

APOSTILA DE DIREITOS REAIS - POSSE

Professora: Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas¹

1. Conceito: É o ramo do direito patrimonial cujas regras tratam do poder dos homens sobre as coisas apropriáveis.

2. Objeto: As coisas apropriáveis são aquelas que podem ser objeto de propriedade. A princípio, todas as coisas úteis e raras podem ser objeto de propriedade, diante do interesse econômico que elas despertam. Excluem-se os bens abundantes, sem valoração econômica (ex: água do mar, o ar que se respira, luz do sol). A coisa pública não é apropriável. (revisar bens públicos, arts 98 a 103)

Ex: Uma ilha pode ser particular, mas a praia sempre é pública (ex: ilha de Santo Aleixo, em Sirinhaém-PE).

As coisas podem ser apropriadas devido a uma relação jurídica contratual (ex: A vende a B e B se torna dono da coisa e A do dinheiro) ou pela captura (= ocupação, onde não há relação com pessoas, ex: pegar uma concha na praia, pescar um peixe).

A aquisição decorrente de contrato se diz derivada, porque a coisa já pertenceu a outrem; a aquisição derivada da ocupação se diz originária porque a coisa nunca teve dono.

Assim, as coisas apropriáveis são objeto de propriedade, que é o mais amplo direito real.

Sinônimo de propriedade é o domínio (alguns autores enxergam diferença entre propriedade e domínio, mas eu não). O conceito de propriedade já foi absoluto no Direito Romano, todavia, atualmente, esse direito é relativo. Por exemplo: a propriedade rural, antigamente, poderia ser improdutivo, pois o dono poderia fazer o que bem entendesse com seus bens. hoje, com o advento da C.R./88, existe a função social da propriedade, vedando-se ao dono deixa-la improdutivo. VER ART. 1228, *CAPUT* (caráter absoluto da propriedade – caracterizado pelo poder de disposição). Acrescentou-se o §1º ao art. 1228, relativizando o caráter absoluto da propriedade. É a função social da propriedade (que pode ser urbana ou rural). Interessa à coletividade que seja respeitada a função social da propriedade.

¹ Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC MINAS. Professora de Direito Civil da PUC Minas e da Faculdade Del Rey Uniesp. Professora de Educação à Distância de Direito do Consumidor, Temas de Direito e Internet e Metodologia da Pesquisa Científica na PUC Minas. Tutora Virtual do Conselho Nacional de Justiça. Servidora do TRT/MG – Assistente de Desembargador. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à Distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Especialista em Finanças e Marketing pela UNA. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br. Site: www.claudiamara.com.br.

3. Características dos direitos reais:

a) direito de seqüela

Seqüela, por exemplo, é a reivindicação prevista no art. 1228 do CC/02. É o direito de reaver a coisa de quem injustamente a detenha. Vem do verbo “seguir” a coisa. Dá-se quando o proprietário persegue a coisa para recuperá-la, não importando com quem a coisa esteja.

Portanto, direito de seqüela se constitui no poder do titular do direito real de seguir a coisa com o intuito de recuperá-la de quem injustamente a possui. É uma característica fundamental dos direitos reais, não só da propriedade, mas do usufruto, superfície, hipoteca, etc. Não existem nos direitos obrigacionais, e, justamente por isso, os direitos reais são considerados, por muitos autores, mais fortes/poderosos do que os direitos pessoais.

b) direito de preferência

A preferência interessa aos direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, e alienação fiduciária). É uma grande vantagem sobre as garantias pessoais/obrigacionais como aval e fiança. VER ARTS. 961, 1419 e 1422 (a título de curiosidade).

c) oponíveis *erga omnes* (absolutismo dos direitos reais). Mas há exceções: súmula 308 STJ.

d) Obediência a um rol taxativo (*numerus clausus*) de institutos, previstos em lei, o que consagra o princípio da tipicidade dos direitos reais.

“Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese;

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei 11.481/2007).

XII - a concessão de direito real de uso (Incluído pela Lei 11.481/2007)”.

Não obstante a maioria da doutrina reconheça a taxatividade dos Direitos Reais, há autores defendendo a noção de que a lei vem criando novas espécies a fim de regularizar regiões favelizadas. Ex: Lei 11.977/2009 – Minha casa minha vida – art. 59 – legitimação a posse direta que devidamente registrada em cartório de imóveis dá direito ao possuidor para fins de moradia. Há requisitos exigidos em lei, tais como, ser cadastrado pelo poder público, não possuir outro imóvel, ser a área menor que 250m².

Ainda há autores que afirmam que, mesmo presente a questão da tipicidade (*numerus clausus*), a lei não afasta a AUTONOMIA PRIVADA, que permite a modelação expansiva dos direitos reais já existentes. Assim, as partes, em conformidade com a lei, podem alterar

alguns dos conteúdos dos direitos reais, sem que, para isso seja necessária a criação de um novo direito real.

Ex: MULTIPROPRIEDADE = Tepedino “relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de TEMPO, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. Neste sistema todos os multiproprietários são condôminos, mas esse condomínio somente será exclusivo na unidade autônoma no tempo fixado no pacto”. O DIREITO DE FRUIÇÃO É EXERCITADO DE FORMA EXCLUSIVA E PERIÓDICA. O multiproprietário pode registrar, gravar, transferir a sua parte, tal qual, um direito real.

