

Cristiano Chaves de Farias  
Nelson Rosenvald

5

Curso de **DIREITO**  
**CIVIL**

Reais

**18<sup>a</sup>**  
**Edição**

revista  
atualizada  
ampliada

2022

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO I

# Direitos reais

**Sumário** • 1. Conceito – 2. Características fundamentais dos direitos reais: 2.1 Absolutismo; 2.2 Sequela; 2.3 Preferência; 2.4 Taxatividade; 2.5 Tipicidade – 3. A aproximação entre as situações jurídicas reais e obrigacionais – 4. Classificação – 5. Obrigações *propter rem*: 5.1. Conceito e natureza jurídica; 5.2 Distinção perante os ônus reais.

*“A Esperança é o único bem real da vida.”*

**(Olavo Bilac)**

*“Em direito civil toda a definição é perigosa.”*

**(Iavolenus, Digesto)**

## 1. CONCEITO

Apesar de a clássica denominação “Direito das Coisas” capitanear o Livro III do Código Civil de 2002 – repetindo a fórmula consagrada pelo Código Civil de 1916 –, preferimos dar a este trabalho a nomenclatura de “Direitos Reais”, seguindo o batismo de Savigny, a quem se perfilham várias gerações de juristas.

Buscar compreender o significado e o conteúdo de *direito real* tentando extrair da palavra *real* um específico sentido não conduz a nenhuma certeza científica. A expressão *direitos reais* existia nas Ordenações Filipinas. O sentido que lhe dava, por exemplo, Coelho Sampaio era o seguinte: “Por *Direitos Reais* entendemos todos os direitos, faculdades e possessões, que pertencem ao *summo imperante*, e como tal, e como representante da sociedade”. Real tinha o sentido dicionarizado: o relativo ao rei ou realeza. Direito real, no ordenamento jurídico brasileiro, nunca se definiu pela titularidade.<sup>1</sup>

Clóvis Beviláqua conceitua os direitos reais como “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”. O conceito elaborado pelo artífice do Código Civil de 1916 ainda é atual, uma vez que nem todas as coisas corpóreas ou incorpóreas são consideradas bens, mas só aquelas suscetíveis de apropriação e que podem constituir objeto de direito.

Não obstante a existência de sério dissídio acerca da distinção entre coisa e bem, termos utilizados de modo muitas vezes promíscuo, concordamos com o mestre lusitano Menezes Cordeiro, ao advertir que parece ocorrer uma certa tendência a restringir a “coisa” às realidades corpóreas, enquanto os “bens” se alargam a realidades imateriais, falando-se em “bens imateriais” ou “bens da personalidade”.<sup>2</sup>

Nesse passo, aderimos ao posicionamento de Orlando Gomes, no sentido de se estabelecer uma relação de gênero e espécie entre bem e coisa, sendo possível a existência de bens com ou sem qualquer expressão econômica, enquanto a coisa sempre apresenta economicidade e é inevitavelmente corpórea. A materialidade é o traço que o aparta.<sup>3</sup>

Portanto, o direito das coisas regula o poder do homem sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica. Certamente, ao longo de nossa abordagem, saltará claro que tal poder de atuação sobre bens encontrará seus contornos modernamente definidos pelo princípio da função social.

Insta acentuar que o direito das coisas não pode ser compreendido exatamente como sinônimo de direitos reais. Possui configuração mais ampla, abrangendo, além

- 
1. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direitos Reais Limitados*, p. 8. Ensina o autor que “os atuais direitos reais de nosso ordenamento jurídico eram designados de ônus reais (Lei 1.237, de 1864) e se caracterizavam porque eram deambulatórios, passando com o imóvel para o domínio do comprador ou sucessor”.
  2. CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, p. 24.
  3. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 206.

dos direitos reais propriamente ditos, capítulos destinados ao estudo da posse – cuja natureza jurídica é controversa, tida por alguns como de direito obrigacional – e dos direitos de vizinhança, classificados como obrigações mistas ou *propter rem*.

O Código atual alterou a localização do Livro do Direito das Coisas. No regime anterior, era versado logo após o estudo da Parte Geral e do Livro de Direito de Família. Agora, situa-se a matéria no Livro III, precedida não apenas pela Parte Geral, como pelos Livros de Obrigações e Empresas, porém à frente do Direito de Família, inserido no Livro IV. Essa reformulação arquitetônica revela que a nossa sociedade se alterou profundamente.<sup>4</sup> O Código Civil de 1916 retratava um Brasil pré-capitalista e essencialmente agrário, baseado na propriedade da terra e no matrimônio como modo seguro de transmissão de propriedade aos herdeiros. Já o Código Civil de 2002 ressalta uma conformação social completamente diferenciada, baseada em relações econômicas impessoais, na qual a noção de propriedade imobiliária é superada pela moderna propriedade empresarial e de ativos financeiros. Daí o deslocamento do direito das coisas para uma posição de retaguarda no Código Reale.

## 2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DOS DIREITOS REAIS

Trabalhar com a dogmática jurídica exige a criação de diversas classificações que agem como pontos de organização coerente da matéria. Assim, surgem as tradicionais dicotomias envolvendo direito público e privado, direito objetivo e subjetivo, assim por diante. Tércio Sampaio Ferraz explica que a influência da dicotomia no direito contemporâneo provém do racionalismo do século XVIII, como forma de sistematização completa da matéria jurídica em bases racionais.<sup>5</sup>

Destarte, seriam estas as principais características dos direitos reais:

### 2.1 Absolutismo

Fundamental, para início da abordagem, é perceber que o absolutismo dos direitos reais não decorre do poder ilimitado de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade. Há muito, a ciência do direito relativizou a sacralidade da propriedade. Como qualquer outro direito fundamental, o ordenamento jurídico a submete a uma ponderação de valores, eis que em um Estado Democrático de Direito marcado pela pluralidade, não há espaço para dogmas.

Portanto, o absolutismo se insere em outra ordem. Vale dizer, os direitos reais podem ser classificados como poderes jurídicos, pois concedem a seu titular verdadeira

---

4. Aliás, uma das razões da não finalização do Código Civil no Brasil Imperial foi a impossibilidade dos liberais de criarem uma lei para o cidadão em um sistema escravista fundamentado na distinção entre pessoas livres e coisas (escravos). O escravo era considerado propriedade de seu senhor e figuraria no livro do direito das coisas.

5. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 152.

situação de dominação sobre um objeto. Esse poder de agir sobre a coisa é oponível *erga omnes*, eis que os direitos reais acarretam sujeição universal ao dever de abstenção sobre a prática de qualquer ato capaz de interferir na atuação do titular sobre o objeto.

Os direitos subjetivos reais – como qualquer outra espécie de direito subjetivo – apresentam três elementos: sujeitos, objeto e relação jurídica. A relação jurídica de direito real é assim definida: como sujeitos, de um lado, aquele que detém a titularidade formal do direito (*v. g.*, proprietário, usufrutuário, credor hipotecário) e, de outro, a comunidade; como objeto, o bem sobre o qual o titular exerce ingerência socioeconômica.

No Direito Privado, com base no legado do Código napoleônico, tradicionalmente, conhecemos dois grandes grupos de direitos subjetivos patrimoniais: os direitos reais, caracterizados por situações jurídicas de apropriação de bens, e os direitos obrigacionais, pautados em relações jurídicas de cooperação entre pessoas determinadas – ou determináveis –, conectadas pela necessidade de satisfação de uma conduta, vazada em prestações de dar, fazer ou não fazer.

O absolutismo é o traço básico no qual a dogmática sempre se apegou para apartar os direitos reais dos direitos obrigacionais, tradicionalmente marcados pela relatividade. Os direitos reais são excludentes, pois todos se encontram vinculados a não perturbar o exercício do direito real – *jura excludendi omnis alios*. De fato, nas obrigações não há poder jurídico sobre um objeto oponível a toda a coletividade. Pelo contrário, somente surge uma faculdade jurídica de um credor exigir uma atuação positiva ou negativa do devedor, pautada em um comportamento. Tal atuação somente poderá ser reclamada relativamente ao sujeito passivo da relação, não atingindo imediatamente terceiros estranhos ao vínculo. Se, eventualmente, um terceiro intervir ilicitamente em um negócio jurídico, induzindo a relação obrigacional ao inadimplemento, a sua responsabilidade perante o credor será extracontratual.

