



Brasília | ano 50 | nº 197
janeiro/março – 2013

Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências

MARCUS DANTAS

Sumário

Introdução. 1. O percurso da doutrina majoritária na caracterização dos vícios da posse. 2. A tese restritiva e a tese ampliativa dos vícios: caracterização da violência. 3. Os efeitos da posse injusta: impossibilidade ou impropriedade na defesa da posse. 3.1. Efeitos da posse injusta: a questão da usucapião. 3.2. O caráter incontestado da posse. 3.3. A relação entre vícios objetivos e subjetivos. Conclusão.

Introdução

A doutrina majoritária considera que o elenco dos vícios da posse estabelecidos no Código Civil não é exaustivo. O entendimento, contudo, não é livre de controvérsias, e tem ganhado a adesão de nomes de relevo entre os especialistas. O objetivo deste artigo é analisar criticamente essa interpretação restritiva dos vícios da posse e demonstrar as polêmicas consequências de tal raciocínio. O objeto de investigação justifica-se porque o pensamento doutrinário sobre o tema é extremamente divergente em vários pontos acerca do assunto, que tem grande apelo social.

Para realizar essa tarefa, o estudo percorrerá o seguinte caminho: na primeira seção, será feito um relato do modo como a doutrina costuma conceituar os vícios da posse e estabelecer a relação existente entre eles, para delimitação de um ponto de partida do trabalho.

Na continuação, será feita uma identificação mais precisa dos pontos em que os estudiosos costumam divergir, e das possíveis inconsistências ou problemas na compreensão de cada tese, levando-se em consideração as dificuldades naturais da interpretação, da eventual existência de detalhes que possam modificar o resultado final daquilo que se pretende dizer etc.

Um exemplo pode servir para esclarecer aonde se quer chegar aqui: Farias e Rosendal (2010, p. 83) consideram que a invasão de uma

Marcus Dantas é mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFJF (MG).

propriedade feita à luz do dia e sem confronto com quem quer que seja não se enquadra na caracterização da posse injusta pelo vício da violência. Escrevem os autores:

“Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas). Pensamos que só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que se oponha a isto. Havendo abandono, não é crível pensar em uma ‘presumida oposição’ por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia.”

Por outro lado, Tartuce e Simão (2009, p. 57) dão o seguinte exemplo de posse injusta:

“Posse violenta: Integrantes de um movimento popular invadem violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo sua função social.”

Posse clandestina: é obtida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na calada da noite. É assemelhada ao crime de furto. Ex.: integrantes de um movimento popular invadem, à noite e sem violência, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.”

Pelos trechos indicados é possível ter uma dúvida legítima sobre a relevância da função social¹ para a caracterização da injustiça da

¹ Neste sentido Didier Jr. (2010, p. 190): “(...) pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto

posse. Só haverá violência se ela não estiver sendo cumprida? Se o imóvel for improdutivo e houver confronto direto com um caseiro a solução será diferente? O peso maior na caracterização do vício deve ser dado à função social ou a existência de um confronto para a obtenção da posse? São questões em aberto que acabam dificultando a percepção plena da mensagem que os autores pretendem transmitir.

Na terceira seção do artigo o objetivo será o de organizar sistematicamente as informações colhidas nas seções anteriores, procurando uma interpretação que possa estabilizar as divergências possivelmente existentes.

1. O percurso da doutrina majoritária na caracterização dos vícios da posse

Para realizar a tarefa de explicar quais são os vícios objetivos e subjetivos da posse, os especialistas normalmente utilizam uma estrutura semelhante a esta: tendo em conta a redação do artigo 1200 do Código Civil – qual seja, “É justa a posse que não for violenta, precária ou clandestina” –, a caracterização da justiça da posse é feita por oposição: “É injusta, por exclusão, quando presentes quaisquer dos vícios acima citados” (LOUREIRO, 2008, p. 1090).

Em seguida, os autores tratam de indicar o significado de cada um dos vícios apontados no referido artigo, não raro relacionando-os com os tipos penais que seriam equivalentes a cada um deles, com o objetivo de esclarecer-lhes o conteúdo: o roubo (violência), o furto (clandestinidade) e a apropriação indébita (precariedade). É muito comum o entendimento de que tais vícios são relativos, ou seja, só podem ser alegados por quem foi vítima deles. A consequência é que aquele que obteve a posse por

implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade”.

um dos modos anteriormente apontados somente pode defender sua condição perante terceiros, ou seja, não tem ação contra o possuidor originário, como aponta Venosa (2011, p. 67): “A posse somente será viciada em relação à alguém. (...) Assim, como consequência, essa posse injusta, sendo relativa, pode ser protegida pelos interditos contra terceiros que a ameacem e pretendam-na para si.”

A estrutura redacional utilizada no artigo 1200 acaba repetindo-se no dispositivo seguinte, no qual o Código Civil trata da boa-fé:

“Art. 1201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

Da mesma maneira, a interpretação *a contrario sensu* impõe-se para delimitação da má-fé: “De má-fé, ao contrário da posse de boa-fé, toda aquela em que o possuidor sabe ou tem ciência do vício ou obstáculo impeditivo da aquisição da posse de que se encontra investido” (RIZZARDO, 2007, p. 45).

Segue-se uma indicação de que a presença de vícios objetivos e subjetivos repercute na definição de quem tem direito sobre os frutos; como se dará o ressarcimento das benfeitorias eventualmente realizadas; bem como na delimitação da responsabilidade por eventual dano causado ao bem que é objeto da posse.²

Em geral, o percurso investigativo sobre o tema encerra-se na indicação da autonomia entre os vícios objetivos e subjetivos, para que se evite a conclusão de que a posse justa necessariamente seria de boa-fé, ao passo que a má-fé só estaria presente quando fosse possível caracterizá-la como injusta³.

Esse é o modo relativamente consensual como o tema é tratado. Os pontos de discórdia dos autores costumam ser bastante variados. Aqui, somente alguns deles serão estudados, basicamente aqueles que têm reflexo em dois dos assuntos que, à primeira vista, são os mais polêmicos

² A doutrina diverge na identificação dos mais relevantes efeitos da posse, sendo tradicional a indicação dos sete efeitos realizada por Clóvis Beviláqua (1976, p. 60-61): “I) o direito ao uso dos interditos; II) a percepção dos frutos; III) o direito de retenção por benfeitorias; IV) a responsabilidade pelas deteriorações; V) a posse conduz à usucapião; VI) se o direito do possuidor é contestado, o ônus da prova compete ao adversário, pois que a posse se estabelece pelo fato; VII) o possuidor goza de posição mais favorável em atenção à propriedade, cuja defesa se completa pela posse”. A classificação é expressamente abraçada por alguns importantes autores: Monteiro (2011, p. 53) e Diniz (2012, p. 82).