Acontece que a multipropriedade não é um direito real existente no rol. Para a sua criação é constituída uma sociedade por cotas multiproprietárias, na qual o número de cotas de cada sócio corresponde ao período de desfrute. A convenção é registrada no registro de imóveis. Regulada pela lei 4591/64 (lei do condomínio).

Para os autores adeptos da ideia da evolução dos direitos reais, ou seja, dos direitos reais abertos, a autonomia privada pode se manifestar desde que não sejam criadas novas figuras, não previstas em lei.

- e) **Regência pelo princípio da publicidade dos atos**, o que se dá pela entrega da coisa ou tradição (no caso de bens móveis) e pelo registro (no caso de bens imóveis). Observe que os direitos pessoais são regidos pelo princípio da autonomia privada.

Diferenças entre os Direitos Reais e os Direitos Obrigacionais:

<i>Direito Real:</i>	<i>Direito Obrigacional:</i>
Recai sobre a coisa;	Recai sobre as relações humanas;
É absoluto, exclusivo, <i>erga omnes</i> ;	É relativo;
É atributivo;	É cooperativo;
É permanente;	É transitório;
Direito de seqüela;	Não tem seqüela;
Rol <i>numerus clausus</i> , taxativo pela lei;	Rol de número indeterminado ou <i>numerus apertus</i> ;
O objeto é determinado; corpóreo (via de regra);	Indeterminado até a satisfação do crédito; corpóreo ou incorpóreo ;
Violação ocorre por ação	Violação por omissão – não pagamento da dívida
Usucapíveis;	Não passíveis de usucapião
Típicos – art. 1225 do CC/02. Além destes, o direito de preferência do inquilino, do art. 33 da lei 8245/91.	Atípicos- contratos novos podem ser criados

A relação obrigacional é uma relação eminentemente pessoal (não típica), que vincula credor e devedor.

Figuras híbridas entre os Direitos Pessoais e Reais:

São figuras que estão entre os direitos reais e os direitos pessoais.

Ex. se dois prédios são vizinhos um dos proprietários tem a obrigação de contribuir para a construção do muro comum – isso é um direito real ou pessoal?

A) Posse

B) Obrigações *propter rem*, também chamada de *ob rem* - é a obrigação que decorre do fato de uma pessoa ser titular de um direito real - Ex. clássico: é a obrigação de pagar taxa condominial (se vincula ao imóvel, de maneira que não importa quem seja o titular do imóvel, ele terá que pagá-la - ver REsp 846.187/SP); alguns citam também o IPTU e o IPVA como exemplos.

O devedor não se obriga por sua vontade, mas sim por ser proprietário do bem, embora vincule pessoas (credor e devedor), adere a uma coisa acompanhando-a. Assim se renunciar ou abandonar a coisa não terá mais essa obrigação.

Pelo fato de ter essa natureza real, a obrigação *propter rem* tem que estar prevista em lei (a taxa condominial, por ex., tem previsão no CC).

Obs.: atenção – não se pode confundir obrigação *propter rem* com obrigação de eficácia real. Esta última trata-se de uma obrigação que levada a registro, passa a ter eficácia *erga omnes* (ex.: locação registrada no Cartório de Imóveis – art. 8º, Lei 8.245/91).

Classificação dos direitos reais

1. Direitos reais sobre coisas próprias:

- Propriedade
- Propriedade superficiária
- Propriedade fiduciária

2. Direitos reais sobre coisa alheia:

- Direitos reais de gozo e fruição:
 - Usufruto
 - Servidão
 - Uso
 - Habitação

- Direitos reais de garantia:
 - Penhor
 - Hipoteca
 - Anticrese

- Direito real de aquisição:
 - Promessa de compra e venda.

POSSE – arts. 1196 a 1224 do CC

Sabe-se que, de acordo com a corrente majoritária, as partes podem criar direitos obrigacionais, por exemplo, por meio de contratos (art. 425 do CC), mas não podem inventar direitos reais, mormente, porque os direitos reais são mais poderosos, juridicamente mais fortes, mais seguros, por isso só a lei pode criá-los.

O art. 1225 tipifica os direitos reais em seus incisos. Além destes, devem ser observados o direito de preferência do inquilino, previsto no art. 33 da lei 8245/91, e a alienação fiduciária, prevista no DL 911/69 e no art.1361 do próprio CC.

Propriedade é sinônimo de domínio, mas é muito diferente de posse.

E o que é posse? Bem, posse não é direito real, pois não está relacionado como tal pelo art. 1225. O legislador inclusive trata a posse em título anterior ao título dos Direitos reais. Alguns juristas entendem que a posse é um direito, contudo, filio-me à corrente que considera a posse um FATO e não um direito.

Se a posse não é um direito, precisa ser estudada pelos seguintes motivos:

1 – a posse é a exteriorização da propriedade, que é o principal direito real; existe uma presunção de que o possuidor é o proprietário da coisa. Olhando para uma pessoa, presume-se que as roupas e livros que está usando (possuindo) são de sua propriedade, muito embora possam não ser, pois podem ser emprestadas, ou até mesmo alugadas. A aparência é a de que o possuidor é o dono, ainda que não seja.

2 - a posse precisa ser estudada e protegida para evitar violência e manter a paz social; assim se você não defende seus bens (§ 1º do 1210) e perde a posse deles, você não pode usar a força para recuperá-los, precisa pedir à Justiça. Você continua proprietário dos seus bens, mas para recuperar a posse da coisa esbulhada só através do Juiz, para evitar violência.