Nossa posição é justificada pela preferência na adoção da teoria personalista ao invés da teoria realista. Partindo da premissa kantiana que só existem relações jurídicas entre pessoas, é estabelecida uma relação jurídica em que o sujeito ativo é o titular do direito real e o sujeito passivo é a generalidade anônima das pessoas. Para a doutrina realista, o direito real compreenderia a relação jurídica entre a pessoa e a coisa, de forma direta e imediata. Na arguta observação de Caio Mário da Silva Pereira, filosoficamente a teoria personalista é superior, pois do ponto de vista moral não há explicação satisfatória que justifique relações entre pessoas e coisas, eis que todo direito se constitui entre humanos, pouco importando a indeterminação subjetiva.<sup>6</sup>

Antunes Varela ensina que essa concepção personalista não apaga a distinção entre direitos reais e obrigacionais, mas diminui o seu alcance, pois a maior diferença entre os dois grupos residiria na intensidade. Os direitos reais seriam direitos *mais*

---

6. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, p. 4.

*fortes* e os direitos obrigacionais, direitos *mais fracos*, pois a relação se estabeleceria diretamente apenas entre o credor e as pessoas adstritas à prestação, sendo os terceiros somente obrigados a respeitar o direito do credor, não impedindo ou perturbando o seu exercício.<sup>7</sup>

A partir dessa primeira observação, é possível delinear três distinções entre os dois grupos de direitos patrimoniais:

- a) quanto à eficácia: *erga omnes* nos direitos reais e relativa nos direitos obrigacionais. Apesar da diferença de amplitudes, ambas consistem em relações interpessoais;
- b) quanto ao objeto: a coisa nos direitos reais e a prestação nos direitos obrigacionais. O direito real requer a existência atual da coisa. Em contrapartida, a prestação é bem incorpóreo, que existe apenas em abstrato, e como conduta humana virtual só terá consistência no mundo fático ao tempo de seu cumprimento;
- c) quanto ao exercício: nos direitos reais, o titular age direta e imediatamente sobre o bem, satisfazendo as suas necessidades econômicas sem o auxílio ou intervenção de terceiros. Há um direito sobre a coisa (*jus in re*); já nas obrigações, o titular do crédito necessariamente dependerá da colaboração do devedor para a sua satisfação. O credor tem direito a uma coisa (*jus ad rem*), que só será obtida pela atividade do devedor. A sua atuação, no sentido de adimplir a prestação, será fundamental para a realização do sujeito ativo. Os direitos reais são caracterizados pela imediatividade, e os obrigacionais, pela mediatividade, diante da inevitável necessidade de colaboração do devedor para a obtenção da prestação.

De forma geral, é possível entender as razões pelas quais os direitos reais são conhecidos como *jus in re*. Enquanto o titular de direito real submete o bem da vida ao seu poder, sem a necessidade de colaboração da atividade de terceiros, o titular do crédito somente terá acesso “à coisa” mediante uma conduta cooperativa do devedor, no sentido de dar, fazer ou não fazer. Enfim, as relações de direito real caracterizam-se pelo verbo **ter** (poder sobre bens); já os direitos obrigacionais, pelo verbo *agir* (demandar comportamentos alheios).

Por tais razões, percebemos que os direitos reais tendem a uma maior duração e estabilidade que os direitos obrigacionais. É ínsito à natureza humana o ideal de apropriação de bens. Todavia, as obrigações são efêmeras, transitórias, pois enquanto o credor deseja rapidamente satisfazer o crédito, o devedor procura avidamente recuperar a liberdade que cedeu ao tempo da realização do negócio jurídico.

Entre os direitos subjetivos, ressalte-se que a característica do absolutismo também é compartilhada pelos chamados direitos da personalidade, que consistem

---

7. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, p. 166.

na proteção dos atributos fundamentais que tutelam a pessoa humana (art. 11 do CC). Todavia, enquanto os direitos reais inserem-se entre os direitos subjetivos patrimoniais, os direitos de personalidade denotam caráter existencial e extrapatrimonial, por não serem aferíveis pecuniariamente, eis que acautelam o ser humano em seus aspectos existenciais e essenciais. Trata-se de direitos subjetivos cujo objeto são os bens fundamentais da personalidade: as características físicas, morais e psíquicas de cada pessoa humana, em sua inerente dignidade.<sup>8</sup>

Como consequência do princípio do absolutismo, surge o princípio da publicidade, por excelência para os bens imóveis. Refuta-se a clandestinidade, eis que os direitos reais só se podem exercer contra todos se forem ostentados publicamente. Vai-se além, admitindo-se atualmente que o direito real só será assim considerado, em sua integridade e potência, quando publicizado, caso contrário, será um direito real minimizado pelo déficit de informações e consequente perda de credibilidade em relação aos terceiros. Assim, pelo registro do título aquisitivo (art. 1.227 do CC) é acautelada a segurança nas transações imobiliárias e também resguardada a boa-fé do adquirente do direito real e de terceiros que com ele se relacionarem. Mesmo nas situações em que o direito real seja constituído por outras vias (*v. g.*, sucessão, usucapião ou acesso), ao modo de aquisição sempre se seguirá o registro, com a função precípua de alardear a publicidade ao direito real.

O princípio da publicidade será observado com ênfase quando do estudo da propriedade. Todavia, é fundamental esclarecer que a necessidade de cognoscibilidade de todas as relações jurídicas que devam produzir efeitos perante terceiros faz com que, a cada dia, valorize-se o registro imobiliário, como fonte primacial de publicidade e, conseqüentemente, de segurança jurídica das transações econômicas e prestígio à boa-fé de terceiros que desejam conhecer a existência de direitos. Só cogitaremos de oponibilidade *erga omnes* quando o ordenamento jurídico deferir em prol da coletividade um sistema organizado de registro, hábil a gerar uma publicidade infinitamente mais eficaz do que qualquer ato de posse ou tradição de bens.

No estágio atual da ciência do Direito, não se pode mais enaltecer a dicotomia entre direitos reais e obrigacionais. Há uma necessária mitigação da eficácia entre os dois grandes direitos subjetivos patrimoniais, a ponto de se afirmar o caráter unitário da relação patrimonial, com base no princípio constitucional da solidariedade, que demanda o respeito por parte de todos às situações jurídicas regularmente estabelecidas, sejam elas reais ou obrigacionais.<sup>9</sup>

A ideia de que a obrigação apenas impõe deveres aos contratantes, excluindo-se completamente da esfera de terceiros, é absolutamente incompatível com a evolução

8. Nas palavras de Capelo de Souza, “dir-se-á que a pessoa é homem, que este constitui necessariamente o fundo básico da emergência da tutela geral de personalidade e que, mesmo do ponto de vista jurídico, é para ele que se preordenará a regulamentação jurídica da tutela da personalidade” (*O Direito Geral da Personalidade*, p. 15).

9. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 142.

do direito. Em raciocínio desenvolvido em nosso livro sobre direito das obrigações, demonstramos que é imperioso o ataque à concepção reducionista da relatividade do direito de crédito, como apenas oponível ao devedor, sem alcançar terceiros. Há uma irresistível tendência à oponibilidade de direitos obrigacionais. Como bem adverte Leonardo Brandelli, “os direitos puramente privados e *inter partes* são cada vez mais raros. As funções social e econômicas dos direitos, aliadas ao interesse público que permeia muitos dos institutos jurídicos, fazem com que haja uma necessidade cada vez mais latente de publicidade, e a instituição registral é o meio hodierno eficaz e de primorosa tecnologia jurídica apta a conseguir tal desiderato”.<sup>10</sup>

Pelo princípio da função social do contrato, tanto a noção da relatividade das obrigações como de sua não oponibilidade em relação a terceiros sofrem uma acentuada revisão. Relatividade e oponibilidade são conceitos distintos. Pela relatividade das obrigações, as prestações só poderiam ser exigidas das partes, jamais vinculando terceiros (eficácia interna da obrigação). Em sentido distinto, a oponibilidade requer que terceiros se abstenham de intervir na relação obrigacional (eficácia externa da obrigação). Para tanto, nada mais eficaz do que a cognoscibilidade da situação jurídica. Exemplificadamente, é o que se verifica no direito de preempção do locatário do imóvel urbano. De maneira idêntica ao que ocorre nos direitos reais, esse direito obrigacional só favorecerá o inquilino quando receber a publicidade registral.

