

Análise do Recurso Especial nº 1.861.025: breve estudo do momento do surgimento da posse e sua aquisição

Heitor Ferreira Gonzaga

1. Síntese do Julgado

Trata-se de Recurso Especial acerca de embargos de terceiros impostos com o desiderato de interromper a penhora de imóvel com fundamento na súmula 84 do STJ (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”). Em 2014, ROMA ENGENHARIA & CONSULTORIA EIRELI e DGL Empreendimentos Imobiliários Ltda. firmaram compromisso de compra e venda de imóvel na planta a ser construído pela segunda contratante em favor da primeira. Noutra situação, em 2015, Aline Maria da Silva ajuizou ação de resolução contratual cumulada com perdas e danos contra DGL Empreendimentos Imobiliários Ltda.. Logrando procedência e dirigindo-se à fase de cumprimento de sentença, culminou no deferimento de penhora do imóvel alvo do compromisso de compra e venda firmado em 2014, ainda registrado no nome do promissário (DGL Empreendimentos Imobiliários Ltda.). Visando proteger o imóvel, ROMA ENGENHARIA & CONSULTORIA EIRELI opôs embargos de terceiro afirmando “construção de imóvel em sua propriedade”, gerando a discussão acima levantada.

Acerca da admissibilidade dos Embargos, a Ministra relatora Nancy Andrichi inicialmente pondera os requisitos da oposição dos embargos referentemente às relações de propriedade e posse, direta ou indireta, do imóvel alvo de construção, segundo o art. 674, §1º, do Código de Processo Civil, e a natureza dos embargos de terceiros em anteposição às ações possessórias:

Frisa-se que a posse que permite a oposição dos embargos de terceiro é tanto a direta quanto a indireta. Assim, por exemplo, o usufrutuário, o locatário (possuidor direto), o locador (possuidor

indireto) e o compromissário comprador têm direito de defender sua posse por meio dos embargos. E, diferentemente do que ocorre nas ações possessórias, a insurgência do terceiro embargante não se dá contra a regularidade ou não do ato de turbação ou esbulho que lhe impôs, no caso, a ordem judicial, mas sim contra a afirmação de que o bem constricto está na esfera de responsabilidade patrimonial do executado (NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.599) (grifos acrescentados). (REsp 1861025/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020)

Salienta, após o exposto, a importância da súmula 84 do STJ à resolução do deslinde, tendo em vista afirmar a legitimidade da parte em proteger o imóvel mesmo sem ter o registro na matrícula em seu nome, bastando o compromisso de compra e venda para assinalar a posse do imóvel. Com efeito, afirma a relatora:

Quanto ao ponto, e a despeito dos argumentos da recorrente no sentido de defender a impossibilidade de desconstituição da penhora, via embargos de terceiro, em favor do promitente comprador do imóvel que deixa de realizar o registro público do ato, tem-se a que a jurisprudência desta Corte Superior já é pacífica na direção de permitir o seu manejo para proteger a posse deste bem contra a penhora, ainda que a promessa de compra e venda tenha sido celebrada por instrumento particular desprovido de registro no cartório imobiliário. (idem)

Ao final, entendeu-se pela admissibilidade dos embargos de terceiro com o fundamento de que o imóvel adquirido “só não estava na posse da recorrida em razão de ainda estar em fase de construção, razão pela qual o instrumento particular de compra e venda colacionado aos autos deve ser considerado para fins de comprovação de sua posse” (idem). Na visão do órgão julgador, o instrumento particular de compromisso de compra e venda sinaliza a posse do promitente

comprador eficazmente, garantindo-lhe a legitimidade necessária para a oposição dos embargos de terceiros sobre a constrição do imóvel. Dessarte, ratificando a decisão em 2ª instância do TJDF, permitiu-se a oposição dos embargos.

2. Modos de aquisição da posse

2.1. Levantamento doutrinário

A doutrina hodiernamente entende que a aquisição da posse não depende exclusivamente de atos físicos sobre o imóvel. Na lição de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf (2011):

[...] a posse não se adquire pelo “exercício” do poder, mas pela obtenção do poder de fato ou poder de ingerência socioeconômica sobre um determinado bem da vida que, por sua vez, acarreta a abstenção de terceiros em relação a esse mesmo bem. (idem, p. 46-47).