3 – a posse existe no mundo antes da propriedade, afinal a posse é um fato que está na natureza, enquanto a propriedade é um direito criado pela sociedade; os homens primitivos tinham a posse dos seus bens, a propriedade só surgiu com a organização da sociedade e o desenvolvimento do direito.

Conceito de posse: é o estado de fato que corresponde ao direito de propriedade.

Como a posse não é direito, a propriedade é mais forte do que a posse. Diz-se que a posse é uma relação de fato transitória, enquanto a propriedade é uma relação de direito permanente, e que a propriedade prevalece sobre a posse (súmula 487 do STF: será deferida a posse a quem tiver a propriedade).

TEORIAS DA POSSE:

Dois juristas alemães fizeram estudos profundos sobre a posse que merecem nosso conhecimento:

1 – Teoria Subjetiva: elaborada por Friedrich Carl Von Savigny. O jurista publicou seu tratado da posse em 1803, aos 24 anos de idade. A obra teve rápida aceitação em toda a Europa e é estudada até hoje.

A posse para Savigny é o poder direto que a pessoa tem de dispor fisicamente de uma coisa; a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção e ou agressão de quem quer que seja.

Trabalha com dois elementos indispensáveis:

- **Corpus** – elemento objetivo - poder físico da pessoa sobre a coisa. Faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa.
- **Animus domini** – elemento subjetivo/interno - intenção de ter a coisa para si e exercer sobre ela a propriedade.

Para Savigny se faltarem os elementos corpus e animus têm-se mera detenção. Assim, o locatário, o usufrutuário, o comodatário não teriam posse, pois sabem que não são donos. Tais pessoas não poderiam se utilizar dos interditos para proteger essa situação existente, sequer se proteger como autoriza o 1210 § 1º do CC/02. (ex: o inquilino não poderia defender a casa onde mora contra um ladrão, pois o inquilino seria mero detentor).

Vê-se, pois, que essa teoria admite absurdos como a atribuição da posse a um ladrão.

Savigny errou ao valorizar demais o *animus*.

Conceito de posse de Savigny: posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa (corpus) com a intenção de tê-la para si (animus).

2 – Teoria Objetiva de Ihering: criticou Savigny e deu destaque ao elemento objetivo (propriedade).

Diz Ihering que se o proprietário tem a posse, não há necessidade de distinção entre elas. Porém, o proprietário pode transferir sua posse a terceiros para um melhor uso econômico (ex: um médico/professor que herda uma fazenda não vai saber administrá-la, é melhor então alugá-la/arrendá-la a um agricultor/empresário).

Assim, a posse se fragmenta em posse indireta (do proprietário) e posse direta (do locatário/usufrutuário/comodatário), sendo certo que ambos os possuidores têm direito a exercer a proteção possessória do art. 1210.

Para Ihering para haver posse basta o elemento corpus, ou seja, o possuidor não precisa ter intenção de ser dono, bastando à atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo

como dono, com visibilidade de dono – conduta de dono de modo objetivo, sem a análise de intenção do agente.

Observa-se que Ihering não exige o poder físico da coisa, mas apenas que se disponha fisicamente da coisa, que o possuidor aja de modo a explorar fisicamente a coisa.

Para Ihering a distinção entre posse e detenção se dará pela lei. Uma vez que a posse é a exteriorização da propriedade, quando houver um obstáculo legal haverá mera detenção – é uma posse degradada.

O nosso código civil adota a teoria objetiva de Ihering, na maior parte dos casos, como se vê dos arts. 1196 e 1197.

Art. 1.196 do CC/02: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade”.

Na prática, a diferença entre as teorias é que para Ihering o proprietário e o possuidor direto podem defender a posse, já que o proprietário permanece possuidor indireto (ex: o MST invade uma fazenda alugada, então, tanto o proprietário como o arrendatário podem defender as terras e/ou acionar a Justiça). **Ihering desprezou o animus** e deu importância à fragmentação do corpus para uma melhor exploração econômica da coisa.

Conceito de posse de Ihering: posse é a relação de fato entre pessoa e coisa para fim de sua utilização econômica, seja para si, seja cedendo-a para outrem.

Cuida-se de situação de fato em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, com ou sem intenção de dono, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a ou defendendo-a, ou seja, utilizando-a economicamente. É a exteriorização da conduta de quem procede como dono. É a visibilidade do domínio. Art. 1196. Art. 1238.

Posse x Detenção (servo, servidor ou fâmulos da posse): art. 1198

DETENÇÃO

Pode-se afirmar que a posse é menos do que propriedade, e, DETENÇÃO é menos do que posse. Sim, existe um estado de fato inferior à posse que é a detenção.

Possuidor não pode ser confundido com o detentor

Art. 1.198 do CC: “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquela que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e a outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário”.

O detentor pode ser chamado de fâmulos da posse, gestor da posse ou servidor da posse, ele tem a posse em razão de uma mera custódia, exerce posse em nome de outrem e não em nome próprio. Não pode, o detentor, invocar em nome próprio as ações possessórias.

O que irá diferenciar posse de detenção, segundo Ihering, é o dispositivo legal que torna a detenção uma posse degradada.