Enfim, a flexibilização do princípio da relatividade das obrigações e a consideração da possibilidade de oposição do direito de crédito em face de quem não foi parte da relação obrigacional – a ponto de lhe impor um dever de abstenção – demonstram a necessidade de um reexame do ordenamento sob uma perspectiva relacional. Como ensina Patrícia Cardoso, “o crédito, face à sua importância atual na sociedade e ao aumento da intersubjetividade – diferentemente do que ocorria no período liberal, onde a propriedade imobiliária era a medida por excelência da circulação da riqueza –, não pode mais ser relegado, impondo-se a sua valorização em relação aos direitos reais, o que repercute no reconhecimento da tutela externa do mesmo”.<sup>11</sup>

## 2.2 Sequela

Os direitos reais aderem à coisa, sujeitando-a imediatamente ao poder de seu titular, com oponibilidade *erga omnes*. A inerência do direito real ao objeto afetado é tão substancial a ponto de fazer com que o seu titular possa persegui-lo em poder de terceiros onde quer que se encontre.

O atributo da sequela é a mais eloquente manifestação da evidente situação de submissão do bem ao titular do direito real. Pelo fato de não existir relação jurídica entre a pessoa e a coisa, porém apenas entre pessoas, todos os bens se encontram

10. BRANDELLI, Leonardo. *Publicidade registral imobiliária*, p. 242.

11. CARDOSO, Patrícia. “Oponibilidade dos efeitos do contrato”, p. 132.



em estado de pertinência ao exercício dos poderes pelos seus titulares. A seqüela decorre do absolutismo dos direitos reais, pois se posso exigir de todos um dever de abstenção, nada me impede de retirar o bem do poder daquele que viola tal comando.

A seqüela se relaciona ao princípio da inerência ou aderência, no sentido de o direito real aderir à coisa e a perseguir. A seqüela é nota privativa dos direitos reais, pois um objeto determinado é vinculado à atuação de seu titular.

Exemplificando: se *A* concede o seu imóvel em hipoteca em favor de *B* como garantia de um débito e, posteriormente, procede à venda do mesmo bem para *C*, sem que cumpra a obrigação de adimplir o débito hipotecário, poderá o credor *B* retirar o imóvel do poder de *C*, com declaração de ineficácia da compra e venda com base na seqüela, tendo em vista que a coisa estava afetada à sua atuação como titular de um direito real em coisa alheia, com registro prévio no ofício imobiliário.

Em princípio, a seqüela inexistente nos direitos obrigacionais, pois a prestação só se dirige à pessoa do devedor, como sujeito passivo da relação jurídica, e mais ninguém. Em outras palavras, as obrigações vinculam as partes, sendo em princípio estranhas àqueles que não participam da relação jurídica. A título ilustrativo, se *A* se compromete a entregar um veículo a *B* em 30 dias (prestação de dar), mas culmina por entregar o objeto da prestação a *C*, deverá o credor *B* contentar-se com o pleito indenizatório, em face do devedor inadimplente, pois em princípio não poderá alcançar *C*, que não era vinculado ao contrato.

Excepcionalmente, os credores obrigacionais – quirografários –, privados da satisfação da obrigação pela transferência da coisa a outrem, necessitarão demonstrar em juízo os elementos objetivo e subjetivo da ação revocatória ou pauliana (art. 158 do CC), obtendo processualmente a declaração de anulabilidade do ato translativo (art. 171, II, do CC).<sup>12</sup>

Já o titular do direito real prescinde da ação pauliana ou revocatória para recuperar a coisa em poder de terceiros, justamente pela ineficácia de qualquer transação posterior perante o seu direito de seqüela. Encontrando-se o bem previamente afetado ao poder do seu titular, a sua atuação será automática, independentemente da pessoa que tenha ingerência atual sobre a coisa.

Contudo, o titular de um direito obrigacional poderá alcançar o atributo da seqüela sem o ajuizamento da ação pauliana, sendo bastante a constatação da fraude à execução, nas hipóteses descritas no art. 792 do CPC/15, dentre elas, quando ao tempo da alienação ou oneração de bens, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzir o devedor à insolvência. Adverte Alexandre Freitas Câmara que a fraude de execução gera ineficácia originária do ato fraudulento, o que a distingue da fraude pauliana, que gera ineficácia suspensiva, dispensando-se assim o ajuizamento de

12. Apesar de o Código Civil ter perfilhado a tese da anulabilidade do ato praticado em fraude contra credores, defendemos a linha da ineficácia relativa do negócio jurídico, conforme inicialmente preconizado por Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, p. 466.

demanda destinada ao reconhecimento da fraude, sem necessidade de perquirição do elemento subjetivo da fraude.<sup>13</sup> Ademais, com o registro do mandado de penhora no RGI (art. 828, § 4º, CPC/15), aumenta a gravidade da alienação fraudulenta, pois a partir do instante em que se dá a apreensão judicial da coisa, pouco importará se o devedor se torna ou não insolvente com a alienação do bem penhorado, mantendo-se a conduta fraudulenta mesmo que o devedor ainda possua patrimônio suficiente para arcar com o crédito exequendo. A penhora não é direito real, mas um modelo processual que concede eficácia real a uma relação de natureza obrigacional.

### 2.3 Preferência

Presente predominantemente nos direitos reais de garantia, consiste no privilégio do titular do direito real em obter o pagamento de um débito com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Havendo o concurso de diversos credores, a coisa dada em garantia é subtraída da execução coletiva, pois o credor real, *v. g.*, pignoratício ou hipotecário, prefere a todos os demais.

Na definição de Mario Júlio de Almeida Costa, “o direito de preferência consiste no facto de o direito real superar todas as situações jurídicas com o mesmo incompatíveis, posteriormente constituídas sobre a coisa em que incide e sem o concurso da vontade do titular daquele”.<sup>14</sup>

A preferência dos direitos reais é consequência da sequela (assim como esta é consequência do absolutismo). Assim, *A* concede o seu imóvel em hipoteca em prol de *B*, como garantia de um contrato de mútuo e, posteriormente, torna-se inadimplente. O fato de o devedor *A* ter contraído débitos com vários outros credores não é algo significativo para o credor *B*. Com efeito, encontrando-se o imóvel afetado a seu poder imediato – sequela –, terá o credor *B* preferência para pagar-se após a expropriação do bem em hasta pública (art. 1.419 do CC). Caso, após a arrematação e satisfação do crédito preferencial, ainda remanesça alguma quantia, poderá o restante ser partilhado entre os credores quirografários. O direito real prevalece sobre os direitos obrigacionais, pois o seu titular goza de poder de exclusão em relação a qualquer outra pessoa, estando o seu exercício acautelado por uma ação real.

É notório que a preferência dos direitos reais vem perdendo destaque nos tempos atuais, em razão do advento dos chamados *privilégios legais*, instituídos em atenção ao interesse público voltado a créditos de grande repercussão social, como os acidentários e trabalhistas.<sup>15</sup> Os privilégios legais são direitos obrigacionais que o legislador acolhe como prioritários para a sociedade. São créditos originariamente quirografários,

13. FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, p. 220.

14. COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, p. 112.

15. “Independente de penhora, antecedente ou posterior à falência, os créditos trabalhistas são garantidos prioritariamente, ficando a Fazenda com o que sobrar da dívida trabalhista” (STJ, 2ª T., Rel. Min. Eliane Calmon, REsp. 594.491/RS, DJ 8.6.2005).

que culminam por ultrapassar os direitos reais, quando da verificação de créditos em um concurso de credores. O art. 958 do Código Civil aduz que “os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais”, sendo certo que o parágrafo único do art. 1.422, excepciona da regra da preferência dos direitos reais as dívidas que em razão de “outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos”.