³ É o que ocorre em: A referência quanto a não equivalência entre “posse de boa-fé” e “posse justa” está presente no trabalho de um considerável número de autores. Barros (2007, p. 40), Coelho (2010, p. 38), Melo (2010, p. 43), Tartuce e Simão (2009, p. 63), Gomes (2010, p. 50).

no tratamento do instituto da posse: a sua possibilidade de defesa – que em última instância define quem deve permanecer ou retomar a posse – e a condução à usucapião – que pode levar à aquisição da propriedade. Para a análise dessas duas questões, os tópicos de maior relevância costumam ser estes:

- a) a amplitude do elenco dos vícios da posse, tema refletido na divergência acerca do conceito de violência;⁴
- b) os efeitos da posse injusta no que tange à usucapião;⁵
- c) o significado exato da ideia de que o esbulhador não pode defender-se frente ao possuidor justo;⁶

4 Em menor medida, também existe divergência acerca dos termos “clandestinidade” e “precariedade”. Sobre o primeiro, pairam dúvidas sobre se poderia ocorrer durante o dia. A maior parte dos estudiosos utiliza o exemplo da posse que “é obtida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na calada da noite” (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 59). “Posse clandestina é a adquirida furtivamente, de modo oculto, sem ciência dos interessados” (WALD, 2011, p. 90). Orlando Gomes, utiliza um exemplo que é quase tido como conceito: “(...) aquele que, à noite, muda a cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho”. O conceito efetivamente dado pelo autor, porém, é mais amplo: “Posse clandestina é a que se adquire às ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas”. Vê-se que o momento (dia ou noite) não é integrante do conceito, que se perfaz pelo apossamento realizado sem o conhecimento do possuidor. Caio Mário da Silva Pereira (2010b, p. 22) esclarece: “Clandestina é a posse que se adquire por via de um processo de ocultamento (*clam*), em relação àquele contra quem é praticado o apossamento. Contrapõe-se-lhe a que é tomada e exercida pública e abertamente. A clandestinidade é defeito relativo: oculta-se da pessoa que tem interesse em recuperar a coisa possuída *clam*, não obstante ostentar-se às escâncaras em relação aos demais”. Quanto ao segundo termo, “precariedade” majoritariamente se entende que decorre da quebra da confiança existente no ato de se negar a devolver o bem sobre o qual se tem posse quando instado a tanto. Divergem os autores sobre se esse vício poderia ser de algum modo sanado. É comum a citação do pensamento de Silvio Rodrigues (2009, p. 31), defensor da tese de que a precariedade não seria passível de convalsamento porque o dever de restituição da coisa nunca cessa. Posiciona-se de maneira contrária a esse entendimento: Melo (2010, p. 48). Exemplo muito utilizado pela doutrina ao tratar da posse precária é o do locatário que se nega a devolver o bem locado. É o que se vê, por exemplo, em: Caio Mário da Silva Pereira (2010b, p. 22) e Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 70). Fábio Ulhóa Coelho (2010, p. 39-40) critica esse exemplo, nos seguintes termos: “(...) não há nenhum abuso de confiança por parte do locatário quando deixa de adimplir uma de suas obrigações contratuais. Ele é apenas um inadimplente. (...) O locatário não é alguém que recebe a detenção da coisa e, traindo a confiança do possuidor, resolve tomá-la para si. Não existe precariedade, portanto, no ato do locatário de ficar com o bem locado quando o devia devolver. (...) A ação judicial do locador visando a restituição do bem será apreciada à luz do direito das obrigações e não do das coisas – se o bem locado for imóvel, será necessariamente uma ação de despejo (Lei nº 8.245/91, art. 5º) (...). Se a posse do locatário se tornasse injusta, caberia a reintegração de posse, o que não é verdade”. Resta saber se há uma impossibilidade jurídica da utilização da ação possessória ou de uma inadequação tendo em vista a estratégia adotada pelo possuidor ao retomar o imóvel.

5 Alguns estudiosos não cuidam especificamente desse ponto e, ao tratarem da usucapião, referem-se apenas à boa-fé como requisito literalmente indicado no art. 1.242, sem se repetirem na explicação que anteriormente deram ao tema. É o que ocorre em: Monteiro (2011, p. 147-155) e Wald (2011, p. 114).

6 “Não se imagine (...) que a posse injusta se ache inteiramente desamparada. Ainda que se ressinta dos vícios (...), a posse pode ser defendida pelos interditos, não contra aquele, evidentemente, de quem foi tirada pela violência, pela clandestinidade, ou pelo abuso de confiança, mas contra terceiros, que eventualmente desejem arrebatar a posse para si” (MONTEIRO, 2011, p. 41). Parte da doutrina entende que essa relatividade decorre de uma dupla qualificação do esbulhador: possuidor justo perante terceiros e “possuidor direto” perante o esbulhado. “Nessa situação, temos que o possuidor injusto será reputado

d) em que termos é possível verificar plenamente uma independência entre os vícios objetivos e subjetivos;⁷

Tomando como referência a lista exposta na seção anterior, o primeiro desafio será o de verificar a controvérsia em torno da extensão do elenco de vícios da posse estabelecido pelo Código.

Basicamente, é possível resumir o problema da seguinte maneira: de um lado estão aqueles que entendem que a lei indica um conjunto fechado de possíveis vícios que a posse pode apresentar. Considerando-se o fato de que a violência, a clandestinidade e precariedade tornam a posse injusta, em todas as outras formas de aquisição a posse seria justa (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 82).

Do lado oposto estão os defensores da ideia de uma lista não exaustiva, pois isso significaria qualificar como “posse justa” a uma série de situações que afrontam ao direito, ainda que possam ser compreendidas como não enquadradas no conceito de violência, clandestinidade e precariedade (GONÇALVES, M., 1998, p. 53; LOUREIRO, 2008, p. 1090; GONÇALVES, C., 2011, p. 88).

Para a resolução dessa disputa, é fundamental saber quais os efeitos da posse injusta. Entre as mais variadas consequências, será enfocada aqui, como já indicado, somente a propalada impossibilidade de uso dos interditos possessórios⁸ e a repercussão da injustiça para fins de aquisição pela usucapião⁹.

2. A tese restritiva e a tese ampliativa dos vícios: caracterização da violência

A controvérsia sobre a extensão das situações viciosas pode ser pesquisada a partir da polêmica em torno do conceito de violência. É sobre esse vício que a doutrina normalmente faz uma análise mais detida. Em geral, para sobre os estudos a sombra dos conflitos em torno da efetivação do

possuidor do bem face a um terceiro e possuidor direto ante ao desapossado injustamente que poderá, manejando a proteção interdital, recuperar o seu patrimônio vilipendiado” (MELO, 2010, p. 39; FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 86).

7 A doutrina costuma fazer referência à independência entre os vícios alertando que nem sempre uma posse de boa-fé será justa, da mesma forma que nem sempre uma posse de má-fé será injusta. É o que se vê em: “Em regra, a posse justa é uma posse de boa-fé, mas nada impede que haja uma posse justa qualificada pela má-fé” (PINTO, 2011, p. 505). E ainda: “Nem sempre se confundem os conceitos de posse justa e posse de boa-fé. Um possuidor de boa-fé pode ter posse injusta. (...) Também é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária” (VENOSA, 2011, p. 74).

8 A importância do tema não escapa a melhor doutrina: “A proteção conferida ao possuidor é o principal efeito da posse” (GONÇALVES, 2011, p. 130).

9 “A posse injusta (...) Não se presta (...) para a percepção de frutos e para efeito de usucapião” (NADER, 2008, p. 47).

direito a moradia. É esse o problema que parece estar em jogo quando os defensores da tese restritiva chamam atenção para a relevância da função social na identificação dos vícios da posse (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 190).¹⁰ Subentende-se que a restrição à injustiça facilitaria o acesso a terra e a ampliação das chances de o possuidor usucapir o imóvel.

A doutrina concorda que a violência se materializa pelo uso da força, mas não existe consenso sobre em que circunstância ele efetivamente a caracterizaria. Não há dúvidas de que quando é utilizada diretamente contra uma pessoa, a força representa aquisição violenta, mas permanece a interrogação sobre se tal uso direcionado apenas indiretamente, sem que tenha ocorrido um conflito com alguém, seria suficiente para a materialização da injustiça da posse adquirida desse modo.