Exemplo típico de detenção é o caseiro ou daqueles que zelam a propriedade em nome de outro.

A detenção é mero estado de fato que não corresponde a nenhum direito (art. 1198 do CC). Dessa forma, o **detentor é o fâmullo, ou seja, aquele que possui a coisa em nome do verdadeiro possuidor, obedecendo a ordens dele.**

SEGUNDO NELSON E CRISTIANO FARIAS, HÁ QUATRO HIPÓTESES OBJETIVAS DE DETENÇÃO:

- a) **Servidores da posse ou servos da posse (Fâmullo da posse).** Art. 1198 do CC/02.
- b) **Atos de mera permissão ou tolerância.** Art. 1208 do CC/02: “*Não induzem a posse os atos de mera permissão ou tolerância*”. Ex. os alunos não possuem a sala de aula, apesar de a estarem usando – há tolerância tácita.
Fazendeiro que deixa vizinho passar com gado em sua propriedade – há permissão.
- c) **Prática de atos de violência ou clandestinidade.** 1208 *in fine* do CC/02. Enquanto existentes, os atos de violência e clandestinidade impedem a aquisição da posse por parte de quem delas se aproveita, considerando-se simples detenção. Só será posse com a efetiva cessação de tais condutas antijurídicas.
Atos violentos ou clandestinos impedem o surgimento da posse, mas cessado esse surge a posse mesmo que qualificada de injusta.

Ato violento – roubo – com violência ou grave ameaça; Clandestino – furto – às escondidas. Em relação á essa última parte – violência e clandestinidade - há divergência doutrinária – Carlos Roberto Gonçalves, César Fiuza acreditam que os atos de violência ou clandestinos são casos de mera detenção assim como nos casos de mera permissão ou tolerância.

Contudo há autores que afirmam que em casos de violência e clandestinidade há posse qualificada de injusta e quando cessados esses atos há posse justa (convalescimento da posse) – afirmam estes que nestes casos o possuidor que agiu com violência ou clandestinidade pode-se utilizar dos efeitos protetivos da posse, exceto em relação ao possuidor justo.

- d) **Utilização de bens públicos.** O STJ, em reiteradas vezes, tem entendido que a ocupação irregular de área pública não induz posse, mas ato de mera detenção.

Outros exemplos de detenção:

Ex: Relação de trabalho ou de emprego, em que o empregador entrega bem de sua propriedade ao trabalhador, diante de uma relação de confiança decorrente do contrato. Cite-se a hipótese do motorista que detém o carro do seu patrão; o bibliotecário em relação aos livros, o caseiro de nossa granja, casa de praia, etc.

Tais pessoas não têm posse, mas mera detenção por isso jamais podem adquirir a propriedade pela usucapião dos bens que ocupam, pois só a posse prolongada enseja usucapião, a detenção prolongada não enseja nenhum direito.

Observe que se o detentor for demandado em nome próprio em relação a essa situação deve fazer **NOMEAÇÃO À AUTORIA** – art. 62 CPC.

CONVERSÃO DA DETENÇÃO EM POSSE: Enunciado 301 CJF/STJ:

É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios.

Classificação da posse:

1. Quanto à relação pessoa-coisa ou quanto ao desdobramento da posse (art. 1.197 do CC):

- **Posse direta e indireta.** Ex. Locação, usufruto, comodato.

Em virtude da existência de uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas, a posse desdobra-se: desdobramento da posse.

- **Posse direta ou imediata:** é aquela que exercida por quem tem a coisa materialmente, há um poder físico imediato sobre a coisa. Art. 1197 do CC/02. Como possuidores diretos podem ser citados o locatário, o depositário, o comodatário e o usufrutuário.
- **Posse indireta ou mediata:** é aquela em que há obstáculo que impede o contato físico da coisa pelo proprietário, geralmente decorrente da propriedade. Exemplos: locador, depositante, comodante e nu-proprietário.

OBSERVAÇÕES:

- Ambos os possuidores têm posse simultaneamente. Logo, ambos podem proteger a posse, sem o auxílio do outro.
- Possuidor direto tem proteção possessória contra o indireto. Se o possuidor direto oferecer resistência à devolução da coisa ao proprietário quando do advento do prazo de restituição, pode manejar ação possessória contra aquele que agora será convertido em possuidor precário. (Nelson Rosenvald e Cristiano Farias, p. 63.)

Enunciado 76 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça:

Art. 1.197 do CC: O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este contra aquele.

Possuidor direto x fâmulo: o fâmulo é mero agente instrumental da posse, exercendo-a em nome de outrem ou por ordem deste. Art. 1.198 do CC.

2. Quanto ao elemento intencional (art 1.201 do CC):

- **Posse de boa-fé e de má-fé:** trata-se de boa-fé subjetiva. Importância da classificação: usucapião e direito à aquisição dos frutos e benfeitorias da coisa possuída – art. 1219 do CC. Decorre de elementos subjetivos.
- **Posse de boa-fé:** o possuidor não tem ciência de defeitos que a maculam. Art. 1201 do CC, ou seja, o possuidor ignora os vícios ou os obstáculos que lhe impedem a aquisição da coisa. Ocorre, também, quando se tem um justo título que fundamente a sua posse. Em geral, o possuidor de boa-fé terá justo título.

