

Marco Aurélio Bezerra de Melo
José Roberto Mello Porto

POSSE E USUCAPIÃO

**DIREITO MATERIAL E
DIREITO PROCESSUAL**

7^a

Edição

Revista e
atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 3

AQUISIÇÃO, TRANSMISSÃO E PERDA DA POSSE

3.1. AQUISIÇÃO DA POSSE

3.1.1. Modos de Aquisição

O Código Civil mostra-se coerente com a teoria objetiva adotada no artigo 1.196 ao deixar de trazer no artigo 1.204 o elenco de modalidades de aquisição e perda da posse tal como estava previsto no direito anterior, que guardava reminiscências mais intensas da teoria subjetiva de Savigny, tornando, inclusive, o estudo da posse ainda mais difícil e contraditório, razão pela qual a redação dos artigos 493,¹ 494² e 520³ do Código Civil de 1916 acarretou extremadas críticas por boa parte da doutrina que se formou com o direito revogado. Diante desse quadro, concordamos com Luciano de Camargo Penteado⁴ quando aplaude a ausência de referência expressa de modalidades de aquisição e perda, pois como afirma o autor, “a posse adquire-se e perde-se quando se tornam possíveis (aquisição) ou impossíveis (perda) os fatos que autorizam o exercício de poderes dominiais”.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁵ apresentam outro fundamento para o fato de o atual Código Civil não ter trazido o elenco descritivo das formas de

1. “Art. 493 – Adquire-se a posse: I – pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito; II – pelo fato de dispor da coisa, ou do direito; III – por qualquer dos modos de aquisição em geral. Parágrafo único – É aplicável à aquisição da posse o disposto neste Código, arts. 81 a 85.”
2. “Art. 494 – A posse pode ser adquirida: I – pela própria pessoa que a pretende; II – por seu representante, ou procurador; III – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação; IV – pelo constituto possessório.”
3. “Art. 520 – Perde-se a posse das coisas: I – pelo abandono; II – pela tradição; III – pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio; IV – pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido ou reintegrado em tempo competente; V – pelo constituto possessório. Parágrafo único – Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo que baste para prescreverem.”
4. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*, 2. ed., 2012, p. 571.
5. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Coisas*, 2013, vol. 4, p. 80.

aquisição e perda da posse. Na visada dos eminentes professores paulistas, isso se deve à opção feita pela atual Codificação, inspirada na filosofia de Miguel Reale, pelos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, substituindo, portanto, uma referência fechada por um conceito aberto.

Ao elencar a apreensão e possibilidade de disposição da coisa como formas de aquisição da posse, restava clara a ligação ao *corpus* e *animus*, ou seja, apreender um bem significava manter intencionalmente contato físico com a coisa, assim como dispor de um bem tem o mesmo conteúdo. Decerto que não é correto definir a posse segundo uma teoria e prever formas de aquisição e perda que se filiem a outra. Com efeito, no Código novo vislumbra-se um resgate da lógica encontrada na obra de Ihering e Saleilles, pois se consideramos possuidor quem exterioriza a propriedade atento à sua função econômica, adquirir-se-á a posse desde o momento em que se tornar possível, segundo as regras de direito, o exercício pessoal de qualquer um dos poderes inerentes à propriedade. Importante destacar que a referida aquisição deverá dar-se sem violência, clandestinidade ou precariedade ou então que tais vícios tenham convalidado na forma estudada. Isso porque, para se adquirir legitimamente uma posse, mister que o pretense possuidor não se inclua nas hipóteses legais dos arts. 1.198 e 1.208 do Código Civil e realize o comportamento exigido pelo artigo 1.204 do mesmo corpo de leis: “adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

A posse pode ser adquirida de forma originária e derivada. Será originária quando a aquisição não guardar relação jurídica com nenhum possuidor ou proprietário anterior e será derivada quando a aquisição tiver como suporte uma relação jurídica precedente. Como forma de aquisição originária da posse temos a ocupação de um bem móvel ou imóvel e como derivada a tradição ocorrida na compra de um bem móvel, momento em que o comprador adquirirá a posse e a propriedade da coisa.