De acordo com a tese restritiva, somente os vícios expressamente indicados geram a injustiça da posse. O que essa corrente tem a dizer sobre a extensão do uso da força? Novamente o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald é importante para análise do problema, já que enfrentam a questão de maneira direta:

“A injustiça da posse é excepcional e o art. 1200 do Código Civil deve ser interpretado restritivamente. Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas). Pensamos que só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que se oponha a isto. Havendo abandono não é crível pensar em uma ‘presumida oposição’ por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 82).¹¹

E os autores continuam desenvolvendo a sua posição em uma importante citação:

“O art. 1200 do Código Civil é uma norma exaustiva – *numerus clausus*. Caso se entenda tratar de dispositivo exemplificativo – ao argumento de a injustiça surgir em qualquer situação de aquisição contrária à vontade do possuidor originário –, mesmo aquele que adquirisse a posse à luz do dia, de forma ostensiva e sem preocupar-se em escondê-la de quem a abandonou, seria taxado de possuidor injusto. Assiste razão a

10 Não por acaso, nos trechos anteriormente destacados da obra de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010) e Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2009) o tema da posse violenta é tratada a partir de tal situação: a disputa pela terra por parte de movimentos sociais.

11 No mesmo sentido da tese restritiva: “A violência é dirigida contra o possuidor anterior, contra pessoas. Não é a violência praticada contra a coisa. Não atenta contra posse quem rompe obstáculos para ingressar em imóvel abandonado, não possuído e por ninguém reclamado, ou nas mesmas condições se apossa de coisa móvel de ninguém ou abandonada, porque nessas hipóteses não existe posse anterior” (VENOSA, 2011, p. 69).

Álvaro Bourguignon ao frisar que basta que a posse não seja violenta, clandestina ou precária para que seja considerada justa, pois ‘em nosso sistema não é o fundamento jurídico que a qualifica como tal, mas o fato ou ato material mediante o qual se adquire ou conserva’. Não podemos aderir a tese do *numerus apertus* por duas razões básicas: primeiro, se fosse concedida tal elasticidade ao conceito de injustiça da posse, a posse justa seria somente aquela adquirida por relação jurídica de direito real ou obrigacional, e aí estaríamos inadvertidamente introduzindo o juízo petitório no possessório, pois só a posse oriunda da propriedade seria passível de tutela, quando, em verdade, há uma autonomia entre a posse e a propriedade; segundo, aprofundaríamos o processo de exclusão social ao qualificarmos como posse injusta a corriqueira situação em que inúmeras famílias ocupam imóveis abandonados, nos quais os proprietários recusaram adimplemento ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF)” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 87).

Representativo da concepção diametralmente oposta, Marcus Vinícius Rios Gonçalves informa, em uma conhecida citação que:

“(…) ao enumerar os vícios da posse, não esgotou [o Código] as possibilidades pelas quais uma posse torna-se viciosa. Mais simples seria, pois, dizer que há posse viciosa quando houve esbulho, considerando tal expressão como a tomada de posse não permitida, nem autorizada. Inegável, portanto, que o que invade, ainda que a céu aberto, e sem incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 489 do Código Civil (art. 1200 do Código atual), ainda assim terá praticado esbulho, e ainda assim terá contaminado a posse por ele adquirida, em relação ao anterior proprietário” (GONÇALVES, M., 1998, p. 53).

No trecho indicado como exemplo da tese restritiva os autores entendem que:

“(…) só há violência quando o apossamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que se oponha a isto. Havendo abandono, não é crível pensar em uma ‘presumida oposição’ por parte de um possuidor que se mostrou inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 83).

Sem dúvida alguma a violência no ato de aquisição se materializa como força empregada *contra a vontade* do possuidor e, por tal razão, ela é indevida e repugna ao direito. Se há concordância do possuidor acerca do apossamento o emprego da força não tem razão de ser. A situação seria de transmissão da posse.

Mas o modo como o argumento seguinte é encaminhado dificulta a compreensão da tese de fundo. De início, lê-se que “Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção

de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas)” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 83).

A passagem dá a entender que se não houver um embate físico, não haverá violência no uso da força, razão pela qual a posse será justa. Mas esse raciocínio não mostra tudo sobre a tese dos autores, merecendo aprofundamento.

A existência de cercas e cadeados indica, sim, a vontade do titular da posse em resguardar o seu direito. Se o imóvel estiver vazio no momento da invasão, não haverá embate físico e nem por isso a posse será justa, porque não é a falta de alguém no imóvel que caracteriza a ausência de posse, e nem permite a conclusão de que o bem foi abandonado. Tanto é assim que o exemplo de Tartuce e Simão (2009, p. 57) é justamente este: “Posse violenta: Integrantes de um movimento popular invadem violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo sua função social”.

Fica claro que o peso maior para a caracterização da injustiça pela violência não está no fato de ela ter sido empregada contra uma pessoa ou apenas na remoção de obstáculos. Os autores sugerem que o uso da força para a obtenção da posse de um imóvel abandonado não gerará posse injusta quando ele tiver sido caracterizado dessa maneira, porque a função social estará sendo descumprida. A *contrario sensu*, quando a função social estiver sendo cumprida, mesmo a força empregada apenas na remoção de cercas e obstáculos caracterizará a violência geradora da posse injusta.

Só isso já é suficiente para que se possa reconhecer a pertinência da tese ampliadora dos vícios, pois autores têm considerado que a força pode qualificar a posse como injusta mesmo quando não é empregada diretamente contra uma pessoa, desde que o bem esteja cumprindo

a sua função social. Essa é uma hipótese que se enquadraria perfeitamente na linha ampliadora.

Corroborando essa tese, quando Marcus Vinícius Rios Gonçalves (1998, p. 53) faz a defesa da tese ampliadora, trata de uma situação na qual a função social não está em jogo: “o que invade, ainda que a céu aberto, e sem incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 489 do Código Civil (art. 1200 do Código atual), ainda assim terá praticado esbulho, e ainda assim terá contaminado a posse por ele adquirida, em relação ao anterior proprietário”.

Vê-se que não há um verdadeiro embate entre as correntes. A tese restritiva defende que a função social deve ser levada em consideração na qualificação dos vícios, de modo que, se ela estiver sendo cumprida, mesmo aquele que invade a “céu aberto” estará praticando esbulho.

Os defensores da tese da interpretação restritiva aduzem outros importantes argumentos para a consolidação de sua proposta. Em uma linha de argumentação consequencialista, entendem que a interpretação ampliadora dos vícios aumentaria de tal sorte as hipóteses de posse injusta, que apenas a posse “adquirida por relação jurídica de direito real ou obrigacional” seria capaz de gerar posse justa. Isso criaria uma indevida intromissão do “juízo petitório no possessório, pois só a posse oriunda da propriedade seria passível de tutela, quando, em verdade, há uma autonomia entre a posse e a propriedade”.

Não há dúvida de que a tese ampliadora, por definição, aumentaria as situações nas quais a posse injusta poderia ser verificada. Mas ainda, que na maior parte dos casos ela pudesse ser somente aquela que decorre de uma relação de direito real ou obrigacional, é importante lançar um questionamento sobre a conclusão: haveria mesmo uma confusão do petitório com o juízo possessório?

A polêmica acerca de uma eventual confusão entre o petitório e o possessório no direito

brasileiro é antiga.¹² De forma muito resumida, ela gira em torno do reconhecimento da autonomia da posse frente à propriedade,¹³ o que significa que nem sempre o detentor do título sairá vencedor em uma demanda possessória, pois posse e propriedade não necessariamente andam juntas. Assim, o juízo possessório cinge-se à verificação de quem realmente exerce a posse, ainda que não tenha um título que lhe dê um “direito a ter posse”, o que seria característico do juízo petitório.

