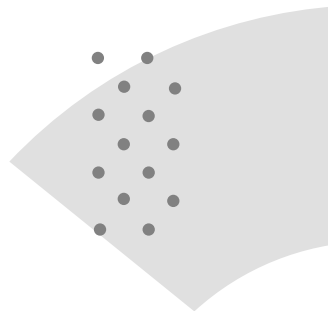




Luciano Figueiredo
Roberto Figueiredo

Direito Civil

Contratos (Geral e Espécies) e Direitos Reais

11ª
Edição

Revista,
atualizada
e ampliada

2026

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

Posse

Sumário • 1. Nota Introdutória. Por que Proteger a Posse? – 2. Teorias Explicativas – 3. Mas Afinal, o que é a Posse? – 4. Posse versus Detenção – 5. A Aquisição da Posse – 6. A Perda da Posse – 7. Classificação da Posse: 7.1. Posse Direta versus Posse Indireta. Os Desdobramentos da Posse; 7.2. Composse ou compossessão; 7.3. Posse Justa versus Posse Injusta. Vícios Objetivos da Posse; 7.4. Posse de Boa-fé versus Posse de Má-fé. Vícios Subjetivos da Posse; 7.5. Posse Nova e Posse Velha; 7.6. Posse Natural e Posse Civil ou Jurídica; 7.7. Posse *ad interdicta* e Posse *ad usucapionem*.

1. NOTA INTRODUTÓRIA. POR QUE PROTEGER A POSSE?

“A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela¹”.

A **origem da posse** é controvertida, sendo, porém, incontroverso, que o seu desenvolvimento aconteceu em Roma. Nesse cenário, percebe-se que os interditos possessórios que temos hoje são originários do Direito Romano, posto que, no Direito Germânico, a proteção da posse estava condicionada à propriedade.

Mas qual seria o **objetivo de proteção** da posse?

O escopo protetivo do fenômeno possessório é a paz social, pois, sem dúvida, a posse é objeto de grandes lutas. De igual sorte, busca-se proteger a posse com o objetivo de realizar interesses existenciais, sociais e econômicos merecedores de tutela. As demandas possessórias no Brasil, não só em áreas rurais, mas também nas urbanas, já ocasionaram inúmeros embates, tanto patrimoniais, como pessoais. O ranço latifundiário, decorrente das capitâncias hereditárias, somado a um processo histórico desigual concentrador da terra em benefício de poucos, o qual impediu o acesso de muitos, leva à posse uma tensão desmedida. Esta tensão merece diferenciado cuidado do ordenamento jurídico nacional. Justo por isso, que merece a posse toda a atenção e tutela.

1. Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

► **Como se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça?**

Segundo o STJ, “é possível a fixação de prazo razoável para a imissão de posse de povo indígena em área reconhecida como terra indígena tradicionalmente ocupada, com o estabelecimento de medidas progressivas que visem promover a desocupação segura, física e juridicamente, dos ocupantes não indígenas, o que não representa desrespeito ao caráter declaratório do procedimento de demarcação” (REsp 1.637.991-AL, Rel. Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 20/5/2025, DJEN 26/5/2025).

2. TEORIAS EXPLICATIVAS

O ser humano, há muito, analisa a posse e tenta entendê-la. Assim, lembra a doutrina a existência de **duas teorias** amplamente difundidas e “originadas do esforço de seus autores para uma interpretação exata dos textos romanos”. Tais teorias são fundadas no desejo de identificar, a partir dos elementos da posse, o seu conceito². Estamos nos referindo à **Teoria Subjetiva da Posse**, de Savigny, e a **Teoria Objetiva da Posse**, de Ihering.

São três os principais pontos distintivos das teorias: (i) a determinação dos elementos constitutivos da posse; (ii) a explicação da natureza da posse; e (iii) a fundamentação da proteção possessória.

a) Teoria Subjetiva (Friedrich Carl Von Savigny)³

Friedrich Carl Von Savigny, no seu festejado “Tratado da Posse” (historicamente surgido em 1893), aos 24 (vinte e quatro) anos de idade, buscou teorizar a posse, no direito alemão, com base em ensinamentos provenientes do Direito Romano. Para tanto, sustentava Savigny que a posse traduziria um poder material sobre a coisa – domínio físico (*corpus*) – com a intenção de tê-la para si (*animus*).

Em Síntese, para a Teoria Subjetiva: Corpus (Elemento Objetivo, Domínio Físico) + Animus Rem Sibi Habendi (Elemento Subjetivo ou Espiritual, a intensão) = Posse

Justo por conta da exigência da intenção – o aspecto subjetivo, o *animus* – que a teoria em comento foi batizada como subjetiva. O *corpus* seria o elemento material, identificado no poder físico sobre a coisa, na apreensão física do bem, no poder de fato, segundo uma relação externa e visível. Já o *animus* traduz o desejo, a

2. Op. cit., p. 94/95.

3. Malgrado a maioria dos manuais e das provas informarem ser o genitor da teoria subjetiva Savigny; há quem discorde. Para alguns, como Carlos Roberto Gonçalves (op. cit., p. 48), a referida teoria teve como pioneiro Niebuhr.

vontade de ter a coisa como própria, a relação interna, invisível. Caso não houvesse o aludido *animus*, para Savigny, posse não existiria; mas, sim, mera detenção⁴.