As duas categorias são inconfundíveis, pois, enquanto os privilégios criados pelo direito positivo recaem indistintamente sobre todo o patrimônio do devedor – exceto os bens impenhoráveis –, a preferência de direito real localiza-se apenas no valor dos bens especificamente afetados para o pagamento da dívida. No tocante ao restante do patrimônio do devedor, não subsiste qualquer preferência para o titular do direito real. Aliás, alienado o bem que se encontrava afetado pelo direito real e sendo insuficiente o valor apurado para a satisfação do credor, converte-se ele em quirografário pelo saldo restante (art. 1.430 do CC).

Com a edição da Lei nº 11.101/05, houve um fortalecimento da preferência dos direitos reais para os processos que se iniciem a partir da vigência do realçado diploma legal. É cediço que na égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, quando da quebra do devedor comerciante, o credor real manteria sua prerrogativa apenas sobre os créditos obrigacionais ordinários, sendo apenas superado pelos privilégios legais trabalhistas e fiscais (art. 102 da LF).

Atualmente, com o advento da lei 14.112/20 (que altera a Lei n 11.101/2005, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária), a classificação dos créditos da falência sofreu nova modificação (art. 83). Os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado se posicionam em terceiro lugar, mantendo-se em posição inferior às dívidas da massa (art. 84, Lei nº 11.101/05) – créditos extraconcursais, priorizados em relação aos demais créditos admitidos na falência. Igualmente, devem respeitar a primazia da satisfação dos créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor (pois acima do teto será quirografário), e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho.

Em regra, só após a satisfação dos credores reais serão atendidos os créditos tributários, com exceção dos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência (Inciso V, art. 84).

Não se olvide da Súmula 219 do Superior Tribunal de Justiça: “Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas”. Aliás, na atual legislação de 2020 são qualificados como créditos extranconcursais não apenas os créditos trabalhistas relativos ao período posterior à quebra. Ou seja, para além dos credores da massa serão pagos outros valores com precedência sobre os créditos do falido.<sup>16</sup>

16. Art. 84, Lei nº 14.112/20: “Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos: I-A – às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei; I-B – ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo

Note-se que, no concurso entre diversos titulares de direitos reais sobre o mesmo bem – *v. g.*, várias hipotecas no mesmo imóvel –, aplica-se o brocardo *prior tempore potior jure* (primeiro no tempo, melhor no direito), prevalecendo o direito ao crédito por parte daquele que registrou o direito real com antecedência (art. 1.476 do CC).

## 2.4 Taxatividade

Destinando-se a operar contra toda a coletividade, não pode qualquer direito real ser reconhecido juridicamente se não houver prévia norma que sobre ele faça previsão. Portanto, inseridos em regime de ordem pública, os direitos reais são *numerus clausus*, de enumeração taxativa, localizados no rol pormenorizado do art. 1.225 do Código Civil e em leis especiais diversas.<sup>17</sup> A própria lei de registros públicos coíbe o registro de direitos reais não “reconhecidos” em lei.<sup>18</sup>

Em razão de sua eficácia absoluta, a criação de novos direitos reais depende de reserva legislativa. A taxatividade importa considerar que fora do catálogo legal exclui-se a possibilidade de a autonomia privada conceber direitos reais que produzam consequências *erga omnes*. A vontade humana não pode livremente criar modelos jurídicos que sejam capazes de impor insegurança ao comércio jurídico, prejudicando a regularidade das relações jurídicas exercitadas em comunidade. O princípio do *numerus clausus* tem ainda o mérito de facilitar a operacionalização do registro público, tornando-se conhecidas todas as limitações hábeis a afetar qualquer direito real.

A fórmula *numerus clausus* foi elaborada, em princípio, como modo de preservar o absolutismo do direito de propriedade. Receosos de eventuais restrições que o Estado pudesse impor ao direito de propriedade, os legisladores do século XIX definiram

---

financiador, em conformidade com o disposto na Seção IV-A do Capítulo III desta Lei; I-C – aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei; I-D – às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; I-E – às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência; II - às quantias fornecidas à massa falida pelos credores; III - às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência; IV - às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V - aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei; § 1º As despesas referidas no inciso I-A do caput deste artigo serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa; § 2º O disposto neste artigo não afasta a hipótese prevista no art. 122 desta Lei.

17. “O caráter de tipicidade dos direitos reais não é criação nem do atual Código Civil nem do Código Civil de 1916. Eles simplesmente mantiveram o que já existia. A Lei nº 1237/1864 dizia, em seu art. 6º, que “somente se considerão reaes aqueles ônus expressamente citados pelo artigo. Como se vê, o princípio da tipicidade legal dos direitos reais é regra que se faz presente na matéria por quase século e meio” (NASCIMENTO, Tupinamba Miguel Castro do. *Direitos Reais Limitados*, p. 8).
18. Artigo 172 da Lei nº 6.015 de 31 de Dezembro de 1973: “No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “inter vivos” ou “mortis causa” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

## CAPÍTULO II

# Posse

**Sumário** • 1. Breve histórico da posse – 2. Teorias e definição da posse: 2.1 Teoria subjetiva (clássica) de Savigny; 2.2 Teoria objetiva de Ihering; 2.3 Definição da posse – 3. Natureza da posse – 4. A função social da posse e o direito de moradia: 4.1 Generalidades: a posse vocacionada à pessoa humana; 4.2 A desapropriação judicial indireta (ou desapropriação privada); 4.3 A legitimação da posse; 4.4 A posse e os conflitos multitudinários – 5. Objeto da posse – 6. Desdobramento da posse – 7. Composse – 8. Detenção – 9. Classificação da posse: 9.1 Vícios objetivos da posse; 9.2 Vício subjetivo da posse – 10. Interversão (convalescimento) da posse – 11. Aquisição e perda da posse de bens imóveis – estado da arte: 11.1 Modos de aquisição e perda da posse de bens imóveis; 11.2 Conclusão – 12. Efeitos: 12.1 Direito aos frutos; 12.2 Responsabilidade civil do possuidor; 12.3 Direito às benfeitorias; 12.4 Direito à usucapião; 12.5 Ações possessórias; 12.6 A tutela da posse por outros mecanismos.

*“O amor tem jardim, cerca, projeto. O sexo invade tudo.  
Sexo é contra a lei. Amor é propriedade.*

*Sexo é posse. Amor é a casa; sexo é invasão de domicílio.  
Amor é o sonho por um romântico latifúndio;  
já o sexo é o MST.”*

**(Arnaldo Jabor, *Amor é prosa, sexo é poesia*)**

*“O possuir não existe, existe somente o ser:  
esse ser que aspira até ao último alento, até à asfixia.”*

**(Franz Kafka)**

## 1. BREVE HISTÓRICO DA POSSE

Para o historiador do direito, afirma Paolo Grossi,<sup>1</sup> além da propriedade, são outros os vínculos entre sujeitos e bens que emergem a nível jurídico e com os quais se constroem as relações que os juristas chamam *reais*, isto é, radicadas *in re*. Na posse, o problema central não é o vínculo formal e exclusivo sancionado pelos livros fundiários, o pertencimento do bem a alguém; é a efetividade sobre o bem prescindindo das suas formalizações. Podemos dizer que a *posse* do bem se refere a uma dimensão de factualidade contraposta a um reino estático de formas oficiais.

A origem da posse é historicamente justificada no poder físico sobre as coisas e na necessidade do homem de se apropriar de bens. Diversas teorias procuram a partir de então justificar a necessidade de proteção à posse. Nada obstante, a cultura jurídica da modernidade é profundamente influenciada pelas teorias de Savigny e Ihering. Cada qual fornece elementos de identificação dos limites da tutela da posse, individualiza, a seu modo, as figuras do possuidor e do detentor e procura justificar a essência da proteção possessória.

Como enfatiza Menezes Cordeiro, a dicotomia Savigny/Ihering tem o sentido dos dilemas permanentes que, esgotando a realidade do espaço humano, acabam sempre por surgir, como igualmente ocorre com as dicotomias coletivo/individual, exterior/interior, Platão/Aristóteles ou Hegel/Kant. “Por certo que os discursos concretos de Savigny e Ihering não podem, hoje, ser pura e simplesmente subscritos: nem um, nem outro. As realidades que eles traduzem são, porém, bem reais. Os estudiosos da posse têm o dever de as conhecer e o ônus de optar, em termos justificados.”<sup>2</sup>

## 2. TEORIAS E DEFINIÇÃO DA POSSE

### 2.1 Teoria subjetiva (clássica) de Savigny

Em 1803, aos 24 anos de idade, Friedrich Karl Von Savigny elaborou a sua monografia *Das Recht des Besitzes*, O Tratado da Posse. Em sua concepção, a posse seria o poder que a pessoa tem de dispor materialmente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem.

