

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

DA POSSE E SEUS EFEITOS

PATRÍCIA CARVALHO PEREIRA

SÃO MATEUS – ES

2007

PATRÍCIA CARVALHO PEREIRA

DA POSSE E SEUS EFEITOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para a obtenção do título em Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, sob orientação do professor Samuel Davi Garcia Mendonça.

SÃO MATEUS – ES

AGRADECIMENTOS

A DEUS:

Recebe Senhor Jesus, neste fim desta jornada, as alegrias por tantas vitórias conquistadas. Mas recebe, sobretudo, toda a esperança viva, que hoje trazemos nos olhos e nas veias, de fazer acontecer entre nós, a tua Justiça.

AOS AMIGOS: PEDRO H., CHRISTIAN E NÁDIA:

A amizade engrandece a vida... Dá-nos força para começar cada dia, nos consola quando estamos tristes, nos dá paz quando chega aflição, nos dá calor quando sentimos frio e afugenta a solidão. Obrigada por serem meus amigos.

AOS PROFESSORES:

Dr. Samuel Davi Garcia Mendonça e Jakeline Martins Silva Rocha.

Com suas luzes e esmerado preparo intelectual me proporcionaram momentos de crescimento e incentivos à pesquisa e ao estudo.

DEDICATÓRIA

PAI E MÃE:

Em vocês encontrei o bem maior deste mundo: A VIDA. A meu pai, mesmo ausente expressei minha gratidão pelos ensinamentos que me deixas-te; A minha mãe, carrego comigo os exemplos de garra e determinação com os quais me inspirou a vencer as dificuldades. Com muita admiração, eternamente um coração de filha que os ama muito.

ROGÉRIO E MOEMA:

Meu irmão, amigo, admirado e admirador, minha prima motivo de inspiração e pessoa tão incentivadora. Louvado seja o Senhor Jesus por permitir que eu sempre possa contar com vocês e por estarem sempre a meu lado, os amo muito.

“Se a pessoa não tiver se distinguido pelas suas próprias realizações, é ridículo criticar o trabalho de qualquer homem”.

Joseph Addison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 SURGIMENTO DO CONCEITO DE POSSE NO DIREITO ROMANO	10
1.1 Teorias de Savigny e Ihering	15
2 CLASSIFICAÇÃO DA POSSE.....	21
2.1 Quanto à Origem.....	22
2.1.1 Posse justa e posse injusta e efeitos.....	22
2.1.2 Posse violenta e efeitos.....	22
2.1.3 Posse precária e efeitos	23
2.1.4 Posse clandestina e efeitos	24
3 QUANTO À INTENÇÃO DO POSSUIDOR.....	25
3.1 Posse de Boa e Má-Fé e Efeitos	25
3.1.1 Efeitos da posse em relação aos frutos (Arts. 1.214 a 1.216)	26
3.1.2 Efeitos em relação às benfeitorias	28
3.1.3 Responsabilidade pela perda ou deteriorização da coisa	31
4 QUANTO À INFLEXÃO DO PODER DO POSSUIDOR E EFEITOS.....	32
4.1 Posse Direta e Indireta e Efeitos	32
5 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES.....	35
5.1 A posse <i>Ad Interdicta</i> e <i>Ad Usucapionem</i> e efeitos	35
6 AQUISIÇÃO DA POSSE	37
7 QUANTO AS FORMAS	40
7.1 Apreensão da Coisa	40
7.1.1 Exercício do direito	41
7.1.2 Disponibilidade sobre a coisa	41

7.1.3 Por qualquer dos modos de aquisição em geral	42
7.1.4 Aquisição pela própria pessoa que a pretende	42
7.1.5 Aquisição por representante ou procurador	43
7.1.6 Aquisição por terceiro sem mandato	43
7.1.7 Aquisição pelo constituto possessório	44
7.1.8 Quem pode adquirir	45
8 USUCAPIÃO COMO EFEITO DA POSSE	46
8.1 Usucapião no Código Civil	46
8.1.1 Usucapião na Constituição Federal de 1988	48
8.1.2 Usucapião Especial – Lei 6969/81	49
9 DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS	52
9.1 Ação de Manutenção de Posse	53
9.1.1 Ação de reintegração de posse	55
9.1.2 Interdito proibitório	56
9.1.3 Ação de imissão de posse	57
9.1.4 Embargos de terceiros senhor e possuidor	58
9.1.5 Ação de nunciação de obra nova	59
9.1.6 De legítima defesa da posse e do esforço imediato	60
10 PERDA DE POSSE	62
10.1 Perda de Posse das Coisas	63
10.1.1 Abandono da coisa	63
10.1.2 Pela tradição	64
10.1.3 Destruição da coisa	64
10.1.4 Perda da própria coisa	65