O repúdio à confusão entre os âmbitos de análise pretende evitar que o proprietário tenha a posse decidida a seu favor somente por ser proprietário, sem ter conseguido comprovar que exerce efetivamente a posse sobre o bem. O pressuposto é justamente o fato de que nem sempre quem tem o título sairá vencedor em uma demanda possessória.

A qualificação da posse deriva de uma análise sobre o modo pelo qual ela foi adquirida. Essa dinâmica, salvo melhor juízo, permanecerá a mesma se houvesse uma ampliação das hipóteses de injustiça. O título indica apenas que ela foi obtida por uma via que não afronta ao direito, do mesmo modo que é possível dizer que ela é justa porque sua origem não remete à nenhuma das hipóteses do art. 1200 do Código Civil.

O juízo possessório pode ser organizado em torno de duas perguntas principais: “quem tem a posse”? e “quem merece ficar com a posse”? Assim, a primeira pergunta, “quem tem a pos-

se”?, continuaria sendo respondida a partir da verificação daquele que possui o exercício de fato dos poderes inerentes à propriedade, ao passo que a resposta à indagação: “quem tem a posse justa”?, permaneceria dependendo da análise da justiça ou injustiça da forma como foi adquirida.

A ampliação das hipóteses de injustiça poderia gerar o entendimento de que sempre que houvesse posse titulada, justa, ela prevaleceria sobre a injusta. Mas cabe a pergunta: o possuidor injusto não pode vencer o possuidor justo numa demanda possessória?

Ao que parece, sim, bastando reconhecer que, dependendo do tempo transcorrido entre o esbulho e a demanda, os requisitos para usucapião já podem ter-se consolidado, ainda mais se se levar em conta que em determinadas hipóteses os prazos são bastante curtos. Em tais condições, a tentativa de retomada da posse seria obstada pela alegação da usucapião.¹⁴

Da mesma forma, se o esbulhado tentasse retomar a posse pela força em momento posterior ao apossamento, o possuidor injusto teria condições de utilizar a ação de reintegração e sair vitorioso na demanda.¹⁵

Pelos exemplos, vê-se que nem sempre quem tem a posse titulada, justa, sairá vencedor em uma tentativa de retomada, do mesmo modo que nem sempre aquele que tem o título terá a posse.

A discordância entre a tese restritiva e a tese ampliativa não está na identificação das formas

12 A discussão remonta ao Código de 1916, em função da redação do artigo 505, permanecendo a relevância da Súmula 487 do STF para o entendimento da questão (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2011, p. 470-471).

13 No intuito de tornar inequívoca a autonomia da posse frente à propriedade, foi aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011 o Enunciado 492, de autoria de Gustavo Tepedino e Pablo Renteria (2011): “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 mercedores de tutela”.

14 Nesse sentido: S. 237 do STJ: “O usucapião pode ser argüido em defesa”. Em função das peculiaridades do rito próprio da ação de usucapião, tal alegação só tem força para fazer com que o pedido de reivindicação seja julgado improcedente, não servindo, porém, para gerar título declaratório do domínio. Resp 725.222/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28/06/2005.

15 “Art. 927. Incumbe ao autor provar: I – a sua posse; II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III – a data da turbação ou do esbulho; IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

pelas quais os vícios podem materializar-se, mas no peso que a função social pode desempenhar na sua caracterização. A ampliativa não a tem como elemento relevante para a qualificação do apossamento, ao passo que, para a tese ampliativa, a função social teria importância fundamental.¹⁶

O desenvolvimento da tese restritiva ressalta ainda um aspecto importante, relativo à transmissão da posse. Considera-se que as hipóteses de vícios são exaustivas, de modo que fora dos casos tipificados haveria posse justa. Porém, isso não significa que a posse seja hígida, pois em pelo menos uma situação a posse pode ser interpretada como justa – desde que não tenha sido obtida por violência, clandestinidade ou precariedade –, mas, ao mesmo tempo, pode repudiar ao direito por outros motivos.

É o que ocorre na aquisição a *non domino* de uma posse originariamente viciada. Muitos doutrinadores consideram que haveria ali uma posse justa, porque não foi adquirida pela violência, mas ilegítima. É como pensa, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 38), ao entender que: “(...) se alguém encontrou na rua um envelope com dinheiro, cujo dono não é possível identificar e, em vez de o levar à autoridade policial, resolve apropriar-se do bem exerce posse de má-fé (tem plena consciência de que aquele dinheiro não é dele), mas justa (mansa, pacífica e induvidosa).” Parte-se do princípio de que a transferência da posse originalmente injusta seria capaz de sanar o vício na

aquisição, fazendo com que o adquirente tivesse posse justa. Esse será um argumento investigado posteriormente, dada a sua especificidade.

Por ora, é possível resumir a questão assim: a diferença entre as correntes está no maior ou menor peso dado à função social na caracterização dos vícios; não haveria invasão do petitório no possessório porque a identificação dos vícios seria feita da mesma forma que hoje, pela verificação de como a posse foi obtida. Ninguém passaria a “ser possuidor” por “ter posse justa”, da mesma forma que hoje ninguém “é possuidor” simplesmente por “ter um título”. Por fim, ressalte-se que o possuidor injusto pode vencer o justo numa demanda possessória, a depender do tempo em que ela ocorre.

Esse raciocínio parte do princípio de que é possível usucapir mesmo tendo posse injusta, o que é polêmico. Para que tal situação seja examinada, a próxima seção será dedicada ao exame das consequências de uma posse injusta.

3. Os efeitos da posse injusta: impossibilidade ou impropriedade na defesa da posse

É comum afirmar-se que o possuidor injusto não pode se utilizar dos interditos possessórios e que a posse injusta não é capaz de conduzir à usucapião. Essas duas teses serão examinadas nos tópicos adiante.

A doutrina é unânime em indicar que os vícios da posse são relativos (MONTEIRO, 2011, p. 41; TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 59; COELHO, 2010, p. 36; PEREIRA, 2010b, p. 22; LOUREIRO, 2008, p. 1090). A princípio, tal afirmação indica que o esbulhador não teria ação para a defesa de sua condição contra o esbulhado: “Verifica-se, pois, que o possuidor injusto não tem ação possessória contra aquele de quem a coisa foi tirada pela violência, clandestinidade ou precariedade” (BARROS, 2007,

16 Para a utilização da ação possessória, o CPC exige a prova da posse e do esbulho. É natural que se entenda que somente o possuidor justo teria condições de cumprir tais requisitos. Mas isso é apenas uma presunção relativa, porque, se o possuidor originalmente esbulhado recorrer à força para tentar retomá-la muito após a sua perda, possuidor atual, inicialmente injusto, terá todos os requisitos a seu favor: a posse, visto que o CPC não a qualifica como justa ou injusta, e o esbulho, agora cometido pelo possuidor originário. Em tais condições, a função social como elemento de qualificação da posse surge como uma questão de mérito, referente àquele que merece ficar com a posse.

p. 74; VENOSA, 2011, p. 67; GONÇALVES, C., 2011, p. 103). O que muitas vezes não fica claro é se a relatividade dos vícios impede o uso dos interditos pelo possuidor em virtude de uma proibição legal, ou esse uso é apenas impertinente. Segundo Arnaldo Rizzardo (2007, p. 97):

“Há situações especiais em que é incabível a ação possessória contra determinadas pessoas, permitidas relativamente a outras. Se alguém obteve a posse por atos de violência ou clandestinidade, é despropositada a ação dele contra o esbulhado, se este ingressa no imóvel, retomando-o espontaneamente.”¹⁷

A citação é exemplar da dúvida aqui exposta: a utilização dos interditos é “incabível” ou é “despropositada”? São hipóteses muito distintas, porque se ela é incabível, talvez a questão remeta aos requisitos para a propositura da ação, ocasião na qual ficaria constada a falta de interesse ou de legitimidade para a utilização do mecanismo processual. Se o manejo dos interditos for *despropositado*, então o problema será relativo à estratégia a ser utilizada pelo esbulhador na defesa de sua posição.