Por conta do *animus* os detentores não titularizam a posse, não sendo merecedores de tutela possessória, porquanto teriam apenas o domínio físico da coisa (*corpus*). Sob o ponto de vista prático, esse entendimento seria inadequado à fundamentação jurídica de direitos dos locatários, comodatários, usufrutuários e depositários, pois, como meros detentores (para a teoria subjetiva) não gozam dos efeitos da proteção possessória.

Curioso perceber que, diante do problema dos comodatários, locatários, arrendatários, dentre outros, Savigny tentou uma solução tangencial, criando uma figura intermediária entre o detentor e o possuidor, chamado de **possuidor derivado**. Acabou, neste momento, contrariando a própria tese e defendendo existir possuidores sem intenção, o que enfraqueceu, ainda mais, a sua matriz teórica.

A teoria subjetiva representou, à época, um enorme avanço, pois ao estudar a posse na Alemanha, com fundamento em Roma, conferiu **autonomia** ao instituto. A posse deixará de ser uma mera decorrência proprietária. Apesar disso, a referida teoria não foi isenta de críticas, sendo a principal a percepção de que a verificação do elemento subjetivo (*animus*) era demasiadamente dificultosa.

Pautada nessa crítica que adveio a teoria objetiva da posse, sobre a qual passamos a falar.

b) Teoria Objetiva (Rudolf Von Ihering)

A teoria objetiva da posse teve como seu genitor Rudolf Von Ihering, que foi aluno de Savigny, em Berlim, na Faculdade de Direito. Ihering se dedicou a tentar melhorar e aparar as arestas da teoria de seu professor, Savigny.

Para esta construção teórica, possuidor é a pessoa que se comporta como se fosse proprietária da coisa, imprimindo destinação econômica a ela, independentemente da demonstração do *animus*. Objetivando um contraponto à teoria subjetiva, ressalta a teoria em comento o comportamento objetivo, enxergando a posse, em regra, como a exteriorização da propriedade ou o exercício de um dos seus poderes. É possuidor aquele que tem a conduta de dono.

Dessa maneira, segundo a matriz em estudo, apenas o **aspecto objetivo** importa à configuração da posse, sendo esta igual ao **corpus**. Interessante, porém, que o *corpus* ganhou uma conotação diversa da de Savigny, pois não consistia em um mero contato físico, mas sim em uma função econômica, na forma que age o proprietário diante daquele bem, na **conduta de dono**.

Em síntese:
Teoria Objetiva: Posse = Corpus (conduta de dono).

4. Op. Cit., p. 32.

A posse é considerada, pela teoria objetiva, como um direito a ser protegido para a preservação, consequencial, da própria propriedade. Trata-se de posicionamento diverso da teoria subjetiva, na qual a posse é protegida pelo fundamento de que todo e qualquer ato de violência merece resposta Estatal, independentemente da tutela proprietária.

Anota Orlando Gomes, ao comentar a teoria objetiva da posse, que “a qualidade de possuidor é atribuída a muitas pessoas que, na concepção clássica, são consideradas meras detentoras”. Isto porque, todo aquele que utilizar coisas alheias, em decorrência de uma relação jurídica real ou obrigacional, será, necessariamente, possuidor⁵.

O **detentor**, neste cenário e na lembrança de Carlos Roberto Gonçalves, configura-se com a mera incidência de obstáculo legal à aquisição da posse, verificando-se uma **posse degradada**⁶. Aqui, arremata o doutrinador, reside uma das mais importantes diferenças entre as duas teorias:

- a) Enquanto Savigny enxerga a detenção como um *corpus* – entendido como poder físico – sem o *animus* – desprovido de intenção.
- b) Ihering enxerga a detenção como o *corpus* – conduta de dono – com um obstáculo legal que impeça a posse.

A **crítica** feita à teoria objetiva, reside no fato de esta retirar a autonomia plena da posse, e analisando conjuntamente à propriedade, remetendo à exteriorização da propriedade e conduta de dono⁷.

Malgrado as críticas, porém, foi a **teoria objetiva** a tese **abraçada** pelo vigente Código Civil.

3. MAS AFINAL, O QUE É A POSSE?

Diante de toda a raiz histórica trabalhada, bem como das matrizes teóricas sobre o instituto, a primeira dúvida conceitual que se colocar, ao ser enfrentada a definição da posse, é se esta seria um fato ou um direito? Tal dúvida persiste na doutrina desde o direito romano.

Sobre esta problemática, existem **duas importantes correntes**⁸. A **primeira** sustentando ser a posse, pura e simplesmente, um fato, como defendido por Windscheid, Pacifici-Mazzoni, Bonfante, Dernburg, Trabucchi, Cujacius e outros⁹. A **segunda** afirmando ser a posse um direito, como aduzem Ihering, Teixeira de Frei-

5. Op. Cit., p. 37.

6. Op. Cit., p. 59.

7. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD JR., Nelson. **Curso de Direito Civil. v. 5: Reais**. 10ª ed. p. 57. Salvador: Juspodivm, 2014.

8. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**. Estudo dogmático. V. II. t. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 69.

9. Apud Carlos Roberto Gonçalves. Op. Cit., 73.

tas, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Caio Mário, Demolombe, Sintenis, Molitor, Pescatore e outros¹⁰.