Para o mestre, a posse apresenta dois elementos constitutivos:

- a) **corpus**: é o elemento que se traduz no controle material da pessoa sobre a coisa, podendo dela imediatamente se apoderar, servir e dispor, possibilitando ainda a imediata oposição do poder de exclusão em face de terceiros;

1. GROSSI, Paolo. História da Propriedade e outros Ensaio, p. 15.

2. CORDEIRO, Antônio de Menezes. *A Posse*: perspectivas dogmáticas atuais, p. 52.

- b) **animus**: é o elemento volitivo, que consiste na intenção do possuidor de exercer o direito como se proprietário fosse, de sentir-se o dono da coisa, mesmo não sendo. Não basta deter a coisa (*corpus*), mas haver uma vontade de ter a coisa para si. Só haverá posse onde houver *animus possidendi*.

A teoria subjetivista estabelece o *corpus* como a apreensão da coisa. Todavia, não se trata essa apreensão de mero contato corporal com o bem, mas da *disponibilidade física*, no sentido da possibilidade do indivíduo de agir imediatamente sobre a coisa e dela afastar toda a ação de estranhos.<sup>3</sup>

Para Savigny, os dois elementos agregam-se em singela fórmula matemática:  $P = C + A$ . Excepcionalmente, nas situações em que alguém atue materialmente sobre a coisa sem o *animus*, cogitar-se-ia de mera *detenção* (v. g., locatário, comodatário, usufrutuário e outras pessoas que entraram na coisa em virtude de relação jurídica). Os detentores não fariam jus à tutela possessória, justamente pela carência do elemento volitivo. Por atribuir tamanha ênfase ao aspecto psicológico, anímico, a teoria de Savigny sobejou conhecida como subjetiva.

Critica-se, na teoria subjetiva, a exacerbação do papel da autonomia da vontade pela incondicionada ligação da posse ao *animus domini*. Segundo Savigny, refletindo o ideário liberal e individualista vigente na época, a pessoa era o indivíduo abstrato que ocupava um dos polos da relação jurídica, possuindo autodeterminação nas relações econômicas. Essa visão restrita e unitarista camufla o ser humano concreto, capaz de se manifestar em uma pluralidade de relações possessórias, nas quais não releva o exame do *animus domini*, mas sim a proteção à moradia, ao trabalho e a defesa incondicional dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o grande mérito de Savigny foi o de projetar autonomia à posse, por explicar que o uso dos bens adquire relevância jurídica fora da estrutura da propriedade privada e que a titularidade formal desse direito subjetivo não encerra todas as possibilidades de amparo jurídico. A posse passa a ser vislumbrada como uma situação fática merecedora de tutela, que decorre da necessidade de proteção à pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas.

A posse seria um fato na origem e um direito nas consequências, pois confere ao possuidor a faculdade de invocar os interditos possessórios quando o estado de fato for objeto de violação, sem que isso implique qualquer ligação com o direito de propriedade e a pretensão reivindicatória dela emanada.

3. Ernane Fidélis assevera que a apreensão do bem tem extensão bem maior do que a simples ideia de contato corporal, "se, por exemplo, tomo às mãos determinado bem móvel ou se adentro um imóvel, com plena disponibilidade para meu uso, há apreensão no sentido mais amplo do termo, criando-se o requisito do corpus. Entretanto, se determinado material de construção é deixado na minha obra, ou se recebo as chaves de uma casa, já posta à minha disposição, ou, simplesmente uma gleba de terras me é entregue, de certa forma que se crie, seja por minha presença em parte dela, seja pela aproximação da coisa que dela me dê disponibilidade física, há também apreensão" (Comentários ao Novo Código Civil, XV, p. 13).

## 2.2 Teoria objetiva de Ihering

Na linha de Savigny, Rudolf Von Ihering (1818-1892) encontra a base da controvérsia possessória no direito romano. Porém, em Ihering, a posse é o mero exercício da propriedade.

O célebre romanista admite a anterioridade histórica da posse em relação à propriedade, para justificar a inferioridade daquela em relação a esta. Na prática, traz para o direito o determinismo darwiniano que expressa a evolução biológica pela necessária precedência na natureza dos seres inferiores aos superiores.

A posse seria o poder de fato, e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. “O fato e o direito: tal é antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade”.<sup>4</sup> A posse não é reconhecida como modelo jurídico autônomo, pois o possuidor seria aquele que concede destinação econômica à propriedade, isto é, visibilidade ao domínio. A posse é a porta que conduziria à propriedade, um meio que conduz a um fim. A propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave, uma árvore frutífera sem a escada que atingisse os frutos, pois a propriedade sem a posse restaria paralisada.

Em outras palavras, não é possível conceder espaço ilimitado à vontade do possuidor, pois a liberdade da pessoa encontra limites na norma. Portanto, a posse merece respeito na conformação encontrada pelo ordenamento jurídico, que considera a posse como exteriorização e complemento necessário à proteção da propriedade.

Em suma, para Ihering a tutela da posse não decorre da necessidade de evitar a violência, mas tem como único fundamento a defesa imediata da propriedade. Os interditos possessórios nascem em razão da propriedade e não da posse em si mesma, pois a origem das referidas ações no direito romano reside na proteção da propriedade, mesmo que em um primeiro momento culminem elas por socorrer a posse e, indesejavelmente, a figura do não proprietário.<sup>5</sup>

A teoria objetiva repele a conceituação da posse que se baseia no elemento puramente subjetivo – *animus* –, pois ele está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. A posse é evidenciada pela existência exterior, sem qualquer necessidade de descermos a intrincada questão do plano íntimo da vontade individual de quem possui. Bem percebe Moreira Alves que o *animus* para Ihering é a “consciência e a vontade do *corpus*, razão por que se acham ambos indissolavelmente ligados, estando este para aquele como a palavra para o pensamento”.<sup>6</sup>

A fórmula de Ihering – P = C – indica que a posse é reconhecível externamente por sua destinação econômica, independentemente de qualquer manifestação volitiva do possuidor, sendo suficiente que ele proceda em relação à coisa como se

4. VON IHERING, R. *Teoria simplificada da posse*, p. 9.

5. VON IHERING, R. *Teoria simplificada da posse*, p. 13.

6. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse – estudo dogmático*, p. 39.



comportaria o proprietário em relação ao que é seu. Não é o elemento psicológico que revela a posse, e sim a forma como o poder fático do agente sobre a coisa revela-se exteriormente.

Ihering entende que o *animus* não pode ser compreendido como a “intenção de dono”, mas como a *affectio tenendi*, ou seja, a vontade do possuidor de se conduzir perante o bem como se conduziria o proprietário. Esse *modus operandi* do possuidor seria objetivamente controlável, pois se extrai de sua conduta visível diante da coisa. Assim, torna-se despiciendo perquirir qualquer aspecto anímico do possuidor que não se traduza em um comportamento visível de exteriorização do domínio. O *animus* é ínsito ao *corpus*.

