pro indiviso*”.

A fração é apenas ideal, o que é suficiente para que um copossuidor possa exercer a proteção possessória do todo em face de terceiros → **obs.** lembrando que pelo art. 73, §2º do CPC/15, trata-se de uma situação de litisconsórcio necessário (termo “indispensável”).

OBS1. Há uma classificação entre comosse simples e comosse de mão comum feita por Pontes de Miranda. A primeira seria aquela no qual todos os sujeitos exercem poder fático sobre a coisa independentemente dos outros, que também têm esse poder. A segunda exige a participação de todos, pois nenhum exerce tais poderes de forma independente (**ex.** herança).

OBS2. comosse não se confunde com desdobramento da posse (tema analisado em classificação da posse).

OBS3. Como a posse é situação de fato autônoma em relação à propriedade, pode haver condomínio com posse exclusiva e propriedade exclusiva com comosse – CHAVES e ROSENVALD

7 – DETENÇÃO

Como vimos, do ponto de vista positivado o CC/02 adota a teoria objetiva sobre posse, e a detenção se configuraria a partir de um impedimento legal à aquisição da posse.

Assim, a detenção pode ser conceituada como uma exceção em que poder de fato não gera posse (e, portanto, não gerando seus efeitos) – conceito negativo.

Assim, identificando-se tais impedimentos, a detenção se configura nas seguintes hipóteses:

- (i) Servo da Posse (art. 1198, CC) → poder de fato exercido em nome de outrem, sob as ordens de outrem. O poder de fato não emana desta pessoa, que é apenas um instrumento do poder de fato exercido por outra pessoa (“detenção dependente”).
- (ii) Atos de Mera Permissão ou Tolerância (art. 1.208, 1ª parte, CC) → São atos de mero favor, aos quais o possuidor reserva-se o direito de retirar. Semelhantes à situação de precariedade.

Apesar de ser exercida mediante autorização, não guarda a instrumentalidade que se verifica no primeiro caso (não se exerce em nome de alguém ou sob as ordens de alguém, mas sim em interesse próprio).

(iii) Detenção Autônoma (art. 1.208, 2ª parte) → é o poder de fato violento ou clandestino. Enquanto o poder de fato tiver esses atributos não se adquire posse.

É autônoma porque não está sendo exercida em nome alheio, não depende de consentimento de ninguém. Esse poder de fato é desvinculado de uma autorização.

No dia em que terminar a violência ou clandestinidade esse poder de fato, que era detenção, se transmuta em posse injusta, do art. 1.200, CC.

Obs. compatibilização do art. 1208 com 1220 do CC: enquanto houver violência ou clandestinidade não há posse, uma vez cessada o poder de fato vira posse injusta, pois viciado na origem (esbulho ou turbação).

(iv) Detenção em bens públicos (art. 100) → o art. 100 estabelece que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

Assim, enquanto afetados ao interesse público deteriam primazia sobre qualquer situação jurídica, sendo insuscetíveis de usucapião e alienação, por exemplo.

Por esse motivo, considera-se que sobre eles não se exerce posse. Assim, havendo situação fática somada a impedimento da configuração da posse, está-se diante de detenção.

Obs. CHAVES e ROSENVALD defendem a possibilidade de posse e inclusive usucapião dos bens dominicais (aqueles não afetados ao interesse público primário e que podem ser objeto de alienação – art. 101 do CC) – compatibilidade com a função social da posse.

Assim, o critério distintivo da posse ou detenção no bem público seria a afetação.

Ressalte-se, entretanto, que a jurisprudência do STJ não admite a posse sobre bens públicos de qualquer natureza.

Atenção: O art. 1198 cria uma situação de presunção relativa de manutenção as situação do detentor. Relativa porque possível a mudança desse caráter, desde haja uma mudança de postura do detentor, ou seja, o exercício da posse agora em nome próprio,

opondo-se de maneira visível ao possuidor anterior. Esse é o teor do Enunciado 301 da IV Jornada de Direito Civil: “É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios.”