De início, vê-se que as ações possessórias servem para proteção da posse; e num cenário onde ela é ameaça, deve ser analisada a tese de que o esbulhador “não tem ação possessória” para se defender perante o esbulhado. Observando os requisitos para utilização de tais ações, é possível ler no CPC: “Art. 927. Incumbe ao autor provar: I – sua posse; II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III – a data da turbação ou do esbulho; IV – a continuação da

posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

Das exigências do artigo, não se vê ali nenhuma expressa proibição a utilização de tais ações pelo esbulhador. Resta, então, a segunda alternativa, ou seja, talvez o uso dos interditos seja impertinente.

Um exemplo pode ajudar a elucidar a questão: alguém invade propriedade alheia com uso da violência, caracterizando inegavelmente o vício na aquisição. O esbulhado tem duas possibilidades: a defesa imediata de sua posição por meio do conflito direto, no exercício de sua autodefesa,¹⁸ ou a busca de uma medida judicial para a posse perdida, ou seja, o uso de uma ação para reintegração da sua posse.

Nesse contexto, o esbulhador não poderia utilizar os interditos simplesmente porque tais ações servem para defesa da posse que, no caso, está com ele, o esbulhador, ainda que seja uma posse injusta. Se um dos requisitos para a ação de reintegração é a prova do esbulho, parece certo que o esbulhador não poderá utilizá-la tendo em vista a sua posição no imbróglio. Ou seja, não há uma proibição legal, mas uma impossibilidade lógica.

Exemplo 2: um terceiro pretende utilizar-se da ação de reintegração para pleitear judicialmente a posse esbulhada de outro. Será que isso é possível? Certamente que não. Mas não porque o esbulhador “tem uma ação” contra o terceiro que não teria contra o esbulhado, como se pode depreender da ideia de que os vícios “são relativos e, portanto, somente o esbulhado poderá alegá-lo”. A razão é que o terceiro não conseguirá provar a ocorrência do esbulho, um

17 A mesma dificuldade pode ser vista na citação de Paulo Nader (2008, p. 47): “A posse injusta não impede a proteção possessória em face de terceiro. O pleito só não tem cabimento em face de quem foi adquirida”. Novamente se impõe a pergunta: esse pleito não tem cabimento porque não é recomendável ou porque não é permitido pelo ordenamento?

18 Código Civil, art. 1210, par. 1º: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

dos requisitos para intentar a ação. A questão diz respeito à posição de cada um na relação processual.

Exemplo 3: um terceiro repele violentamente o possuidor injusto do imóvel. Este poderá retomar sua posse perante esse terceiro? Sem dúvida, pois terá todos os requisitos exigidos pelo CPC, uma vez que tinha a posse e sofreu esbulho.

Outro exemplo pode tornar a situação ainda um pouco mais clara, considerando agora a posição do possuidor justo que a perdeu para o esbulhador: se o esbulhado pretende retomar à força a posse que perdeu, muito tempo depois de o esbulho ter ocorrido, ele certamente estará agindo fora do seu direito. Ele precisaria utilizar os mecanismos processuais disponíveis para se ver reintegrado na posse, sem o quê estará valendo-se da justiça privada, ilegal em tal circunstância. Pergunta-se: o esbulhador, aquele que injustamente o retirou do imóvel não poderá utilizar a ação de reintegração na hipótese? Os requisitos exigidos pela lei, ao que parece, estariam presentes: a posse (ainda que originariamente injusta), o esbulho (perpetrado agora pelo antigo possuidor utilizando da força), e a perda da posse. A dinâmica seria a mesma se fosse um terceiro que tivesse retirado a posse à força do esbulhador, que poderia retomar a sua condição de possuidor, ainda que injusto, mediante o interdito.

De modo sintético, se tal raciocínio estiver correto, então não procede a ideia de que o esbulhador não pode utilizar-se das ações possessórias. A situação padrão por meio da qual o problema é enfrentado gera para ele um obstáculo intransponível, simplesmente porque quem esbulhou não tem como provar que sofreu o esbulho para poder utilizar-se da ação de reintegração. Da mesma maneira, se o esbulhado retomar pela força a posse perdida há tempos, o esbulhado terá todos os requisitos para intentar a ação de reintegração, demonstrando ainda uma vez que não existe o impedimento alegado pela doutrina.¹⁹

3.1. Efeitos da posse injusta: a questão da usucapião

Resta saber qual o efeito da qualificação da posse como injusta para fins de aquisição da propriedade pela usucapião. Grande parte da doutrina se posiciona claramente sobre o assunto. São comuns indicações do tipo: “aquele que tem posse injusta não tem posse usucapível, ou seja, não pode adquirir a coisa por usucapião” (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 59),

¹⁹ Outro aspecto ainda pode ser ressaltado. Diante do reconhecido caráter dúplice das ações possessórias, mesmo no caso padrão pelo qual o tema é tratado o esbulhador poderia intentar pedidos contra o autor da ação de reintegração como, por exemplo, ressarcimento dos valores gastos em benfeitorias. Em tais condições, ainda que esteja na posição de réu, parece inegável que poderá tomar uma posição ativa na ação de reintegração.

entendimento compartilhado ainda por Arnaldo Rizzardo (2007, p. 276), Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 212), Marco Aurélio Bezerra de Melo (2010, p. 39) e Roberto Senise Lisboa (2011, p. 178). Em outras oportunidades, porém, fala-se que a “posse contestada não gera usucapião” (COELHO, 2010, p. 99), ou que a posse injusta pode gerar a aquisição pela usucapião unicamente na modalidade extraordinária (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 82).

Diante do quadro, é possível ter dúvidas concretas sobre como a questão deve ser entendida: é ou não possível usucapir tendo posse injusta? Somente na hipótese de usucapião extraordinária a posse pode ser injusta?

Um rápido exame das modalidades de usucapião presentes no Código Civil mostra que a hipótese na qual a posse é qualificada de forma vinculada aos vícios objetivos e subjetivos é a ordinária, prevista no art. 1242²⁰, ao exigir a posse seja “contínua, incontestada, com justo título e boa-fé.” Como tais qualidades devem ser encaradas? É o que se pretende examinar adiante.

3.2. O caráter incontestado da posse

Os dispositivos legais ora apresentam a expressão “contínua e incontestadamente”, ora tratam de uma posse exercida “sem interrupção nem oposição”. Parte considerável da doutrina costuma interpretar tais expressões como sinônimas de uma posse “mansa e pacífica”, em dois sentidos diferentes: o primeiro, como equivalente à posse justa, aquela que não foi adquirida de modo vicioso; o segundo, como a que não foi contestada por quem quer que seja (COELHO, 2010, p. 37; MONTEIRO, 2011, p. 41; VENOSA, 2011, p. 67).