O modo originário de aquisição da posse dá origem à chamada *posse natural*, pois a obtenção se dá a partir do fato da apreensão, por exemplo, de um bem abandonado que fora por alguém apreendido, ostentando o possuidor de forma pública a submissão desse bem ao seu interesse social ou econômico. Nesse caso, quem nos diz é Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,⁶ o direito surge “*ex novo*, em razão do apossamento, da ocupação do bem, caracterizada como a tomada de controle material da coisa por parte de uma

6. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Reais*, 8. ed., 2012, p. 161.

pessoa, que de forma pública e reiterada pratica atos materiais que demonstram a sujeição do bem ao titular”.

O modo derivado de aquisição da posse cria a chamada *posse civil*, pois decorre de uma relação jurídica de transmissão da posse. A importância prática da diferenciação das formas de aquisição está em que na aquisição originária não há que se falar em vícios anteriores que maculem a sua essência, ao passo que se a aquisição é derivada, é possível que esteja contaminada por defeitos na sua gênese, tais como a nulidade do ato, aquisição *a non domino*, dentre outros. Daí a importância, na aquisição derivada, do conhecimento da teoria do negócio jurídico prevista na parte geral deste Código.

3.1.2. Aquisição da Posse na Sucessão Hereditária

A aquisição da posse também pode se verificar pela lei na hipótese de sucessão hereditária legítima por conta do direito de *saisine* previsto no artigo 1.784 do Código Civil: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Nessa transmissão seguirá em favor do adquirente tanto a posse como a propriedade. Por esse motivo, terá legitimidade, por exemplo, para propor ação de reintegração de posse o herdeiro do comodante, completando o alcance desse efeito o disposto no artigo 1.207 do Código Civil,⁷ que assim estabelece: “o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”.

Lafayette Rodrigues Pereira⁸ a denominava de “posse sem apreensão”. Por ser o jurista adepto da teoria subjetiva de Savigny, afirmava que “pela simples abertura da sucessão adquirem os herdeiros, legítimos ou escritos, independentemente de apreensão de sua parte, a posse civil que tinha o defunto”. Por adotarmos a teoria objetiva, o fato de o possuidor que recebeu a posse por força da sucessão hereditária não ter tido a apreensão anterior do bem não o impedirá de manejar a ação possessória em face de terceiros e até de eventuais compossuidores igualmente herdeiros que estejam impedindo o compossuidor de exercer o seu direito⁹.

7. Apelação Cível 70054253133, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 6/6/2013.

8. Lafayette Rodrigues Pereira. *Direito das Coisas*, 5. ed., 1943, vol. I, p. 57.

9. Apelação cível. Reintegração de posse. Aquisição ex lege da posse. Falecimento do proprietário do imóvel, pai do autor. Princípio da “saisine”. Sentença de improcedência. Cerceamento de defesa inexistente. Prova oral indeferida. O apelante não foi capaz de identificar os motivos pelos quais se faz necessária tal produção, elencando fundamentação genérica. Ademais, a prova testemunhal seria incapaz de demonstrar que o autor exercia a posse exclusiva do imóvel até o final de 2013 e que teria saído devido a brigas familiares.

Igual sorte não terá o legatário na sucessão hereditária testamentária, pois o § 1º do artigo 1.923 do Código Civil prescreve que não será deferida a posse da coisa nem nela poderá ingressar por autoridade própria, tendo cabimento ação petitória no caso de o testamenteiro não lhe entregar o bem. Diferentemente, a propriedade já será do legatário de fato e de direito com a abertura da sucessão, conforme dicção do *caput* do artigo 1.923 da mesma lei: “Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva.