► **Atenção!**

Percebe-se, a partir do supracitado, que para a **teoria subjetiva da posse**, esta é, a um só tempo:

- a) **fato**, quando analisada em si mesma;
- b) **direito**, quando observada em relação aos efeitos dela decorrentes.

Todavia, para a **teoria objetiva da posse**, esta é apenas um direito.

A posse é um direito, “levando-se em conta a teoria tridimensional de Miguel Reale”¹¹, segundo a qual o direito nada mais é, senão fato, valor e norma.

Comungando, porém, com a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves¹², há uma **terceira via** possível de ser enxergada, defendida por Barassi, Savigny, Pothier, Brinz, Domat, Ribas, Laurent, Wodon e outros. É a teoria **mista ou eclética**, a qual enxerga a posse como um fato e um direito.

Nessa linha de intelecção, nos parece que ser direito não retira da posse a natureza de fato, podendo ser esta traduzida como um fato tutelado pelo próprio direito.

Com efeito, segundo a lei, **possuidor** é aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (arts. 1.196 e 1.204, ambos do CC). Logo, ao ter de fato tal exercício, terá um direito à posse. Tanto isto é verdade que, de acordo com a legislação, a posse se adquire desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.204, CC). O possuidor será, desde então, protegido, seja pela inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), seja pelo direito constitucional à moradia (art. 6º, *caput*, CF), ou, finalmente, diante da função social desta posse.

Vê-se, então, que o Direito tutela este fato.

► **Na hora da prova?**

IV – UFG – 2025 – Prefeitura de Itumbiara – GO – Procurador Municipal

Pertinente à posse, nos termos fixados pelo Código Civil de 2002, considera-se possuidor

- a) todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

10. No mesmo sentido, de que a posse é um direito e a doutrina de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, ambas utilizadas no curso deste capítulo.

11. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 28.

12. Op. Cit., p. 73.

- b) 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.
- c) todo aquele que possuir coisa indivisa, podendo cada um que exercer sobre ela atos possessórios, dispor sobre os demais com-possuidores.
- d) aquele que, de boa-fé, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Resposta: a.

Mas em sendo um direito, a posse seria um direito real ou obrigacional (pessoal)?

Trata-se de mais uma importante polêmica.

Para Ihering, em sendo a posse um direito, seria, seguramente, real, pois diz respeito a uma relação entre um sujeito e uma coisa, e não entre pessoas. Ademais, não tem por objeto uma prestação.

Ocorre que, como visto no capítulo introdutório a esta obra, o Código Civil brasileiro trabalha com um rol taxativo de direitos reais (art. 1.225 do CC), o qual não incluiu a posse. Nesta ótica, seria a posse um direito pessoal. De outro modo, como visto no mesmo capítulo introdutório, há outros direitos reais, previstos no Código Civil, e não elencados no seu art. 1.225, a exemplo do direito de retenção. Voltaria, então, a possibilidade de ser enxergada a posse como um direito real.

O dilema só aumenta.

Parece-nos que a razão, aqui, assiste a Clóvis Beviláqua, Joel Dias Figueira, José Carlos Barbosa Moreira Alves e aqueles que defendem a tese de ser a posse um **direito pessoal especial, típico e autônomo**¹³.

Decerto, não estando no rol do art. 1.225 do CC, sustentar a tese de que a posse seria um direito real encontra grandes obstáculos. Todavia, pensá-la como uma mera obrigação, é igualmente difícil, porquanto ser uma relação que envolve uma coisa, com certa oponibilidade.

Encaixando o fenômeno em uma situação diferenciada, resta possível compreendê-lo como um direito pessoal com ampla oponibilidade e, até mesmo, alguma sequência.

Sob o ponto de vista legislativo, porém, é clarividente que a posse resta tratada no livro dos direitos das coisas. Como já visto, não é um direito real por não estar inserido no art. 1.225 do Código Civil.

E, então, qual seria o **conceito de posse**?

13. Apud Carlos Roberto Gonçalves, p. 76 e 77.

A posse é um poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa, configurando como elemento indispensável ao proprietário para a utilização econômica da coisa.

Prossegue o saudoso doutrinador baiano recordando que esta utilização econômica da propriedade se verifica ou pela utilização da posse pelo próprio proprietário, ou, ainda, pela cessão do poder de fato que este tem para outra pessoa. Assim, deve a posse ser encarada como uma “condição ao nascimento de um direito”, ou “como fundamento de um direito”, a depender da situação jurídica concreta¹⁴.

O Código Civil vigente, de forma próxima ao anterior, se ocupou de conceituar a posse, especificamente no seu art. 1.196, afirmando ser o **possuidor** o sujeito de direito que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Assim, para ser possuidor não é necessário conservar o exercício pleno de todas as faculdades proprietárias – uso, gozo ou fruição, disposição e seqüela –, bastando conservar o exercício, ainda que parcial, de um desses poderes.

Mas o **Código Civil adota** a teoria objetiva ou subjetiva da posse?

Voltando-se os olhos ao Código Civil, segundo a **doutrina majoritária**, este adota, **preponderantemente**, a teoria objetiva da posse (art. 1.196)¹⁵. A própria possibilidade, prevista no Código Civil, de desdobramentos da posse em direta e indireta (art. 1.197), ilustra a adoção da teoria objetiva, na medida em que reconhece ser factível a outra pessoa, não proprietária do bem, possuí-lo, ante o critério da destinação econômica.