- **Posse de má-fé:** situação em que alguém sabe do vício que acomete a coisa, mas mesmo assim pretende exercer o domínio fático sobre esta, isto é, possuidor que possui na consciência da ilegitimidade de seu direito. A posse de má-fé goza de defesa, se não for nem violenta, nem clandestina, nem precária. Para a defesa da posse não é essencial à boa-fé.

OBS: A posse de má-fé gera consequências em relação aos frutos e as benfeitorias. Não altera as proteções possessórias (nessa seara, o que interessa é a posse justa e injusta).

3. Quanto à presença de vícios objetivos (art. 1.200 do CC):

- **Posse justa e injusta: art. 1.200 do CC:** Determina-se com base em critérios objetivos.
- **Posse justa** é aquela que não apresenta os vícios da violência, da clandestinidade ou da precariedade, sendo uma posse limpa.
- **A posse injusta** é a violenta, clandestina ou precária, *a posse justa é o contrário (art. 1.200)*.
 - **Posse violenta:** é a obtida por meio de esbulho, por força física ou violência moral (*vis compulsiva*) contra a pessoa do possuidor anterior. Exemplo: movimento popular invade violentamente, expulsando a tapas o caseiro.

A posse obtida com tranquilidade é chamada de mansa e pacífica.

A violência é dirigida contra pessoas, e não contra a própria coisa. Ex: invasor que arramba porta de imóvel vazio. Neste caso não há posse violenta. Havendo posse violenta, ela o será desde sua aquisição.

- **Posse clandestina** é aquela obtida as escondidas, de forma oculta, na surdina, na calada da noite. Assemelha ao furto, constitui-se com ocultamento em relação ao possuidor esbulhado, mesmo que, em relação aos demais, a posse seja pública. Ex: invasor que se apossa do terreno na calada da noite, sem o conhecimento do dono. Pessoa que aproveita a ausência do possuidor e invade sua casa de praia. Alteração de marcos que dividem dois imóveis na calada da noite.

Frise-se que a posse será clandestina se sua aquisição se der às escondidas do dono, que não percebe o desapossamento para tentar reagir como permite o § 1º do art. 1.210 do CC. Assim, o critério para identificar a clandestinidade não é a ciência do agredido, mas sim o caráter furtivo dos atos do agressor. Enquanto houver atos furtivos, ocultos, o agressor permanecerá na clandestinidade. **Há clandestinidade enquanto o arrebatador da posse busca esconder do possuidor agredido a sua conduta, e o agredido não tem meios de tomar conhecimento da agressão.**

Art. 1.208: enquanto perdurar a violência ou a clandestinidade, não há posse, mas mera detenção. *“Apesar do uso corriqueiro das expressões posse violenta e posse clandestina, a posse propriamente dita só surgirá quando da cessação dos aludidos vícios, pois, enquanto se faz uso da violência ou clandestinidade, sobeja o estado de detenção.”* (Nelson Rosenvald e Cristiano Farias, p. 78.).

Violência e clandestinidade são vícios originários, pois se manifestam quando da aquisição da posse. Já o vício da precariedade, em geral, surge quando da recusa indevida em devolver a coisa.

São vícios **temporários**, pois podem ser purgados com a cessação, desde que a mudança não consista em ato ou intenção do próprio possuidor vicioso, mas sim da inversão do título.

A posse derivada de atos de violência ou clandestinidade pode gerar usucapião?

Segundo Tartuço, não (p. 40).

Segundo Nelson e Cristiano (p. 78), com quem concordamos, depende. Na modalidade extraordinária (art. 1238), sim, pois nesta modalidade não se exige justo título nem boa-fé.

- **Posse precária** é a posse injusta mais odiosa, porque nasce do abuso de confiança (**ex: o comodatário que findo o empréstimo não devolve o bem**). **Assemelha ao estelionato ou apropriação indébita.**

Portanto, é a posse daquele que recebeu a coisa do proprietário com a obrigação de devolvê-la, mas não o faz. Por exemplo, é a posse do fêmulu da posse: pessoa que recebe a coisa com a obrigação de restituir, mas não devolve. Tanto pode ser daquele que tinha posse direta advinda de um contrato (ex: comodato), quanto daquele que era mero detentor (ex: tinha a coisa por permissão ou tolerância do dono), mas negou-se a devolver. Ex: cessação do comodato, da locação, empregado em relação ao veículo da empresa.

A posse será precária a partir da recusa em devolver a coisa.

A posse precária não convesce, ou seja, o vício da precariedade, em princípio, não cessa, o que somente ocorrerá com a restituição da coisa ao seu verdadeiro dono, segundo a maioria da doutrina e pela interpretação do art. 1208 do CC/02, que se refere somente a violência e clandestinidade. *“Portanto, jamais o possuidor precário terá posse ad usucapionem, pois carece ele de animus e também de corpus”*. (Arnaldo Rizzardo, p. 43). O autor, no entanto, ressalva seu entendimento de que, se o verdadeiro titular toma conhecimento do abuso de confiança ou da retenção indevida do precarista, e mantém-se inerte, conta-se sim o prazo para usucapião.

Se o empregado, ao final do contrato de trabalho, não devolve o veículo da empresa, qual é a ação cabível? Reintegração de posse.

Mas quando a posse violenta ou clandestina deixa de o ser?

- **Teoria clássica** – utiliza-se o art. 924 do CPC e afirmam que após um ano e um dia do ato de violência ou precariedade há o convescimento da posse, passando essa a ser justa.