10.1.5 Fora do comércio	65
10.1.6 Constituto possessório	66
11 PERDA DA POSSE DOS DIREITOS MATERIAIS	67
11.1 Impossibilidade de Exercício	67
12 PELA PRESCRIÇÃO OU DESUSO	68
12.1 Perda da Posse para o Ausente	69
CONCLUSÃO	71
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUÇÃO

A escolha ao tema **Posse e seus efeitos**, conduz-se a interpretações dos textos legais que devem obedecer às necessidades sociais em um dado momento para aplacar maior entendimento nosso e daquele que deseja estudá-lo.

Na presente monografia, inicia-se traçando considerações a respeito do surgimento do conceito Posse, o que é tarefa árdua, devido à ambigüidade do termo. Perpassa-se ao Direito Romano, que constitui as bases do Direito das Coisas até as teorias subjetivas de Savinig, século XIX, e teoria objetiva de Ihering, o que nos permitiu distinguir posse de propriedade.

Então, parti-se para a classificação da posse quanto à origem e seus efeitos, quanto à intenção do possuidor e seus efeitos, quanto à inflexão do poder do possuidor e seus efeitos e outras classificações.

Na seqüência, abordam-se as formas e aquisição da posse. Consequente, a usucapião como efeito e suas implicações por Constituição Federal, 1988. Por fim, me reporto às ações possessórias e a analisar a perda da posse em razão da falta de evidência dos poderes inerentes ao domínio.

Considerando que a problemática da pesquisa foi o estudo da posse que é um dos árdios de todo o direito civil vez que, não há entendimento harmônico a respeito da origem da posse como estudo de fato legalmente protegido, a hipótese limitou-se a o que efetivamente caracteriza-se como posse no ordenamento jurídico e quais seus efeitos?

O objeto geral da pesquisa, expresso nesta Monografia, é determinar e provar quais as principais causas e formas que levam a posse e seus efeitos.

Para a realização desta pesquisa, utilizou-se como método o trajeto teórico que se pautou nas inúmeras manifestações de juristas, declarações, leis, doutrinas, jurisprudências, sendo originário do assunto existente, buscando assim, o amadurecimento jurídico nas questões inerentes ao tema escolhido.

A fundamentação teórica repousa sobre a linha filosófica estruturalista, funcionalista e fenomenologia que aventam respectivamente para a trajetória metodológica analítica – comparativo dedutivo e fenomenológico.

Através da busca científica e da observação detida do tema enfocado procurei abordar com clareza as varias teorias e correntes apresentadas, os pontos controvertidos, bem como a entendimentos doutrinários.

1 SURGIMENTO DO CONCEITO DE POSSE NO DIREITO ROMANO

Historicamente a posse tem caráter dinâmico à posse, não é necessariamente pressuposto para aquisição do domínio, a posse é a possibilidade de fato, estabelecida por um ato, do exercício reiterado de um direito. Ela tem, por si só, conseqüências importantes, quem possui está extraindo os serviços que o bem oferece, possui benefício pela produtividade que impõe á coisa. Mantendo na posse, o possuidor obtém vantagens. E isto merece ser preservado em oposição ao proprietário inerte. Por isso é que se justifica perquirir a respeito do domínio.