Porém, em algumas situações codificadas, há indícios da presença da **teoria subjetiva**, a exemplo da **usucapião** – em que se exige a posse com *animus domini* –, na **posse de boa-fé** – sendo aquela em que o possuído desconhece obstáculo ou vício que impeça a sua aquisição proprietária – e na **detenção** – quando o cidadão tem contato direto com a coisa (*corpus*), mas não é considerado possuidor.

De mais a mais, em uma leitura atual do conceito de posse, esta deve ser significada com base no texto constitucional, à luz dos seus valores e princípios, consoante a **constitucionalização do direito civil**. O diuturno conceito de posse há de ser influenciado por valores **repersonificadores**, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a função social, o direito social à moradia, entre outros.

Por tudo isso, a posse há de ser verificada, atualmente, consoante a sua **função social**, como bem posto pela **Teoria Sociológica da Posse**, a qual fora desenvolvida no século XX, na Europa, em especial na Itália, pelas mãos de Silvio Perozzi, na França, pelos cuidados de Raymond Saleilles e, finalmente, na Espanha, por Antônio Hernandez Gil. Todos, em coro, e em especial o último, proclamando a necessidade de uma **função social da posse**.

14. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34/35.

15. Vários doutrinadores afirmam o dito, citando por todos Carlos Roberto Gonçalves (op. cit., p. 55).

Cediço, porém, que o reconhecimento da função social da posse exige flexão hermenêutica do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal; sendo um consectário da função social da propriedade. De fato, não há nenhum artigo expresso – nem na Constituição Federal nem no Código Civil – afirmando a função social da posse.

Mas o que seria afirmar que um instituto privado possui função social?

Stefano Rodotà¹⁶ foi um dos primeiros juristas que, efetivamente, realizou um estudo mais aprofundado sobre o real significado das expressões “função” e “social”. Segundo ele, o termo função opõe-se ao de estrutura, sendo o norte para a averiguação da forma pela qual o direito é operacionalizado. Dessa forma, no instante em que o ordenamento reconhece que o direito de propriedade e de posse não deve ser exercido de forma a satisfazer unicamente ao interesse do seu titular, devendo também se dirigir aos não proprietários/possuidores, consigna uma função social ao direito de propriedade.

Por social deve-se enxergar um padrão elástico por meio do qual se transfere para a órbita legislativa, e do judiciário, certas exigências do momento histórico. Logo, social seria um conceito histórico-determinado, vago, elástico, por meio do qual se encaixariam os valores relevantes, moral e eticamente, à época analisada.

A expressão função traz consigo uma ideia de dever ao proprietário, consistindo em uma finalidade a ser dada à propriedade em prol do interesse de outrem. Já do termo social se infere “conveniente à sociedade”, que “interessa para a sociedade”. Tais valores sociais seriam os elegidos em lei e na Constituição Federal. Nessa esteira, por função social depreende-se o dever do possuidor em atender as finalidades sociais relacionadas aos interesses protegidos em lei.

Esta **posse-social** é admitida por boa parte da doutrina¹⁷. O Código Civil, em muitas passagens e de forma oblíqua, abraça a função social da posse. Exemplifica-se ao abordar a diminuição de prazos na usucapião extraordinária e ordinária, em função da posse-trabalho (arts. 1.238 e 1.242 do CC), bem como ao permitir a desapropriação judicial, nas pegadas do art. 1.228, §§ 4º e 5º. O possuidor há de ter a conduta de um **bom** proprietário, tendo comportamento ético e social no exercício do seu direito¹⁸.

► Atenção!

O Enunciado 492, da V Jornada em Direito Civil, afirma que a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade, e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela, evidenciando que, sob o ponto de vista doutrinário, é assente o entendimento acerca da função social da posse.

16. BULOS, Uadi Lammêgo. “Função Social da Propriedade (Perspectiva Constitucional)”. In CARRION, Valentin (diretor). *Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral*. São Paulo: Saraiva, Setembro 1995. p. 143/145.

17. TARTUCE, Flávio. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Método, 2013. p. 30.

18. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV, p. 14.

Mas esta posse se dirige, apenas, aos bens corpóreos, ou também diria respeito aos bens incorpóreos ou, até mesmo, à direitos? A questão é das mais imbrincadas.

Em uma **análise histórica**, vê-se que, na origem do Direito Romano, se entendia que a posse se configurava apenas sobre bens físicos. Coube ao Direito Canônico, posteriormente, admitir a possibilidade jurídica da posse para todo e qualquer direito.

Verificando o **direito comparado**, percebe-se que as legislações oscilam, ora para aceitar a posse pura e simplesmente para bens corpóreos, ora para estender a incidência desta, também, aos bens incorpóreos.

Evidentemente que “problema não admite solução simplista”¹⁹, concluindo-se que a correta interpretação da doutrina objetiva de Ihering não levaria à vedação da posse de bens incorpóreos²⁰.

Fato é que, no Brasil, por força da tese levantada por Ruy Barbosa, durante determinado lapso de tempo, houve a posse de direitos, por utilizar o referido advogado dos interditos para a defesa de direitos pessoais, a exemplo de reintegração no emprego. O aludido Professor publicou, até mesmo, um livro retratando a tese, cujo batismo é a *Posse dos Direitos Pessoais*.