Dessa forma, a doutrina “Savignyana” subjetiva que identificava como requisito da posse a sua apropriação física (o *corpus*, enquanto o outro elemento definidor da posse, o *animus*, é definido como a vontade de manter-se na posse da coisa como dono) é antiquada, vez que a detenção física da coisa por muitas vezes deixa de traduzir adequadamente o comportamento social e jurídico em relação à coisa, que nem sempre se encontra na detenção daquele a quem se deve atribuir a posse (idem, p. 28-29). A adoção da teoria objetiva de Ihering perfilha a real e melhor compreensão da posse como instituto jurídico, estabelecendo o *corpus* como o exercício das faculdades dominiais na esfera material e também quando o possuidor exerça os poderes de fato sobre a coisa mesmo quando esta esteja fisicamente distante, enquanto o *animus*, inseparável do elemento objetivo (*corpus*) da posse, seria não proceder com a intenção de ser o proprietário, mas a intenção de proceder como este normalmente o faria (idem, p. 29-30). Adotada a teoria de Ihering pelo Código Civil de 2002 (p. 31), como se depreende da leitura de seus arts. 1.196 e

1.204, esse entendimento pacificou-se, não restando mais dúvida de que há posse pela mera detenção de todos ou alguns dos poderes dominiais (uso, gozo ou fruição) que assegurem à pessoa o poder de fato sobre a coisa, e para a sua aquisição bastando o surgimento da possibilidade de exercício desses poderes (idem, p. 47).

A compreensão dos elementos que constituem a propriedade e de que forma ela emerge de sua aquisição, entretanto, é apenas uma primeira etapa à compreensão do fenômeno jurídico de aquisição da posse. Por óbvio, a aquisição da posse só pode ser realizada por pessoa apta a fazê-lo, quer em seu nome ou nome de terceiro, o que se cuida no art. 1.205 do Código Civil. Sob a sua égide, “a posse pode ser adquirida: (I) pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; (II) por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação” (CC, art. 1.205).

Algumas considerações podem ser feitas acerca do dispositivo legal. Em relação ao inciso primeiro, por óbvio deve se atender aos requisitos de capacidade da pessoa para que o ato de contração de posse, tratando-se de negócio jurídico, não seja nulo ou anulável, devendo a pessoa ser assistida por seu representante legal (idem, p. 48). No caso de aquisição feita por meio de representante instruído por procuração, esta deverá lhe conferir poderes especiais para praticar os atos necessários à aquisição, como manda o art. 661, §1º. No caso do inciso segundo do artigo, autoriza-se também a aquisição da posse por meio de terceiro sem mandato em nome de outro, desde que a aquisição em favor do outro seja por este autorizada previamente ou posteriormente.

No que concerne aos métodos pelos quais se podem adquirir a posse o Código Civil deixou ao encargo da doutrina, motivo pelo qual ilimitadas maneiras de aquisição de posse são listáveis, todas respeitando, por óbvio, as disposições referentes à posse predispostas pela legislação. Assim, desde que o meio escolhido para a transmissão da posse garanta ao ora possuidor o direito subjetivo de exercer alguns ou todos os poderes dominiais sobre a coisa e permita-lhe proceder como se o dono fosse, ou, no exato rigor da Lei Civil, permita “o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade” (CC, art. 1.204), é modo apto de

aquisição e posse. A doutrina é farta na classificação desses diversos modos, mas em atenção à brevidade deste estudo nos limitaremos à análise do contrato de compromisso de compra e venda enquanto meio de aquisição de posse.

2.2. O contrato de compromisso de compra e venda como modo de aquisição da posse que autoriza a oposição dos embargos de terceiros

Versando o processo sobre a possibilidade de incidência da súmula 84 do STJ e aos imbróglis que circundam as relações de fato e de direito entre as partes, fora a questão processual, os principais pontos de atrito que circundam a apreciação da celeuma apresentada no processo certamente são: (1) o contrato de compromisso de compra e venda firmado entre as partes constitui legítimo modo de aquisição de propriedade? E, se afirmativo, (2) há relação de posse entre o imóvel em construção e a empresa ROMA ENGENHARIA & CONSULTORIA EIRELI?