O que vamos enfrentar, em cada caso concreto, é apenas o fato da posse, ou seja, a utilização do bem. Pouco importa que ela seja conseqüência de um título ou resultante de um fato. O que interessa é saber quem deu destinação econômica ao bem, quem exigiu seus serviços. Só em juízo petitorio haverá lugar para a perda do bem pelo possuidor. Considerando os limites da ação reivindicatória, o socorro aos interditos é compreensível, embora não se possa descartar a força psicológica do domínio. A idolatria que sempre cercou o domínio prejudica sensivelmente o instituto da posse. Esta acaba em posição secundária, o que é um equívoco, porque, do ponto de vista econômico-social, muitas vezes a posse é mais significativa do que a propriedade, pois implica em circulação de riqueza que decorre da utilização real e decisiva do bem.

Os bens à disposição dos homens têm finalidades próprias e peculiares que se manifestam na utilidade que traduzem para o individuo. Alguns desses bens são inesgotáveis (o ar, a luz solar etc) e não despertam por isso mesmo,

a ambição humana. Outros bens são úteis raros atendem a uma carência, respondem a um interesse. São esses que criam zona de choque, de atritos que comprometem a harmonia social. Os bens têm um destino econômico que se agita segundo a destinação usual e corrente que lhe presta a coletividade, a par de outra, própria e peculiar ao indivíduo. Com isso queremos dizer que existe um significado social e outro individual, não sendo possível, em abordagem da posse, desprezar o primeiro.

Tomemos um exemplo para melhor compreensão do pensamento. Um imóvel rural, quem mora em imóvel rural, sem praticar qualquer ato de produção, não o possui, porque a finalidade, a destinação econômica, não se esgota ou se manifesta apenas no ato de habitar. Morar tem um significado individual, mas não realiza o fim social, a destinação econômica que só se cristaliza a partir do momento em que a terra é aplicada na agricultura, pecuária ou agropecuária. Aqui ainda registra-se um equívoco. Alguém sustenta possuir uma fazenda reportando-se as dimensões que constam do registro imobiliário. Atua em verdade em pequena área em uma parcela mínima de gleba (terreno próprio para cultura; torrão). Pede a tutela possessória e a decisão, invariavelmente, assegura a posse de todo o imóvel. O mesmo ocorre em matéria de usucapião.

A procedência do pedido possessório, ou do usucapião, deveria se circunscrever à área objeto de posse efetivamente, limitando-se aos limites em que houvesse a utilização do bem segundo sua destinação econômica. Só assim temos o estado normal de servir ao homem.

A posse é uma forma de apropriação dos bens, que se caracteriza e justifica não porque existe a propriedade, mas pelo caráter ativo que apresenta.

A disciplina da propriedade é uma das formas que dispõe o ordenamento jurídico para que o tráfico social encontre desenvolvimento capaz de assegurar o equilíbrio, e a paz indispensáveis à vida da coletividade.

Segundo Clóvis Bevilacqua (apud, RIZZARDO, 1991, p. 11), o direito das coisas é o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Deste modo verifica-se que não são todas as coisas que interessam ao mundo jurídico. Somente concernem ao direito das coisas os bens podem ser objeto de apropriação pelo homem, quer sejam móveis ou imóveis. O direito das coisas, de um modo geral, compreende tão somente bens materiais, isto é, a propriedade e os seus desmembramentos.

A posse está presente no direito Romano, indicando uma relação material entre pessoa e bem, uma relação de fato com a coisa, que permitia dela dispor de forma plena. Constituía com a propriedade os dois tipos de relação do homem com a terra. O instituto não despertou a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da posse entre os juristas romanos. O espírito prático do romano limitou-se à casuística, descendo a minúcias como a tripartição da *possessio em civilis, ad interdicta e naturalis*, no que se refere à sua proteção, desenvolvem-se nas fases pré-clássica e pós-clássica.

Ela está na fase pré-clássica, convivendo com a propriedade. Conheciam-se duas formas de utilização econômica dos bens: Propriedade, em que o desfrute do imóvel decorria da titularidade do domínio; *Possessio*, em que era possível desfrutar independentemente da propriedade.

A *possessio* inicialmente, era um senhorio que o chefe da gens concedia sobre a terra aos clientes, com a obrigação de restituir logo que exigida. Incidia

sobre os campos ou fundo de terra que ficavam fora da cidade propriamente dita. Eram de propriedade comum da “gens”. Sua utilização se fazia pelos habitantes da cidade que não podiam apropriar-se, limitando-se ao uso, que recebia a denominação de “*usus, usus fructus, e possessio*”.