Entrementes, com a posterior criação do remédio heroico (mandado de segurança), em 1934, a tese do bom baiano perdeu força.

Fazendo uma análise do direito legislado, Clóvis Beviláqua afirma que o Código Civil de 1916 não previu a posse de direitos pessoais²¹. O mesmo aconteceu no vigente Código Civil, ainda de maneira mais clara, quando suprimiu dúbias redações da legislação pretérita.

O fato é que, hoje, consoante a **doutrina majoritária**, apenas coisas (corpóreas), em regra, são objetos de posse. Isto, porque, para que haja o *corpus*, é necessário o poder físico sobre a coisa e a conduta de dono. Assim, para tanto, o objeto há de ser material²².

► **Como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema?**

Todavia, registra-se, na **jurisprudência sumulada**, o tema é vacilante. O Superior Tribunal de Justiça afirma ser “*inadmissível o interdito proibitório para a proteção de direito autoral*” (**Súmula 228, STJ**), fazendo crer que não há proteção possessória de ideias, por ser um bem imaterial. Porém, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em outra oportunidade, admitiu a posse com fins de usucapião de linha telefônica, como se infere da redação da **Súmula 193**.

19. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

20. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45.

21. *Apud* Carlos Roberto Gonçalves. **Código Civil dos Estados Unidos**, v. 3, p. 9-10.

22. Este é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves. *Op. cit.*, p. 68.

Diante de todo este cenário, alguns direitos obrigacionais (pessoais) e extra-patrimoniais podem ser objeto de posse, sendo defendidos pela tutela dos interditos²³, de modo que seriam **objeto de posse**: a) o domínio; b) os direitos reais que dele se desmembram e subsistem como entidades distintas e independentes; e c) os demais direitos que, fazendo parte do patrimônio da pessoa, podem ser reduzidos a valor pecuniário, o que concordamos.

4. POSSE VERSUS DETENÇÃO

Uma vez consignado que o Código Civil adota a teoria objetiva da posse, de Ihering, segundo a qual a posse ocorre a partir do domínio físico da coisa, uma importante questão surge: como, então, diferenciar o possuidor do detentor?

O questionamento, efetivamente, levanta polêmica, pois tanto o possuidor como o detentor possuem apreensão física da coisa, aparentando ser o dono.

No que tange à detenção, o legislador civilista, por opção legislativa e minoritariamente, abraçou a teoria subjetiva, informando que não haveria posse, porquanto a ausência de *animus*. **Em não havendo posse, o detentor:**

- a) Não poderá usucapir o bem, pois inexistente posse com *animus domini*;
- b) Não poderá se valer de tutelas possessórias (ações possessórias), sendo a hipótese de ilegitimidade ativa *ad causam* (CPC, arts. 17 e 18);
- c) Não deverá o detentor ser demandado em ações possessórias. Aliás, o atual CPC **extinguiu o instituto da nomeação à autoria** e optou por simplificar a situação processual, de modo a autorizar ao réu suscitar como um dos temas de contestação a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, nos termos do art. 339 do CPC: “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.”

Não há mais, pois, a nomeação à autoria, apenas a possibilidade de correção do polo passivo da relação processual pela parte autora. A propósito, reza o art. 339 do CPC: “Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação.”

- d) Malgrado a impossibilidade do uso de possessórias, é possível que o detentor lance mão do **desforço incontente**, também chamado de legítima defesa da posse ou autotutela da posse, desde que de maneira imediata, proporcional e razoável, como posto no art. 1.210, § 1º, do Código Civil. Nesta linha se coloca o Enunciado 493 da V Jornada em Direito Civil, ao sustentar que “O detentor pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob seu poder”.

23. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45.

Mas quais seriam as hipóteses de detenção?

Conforme registrado, são hipóteses legais nas quais o cidadão que tem o *corpus* não terá tutela possessória.

A **primeira** delas é denominada **fâmulos, gestores ou servidores da posse**. Nas pegadas do art. 1.198 do Código Civil, gestor da posse é aquele que, se achando em relação de dependência para com outrem, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens e instruções suas²⁴.

Sobre o tema, ilustrativo exemplo é a Súmula 619 do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”.

É o caso, por exemplo, de um motorista, de uma empregada doméstica, de um caseiro que, de rigor, não são titulares de posse alguma: atuam apenas como *longa manus*, prepostos, do verdadeiro possuidor (empregador). Estar-se-á diante de uma **detenção dependente** – ou, no alemão, *Besitzdiener* – pois decorrente de uma relação de subordinação. Ainda nos exemplos de detenção, coloca-se a oficina, que detém o veículo do consumidor para reparo. Perceba que a oficina não terá a posse do bem, ao passo que está com o veículo com o único intuito de repará-lo. Há, portanto, clara relação de subordinação da oficina com o proprietário do automóvel. Logo, em não tendo a posse, não poderá a oficina exercer eventual direito de retenção com base na posse de boa-fé do veículo, na casuística de ausência de pagamento por parte do proprietário do carro²⁵.

24. Para a teoria objetiva da posse há equívoco ao se imaginar que a vontade do possuidor seria elemento relevante à configuração dela no exemplo da detenção, isso porque o grande e verdadeiro diferencial seria outro, qual seja a causa da aquisição, sendo a posse a exteriorização da propriedade.