Ademais, *corpus*, para Ihering, não estaria na possibilidade física de dispor da coisa – tal qual argumentava Savigny, mas na simples visibilidade da propriedade em seus elementos caracterizadores. Com efeito, se na teoria objetiva, a posse não existe sem que exista a propriedade, a questão da apreensão material sobre o bem se torna secundária, tornando-se relevante o seu destino econômico. Substitui-se a noção do controle material pela ideia da posse como exercício da propriedade, pois só ela justifica a relação material entre a pessoa e a coisa, assim como a necessidade de sua tutela.<sup>7</sup> Não mais importa a possibilidade de apreensão imediata da coisa, mas o fato de o possuidor agir como agiria o proprietário, concedendo destinação econômica ao bem, fazendo valer a finalidade para a qual é naturalmente vocacionada. O que vale é o uso econômico facilmente reconhecido por qualquer pessoa, tenha ou não o possuidor o *animus domini*.<sup>8</sup>

O *corpus* passa então a representar o estado normal externo da coisa, através da qual cumpre o destino econômico de servir ao homem. Assim, nem a presença física, nem o contato material, nem a presença, nem a custódia, são elementos decisivos, porquanto em cada caso teremos que indagar como se comportaria o proprietário perante a coisa. A determinação do *corpus* é uma questão de pura experiência e de senso comum.<sup>9</sup>

7. “Na posse, o elemento *corpus* não demanda, para sua caracterização, a apreensão física do bem. Esse elemento, em vez disso, consubstancia o poder físico da pessoa sobre a coisa, fato exterior em oposição ao fato interior” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*). “Consoante a doutrina de Ihering, a posse caracteriza-se pela visibilidade do domínio e é possível que ela tenha, historicamente, se iniciado pela ideia de poder de fato sobre a coisa, mas a evolução demonstrou que ela pode se caracterizar sem o exercício de tal poder de maneira direta. O adquirente de imóvel que não o ocupa por um mês após a lavratura da escritura, com cláusula de transmissão expressa da posse, considera-se, ainda assim, possuidor, porquanto o imóvel encontra-se em situação compatível com sua destinação econômica. É natural que o novo proprietário tenha tempo para decidir a destinação que dará ao imóvel, seja reformando-o, seja planejando sua mudança”(STJ, REsp. 1158992/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 14.4.2011).

8. VON IHERING, R. *Teoria simplificada da posse*, p. 44. O doutrinador ilustra a tese com a comparação entre dois atos: o do material de construção que é posto à disposição na obra do proprietário e a carteira de dinheiro encontrada na rua. O primeiro segue o seu destino econômico em razão da posição normal do material de construção. Isso não ocorre na segunda hipótese, não sendo natural que carteiras sejam deixadas na via pública.

9. AREÁN, Beatriz. *Derechos reales*, p. 124.

A posse, de acordo com o destino econômico da coisa, pode se caracterizar como ato de apreensão, mas, se está a cumprir sua normal destinação, irrelevante é o ato físico sobre ela. O morador de uma casa de residência, usando-a como tal, exerce ato de apreensão, como aquele que tem um veículo em seu poder. Mas, se em determinado loteamento, algum lote está simplesmente destacado para mim e sobre ele não faço qualquer ato de apreensão, tenho-lhe a posse, porque o terreno como tal, embora sem qualquer ato efetivo de apreensão, cumpre seu destino econômico como reserva imobiliária a que se destina. Nesse caso, seja eu o legítimo proprietário ou não, minha posse se respeita por qualquer ato revelador do poder de fato.<sup>10</sup>

Ihering considerava que o interesse jurídico movimenta a vontade. É o interesse da realização da destinação econômica da propriedade que justifica a proteção à posse, pois em si mesma ela não teria qualquer valia. A posse só se converte em direito, em homenagem ao direito superior de propriedade.<sup>11</sup>

Assim, vem a ser a posse o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao direito de propriedade ou de outro direito real.<sup>12</sup> Ao dispensar-se o elemento psicológico do *animus*, estende-se a condição de possuidores àqueles que seriam considerados meros detentores pela teoria clássica (v. g., locatários, arrendatários). Outrossim, por dispensar o aspecto subjetivo da intenção de dono, a doutrina objetiva consagra a admissibilidade da coexistência das posses *direta* e *indireta*.

Do ponto de vista econômico e prático, a teoria de Ihering é inegavelmente um avanço em comparação com a de Savigny, eis que ao abdicarmos da exigência do *animus domini*, ampliamos consideravelmente o rol dos possuidores, deferindo àqueles antes considerados meros detentores pela teoria subjetiva proteção possessória direta e imediata, podendo agir por conta própria na tutela de sua situação jurídica. Ademais, qualificando-se a posse como situação fática de poder sobre a coisa, pouco importa a condição jurídica de quem a exerce – proprietário ou não proprietário –, afinal a posse recai sobre o bem e não sobre o direito.

Savigny e Ihering concebem suas teorias com base em um ponto de partida comum: a detenção. Todavia, visceral é compreender que a teoria de Ihering é tida por objetiva pelo fato de explicar que a distinção entre possuidores e detentores não é traduzida à luz do elemento anímico da vontade de possuir, e sim por uma prévia conformação do ordenamento objetivo, que cuidará de explicitar as hipóteses em que certas pessoas não alcançarão a tutela possessória por expressa opção de política legislativa, em razão da forma pela qual ingressaram na coisa. A posse seria a regra: sempre que uma pessoa tenha uma coisa em seu poder, deverá ser protegida legalmente. Excepcionalmente, o direito a privará de defesa: nesse caso, haverá

10. SANTOS, Ernane Fidélis dos. Comentários ao novo Código Civil, v. XV, p. 37.

11. VON IHERING, R. *Teoria simplificada da posse*, p. 62.

12. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa: “Dado da maior relevância é que Von Jhering introduz o dado econômico no conceito jurídico da posse. O *corpus* não é apenas poder físico, mas a relação exterior entre o possuidor e a coisa” (Usucapião de Coisa Incorporável, p. 641).

detenção. De fato, Ihering vislumbrava na detenção uma posse desqualificada pelo sistema jurídico, por razões objetivas e de ordem prática.<sup>13</sup>

### 2.3 Definição da posse

*“O possuir não existe, existe somente o ser: esse ser que aspira até ao último alento, até à asfixia.”*

(Franz Kafka)

A crítica veemente que se faz à concepção objetiva concerne ao fato de Ihering subordinar a posse à propriedade, extirpando a sua autonomia, por reduzir a posse a um direito ínfimo, como mera exteriorização do direito de propriedade, ou seja, um complemento indispensável à sua tutela. A proteção possessória seria uma sentinela avançada da propriedade, pois através da posse poderia o titular formal aliviar a defesa do seu direito subjetivo mediante a adoção de uma via defensiva preliminar (interditos possessórios). Nesse particular, temos evidente retrocesso, comparando-se à teoria de Savigny, na qual há um prenúncio de tutela à função social da posse.

Ao conceituar a posse da mesma maneira que o seu antecessor, o Código Civil de 2002 filia-se à teoria objetiva, repetindo a nítida concessão à teoria subjetiva no tocante à usucapião como modo aquisitivo da propriedade que demanda o *animus domini* de Savigny. Com efeito, predomina na definição da posse a concepção de Ihering. A teor do art. 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Assim, pela letra do legislador, o possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não.

O Código Civil de 2002 ratificou a via eleita pelo Código de 1916, pela inserção da posse no livro do direito das coisas. Seguidor das teses de Ihering, Clóvis Bevilacqua entendeu que a posse é um caminho para a propriedade e deve ser inserida antes do seu estudo, como um ponto de transição momentânea. Aliás, nesse ponto contrariou o próprio mentor, que entendia ser essencial o estudo prévio da titularidade, para posteriormente se alcançar a posse.

Será possível observar adiante que, nos dias atuais, no âmbito de uma sociedade plural, as teorias de Savigny e Ihering não são mais capazes de explicar o fenômeno

13. Ihering recorre a fórmulas algébricas para sintetizar as diferenças entre a sua teoria e a de Savigny. Designa a posse com a letra “x”, a detenção com a “y”, o *corpus* com a “c”, o *animus* com a “a”, o *animus domini* com a letra grega “α” e a disposição legal que nega a posse em certas relações com a “n”. Para a teoria subjetiva, as fórmulas seriam:  $x = c + a + \alpha$  e  $y = c + a$ . Já para a teoria objetiva, as fórmulas seriam:  $x = c + a$  e  $y = c + a - n$ . Como se pode apreciar, os elementos da detenção para Savigny coincidem com os da posse para Ihering. Enquanto que para o primeiro a detenção só se eleva a hierarquia de posse se o sujeito acredita na existência do *animus domini*, para o segundo, dada a presença de *corpus + animus*, haverá a posse, mas esta excepcionalmente se reduz à categoria de detenção quando em um caso concreto se prova a existência de uma causa *detention*, ou seja, uma relação jurídica excludente da posse.

possessório à luz de uma teoria material dos direitos fundamentais. Mostram-se envelhecidas e dissonantes da realidade social presente. Surgiram ambas em momento histórico no qual o fundamental era a apropriação de bens sob a lógica do ter em detrimento do ser. Ambas as teorias se conciliavam com a lógica do positivismo jurídico, na qual a posse se confina no direito privado como uma construção científica, exteriorizada em um conjunto de regras herméticas.