3.1.3. Constituto Possessório

Dentro dessa análise das formas de aquisição da posse, não podemos deixar de mencionar o *constitutum possessorium*, que deita raiz no direito romano e que foi suprimido, ao menos no texto legal, como modo de aquisição da posse pelo Código Civil atual. Materializado por força de uma manifestação expressa da vontade denominada cláusula *constituti*, o instituto acarreta a aquisição e a perda da posse por força do consenso, sem que no mundo dos fatos algo tenha se modificado. Dois negócios jurídicos são entabulados pelas partes. Um pelo qual o possuidor transmite a posse indireta ao adquirente e outro que legitima o alienante a continuar com a posse, ainda que apenas direta, durante o período de tempo previsto no pacto.

Dessa forma, o possuidor que possuía em nome próprio passa, por força da manifestação de vontade, a possuir em nome alheio, como sucede na situação em que o vendedor continua no bem por determinado período de tempo, sendo que ao receber o preço, juridicamente, já fez a transferência da posse. Transfere-se a posse no mundo jurídico e mantém-se a mesma situação fática durante o período de tempo previsto na cláusula *constituti*. Assevera Arnaldo Rizzardo¹⁰ que, “em verdade, trata-se de uma transmissão da posse apenas no

Indeferimento não teratológico, atraindo o entendimento pacificado no verbete sumular TJRJ nº 156. No mérito, com o falecimento do “de cujus”, os herdeiros tornaram-se também possuidores do bem, ainda que alguns deles não tenham exercido a posse direta. Por outro lado, ao que se extrai dos autos, o inventário do “de cujus” não foi concluído, de sorte que, enquanto indivisa a coisa, não há que se falar em esbulho. Daí que, enquanto não houver partilha, os herdeiros são coproprietários e compossuidores dos bens deixados pelo “de cujus”, ostentando, cada um, a condição de titular de fração ideal do imóvel, podendo exercer atos possessórios, desde que não exclua os demais, a teor do artigo 1.199 do código civil. Sob essa ótica, é legítima a posse exercida pelos réus, co-herdeiro e ex-companheira. Tal posse não pode ser tida como precária, clandestina ou violenta: ao contrário, decorre legitimamente da transmissão hereditária e do regime de bens do casamento, respectivamente. Frise-se que não se está aqui negando a possibilidade de tutelar o direito possessório de um compossuidor em face dos demais, mas, simplesmente, reconhecendo-se a impossibilidade de deferir a tutela possessória requerida pelo autor em razão da ausência dos respectivos pressupostos legais, previstos no art. 927 do código de processo civil de 1973. Por outro lado, também se extrai que o demandante saiu do bem por livre e espontânea vontade. Recurso desprovido (TJRJ, 22ª CC, Apelação nº 0032306-66.2014.8.19.0021, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, julg. em 20/06/2017).

10. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*, 3. ed., 2007, p. 65.

ânimo, puramente convencional. Na prática, continua o transmitente com a mesma coisa, não sofrendo ela qualquer tradição efetiva ou simbólica”. Hedemann¹¹ ensina que se parte nessa figura de uma posse única que se transforma em posse compartilhada, sendo o processo estabelecido da seguinte forma: o possuidor exclusivo quer transmitir o poder jurídico sobre a coisa, porém deseja conservar a posse corporal, porque não lhe convém prescindir da coisa. Em vista disso, estipula com o adquirente que conservará, todavia, a coisa durante certo período de tempo, donde resulta que o alienante possui “para o adquirente” ou, em outras palavras, este se converte em possuidor mediato ou indireto e aquele em possuidor direto ou imediato.