25. Sufragando o posicionamento de não ser viável a alegação de retenção, pautada em posse de boa-fé, pela oficina em relação ao consumidor, é que vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça. Cita-se: Para o adequado deslinde da questão posta no recurso especial é necessário verificar se a retenção do veículo por parte da oficina mecânica, sob a justificativa da realização de benfeitorias no bem, é conduta legítima ou caracteriza esbulho, ensejador da propositura da demanda possessória. Inicialmente, cumpre salientar que o direito de retenção decorre, por expressa disposição do art. 1.219 do CC/2002, da realização de benfeitoria por parte do possuidor de boa-fé, motivo por que é fundamental verificar se a oficina era, de fato, possuidora do veículo e, dessa forma, estaria albergada pela hipótese legal e excepcional de retenção do bem, como forma de autotutela ou, de forma diversa, se a situação em análise seria de **mera detenção do automóvel**, circunstância que transbordaria a previsão legal de sua retenção, sob a justificativa da realização de benfeitorias. De acordo com a doutrina “(...) nem todo o estado de fato que se exerce sobre uma coisa, ou que revela exercício de poderes sobre as coisas, pode ser considerado como relação possessória plena. Muitas situações ocorrem, nas relações materiais com as coisas, que não refletem realmente uma forma de uso ou fruição do bem com poder pleno, ou a intenção de exercer um determinado direito real. Existe um certo poder sobre a coisa. Há uma relação de disponibilidade, mas em nome alheio, ou sob outra razão. Tal relação denomina-se detenção. (...) A distinção entre posse e detenção reside num aspecto básico: na primeira, os atos possessórios são exercidos em nome próprio, ou em proveito próprio; na segunda, em nome ou proveito alheio. Nesta situação, há uma relação de dependência ou subordinação para com outrem.” Tem-se, portanto, que a oficina em

Os servidores da posse são aquelas pessoas vinculadas por um elo de subordinação – seja de direito privado, seja de direito público – oneroso, ou gratuito, ao verdadeiro possuidor²⁶. Esta qualidade de detentor pode ser alterada no plano dos fatos jurídicos. Aliás, esta é a orientação do Enunciado 301 da III 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”.

Aqui, o antigo detentor se torna agora possuidor e, com isso, titular da tutela possessória, a depender do caso concreto, inclusive para efeitos da usucapião. Exemplifica-se com o caseiro que, depois de despedido, continua residindo na casa de veraneio, a contraordem e com conhecimento do proprietário, sendo, nesse contexto, possuidor injusto e contando-se o lapso temporal para usucapião²⁷.

A partir do momento em que houver a transmutação, o detentor passará a ser possuidor, titularizando proteção possessória. Neste instante iniciará a contagem do prazo para fins de usucapião.

A **segunda** hipótese são os atos de **permissão** – autorização prévia, indubitosa e expressa – e **tolerância** – autorização posterior e tácita –, consoante a redação do art. 1.208 do Código Civil. Tais atos não retiram daquele que autoriza, ou permite, o estado de poder socioeconômico sobre o bem, razão pela qual não induzem a posse.

Nessa esteira, quando alguém previamente autoriza a outrem utilizar determinado bem, sem, contudo, abrir mão da própria posse, a isto se denomina **permis-**

nenhum momento exerce a posse do bem. É incontroverso que o veículo é deixado pelo proprietário somente para a realização de reparos, sem que isso caracterize posse, pois jamais a empresa poderia exercer poderes inerentes à propriedade do bem, relativos à sua fruição ou mesmo inerentes ao referido direito real (propriedade), nos termos do art. 1.196 do CC/2002. Assim, não há o direito de retenção, sob a alegação da realização de benfeitoria no veículo, pois, nos termos do art. 1.219 do CC/2002, tal providência é permitida ao possuidor de boa-fé, mas não ao mero detentor do bem. (REsp 1.628.385-ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 22/8/2017, DJe 29/8/2017).

26. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 48.
27. Partindo da nossa jurisprudência, apenas para ilustrar, vejamos uma parte do julgado do **Superior Tribunal de Justiça**, que reconheceu a transmutação da detenção em posse, no caso do pastor que se desvinculou dos quadros de obreiros da religião, permanecendo, contudo, nas dependências do templo religioso. “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”. (Código Civil, art. 1.198) 2. Na hipótese, o réu foi ordenado e designado para atuar na Comunidade Evangélica de Cachoeirinha, na condição de pastor da IECLB, e justamente nessa qualidade é que se vinculava ao patrimônio da Igreja; isto é, exercia o controle sobre o imóvel em nome de outrem a quem estava subordinado, caracterizando-se como fâmulos da posse. 3. **A partir do momento em que pleiteou o seu desligamento do quadro de pastores, continuando nas dependências do templo, deixando de seguir as ordens do legítimo possuidor, houve a transmutação de sua detenção em posse, justamente em razão da modificação nas circunstâncias de fato que vinculavam a sua pessoa à coisa.** [...] 4. Desde quando se desligou da instituição recorrida, rompendo sua subordinação e convertendo a sua detenção em posse, **fez-se possível, em tese, a contagem do prazo para fins da usucapião** – diante da mudança da natureza jurídica de sua apreensão [...]. (STJ – REsp: 1188937 RS, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/03/2014, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2014).

são. Por outro lado, quando a pessoa tacitamente autoriza que outrem utilize o bem, sem renunciar a posse, a isto se chama **tolerância**.