Numa primeira acepção, posse “mansa e pacífica” seria necessariamente uma posse justa, porque se ela tiver sido adquirida mediante violência não será “mansa e pacífica” e, portanto, não dará ensejo à usucapião. É o que se lê no seguinte trecho:

“Deve-se apresentar, também, como pacífica ou incontestada, palavras empregadas no art. 1242 do Código em vigor. O termo expressa que ela se tenha estabelecido e se exerça desprovida de violência, quer física quer moral. Uns sustentam que os atos pelos quais se revelou não podem ter forçado uma deposição brutal do antigo possuidor, ou levando o mesmo

20 “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

a abandonar a coisa. Mas a *ratio* mais consentânea com a realidade e a interpretação vigente é que, apesar de maculada na sua origem pela violência, torna-se pacífica a partir do instante de cessação do vício. (...) Cumpra não venha, outrossim, revestida dos vícios da violência, precariedade e clandestinidade. Quer significar que deve ser justa, dentro dos parâmetros do art. 1200 do Código Civil” (RIZZARDO, 2007, p. 276).

É possível enfrentar a exigência de que a posse seja “mansa e pacífica” em sua própria substância, através da seguinte indagação: como a posse pode não ser “mansa e pacífica”? Existe uma posse “conturbada e conflituosa”? Ao que parece, não.

Enquanto houver um conflito em torno da obtenção da posse, ela na verdade não se terá consolidado como tal. É o próprio Código Civil que atesta essa impossibilidade no artigo 1208²¹. A situação mostra que enquanto houver conflito, não haverá posse, razão pela qual é possível considerar que ela só se materializará quando a paz em torno dela tiver sido estabelecida. Em tais condições, toda posse, por ser posse, pressupõe uma estabilização da sua condição para que haja exercício dos poderes inerentes à propriedade.

Rizzardo (2007) parece trilhar essa linha de raciocínio ao indicar: “... a *ratio* mais consentânea com a realidade e a interpretação vigente é que, apesar de maculada na sua origem pela violência, torna-se pacífica a partir do instante de cessação do vício.” No entanto, talvez no intuito de não reconhecer que uma posse injusta possa gerar usucapião, o autor faz referência a uma “cessação do vício” em momento posterior à violência, o que transforma a posse injusta em posse justa. Só assim é possível compreender a continuação do trecho, em que se lê: “Cumpra não venha, outrossim, revestida dos vícios da violência, precariedade e clandestinidade. Quer significar que deve ser justa, dentro dos parâmetros do art. 1200 do Código Civil”. Na verdade, mesmo considerando uma eventual cessação dos vícios²², a posse teria sido objeto de violência em sua origem, razão pela qual a tese parece contraditória.

21 Importante ainda ressaltar que parte da doutrina equivocadamente considera que existe “posse violenta, clandestina ou precária”, quando na verdade só existe posse após a cessação da violência, clandestinidade e da precariedade. A partir de então, haveria posse injusta. Em tais condições, é possível questionar a ideia de que o requisito da “mansidão ou pacificidade” impediria que uma posse adquirida mediante violência pudesse gerar a usucapião. E isso por um motivo simples: a violência, por exemplo, impôs-se para a aquisição da posse e somente após a sua cessação é que a posse surgiu. Se não foi contestada após esse momento inicial, então a posse é “mansa e pacífica” da mesma forma, porque após a sua consolidação, não houve qualquer tipo de questionamento capaz de mudar a situação.

22 Parte da doutrina considera que a passagem do tempo, por si só, é capaz de sanar o vício da posse, transformando uma posse inicialmente injusta em uma posse justa. “(...) se o adquirente a título clandestino ou violento provar que sua clandestinidade ou violência cessaram há mais de ano e dia, sua posse passa a ser reconhecida (CC, art. 1208), convalidando-se dos vícios que a maculavam” (DINIZ, 2012, p. 63). Considerando que

De todo modo, parece equivocado o argumento de que a posse adquirida pela violência não gera usucapião porque não é pacífica. Toda posse é pacífica, no sentido de que é estável. Se for instável é porque não se consolidou como tal e, portanto, o prazo para usucapião ainda não estará em curso. Enquanto houve violência, não houve posse. Se o esbulhado posteriormente se manteve inerte, parece que só forçadamente será possível dizer que a posse não é “contínua e incontestada” (ou “mansa e pacífica”).

A qualificação exigida pelo Código deve ser investigada por partes. Quando se exige a continuidade, o objetivo é evitar a interrupção do exercício da posse sobre o imóvel que se quer usucapir. Isso é o mesmo que dizer que o usucapiente deverá ter exercido ele mesmo todo o tempo necessário para a usucapião ou, na hipótese de soma das posses, que a dele tenha sido adicionada à do seu imediato antecessor.

Por outro lado, quando se faz referência a uma posse “incontestada”, tal requisito pode ser interpretado como referente àquela que nunca sofreu qualquer objeção de quem quer que seja (COELHO, 2010, p. 99),²³ e parte da doutrina considerada a expressão “mansa e pacífica” nesse sentido. Roberto Senise Lisboa segue essa linha de raciocínio, utilizando a expressão “mansa e pacífica” como sinônima de “incontestada”: “Mansa e pacífica é aquela que não veio a sofrer qualquer espécie de oposição por parte do proprietário ou de terceiro” (LISBOA, 2011, p. 179).

Também esse modo de compreender a exigência não é adequado, pelo simples fato de que o direito de ação é incondicionado,²⁴ razão pela qual é impossível impedir que alguém tenha a sua condição de possuidor contestada judicialmente. Exigir ainda que a posse não tenha sido materialmente contestada, pelo eventual uso da força de quem quer que seja, é ainda mais improvável.

O artigo exige que o possuidor tenha estado nessa condição de modo contínuo e incontestado. Pois bem. Ver em que momento a posse

tal convalescimento pelo tempo deve ser analisado “caso a caso”: “(...) é comum afirmar, conciliando-se o art. 1208 do CC com o art. 924 do CPC, que, após um ano e um dia do ato de violência ou de clandestinidade, a posse deixa de ser injusta e passa a ser justa. Apesar desse entendimento (...) filiamo-nos à corrente que prega a análise dessa cessação caso a caso, de acordo com a finalidade social da posse” (TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 58; MELO, 2010, p. 59-60). De modo acertado e contrário a este entendimento: “Há nessa posição um erro de perspectiva. (...) enquanto perdurar a violência e a clandestinidade, nem posse existe, mas mera detenção. Quando cessam é que nasce a posse injusta. A posse injusta somente se converte em posse justa se mudar o que ela tem de ilícito, ou seja, a sua causa. Logo, somente com a inversão da *causa possessionis*, da razão pela qual se possui, é possível a conversão da posse injusta em justa, porque se retira a ilicitude de sua origem” (LOUREIRO, 2008, p. 1092).

²³ “Para o período exigido é necessário não ter a posse sofrido impugnação” (VENOSA, 2011, p. 212).

²⁴ A única hipótese de condicionamento do direito de ação no direito brasileiro é relativo à Justiça Desportiva. CF art. 5º, XXXV, c/c, CF art. 217, par. 1º.

é contestada também é relevante para o cumprimento do requisito. Se o esbulhador tiver permanecido em sua posse durante todo o período necessário para usucapir, uma eventual tentativa de retomada por parte do esbulhador não seria capaz de impedir a aquisição. O esbulhador se defenderia alegando usucapião.

O posicionamento doutrinário correto é o que interpreta a exigência no sentido de que a posse não tenha sido retomada pelo seu legítimo titular, como se lê em: “Para que a posse se configure como mansa e pacífica, não pode ter sido objeto de contestação levada a cabo pelo proprietário contra o qual se deseja usucapir, desde que este seja titular de interesse juridicamente tutelado e desde que não seja vencido na ação possessória” (TEPEDINO, 2010, p. 313-314). Trata-se de uma forma de manter alguma pertinência no requisito legal, mas que, no fundo, é absolutamente inócua: se o possuidor justo, uma vez esbulhado, tiver sido reintegrado judicialmente à sua posse, logicamente o esbulhador não terá direito à usucapião simplesmente porque não terá mais a posse e não porque ela foi “contestada”. Exigir que o usucapiente não tenha perdido a posse para alguém com melhor direito é o mesmo que exigir que ele ainda seja possuidor quando pleitear a aquisição pela usucapião.