Todavia, todo processo contemporâneo de interpretação do Direito Privado inicia-se na investigação dos princípios que se colocam como substrato do Estado Democrático de Direito. Apesar de o Código Civil conceituar a posse de forma abstrata e unitária, com sujeição à propriedade, ameniza-se a concepção patrimonialista e utilitarista no restante do tratamento da matéria, conferindo-se à posse um tratamento sistemático aperfeiçoado em comparação ao Código de 1916, com relevantes manifestações de uma intenção de dotá-la de autonomia com relação ao direito de propriedade.

Como observaremos por ocasião do estudo da função social da posse, não basta ao possuidor se comportar como um proprietário, mas como um “*bom*” proprietário perante o bem.<sup>14</sup> Por isso, aproveitamos o conceito de posse de Caio Mário da Silva Pereira:<sup>15</sup> “Uma situação de fato, em que uma pessoa, que pode ou não ser a proprietária, exerce sobre uma coisa atos e poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”, com o nosso acréscimo: “exercitando sobre ela ingerência socioeconômica”.

Indo além, tal como preconiza Ana Rita Vieira Albuquerque, atualmente a semântica da posse passa a ser melhor compreendida por meio dos sentidos de permanência, habitação, produção econômica sustentável. Isso permite visualizá-la além da materialização de um bem de uso atual, sem qualquer garantia. Passa-se a compreender que nesse bem foi plantada uma vida, construída uma casa. Enfim, a posse desperta para seus fins sociais, como exigência humana integradora, e não de dominação e estratificação, apenas a serviço do direito de propriedade.<sup>16</sup>

### 3. NATUREZA DA POSSE

A natureza da posse é uma das mais discutidas controvérsias que cercam a matéria, pela própria dificuldade em se abordar a posse de forma analítica. Compreender a sua natureza significa entender se a posse é protegida pelo ordenamento por seu próprio significado, ou como uma extensão da tutela da propriedade, ou

---

14. De acordo com artigo 1928 novo CC Argentino, que entra em vigor em 1.1.2016: “Constituem atos possessórios sobre a coisa os seguintes: cultura, percepção de frutos, demarcação ou impressão de sinais materiais, melhoria, exclusão de terceiros e, em geral, a sua apreensão por todos os meios para ser obtidos”.

15. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*, v. IV, p. 14.

16. ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. *Jornada de direito Civil. 10 Anos do Código Civil*.

mesmo, da necessidade do sistema de evitar qualquer forma de violência e proteger a personalidade do ser humano.

Para a teoria subjetiva, a posse teria natureza jurídica dúplice. Em princípio, seria mera situação fática. Considerada isoladamente, a posse é um fato, pois sua existência independe das regras de direito. Mas, certas condições atribuem a esse fato os efeitos de um direito pessoal, por produzir consequências jurídicas (v. g., usucapião e ações possessórias). Por essa visão combinada de posse como fato e direito, a lição de Savigny denominou-se *teoria eclética*. Savigny sustenta a tutela possessória no acautelamento da pessoa humana, que merece ser protegida de toda a forma de violência, como conduta antijurídica.

Já para Ihering, conceituando-se direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, obtém-se definição que identifica a posse como um interesse legítimo. O interesse na posse é reflexo à tutela da propriedade. A posse seria a condição econômica de utilização do direito de propriedade.<sup>17</sup> Daí, concede-se ao possuidor um direito subjetivo, para que ele sirva em última instância à tutela do direito superior de propriedade. A proteção jurídica seria atribuída por lei àquele que preenche a condição de possuidor, sendo-lhe deferido o uso das ações possessórias, direito aos frutos e benfeitorias e, em alguns casos, acesso à usucapião.

Entendemos que, para além da concepção da posse como relação de fato ou mera exteriorização de um direito de propriedade, as normas que tutelam a posse são a ela direta e imediatamente dirigidas. Portanto, a posse é um direito subjetivo dotado de estrutura peculiar.

Com efeito, todo direito pressupõe um fato gerador. Em regra, quando o direito nasce, desliga-se de sua fonte, deixando apenas as suas consequências. Contudo, na posse é necessária a persistência do fato: o direito nasce com o fato e desaparece com ele. Por conseguinte, para fins probatórios, não basta acreditar no nascimento do direito, mas na demonstração da existência do fato da posse ao tempo da lesão.<sup>18</sup>

Nessa senda, bem evidencia Ernane Fidélis<sup>19</sup> que o distanciamento entre fato e direito é absoluto quando se cuida de estabelecer a caracterização da posse e da propriedade. Para a primeira, há de haver qualquer situação efetiva que visualize o que seria próprio da propriedade, de acordo com o estado normal da coisa; já para a propriedade, tal visualização não é necessária, pois se o possuidor, como fato, revela a exteriorização de qualquer dos poderes do proprietário, o titular mantém-se na simples faculdade de vir a exercer os poderes que à propriedade são inerentes.

17. V. IHERING, Rudolf. *Teoria simplificada da posse*, p. 57.

18. AREÁN, Beatriz. *Derechos Reales*, I, p. 126.

19. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XV, p. 36.

Ressalte-se que não só a posse é alicerçada em uma situação de fato, pois outros modelos jurídicos também o são. Todavia, à medida que o ordenamento jurídico concede ao possuidor o poder de satisfazer o direito fundamental de moradia, naturalmente defere-lhe uma gama de pretensões que lhe assegurem proteção perante terceiros, o que revela nitidamente a existência do direito subjetivo de possuir.

Qualquer direito subjetivo tem origem em um fato jurídico. Todavia, a polêmica despertada pela natureza da posse – fato ou direito – é intensificada pela inexistência de uma terminologia capaz de distinguir o fato jurídico que lhe dá origem do direito subjetivo que o secunda. Exemplificando: a morte (fato jurídico *stricto sensu*) provoca o direito subjetivo de suceder; o contrato (negócio jurídico) desencadeia o direito subjetivo ao crédito. Nada obstante, na matéria em relevo, o fato jurídico *posse* desencadeia o direito de *possuir*, independentemente de qualquer cogitação sobre a propriedade.

Sendo a posse um direito subjetivo, tem a natureza de direito real ou obrigacional?

Para Ihering, a posse seria um direito subjetivo real, pois contém os seus três elementos estruturais: (a) uma coisa como objeto – e não uma prestação; (b) sujeição direta e imediata do objeto ao seu titular – o possuidor atua imediatamente sobre a coisa, sem a necessidade da colaboração de terceiros; (c) eficácia *erga omnes* – o possuidor tem a faculdade de exigir de todos da comunidade um dever de abstenção, consistente em respeito à situação fática, permitindo-lhe o exercício dos elementos constitutivos do direito que exterioriza.

Ademais, na concepção objetivista, sendo a posse considerada como a visibilidade (aparência) da propriedade – o mais amplo dos direitos reais –, não restaria outra opção a não ser dotar a posse de natureza real. Seria uma espécie de relação entre acessório (posse) e principal (propriedade), pois não haveria propriedade sem posse.

Outros doutrinadores de renome, como Darcy Bessone, concebem-na como direito obrigacional com argumentos que explicam a impossibilidade da oponibilidade do direito do possuidor contra todas as demais pessoas. A posse não foi expressamente elencada como direito real, quer pelo rol *numerus clausus* do art. 1.225 do Código Civil, quer em legislação esparsa. E não se olvide que a tipicidade é uma das características dos direitos reais.<sup>20</sup>

A irregistrabilidade da posse no Ofício Imobiliário também contraria o presumido caráter absoluto, peculiar a qualquer direito real. Não há previsão de registro de uma posse na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Via de consequência, a posse seria inoponível *erga omnes*, carecendo dos atributos da sequela, preferência e publicidade, uma vez que os direitos reais imobiliários apenas nascem com o

20. BESSONE, Darcy. *Da posse*, p. 17.

registro. Mais ainda, prescindindo das formalidades da propriedade, a sua aquisição e transmissão só poderiam ser demonstradas por prova testemunhal.