Tais atos de permissão ou tolerância simbolizam mera indulgência, mas não cedem direito algum, “apenas retirando a ilicitude do ato de terceiro”²⁸.

Exemplifica-se com um grande amigo seu que, vindo do interior para a sua capital, em busca de emprego, pede para passar um período em sua casa, o que você autoriza. Neste lapso temporal, em que seu amigo está em sua casa, não há posse, mas mera detenção, haja vista a sua autorização.

A **terceira** casuística diz respeito aos atos de violência ou clandestinidade. Enquanto não cessada a **violência ou clandestinidade** não há posse, mas mera detenção, nas pegadas do mesmo art. 1.208 do Código Civil.

Violenta é aquela posse adquirida por meio de **violência** ou grave ameaça à pessoa, aqui é possível ser realizada uma analogia ao **roubo**. Já **clandestina** é aquela posse adquirida por destreza, sendo viável a analogia ao **furto**. Exemplifica-se. Caso invadam a posse de João, mediante violência ou grave ameaça, durante a referida invasão (na luta pela terra), não há posse ao invasor, mas mera detenção, pois a violência, ainda, não cessou. Quando cessada a referida violência, o invasor passará a ter posse, injusta.

Já na clandestinidade não há violência, mas, sim, destreza. Imaginem que o seu vizinho de fazenda adentra com a cerca dele, em sua propriedade, por cinquenta metros, na calada da noite. Enquanto você, invadido, não tiver ciência deste fato, há mera detenção da área por seu vizinho, porquanto à clandestinidade. Quando, porém, o invadido tiver ciência do ato, passaremos a observar posse, ainda que injusta.

Outrossim, como bem posto pelo art. 1.224 do Código Civil, a perda da posse por esbulho exige que o lesionado tenha tido ciência daquele.

Para a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, tanto a hipótese dois, como a três, ambas elencadas no art. 1.208 do Código Civil, traduzem uma **detenção independente**, pois independe do possuidor originário²⁹.

A **quarta** hipótese diz respeito aos **bens públicos**. Haja vista serem imprescritíveis, ao passo que não podem ser usucapidos (arts. 183 e 191 da Constituição Federal de 1988; e art. 102 do Código Civil e Súmula 340 do STF), não admitem posse, mas mera detenção, mediante tolerância.

O raciocínio aqui é clarividente à luz solar: se a área pública não pode ser usucapida é porque sobre ela não há posse, apenas detenção.

► **Como o Superior Tribunal de Justiça está compreendendo a matéria?**

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 55671/DF, entendeu que a ocupação irregular de área pública não induz posse, mas mera detenção e, portanto, afasta o direito de retenção.

28. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 33.

29. Op. cit., p. 65.

No que tange ao raciocínio explicitado – segundo o qual o bem público não admite posse, mas mera detenção –, há um **importante parêntese** a ser realizado. Com efeito, o entendimento que vem se consolidando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o particular, **em face do ente estatal**, não poderá alegar a posse do bem público; mas sim a sua mera detenção. Por conseguinte, tem-se, por razões lógicas, como inviável a usucapião de bem público. Entretanto, se dois ou mais particulares ocupam um bem público dominical, nada impede que haja a **utilização de ações possessórias entre eles**, sendo reconhecida – de forma excepcional e sem oponibilidade ao ente estatal – a posse do bem público³⁰.

5. A AQUISIÇÃO DA POSSE

É importante ao operador do direito saber em qual momento a posse é adquirida, ante as inúmeras consequências jurídicas advindas, a exemplo da usucapião ou da distinção entre a posse nova e a posse velha.

O Código Civil em vigor, a um só tempo, identifica quando a posse é adquirida e **quem**, em tese, poderia adquiri-la. Dessa forma, coloca-se a primeira questão: quando a posse será adquirida?

30. Seguindo o raciocínio doutrinário construído acima é que vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça: Ambas as Turmas da Seção de Direito Privado vinham privilegiando o entendimento de que, quando se estivesse diante de área pública, por se tratar de mera detenção, não seria possível a arguição de proteção possessória, ainda que entre particulares. No entanto, recentemente, a Terceira Turma, revendo seu posicionamento, reconheceu a possibilidade da tutela da posse de litigantes situada em bem público. Com efeito, duas são as situações que devem ter tratamentos bem distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas. O particular, perante o Poder Público, exerce mera detenção e, por consectário lógico, não haveria falar em proteção possessória. Já no que toca às contendas entre particulares, a depender do caso concreto, é possível o manejo de interditos possessórios. De fato, o Código Civil tratou no Capítulo III, do Livro II, dos bens públicos, sendo aqueles “bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” (art. 98), classificando-os quanto à destinação ou finalidade em: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Estes últimos pertencem ao acervo estatal, mas se encontram desafetados, sem destinação especial e sem finalidade pública, ou pertencem às pessoas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado (art. 98, parágrafo único do CC). São disponíveis e podem ser alienados (art. 101). Nessa ordem de ideias, tendo sempre em mente que a posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, é que se reconhece, de forma excepcional, a posse pelo particular sobre bem público dominical. O critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórios por um particular. Dessarte, com relação aos bens públicos dominicais, justamente por possuírem estatuto semelhante ao dos bens privados, não sendo considerados res extra commercium, tem-se que o particular poderá manejar interditos possessórios contra terceiros que venham a ameaçar ou violar a sua posse. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm 340, Cf. arts. 183, § 3º; e 192; CC, art. 102), permitindo-se concluir que, apenas um dos efeitos jurídicos da posse – a usucapião – é que será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular. (REsp 1.296.964-DF, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 18/10/2016, DJe 7/12/2016).