Tais conclusões mostram que tanto a exigência de que a posse seja “mansa e pacífica”, quanto a de que ela seja “incontestada” parecem supérfluas. Isso porque “mansa e pacífica” ela sempre será por se ter estabilizado como posse, ao passo que “incontestada” ela pode não ser em hipótese alguma, o que mostra a impropriedade da exigência.²⁵

3.3. A relação entre vícios objetivos e subjetivos

Em geral, a investigação dos vícios da posse é feita junto com um alerta: o de que há uma independência entre os vícios objetivos e subjetivos. Segundo essa interpretação, a posse pode ser, por exemplo, justa e de boa-fé; injusta e de má-fé; injusta e de boa-fé; justa e de má-fé. O pensamento de Orlando Gomes (2010, p. 50) destaca-se nessa linha de entendimento:

“Não há coincidência necessária entre a posse justa e a posse de boa-fé. À primeira vista, toda posse justa deveria ser de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa. Mas, a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquire de quem

²⁵ A tese pode ser ainda criticada por ser aplicável tanto ao possuidor justo quanto ao injusto. Imagine-se o caso de um possuidor justo e não proprietário. Se ele tiver a sua posse contestada judicialmente por um terceiro que venha a ser derrotado na disputa, não poderá usucapir o bem por não ter posse “incontestada”?

a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência; Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária.”

Se a posse de boa-fé é aquela onde se ignora o vício ou obstáculo existente, causa estranheza a possibilidade de ela ser qualificada ao mesmo tempo como justa e de boa-fé. Se ela é justa, não há vício nem obstáculo na forma como foi adquirida. Em tais condições, a afirmação de que “à primeira vista, toda posse justa deveria ser de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa” não parece correta. Como isso é possível?

Boa-fé é ignorância dos vícios ou obstáculos. “Ignorar” e “conhecer” são verbos transitivos, ou seja, sempre e necessariamente remetem a *algo* que se ignora ou conhece, sem o que não fariam sentido. Tanto no estado de boa-fé quanto no de má-fé, o possuidor é aquele que ignora ou conhece os vícios ou obstáculos que maculam a sua posse. Se é assim, então nas duas hipóteses a posse apresenta problemas, ou seja, não se trata de uma posse hígida. Conhecendo-o ou não, o vício está lá, isto é, trata-se de uma posse injusta²⁶. Uma posse justa e de boa-fé seria um *nonsense*.

Isso compromete a ideia de uma verdadeira independência entre os vícios objetivos e subjetivos, porque só há um vício subjetivo porque há um vício objetivo, o que seria uma forma bastante razoável de interpretação. É incômoda a ideia de que possa existir um vício subjetivo sem que nada exista objetivamente para ser ignorado ou conhecido.

A única forma de compatibilizar a ideia de uma posse justa com aquela em que o possuidor ignora o vício ou obstáculo é realizando uma diferenciação entre os conceitos de “vício” e de “obstáculo”.²⁷ Desse modo seria possível dizer que a posse é justa, por não ter sido adquirida mediante violência, clandestinidade ou precariedade, mas, por qualquer outro motivo que seja, ela repugna ao direito. Em qual situação isso ocorreria? O exemplo normalmente indicado é o da aquisição a *non domino*. Aquele

26 Arnoldo Wald (2011, p. 91) faz menção a essa peculiaridade: “Devemos distinguir a posse de boa-fé da posse justa. É justa quando inexistente vício na sua aquisição e é de boa-fé quando o possuidor ignora a existência do vício mencionado”.

27 A mesma dificuldade fica patente no seguinte trecho: “(...) é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária” (VENOSA, 2011, p. 75). Em outro trecho o autor escreve: “Se o sucessor recebe posse injusta, ser-lhe-á conveniente iniciar e defender a existência de novo período possessório para livrar-se da mácula da posse anterior” (VENOSA, 2011, p. 77). Se o possuidor não obteve por nenhum modo vicioso, a sua posse é justa. Para que seja “justa” e de má-fé, é preciso que exista um obstáculo não ignorado e que interfira no seu exercício regular. Mas se ele inicia nova contagem do prazo prescricional por saber do defeito da posse, ainda que ela seja “depurada” da mácula, ele não poderá usucapir na modalidade ordinária, porque ele não terá a boa-fé exigida pela lei. De nada adiantaria realizar essa “depuração” se ela é consciente, ou seja, com conhecimento dos vícios originariamente presentes. Sendo de má-fé, não gera usucapião ordinária.

que adquiriu de quem esbulhou não comete vício. Não tendo ciência da forma como a posse foi adquirida, terá posse justa e de boa-fé.

Mas existem outros aspectos na citação de Orlando Gomes que precisam ser analisados. Na continuidade do trecho destacado é possível ler que:

“Mas, a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquire de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência; Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária” (GOMES, 2010, p. 50).

Fica claro que existem situações que não se enquadram na categoria dos vícios, mas o autor trata-as como geradoras da posse injusta, ainda que não equiparáveis às formas viciosas tradicionalmente conhecidas. A aquisição da posse de quem a obteve injustamente não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 1200, mas como classificá-la? A posse adquirida nesses termos é justa ou injusta?

A dúvida transparece na própria escrita de Orlando Gomes (2010), porque no primeiro trecho destacado ele parece fazer uma diferenciação entre “vício” e “obstáculo”, e só assim é possível compreender uma posse que seja justa e de boa-fé. A posse seria justa porque não foi adquirida de modo vicioso, mas repudia ao direito de outro modo, como na aquisição a *non domino* sendo, portanto, ilegítima. Mas na sequência, o autor cuida dessa situação indicando que a “transmissão dos vícios permite que um possuidor tenha posse injusta, se adquire de quem obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência”. O trecho dá a impressão de que se a posse é originariamente injusta; então, ela permanecerá assim após a transmissão.

Em verdade, a resposta toca em um ponto bastante polêmico, referente à transmissão dos vícios originários da posse. Parte da doutrina considera que a transmissão seria mecanismo capaz de sanar os vícios decorrentes do modo violento, clandestino ou precário pelo qual a posse foi adquirida, fazendo com que o sucessor tenha, portanto, posse justa, ainda que ilegítima. Se tiver conhecimento dos vícios presentes na origem da posse que adquiriu, a posse será “justa”, porque não se enquadrará nas situações descritas no art. 1200, mas de má-fé, porque saberá o modo como foi obtida inicialmente (COELHO, 2010, p. 38). Por outro lado, se o possuidor ignora os vícios presentes na aquisição da posse que recebeu, ela será “justa” e de “boa-fé”.