Outrossim, o legislador teria definido a posse como direito obrigacional. Tal e qual o seu antecessor, o CPC/15, no § 2º do art. 73, dispensou a participação do cônjuge do autor e réu nas ações possessórias, exceto nas hipóteses de comosse e atos por ambos praticados, postura esta incompatível com os direitos de natureza real imobiliária, que invariavelmente demandam a presença do cônjuge nos polos da relação jurídica.

Ainda no que concerne ao direito de seqüela, vê-se que o art. 1.212 do Código Civil indica que, ao possuidor esbulhado, não se autoriza a adoção da ação de reintegração de posse quando o poder de fato sobre a coisa encontrar-se com o terceiro de boa-fé que recebeu a coisa, ignorando a sua origem ilícita. Vale dizer, se a posse fosse verdadeiramente um direito real, a seqüela seria plena, atingindo até mesmo o terceiro de boa-fé, como ocorre na propriedade (art. 1.247, parágrafo único, do CC).

Por fim, a própria situação topográfica da posse no Código Civil é uma demonstração inequívoca de sua natureza. Ela foi regulamentada antes do estudo dos direitos reais (arts. 1.196 a 1.224 do CC). Isto é, encontra-se a posse no Livro III – “Do Direito das Coisas” –, dissociada dos direitos reais, que se apresentam apenas no título seguinte (art. 1.225). Lembre-se que a acepção de “coisas”, como bem materiais suscetíveis de apropriação, é mais ampla que a de “direitos reais”. Como observamos no início de nosso trabalho, a expressão *direito das coisas* indica todas as situações jurídicas em que as pessoas exercem poder de ingerência imediata sobre bens. Se for certo que de tais situações, em sua maior parte, traduzem direitos reais, em outras, isso não acontece como nos direitos de vizinhança.

Como tentativa de conciliação de diversos pontos de vista, acreditamos que a posse se manifesta de forma plural e pode ser dimensionada de três maneiras diferenciadas. Não há necessidade de ser isoladamente classificada com um direito subjetivo real ou obrigacional.

a) quando o proprietário é o possuidor de seu próprio bem. Aqui a posse é vista como um direito real, na visão restrita do art. 1.196 do Código Civil. Afinal, o direito de possuir é um dos atributos do domínio, que significa o senhorio de uma pessoa sobre uma coisa, dotando o possuidor do poder de imediatamente submetê-la ao exercício de sua ingerência econômica. Portanto, quando o proprietário exerce a posse, manifesta o domínio sobre o bem por um direito real que se visualiza na situação possessória.

Trata-se de uma posse fundamentalmente jurídica que merece reconhecimento e proteção independentemente de sua faticidade, basta a prova da titularidade. Cuida-se de uma posse civil, pois é adquirida pelo título, sem a necessidade de exercício de atos físicos ou materiais.

Porém, permanecer no limite dessa perspectiva implicaria endossar a tese de Ihering, no sentido de que não haveria pretensão possessória fora do direito de

propriedade ou de direitos reais em coisa alheia. Assim, a posse não é exclusivamente um direito real, mas também o é, pois inegavelmente revela duas outras facetas.

b) pode também a posse ser vislumbrada como relação jurídica de direito real ou obrigacional, quando emanada, exemplificadamente, de um contrato de usufruto, penhor, enfiteuse, locação, promessa de compra e venda ou comodato, na qual o objeto é a coisa, jamais o direito em si. O usufrutuário, credor pignoratício, enfiteuta, locatário, comodatário e promissário comprador são possuidores (diretos), mas nenhum deles é proprietário. O fato jurídico que atribui a posse a essas pessoas é a relação jurídica real ou obrigacional pela qual o proprietário lhes concede provisoriamente uma parcela dos poderes dominais.

A posse não se identifica somente com o exercício do direito de propriedade. Ela é mais do que isso. Para Ebert Chamoun, simboliza o poder fático exercido por uma pessoa sobre um bem, de maneira a dela extrair proveito econômico. A posse se materializa na prática de qualquer ato por meio do qual a propriedade se exterioriza, mas não se identifica com o exercício do direito de propriedade.<sup>21</sup>

Em suma, seja na posse como direito real ou direito obrigacional, o possuidor não é tutelado pela situação fática em que se encontra, mas pelo fato do nascimento de relações jurídicas oriundas do direito subjetivo patrimonial que é proveniente de um título. Ambos são possuidores jurídicos, em razão de uma titularidade (direito real) ou de um contrato (direito obrigacional).

c) há ainda uma terceira esfera da posse, que se afasta das duas concepções patrimoniais tradicionais acima descritas. Cuida-se de uma dimensão possessória que não se localiza no universo dos negócios jurídicos que consubstanciam direitos subjetivos reais ou obrigacionais. Trata-se de uma posse emanada exclusivamente de uma situação fática e existencial, de apossamento e ocupação da coisa, cuja natureza autônoma escapa do exame das teorias tradicionais. É aqui que reside a função social da posse.<sup>22</sup>

A posse se configura não somente quando o proprietário exerce o domínio, ou quando alguém é autorizado pelo proprietário a ocupar situações jurídicas reais ou obrigacionais sobre o bem. Há casos em que mesmo contra a vontade do proprietário, uma pessoa obtém o aproveitamento econômico sobre certo bem. A posse é um direito que pode ser exercido por quem não é dono da coisa e até mesmo contra este. Enfim, a posse é um direito autônomo à propriedade, que representa o efetivo aproveitamento econômico dos bens para o alcance de interesses sociais e existenciais mercedores de tutela.<sup>23</sup>

21. CHAMOUN, Ebert. Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas – *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 28.

22. Nesse diapasão, remeta-se ao trabalho de Ricardo Aronne. “Titularidades e apropriações no novo código civil brasileiro”, p. 237.

23. Enunciado da V Jornada de Direito Civil do CJF – Novembro de 2011 – Proposta de Tepedino e Pablo Rentería – “A posse não se identifica com o exercício do direito de propriedade”.



## 4. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E O DIREITO DE MORADIA

*“São casas simples  
Com cadeiras nas calçadas  
E na fachada  
E escrito em cima que é um lar  
Pela varanda  
Flores tristes e baldias  
Como a alegria  
Que não tem onde encostar  
E aí me dá uma tristeza  
No meu peito  
Feito um despeito  
De eu não ter como lutar  
E eu que não creio  
Peço a Deus por minha gente  
É gente humilde  
Que vontade de chorar.”*

**(Vinícius de Moraes  
e Chico Buarque de Holanda, *Gente humilde*)**

### 4.1 Generalidades: a posse vocacionada à pessoa humana

A função social da posse constitui um tema clássico na doutrina. A dogmática jurídica sofreu fortes abalos no transcurso do século XX, com a crise do positivismo jurídico, que expressava uma noção do direito como uma técnica engessada, imune às transformações sociais. Um ordenamento concebido em laboratório e baseado em uma pretensa completude de suas normas não seria capaz de captar os influxos emanados de outros sistemas e nem ao menos seria sensível aos apelos da sociedade que visa alcançar.

Atualmente, a ciência jurídica volta o olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há mais um interesse tão evidente em conceituar a estrutura dos institutos, mas em direcionar o seu papel e missão perante a coletividade, na incessante busca pela solidariedade e pelo bem comum. Enfim, a função social se dirige não só à propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano.

Savigny justificava a tutela possessória, em respeito à paz social e à negação à violência, pela interdição ao exercício arbitrário das próprias razões e tutela da pessoa do possuidor. Para o notável mestre, proteger-se-ia o possuidor por não se permitir a abrupta alteração de uma situação de fato social e economicamente consolidada, pela prática de ato ilícito em afronta a garantias fundamentais (art. 5º, XXXV e LIV, da CF).

Já na visão de Ihering, a tutela possessória justificar-se-ia pelo fato de o possuidor ser um aparente proprietário. A posse é delineada de forma individualista e patrimonialista. Para o célebre romanista, em homenagem ao direito superior de