Lembra, a propósito, o eminente advogado Pedro Elias Avvad¹² que a cláusula *constituti* não se presume, devendo “constar expressamente do ato, ou resultar de estipulação que a pressuponha, como quando o vendedor, transferindo a outrem a propriedade da coisa, a conserva, todavia, em seu poder a título de locação”. No mesmo sentido é a posição de Lafayette Rodrigues Pereira.¹³ A despeito da não presunção, é possível a existência de acerto negocial que a pressuponha, como, por exemplo, quando o vendedor de um imóvel retém a coisa em seu poder, mediante a obrigação de pagar aluguel ao comprador. Nesse caso, embora o contrato de compra e venda obrigue o vendedor a transferir a coisa ao comprador, as partes concordaram que aquele receberia o preço, mas poderia ficar com o bem por determinado período de tempo, desde que pague um aluguel mensal ao comprador. É o que acontece na modalidade de arrendamento mercantil chamado de *lease back*, em que uma empresa vende para outra um imóvel que pode até mesmo ser o local em que funciona a fábrica, mas a fim de manter-se em atividade, aluga dos compradores a área adquirida. Pode acontecer de o Comprador ter interesse no investimento e o Vendedor em manter a empresa em funcionamento, mediante a continuação da utilização do imóvel nas atividades de produção.

Não nos parece que a ausência de previsão expressa do instituto na parte de aquisição e perda da posse do atual Código Civil tenha marcado o seu fim, pois bastará aos interessados que a prevejam nos atos translativos do domínio para que sejam produzidos os efeitos queridos, tendo em vista que no âmbito do direito privado a liberdade contratual somente é estrangulada por meio de normas de ordem pública e não existe nenhuma regra jurídica proibindo a indigitada estipulação. Até porque não deixa de ser uma exteriorização da

11. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos Reales*, 1955, p. 64.

12. Pedro Elias Avvad. *Direito Imobiliário. Teoria Geral e Negócios Imobiliários*, 2006, p. 41.

13. Lafayette Rodrigues Pereira. *Direito das Coisas*, 5. ed., 1943, vol. I, p. 65.

propriedade a possibilidade de transmitir-se a posse por meio do consenso, atendendo ao comando dos artigos 1.196 e 1.204 do Código Civil.

A partir do referido posicionamento adotado, enviamos, na qualidade de membro componente da Comissão de Direito das Coisas, na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, proposta de enunciado que afirmasse a presença do constituto possessório apesar da ausência de previsão legal. No mesmo sentido, havia dois enunciados de autoria dos insígnis professores e magistrados Joel Dias Figueira Júnior e Álvaro Bourguignon com redações diferentes. Conduzida a referida sugestão à votação, vencidos os eminentes Desembargadores José Osório de Azevedo Júnior e Adroaldo Furtado Fabrício, foi aprovado o Enunciado nº 77, no seguinte teor: “A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo constituto possessório”.

Entretanto, para dúvidas acerca da qualidade do alienante da posse pelo constituto possessório enquanto este não se despe faticamente da mesma. Será ele, durante o período contratual, possuidor direto e o adquirente possuidor indireto (art. 1.197 do CC)? Ou será ele mero detentor (art. 1.198 do CC)? Clóvis Beviláqua¹⁴ parece filiar-se à primeira corrente quando afirma que o constituto possessório é a operação jurídica em virtude da qual aquele que possuía em seu próprio nome passa, em seguida, a possuir em nome de outrem. “*Quod meo possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.*”

É um caso de conversão de posse una e plena em posse dupla, direta para o antigo possuidor pleno e indireta para o novo proprietário, tendo por fundamento uma convenção entre as duas partes interessadas.

Discorda de tal ponto de vista o eminente Astolpho Rezende¹⁵, pois se a cláusula *constituti* é fenômeno de aquisição e perda da posse, não parece razoável que o transferente, sem expresso pacto nesse sentido, fique com o bem a título de possuidor indireto. Já pensamos assim¹⁶ e ora nos rendemos à posição majoritária que é bem justificada e atende com mais efetividade aos reclamos da sociedade. Sustenta o referido autor que “o *constituto possessório* é, exatamente, o inverso da *traditio brevi manu*: o possuidor converte-se em detentor. O *constitutum* opera a conversão da posse em detenção, sem nenhum ato exterior que ateste a mudança na relação entre a pessoa e a coisa. Um ato de vontade transforma a posse numa simples detenção, enquanto que a posse se

14. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*, 4. ed., vol. 1º, 1956, p. 48.