Todavia, considerar que a transmissão é capaz de livrar a posse injusta de seu vício de origem contraria o sistema do próprio Código. Se injustiça encerra um defeito, não seria possível transmitir a posse sem ele, em respeito à regra, própria da teoria geral do Direito Civil, de que ninguém pode transmitir melhor direito do que possui.²⁸ Assim, a transmissão da posse injusta não modificaria sua qualificação, de

²⁸ Caio Mário (2010a, p. 397) esclarece a questão de forma absolutamente precisa, valendo a transcrição da passagem: “Se por aquisição originária, problema é apenas a investigação do fato da aquisição, sem se cogitar da fase anterior ao instante em que a relação jurídica surgiu para o titular. Desde que assentada a justaposição do sujeito ao direito, em virtude do fato aquisitivo hábil, e a observância das prescrições legais, conclui-se pela sua pureza. Se, ao revés, é derivada, será preciso cogitar se o fenômeno da aquisição foi regular, e, também, da integridade do direito preexistente, de vez que, se não era escorreito no antecessor, vicioso passou ao atual titular, pois ninguém pode transferir mais direitos do que tem: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Nessa linha de entendimento, foi aprovado na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011, o Enunciado 494, de autoria de Gustavo Tepedino, Marcus Dantas e Pablo Renteria (2011): “A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior”. Posicionando-se favoravelmente a este entendimento, ver: Farias e Rosendal (2012, p. 84).

modo que, seja de boa ou má-fé, ela permaneceria como posse injusta. É a esse aspecto que Orlando Gomes (2010, p. 50) se refere quando escreve: “Mas a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquire de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou precariedade, ignorante da ocorrência”.

Diante do quadro exposto, vê-se que só é possível falar de uma posse “justa” e de “boa-fé”, fazendo uma diferenciação entre os “vícios” e “obstáculos” e considerando, ainda, que a transmissão da posse originariamente viciada é capaz de torná-la justa.

É preciso ressaltar ainda que os especialistas realizam todo esse percurso interpretativo para evitar aqueles mesmos supostos efeitos nocivos que a doutrina costuma enxergar como consequência da posse injusta, quais sejam, a “inexistência de ação” para defesa frente ao possuidor esbulhado e a “impossibilidade” de usucapir o bem. É o que se lê no seguinte trecho: “Se o autor da herança transmite ao herdeiro posse injusta, esta continuará necessariamente com o vício. O sucessor singular tem a prerrogativa de escolher unir sua posse à do antecessor ou não. Esse aspecto ganha importância no usucapião” (VENOSA, 2011, p. 77). Ambos os efeitos já foram analisados anteriormente, tendo como referência a aquisição originária da posse. Como ficariam na hipótese de aquisição derivada?

O CPC exige a demonstração do esbulho para que se intente a ação de reintegração de posse. Novamente, a posição ocupada pelo adquirente o impediria de ser posto como réu numa possessória porque a aquisição derivada não equivale ao esbulho perpetrado originariamente. Mas existe uma exceção: se o adquirente estiver de má-fé, ou seja, tiver conhecimento desse vício original ele passa a ser uma espécie de cúmplice do esbulhador, podendo figurar no polo passivo da ação de reintegração. Estabelece o Código Civil: “Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era”.

O que salta os olhos aqui é o fato de que o elemento fundamental para a utilização da possessória contra o adquirente não está na qualificação da sua posse como “injusta” ou “ilegítima”, que é irrelevante para esse fim, mas sim no conhecimento ou não do vício de origem.

O segundo motivo pelo qual os doutrinadores procuram restringir as hipóteses de posse injusta diz respeito à usucapião e aqui também a questão relevante é o conhecimento ou desconhecimento do possuidor acerca deles.

Se a posse de boa-fé é aquela em que o possuidor ignora o vício ou obstáculo, nada impede a usucapião de uma posse injusta ou “ilegítima”, desde que o usucapiente desconheça a injustiça da sua posse. Nesse sentido:

“As posses violenta e clandestina, na verdade, só nascem quando cessam os ilícitos. Enquanto perduram, são simples detenção. O que se exige é que durante o prazo necessário à usucapião não haja atos violentos ou clandestinos, embora a posse seja injusta, porque a sua causa original é ilícita. Prova intuitiva maior disso é que, se alguém invadir com violência uma gleba de terras e, cessada a reação do esbulhado, permanecer por mais de quinze anos sem ser molestado, terá usucapião, apesar da injustiça original de sua posse” (LOUREIRO, 2008, p. 1093).

É certo que aquele que invadiu um imóvel mediante violência não poderá alegar desconhecimento do vício existente no seu ato. Impossível, portanto, usucapir pela modalidade ordinária, mas não pelo fato da posse ser injusta, e sim por não haver como alegar ignorância.²⁹ Mas no caso da aquisição a *non domino*, como no exemplo citado por Orlando Gomes (2010), a transmissão dos vícios permite que o possuidor de boa-fé tenha posse injusta. Em tal circunstância, mesmo a usucapião na modalidade ordinária seria cabível.

Conclusão

De tudo o que foi visto sobre a maior ou menor extensão do elenco de vícios da posse, percebe-se os que consideram a função social um elemento fundamental para a sua caracterização, e aqueles que simplesmente não se referem a ela para realização dessa tarefa. Não é possível, portanto, falar de uma divergência uma vez que as correntes não se servem das mesmas referências para a construção de suas teses. Ambas concordam que, por exemplo, a remoção de cercas e obstáculos para o apossamento de um imóvel produtivo gerará uma posse injusta. O que está em jogo é a importância da função social na qualificação da posse.

Os defensores da tese restritiva partem do princípio de que o possuidor injusto não teria como defender sua posição frente ao esbulhado, e ficou demonstrado que esse raciocínio pode ser francamente problematizado. Isso porque a defesa da posse ocorre por parte de quem a perdeu ou está sendo atacado, e as possibilidades de defesa dependem do momento da contestação da posse, da pessoa que a realiza, e de outros elementos que tornam o tema bem mais complexo do que possa parecer à primeira vista.

O outro efeito da posse injusta que motiva os defensores da tese restritiva diz respeito à usucapião. Eles entendem que a injustiça impede a aquisição por essa via. Isso também pôde ser contestado pela verificação

²⁹ Da mesma forma, surge aqui o tema do momento em que a boa-fé se transforma em má-fé pela contestação da posse. Possível encontrar aqui uma relação entre posse “mansa e pacífica” e uma posse de boa-fé.

de que a legislação dá maior ênfase ao vício subjetivo para caracterização da posse apta a esse fim. Sendo “injusta” ou “ilegítima” a posse precisa ser de “boa-fé” para que seja capaz de gerar a aquisição pela usucapião.

Mesmo a aquisição *a non domino* pode ser contestada como exemplo em que haveria posse justa, mas ilegítima. Para tanto, basta o reconhecimento de que ninguém pode transmitir melhor direito do que possui, de modo que o possuidor injusto não pode transmitir uma posse justa. Assim, mesmo o entendimento de que a aquisição da posse pelo terceiro não se enquadra em uma das modalidades expressamente indicadas no art. 1200 do Código Civil – pois que não é hipótese de violência, de clandestinidade ou precariedade – não é capaz de afastar a qualificação da posse como injusta. Isso mostra que o elenco de vícios não é exaustivo, havendo injustiça para além das situações ali traçadas.

Ao final, percebe-se ainda que mesmo alguns dos mais perniciosos efeitos decorrentes da injustiça da posse podem ser relativizados, já que o possuidor injusto tem mecanismos processuais de defesa da sua condição, além de ser possível usucapir mesmo tendo posse injusta, desde que, na modalidade ordinária, haja boa-fé.

Referências

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: direito das coisas e responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil: direito das coisas e direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

LOUREIRO, Francisco Eduardo et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2008.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil e teoria geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010a. v. 1.

_____. *Instituições do Direito Civil: direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010b. v. 4.

PINTO, Cristiano Sobral. *Direito Civil sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2009. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; DANTAS, Marcus; RENTERIA, Pablo. ENUNCIADO 494: V Jornada de Direito Civil. *Conselho de Justiça Federal*, Brasília, nov. 2011.

_____; RENTERIA, Pablo. ENUNCIADO 492: V Jornada de Direito Civil. *Conselho de Justiça Federal*, Brasília, nov. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.