- **Teoria contemporânea** – a análise deve ser feita caso à caso segundo a função social da posse. E neste caso até a posse precária pode se convescer, desde que lhe tenha sido dado uma função social. (não é a teoria mais aceita)

OBS – a posse injusta não pode induzir à usucapião.

OBS – a posse injusta não influencia na questão dos frutos, das benfeitorias e das responsabilidades. O que será analisado nestes casos é a posse de boa ou má-fé.

4. Quanto à presença de título:

- **posse com justo título e sem justo título**

“Título”: causa ou elemento criador da relação jurídica: ex: doação, compra e venda. Logo, não precisa ser escrito.

“Justo título é causa hábil para constituir a posse.” (César Fiuza). Ex. contrato de locação, de comodato, de compra e venda, de doação.

“Justo título é aquele que explica juridicamente o exercício da posse.” (Min. Ruy Rosado de Aguiar, apud STJ, Resp 171204)

“Convém observar que o conceito de justo título para posse é mais amplo que o de justo título para fins de usucapião. Para se alcançar a modalidade ordinária da usucapião (art. 1.242 do CC), requer-se um ato jurídico em tese formalmente perfeito a transferir a propriedade (v.g., escritura de compra e venda, formal de partilha). Já o justo título para posse demanda apenas um título que aparenta ao possuidor que a causa de sua posse é legítima (v.g., contrato de locação ou de cessão de direitos hereditários)”. (Nelson e Cristiano, p. 83).

- **Posse com título** - situação em que há uma causa representativa da transmissão da posse, caso de um documento escrito, como ocorre na vigência de um contrato de locação ou de comodato, por exemplo.
- **Posse sem título** - situação em que não há uma causa representativa. Exemplo: alguém acha um tesouro. Nesse caso, a posse é qualificada como um ato-fato jurídico, pois não há uma vontade juridicamente relevante para que exista um ato jurídico.

OBS: essa classificação remonta ao conceito de IUS POSSIDENDI e IUS POSSESSIONE.

IUS POSSIDENDI – direito a posse que decorre da propriedade. Posse causal, que depende de um título.

IUS POSSESSIONE – direito que decorre exclusivamente da posse, independe de título. É uma posse autônoma.

5. Quanto aos efeitos:

- **posse ad interdicta e ad usucapionem.**

- Posse *ad interdicta* é aquela passível de ser protegida pelas ações possessórias para repelir ameaça, mantê-la ou recuperá-la. Ex. tanto o locador quanto o locatário podem defender a posse de uma turbação ou esbulho praticado por um terceiro. Essa posse não conduz a usucapião.

- Posse *ad usucapionem* - exceção a regra, é a que se prolonga por determinado lapso de tempo previsto na lei, admitindo-se a aquisição da propriedade pela usucapião, desde que obedecidos os parâmetros legais.

Deve ser mansa, pacífica, duradoura por lapso temporal previsto em lei, ininterrupta e com intenção de dono (animus domini - conceito de Savigny).

Regra: posse injusta não merece proteção, ou seja, não é *ad interdicta*.

Exceção: A posse injusta pode ser protegida pelos interditos contra terceiros que a ameacem. Somente a vítima da injustiça pode alegá-la.

A posse de má-fé goza de defesa, se não for nem violenta, nem clandestina nem precária.

Para a posse gozar de proteção, basta à demonstração da existência da posse e da agressão à posse.

6. Quanto ao tempo:

- **Posse nova e posse velha**

- Posse nova é aquela que conta com menos de um ano e um dia.
- Posse velha é aquela que conta com pelo menos um ano e um dia.

OBS – essa classificação importa no âmbito processual no que concerne à possibilidade de uso de procedimento especial para a proteção possessória.

Posse nova: o juiz poderá determinar a saída do possuidor sem ouvir o réu, inaudita altera pars

Art. 924 do CPC “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório”

Efeitos da Posse:

1. Efeitos da Posse:

- a) o direito ao uso de interditos possessórios (ou defesa da posse em geral, em que se inclui a autodefesa);
- c) a percepção dos frutos;
- d) o direito de retenção por benfeitorias;
- e) a responsabilidade do possuidor por perdas ou deteriorações;
- f) a usucapião;

2. Proteção da posse:

Incidência do art. 1.210 – 1.213

São direitos do possuidor:

Em caso de turbação – ser mantido na posse;

Em caso de esbulho – ser reintegrado na posse;

Em caso de ameaça iminente – ser segurado na posse.

2.1 AUTODEFESA:

Legítima Defesa da Posse: turbação

Desforço Imediato: esbulho

Preceitua o art. 1210, parágrafo primeiro do CC: "*O possuidor turbado ou esbulhado poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse*".

Para que o possuidor valha-se da defesa de mão própria, faz-se necessário a turbação ou o esbulho e uma reação imediata: contanto que o faça logo. Passada a

oportunidade e a conveniência da autodefesa, cabe ao sujeito recorrer às vias judiciais, sob pena de praticar ilícito penal. Trata-se, portanto, de remédio excepcional dentro do sistema jurídico.

A retomada da coisa por mão própria obtém o mesmo efeito que teria a sentença de reintegração, e os atos de defesa ou desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.

2.2 Ações possessórias (ou interditos)

São ações que protegem a posse ou restabelecem a posse do possuidor – regras a partir do art. 920 do CPC.