15. REZENDE, Astolpho. *A Posse e a sua Proteção*, 2. ed., 2000, p. 198.

16. Marco Aurélio Bezerra de Melo. *Novo Código Civil Anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 26.

acha transferida imediatamente a uma outra pessoa”. Nesse mesmo diapasão é a lição de Pontes de Miranda¹⁷ quando sustenta que “o acordo de transferência é em dois tempos que se seguem em pontos de tempo: A transfere a B, mas B acorda em que A fique como possuidor imediato, ou possuidor não próprio, ou como tenedor (detentor), serviçal da posse. Com o Código Civil que abstrai do *corpus*, ainda maior facilitação de acordos de transferência sem a tença pelo adquirente. Dissemos ‘tença’, mas pelo constituto possessório se pode dar ao adquirente a posse mediata mais longe da tença, inclusive a própria, ao alienante posse mediata mais perto da tença (e. g., ficou como locatário do edifício onde o adquirente é sublocatário de escritório ou loja), ficando a posse imediata ao adquirente. Outras combinações são possíveis, devido ao grau de sutilização a que atingiu a concepção de posse no Código Civil”.

Nada obsta que as partes fiquem a salvo de controvérsias e estabeleçam expressamente que o transferente permanecerá no imóvel a título de locatário ou comodatário, por exemplo. Nesse caso, surtirão os efeitos da cláusula *constituti* sem que as partes a ela se refiram. É importante consignar que o instituto tem sua base de fundamento na autonomia da vontade, possibilitando proveitosa utilização de acordo com a conveniência dos contratantes. A ação cabível na hipótese de descumprimento do prazo para o alienante entregar efetivamente o bem é a de reintegração de posse.¹⁸ Se não houver

17. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 3. ed., vol. 10, p. 201-202.

18. “Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 47711-57.2004.8.19.0001, Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julgamento: 5/2/2013, Décima Sexta Câmara Cível: “Apelação cível. Ação de reintegração de posse de imóvel. Escritura de compra e venda. Constituto possessório. Registro no RGI. Sentença de improcedência. Recurso do autor. Rejeição das preliminares. Ausência de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Presunção do desinteresse do autor na produção da prova oral. Descabimento do sobrestamento da ação de reintegração de posse, enquanto pendente de julgamento a ação de nulidade do negócio jurídico, por ausência de plausibilidade das alegações dos réus. No mérito, o autor comprova a propriedade do imóvel, através de registro no RGI da escritura de compra e venda do imóvel com previsão da cláusula *constituti*. Instituto do direito civil que acarreta a aquisição e a perda da posse por força do consenso. Embora o *constitutum possessorium* tenha sido suprimido no Código Civil atual como modo de aquisição da posse, não se verifica o seu fim, pois basta aos interessados que a prevejam nos atos translativos do domínio para que sejam produzidos os efeitos queridos, tendo em vista que no âmbito do direito privado a liberdade contratual somente é estrangulada por meio de normas de ordem pública, sendo que não existe nenhuma regra jurídica proibindo a indigitada estipulação. Possibilidade de transmissão da posse por meio do consenso. Forma de exteriorização da propriedade. Inteligência dos artigos 1.196 e 1.204 do CC. Enunciado nº 77, da I Jornada de Direito Civil. Prova da legitimidade da posse do autor por força da cláusula *constituti*. Posse injusta dos réus. Esbulho possessório. Configuração do dano moral. Arbitramento em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigido monetariamente a partir do julgado e acrescido de juros a partir da citação. Pagamento pelo autor do IPTU e das cotas condominiais durante o período em que os réus possuíram o imóvel, motivo pelo qual devem ser ressarcidos os danos materiais, sob pena de enriquecimento sem causa dos demandados. Arbitramento em liquidação de sentença. Antecipação da tutela recursal para determinar a desocupação voluntária do imóvel no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão. Inversão dos ônus sucumbenciais. Sentença reformada. Recurso provido”.