A primeira questão já é respondida afirmativamente com pacificada solidez na jurisprudência, como se depreende do enunciado da súmula 84 do STJ trazido à tona no julgado. A ementa do acórdão de afetação assim narra:

o atraso da entrega do imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera, para o promitente vendedor, a obrigação de indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem, na forma de valor locatício, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato ou de mercado, correspondente ao que este deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta da unidade autônoma já regularizada. (ProAfR no REsp 1729593 / SP)

Certo é que esse entendimento aparenta vestir plenamente o caso sob análise neste trabalho, mas uma análise mais cuidadosa do precedente revela um empecilho prático de que seja aplicado sem questionamentos: o precedente

referia-se a imóvel pronto e acabado, enquanto o recente julgado trata de imóvel inacabado, que não foi entregue ao promitente comprador justamente por conta desse estado de incompletude. A pergunta inicial cambia sua direção, passando a dirigir-se não à possibilidade de um contrato de compromisso de compra e venda gerar um vínculo possessório, mas a qual seria o exato momento em que o imóvel todavia em construção pode ser possuído, do que se procede à segunda questão acima elencada.

Discordâncias doutrinárias nesse sentido são esperadas mas, a princípio, a celeuma foi resolvida com a adoção da teoria da posse de ihering, pela qual se necessita apenas a possibilidade de o possuidor exercer algumas das faculdades dominiais sobre o imóvel, sem a necessidade de sua detenção física, do que se ratifica o nascimento da posse com o pactuado no contrato de compromisso de compra e venda. “O fenômeno possessório consiste no estado de aparência em que o possuidor age como se fosse proprietário da coisa” (GOMES, 2009, p. 6), e isso se transparece nos efeitos da posse exalantes dessa relação jurídica.

Da análise do caso depreende-se que os efeitos possessórios passam a ser sentidos imediatamente da perfectibilização do pacto de compromisso de compra e venda, garantindo ao possuidor do imóvel uma série de prerrogativas que lhe permitem garantir sua proteção e seu uso, mesmo que restringido pelos óbices oriundos da incompletudes do imóvel. O manejo dos interditos possessórios é exemplo fatídico do surgimento da posse a partir da perfectibilização do contrato de compromisso de compra e venda. Havendo interesse real no prosseguimento da construção do apartamento, se é momentaneamente obstada por turbação, por exemplo, parece-nos assaz absurda a impossibilidade de o promitente comprador do imóvel ser ilegítimo para recorrer aos competentes procedimentos para defender a posse do imóvel e fazer continuar sua construção, como rege o art. 1.210 do CC e os arts. 554 e ss. do CPC. Por decorrência, os efeitos referentes à perda da posse também são perceptíveis quando o possuidor, ciente do esbulho do imóvel em construção, se abstém de tomar providências ou é violentamente repellido (art. 1.224 do CC), não se deixando ignorar que a empresa responsável pela obra também

possui a posse do imóvel e é capaz de tomar as providências necessárias para mantê-la, o que também restauraria a posse do imóvel do promitente comprador. Não se vislumbram hipóteses de percepção de frutos ou indenização por benfeitorias em função da incompatibilidade desses efeitos com o estado físico da coisa em construção, mas sem dúvida poderiam ser discutidos em casos singulares.

Nessa esteira, é patente a existência de posse do promitente comprador de imóvel em construção, vez que os efeitos decorrentes da posse são plenamente observáveis da relação gerada pelo compromisso de compra e venda pactuado, bem como o interesse necessário e as condições necessários à identificação da relação possessória se confirmam a partir deste vínculo jurídico: procede o possuidor do referido imóvel com os poderes de fato sobre a coisa, a despeito da incompletude do apartamento, e com inegável intenção de proceder como se fosse o dono, possuindo interesse no término das obras para que possa haver o apartamento e na defesa do imóvel todavia em construção.

Dessarte, a afirmação “só não estava na posse da recorrida em razão de ainda estar em fase de construção, razão pela qual o instrumento particular de compra e venda colacionado aos autos deve ser considerado para fins de comprovação de sua posse” (REsp 1861025/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020) não abarca a melhor compreensão da matéria. Em realidade, o indivíduo estava na posse do imóvel, vez que a posse se consagra imediatamente após a perfectibilização do contrato de compromisso de compra e venda, sem prejuízo do estado de incompletude do imóvel, pois a detenção física do apartamento não é requisito indispensável para o reconhecimento do vínculo possessório. Portanto, acertado o julgado em comento a despeito da falta de técnica e de desenvolvimento da teoria que circunda a origem da posse do imóvel em construção, situação que certamente merece estudo mais aprofundado.

Referências:

GOMES, Vanessa de Souza. Posse: Aquisição Originária e Derivada. **Revista do Direito Privado da UEL**. Londrina, Vol. 3. n. 3. set./dez. 2009. Disponível em: https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Vanessa_Gomes_Posse_aquisi%C3%A7%C3%A3o_origin%C3%A1ria_derivada.pdf. Acesso em: 15 set 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. Vol. 3. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011