Nas pegadas do art. 1.204 do CC, “adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”. No particular, percebe-se que o vigente Código melhor se amolda à teoria objetiva de Ihering, pois é justamente no momento em que há o exercício, pleno ou não, de algumas das faculdades inerentes à propriedade que se adquire esta posse, como bem posto pelo art. 1.196 do Código Civil.

Esta posse adquirida faz presumir a dos bens móveis, os quais acompanham o principal (art. 1.209, CC), consoante à regra de que o acessório segue ao bem principal (**princípio da gravitação jurídica ou universal** – art. 92 do Código Civil).

E quem poderá adquirir a posse?

A **aquisição da posse** pode se dar pela própria pessoa, por seu representante (legal ou convencional) ou por terceiro, sem procuração ou mandato, desde que haja ratificação posterior (CC, art. 1.205). Tal aquisição poderá ser originária ou derivada:

- a) **Aquisição originária** dar-se-á independentemente de translatividade ou vontade do possuidor originário. Decorrerá, em regra, de ato unilateral, a exemplo da apropriação (apreensão) de coisas abandonadas, pela usucapião.
- b) **Aquisição derivada** demanda a existência de posse anterior, transmitida com a anuência do possuidor primitivo, sendo, em regra, bilateral. Exemplifica-se com a tradição da posse.

Nessa toada, “os modos de aquisição da posse podem ser classificados em ordinários e derivados”. A **apreensão** (de objetos corpóreos) e o **exercício do direito** (para bens incorpóreos) seriam modos de **aquisição originária**. Já a tradição seria uma forma **derivada**, quando, necessariamente, demanda-se o “consentimento de precedente possuidor”³¹. A **tradição** pode ser classificada em **efetiva ou real, simbólica e consensual ou ficta**:

- a) Na **tradição efetiva ou real**, como se nota pelo termo, existe a verdadeira entrega do bem físico. Exemplifica-se com a entrega de uma caneta;
- b) Na **tradição simbólica** não haverá esta entrega real, mas apenas uma atitude de evidenciar a transferência possessória. Exemplifica-se com a entrega das chaves na locação, bem como com a venda sob documentos (arts. 529 a 532 do CC/02);
- c) A **tradição consensual ou ficta** é a realizada mediante contrato, tendo como exemplos a *traditio brevi manu*, *traditio longa manu* e o *constitutum possessorium*.

31. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 66/67.

A ***traditio brevi manu*** ocorrerá quando alguém, que originariamente é possuidor da coisa em nome alheio, “passa a possuí-la como própria”³². Na posse anterior não havia *animus domini*, enquanto na posse nova o há, ilustrando com o exemplo de um comodatário que se torna proprietário do bem, objeto do comodato.

Agora vamos imaginar uma **situação inversa!**

Imagine a hipótese na qual alguém vende um imóvel a outrem, mas continua a habitar naquele bem, que antes lhe pertencia, agora mediante o pagamento de aluguel, como locatário. Nessa situação, este alienante possuía a coisa, originariamente, em nome próprio. Contudo, agora, passa a *possuir em nome alheio*. A isto se denomina **constituto possessório** ou **cláusula constituti**.

► **Atenção!**

O Enunciado 77 da I Jornada de Direito Civil (CJF/STJ) esclareceu, mediante doutrina firme e consolidada, que “a posse das coisas móveis e imóveis pode ser transmitida pelo constituto possessório”, tratando-se de importante. Ademais, em ambos os modos derivados de aquisição da posse (*traditio* e *constituto*), “*não é preciso renovar a entrega da coisa*”, havendo transmissão da posse pela mera tradição ficta, contratual.

E o que seria a ***traditio longa manu***?

Verifica-se quando se adquire a posse sem o contato físico, haja vista o bem se encontrar à disposição do proprietário, a exemplo de uma grande fazenda³³.

► **Atenção!**

Há divergência doutrinária a respeito da subdivisão das formas de aquisição derivada da posse. Para Orlando Gomes, por exemplo, as tradições simbólica ou ficta seriam expressões sinônimas, constituindo uma forma espiritualizada de tradição por meio de gestos. Dessa maneira, a *traditio brevi manu* e o *constituto possessório* estariam nela contidos. Ao lado da tradição simbólica haveria, ainda, para este doutrinador, tradição consensual. Não é o que pensa, entretanto, outra parte da doutrina, a exemplo de Flávio Tartuce, para quem a tradição simbólica não se confundiria com a tradição ficta³⁴.

A posse, uma vez adquirida, pode ser transmitida com os **mesmos caracteres** da sua aquisição (CC, arts. 1.203 e 1.206). A isto se denomina de **princípio da continuidade da posse, a qual se consubstancia na chamada acessão da posse ou *accessio possessionis***. Trata-se de ideia que remonta antigas regras de direito romano segundo as quais *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*, ou seja, ninguém pode transmitir direitos a outrem mais do que aqueles que possui.

32. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 68.

33. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 68.

34. TARTUCE, Flávio. **Direitos das Coisas**. São Paulo: Método, 2013. p. 28.