São três situações acolhidas pela regra processual que dá ensejo a três ações distintas:

- ✓ No caso de ameaça a posse (risco de atentado a posse) = caberá ação de interdito proibitório – proteção face a perigo iminente.
- ✓ No caso de turbação - caberá ação de manutenção de posse – visa a preservação da posse.
- ✓ No caso de esbulho (atentado consolidado a posse) = caberá ação de reintegração de posse – visa à devolução da posse.

OBS – os tribunais têm entendido que em casos de invasão parcial da coisa a ação cabível é a de reintegração da posse e não de manutenção de posse.

Observa-se que o art. 920 prevê o princípio da FUNGIBILIDADE das ações possessórias. A propositura de uma ação possessória em vez de outra, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente aquela, cujos requisitos estejam provados, tudo em face da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, o qual permite a transmutação das ações possessórias.

Principais aspectos processuais:

Cumulação de pedidos - art. 921 do CPC - pode-se cumular ao pedido possessório:

- a) condenação em perdas e danos; - danos emergentes, lucros cessantes e dano moral quando ofender direito de personalidade.
- b) cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; Trata-se de astreintes (multas) fixadas de modo diário.
- c) desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse

Natureza dúplice da ação – art. 922 do CPC – permite que o réu em sua contestação também possa demandar proteção possessória. Ou seja, cabe pedido contraposto em favor do réu para que a sua posse seja protegida no caso concreto. Esse pedido contraposto pode ser de proibição, de manutenção ou mesmo de reintegração da posse em seu favor.

Liminar – Art. 928 CPC– os interditos possessório possibilitam a concessão de liminar sem a necessidade de ouvir a parte contrária (inaudita altera parte). Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer a audiência que for designada.

Audiência de justificação – Art. 929 CPC

Ação de força velha – Segue o rito ordinário e não cabe liminar, mas pode, se for o caso, caber tutela antecipada.

Enunciado n. 238 do CJF/STJ: “Ainda que a ação possessória seja intentada além de ‘ano e dia’ da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu tramite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e §§, todos do CPC”.

Possuidor aparente – Art. 1211 CC - Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso.

3. Percepção dos Frutos:

3.1 Noções conceituais

Frutos – são utilidades produzidas por uma coisa periodicamente, sem acarretar-lhe a destruição no todo ou em parte.

Frutos – bens acessórios da coisa que não geram a diminuição da coisa.

Classificação dos frutos:

Quanto à fonte:

- a. **Frutos naturais** – são os que se desenvolvem e se renovam periodicamente;
- b. **Frutos civis** – são as rendas produzidas pela coisa, em razão da utilização da coisa por outrem que não o proprietário, a exemplo dos juros e aluguéis;
- c. **Frutos industriais** – surgem em função da atuação do homem sobre a natureza, como a produção de uma fábrica.

Quanto ao estado:

- a) **Pendentes:** são os frutos quando ainda unidos à coisa que o produziu.
- b) **Percebidos ou colhidos:** depois de separados.
- c) **Estantes:** depois de separados e armazenados.
- d) **Percipiendos:** os que deveriam ter sido colhidos e não o foram.
- e) **Consumidos:** os frutos já utilizados, não mais existentes.

Nota: **Os produtos** são utilidades que se retiram da coisa, diminuindo-lhes a quantidade, porque não se reproduzem periodicamente, como pedras e metais que se extraem de pedreiras e minas.

3.2. Regras de restituição dos frutos

Art. 1.214 do CC –

- **Possuidor de Boa Fé** - direito aos frutos percebidos.
 - Quando cessada a Boa Fé não fará jus aos pendentes ou recolhidos antecipadamente.
- Pendentes (devem ser restituídos, deduzidas as despesas com produção e custeio.)

Art. 1.215 do CC.

Frutos Naturais e Industriais – colhidos e percebidos quando separados.

Civis – colhidos e percebidos diariamente. Tem direito até cessada a Boa Fé. Salvo se colhidos antecipadamente.

Art. 1.216 do CC.

Possuidor Má Fé – Responde pelos frutos colhidos, percebidos e os que por culpa sua deixou de colher. Tem direito à produção e custeio.

3.3. Responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa

a. **Possuidor de boa-fé** - Incidência do art. 1.217 do CC

Regra – não responde pela perda ou deterioração da coisa a que não der causa.

b. **Possuidor de má-fé** – Incidência do art. 1.218 do CC

Regra – responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais;

Exclusão da responsabilidade – deve provar que a perda ou deterioração adviria ainda que a coisa estivesse na posse do reivindicante.

3.4. Indenização por Benfeitorias e Direito de Retenção:

Visa impedir o enriquecimento injusto.

Benfeitorias: São obras ou despesas feitas na coisa, para o fim de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la.

Art. 96 do CC.

a) Necessárias: as que têm por finalidade conservar a coisa ou evitar que deteriore. Ex: reparos na coisa.

b) Úteis: são aquelas que aumentam ou facilitam o uso da coisa. Ex: pavimentação do acesso a um edifício, o aumento da área de estacionamento.

c) Voluptuárias: são aquelas que redundam em acréscimo de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável, ou de elevado valor. Ex: colocação de um piso de mármore importado.

Art. 1219 do CC :

Possuidor de Boa- Fé : Direitos:

a) Tem direito à indenização e retenção das benfeitorias necessárias e úteis;

b) Tem direito às voluptuárias e se não lhe forem pagas a levanta-las sem destruir a coisa

Direito de Retenção – é modalidade de garantia no cumprimento de obrigação. Art. 744 do CPC.

Art. 1.220 do CC:

Possuidor de Má-Fé: Direitos:

a) Indenização apenas das benfeitorias necessárias;

b) Não tem direito de retenção e nem de levantar as benfeitorias voluptuárias.

Enquanto houver Boa – Fé – art. 1.219 do CC

Quando cessar a Boa – Fé – art. 1.220 do CC

Art. 1.221 do CC

Indenização – Não decorre simplesmente da ofensa à posse, mas depende de efeitos prejuízos sofridos e comprovados no processo.

O agente deve pedir a indenização e também comprovar o prejuízo.

Art. 1.222 do CC.

É dever do Reivindicante:

a) indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé. (podendo optar entre o seu valor atual e o seu custo).

Indenizar o possuidor de boa-fé pelo valor atual

Formas de aquisição, transmissão ou perda da posse

- ✓ Aquisição da posse - art. 1.204 do CC/2002 que “Adquire-se a posse desde o momento em que se toma possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes a propriedade”

Essa aquisição se pode dar de forma originária (contato direto entre a pessoa e a coisa) ou derivada (há intermediação pessoal).

Ex. de aquisição originária – res nullius (coisa sem dono) e res derelictae (coisa abandonada).

Ex. de aquisição derivada – tradição – entrega da coisa (forma principal de aquisição da propriedade móvel).

- ✓ **Temos três tipos de tradição:**

Tradição real – ocorre com a entrega efetiva da coisa

Tradição simbólica – a entrega decorre de um ato representativo. Ex. entrega das chaves.

Tradição ficta - TRADITIO BREVI MANU - é aquela que se dá por presunção. O possuidor possuía em nome alheio e passa a possuir em nome próprio. Ex. taxista que compra o taxi em que trabalhava para outro. Pode ocorrer também esse tipo de tradição através da CLAUSULA CONSTITUTI (constituo possessório) - em que o possuidor possuía em nome próprio e passa ' a possuir em nome alheio (o caso do proprietário que vende o imóvel e nele permanece como locatário).

- ✓ **Quem pode adquirir posse** – Art. 1205 cc
 - a) pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; ou
 - b) por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.
- ✓ **Transmissão da posse** – Art. 1206 CC - a posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres - PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO CARÁTER DA POSSE

A posse que é transmitida mantém, em regra, os mesmo atributos que possuía antes da transmissão.

Ainda, segundo o art. 1.207 o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse a do antecessor, para os efeitos legais. (essa sucessão pode ser por ato inter vivos ou *causa mortis*)

- ✓ Qual é a diferença da sucessão da posse e da união da posse? Na sucessão transmite-se a posse com todos os seus defeitos e vantagens – os sucessores continuam a mesma posse de seu antecessor. Na união de posse o sucessor tem a opção de começar posse nova, podendo ou não adicionar à sua a posse de seu antecessor.

Ex. Locatário do imóvel que vende a terceiro. A venda contém defeito grave, pois o locatário não pode vender o que é seu. Neste caso a sucessão é a título singular. Neste caso, passado o tempo necessário, o terceiro pode usucapir o bem, já que não sucede na posse do locatário que seria impossível de usucapir.

Ex. um invasor residiu em certo imóvel por 10 anos ininterruptos sem qualquer oposição do dono. Decorrido esse tempo abandonou o imóvel. Imediatamente outro invasor o ocupou. O segundo invasor começa posse nova e não há sucessão na posse. Mas passados 5 anos pode usucapir o imóvel somando a sua posse a do antigo possuidor.

Posse do imóvel e das coisas móveis que ali se encontram – Art. 1209 – “*A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem*”.

- ✓ Perda da posse - art. 1.223: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196 (atributos da propriedade).

A título de exemplo perde-se a posse:

- Pelo abandono da coisa (derrelição), fazendo surgir a coisa abandonada
- Pela tradição, entrega da coisa, que pode ser real, simbólica ou ficta
- Pela perda ou destruição da coisa possuída
- Se a coisa for colocada fora do comércio
- Pela posse de outrem.
- Pelo constituto possessório ou cláusula constituti

Supressio - art. 1.224 do CC, “só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”

✓ **Composse**

A composse ou composses são é a situação pela qual duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, poderes possessórios sobre a mesma coisa (condomínio de posses), o que pode ter origem inter vivos ou mortis causa. Cite-se a hipótese de doação conjuntiva, para dois donatários, que terão a posse de um imóvel.

Art. 1.199 do CC: “ Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores. Cabe as medidas dos interditos possessório de autotutela.

Classificação a composse:

Composse pro indiviso ou indivisível – cada compossuidor tem uma **fração ideal** da coisa, já que no plano fático e corpóreo não há como dividir. Ex. dois irmão tem a posse de uma fazenda.

Composse pro diviso ou divisível – cada possuidor sabe qual é a sua parte e tem como se dividir no plano fático e corpóreo, havendo **fração real** da posse. Ex. dois irmão tem a posse de uma fazenda que é dividida ao meio por uma cerca onde cada qual exerce sua posse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25.nov.2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 4: Direito das Coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo/César Fiuza. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**, 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