Cristalizava-se uma situação de fato que decorria de três circunstâncias: Ou não havia adquirir a propriedade, como se dava com os bens destinados ao uso comum; é o que se passava com “*ager puhlicus*”, que não admitia apropriação; Ou uma das partes não reunia segundo o “*ius oluirituum*” qualidades para se proprietários; Ou o meio utilizado para a transferência do domínio não era hábil para transferir a propriedade, transmitindo-se apenas a posse. As condições exigidas eram: ter por objeto um imóvel romano ou itálico; pertencer a um cidadão romano e só ser transferível por um modo solene. Ausente qualquer um dos requisitados citados, encontrando-se a coisa em poder de alguém tínhamos a *possessio*. É no curso desse período que surge a proteção pelos interditos que alcança todas as posses que conduzem à usucapião, alcançando tanto a posse separada da propriedade, como a posse do proprietário. A *possessio* designava, também, o poder do credor pignoratício, ou seja, de quem tinha em suas mãos coisa alheia a título de garantia, de seqüestro, como depositário de coisa alheia.

No período clássico encontramos a *possessio* irrevogável, reunindo a disponibilidade física da coisa acompanhada do desejo de possuí-la em definitivo, hábil à aquisição por usucapião. Este reclama a posse, a justa causa e a boa fé. A posse do precarista, do credor pignoratício e do sequestrário apresentava caráter excepcional, porque se exigia, então, a boa fé fugindo do que se passava anteriormente.

No período pós-clássico vincula-se a *possessio* verdadeira à propriedade. Estabelece-se uma correlação entre a propriedade e a posse, sendo aquela o suporte jurídico desta. Toda relação entre pessoa e coisa que não se funda no título ou na justa causa, equivale à detenção, a posse deixa de ser relação de fato e torna-se uma consequência do direito.

Na sua origem, a posse, não encontrou uniformidade de pensamento. Uma corrente entende que ela se encontra na proteção possessória por meio dos interditos que visava tutelar a posse do “*ager publicus* e *ager privatus*”. Aqueles eram objetos de concessões, admitindo revogação a qualquer tempo. Inicialmente elas alçavam apenas aos patrícios, para mais tarde atenderem aos plebeus, multiplicando os conflitos e criando o interdito “*uti possidentis*”. Esse interdito complementava o sistema destinado a assegurar a manutenção do “*status quo*” possessório. Não se admitia que a posse fosse viciada em relação ao adversário.

Não é uniforme o pensamento a respeito da Natureza Jurídica da posse, sustenta Savigny que a posse é ao mesmo tempo um direito e um fato. Considerada em si mesma é um fato; considerada nos efeitos que gera, isto é, usucapião e interditos, ela se apresenta como um direito.

Segundo a Teoria de Ihering posse é um direito. Partindo de sua célebre definição de direito subjetivo, segundo a qual aquele é o interesse juridicamente protegido, é evidente a natureza da posse.

Verdade que a posse difere dos outros direitos porque, enquanto nestes o fato que dá margem ao seu surgimento desaparece com a nascença do direito, na posse o direito só existe enquanto situação de fato existir. Com efeito, nos outros direitos, o direito se separa do fato que o engendrou –

tradição, ocupação, contrato, delito – desde o momento em que é engendrado; aqueles fatos, desde esse momento, pertencem ao passado; enquanto na posse, ao contrário, a manutenção da relação do fato é condição da sobrevivência do direito á posse.

Não são poucos, entretanto, os juristas que negam á posse a natureza de um direito.

Já alguns doutrinadores, entendem que a posse é o meio estado de fato, que a lei protege, em atenção à propriedade, de que ela à manifestação exterior.

Aliás, não se pode considerar a posse direito real, porque ela não figura na enumeração do art.1.225 do Código Civil, aquela regra é taxativa é não exemplificativa, tratando-se, ali, de “número *clausus*”. Dispositivo Correspondente no Cód. Civil de 1916, art.674.

1.1 Teorias de Savigny e Ihering

Na explicação do conceito posse, surgiu numerosas teorias. Entre as que procuram fixar o seu conceito, duas merecem a atenção do mundo jurídico: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering.

Segundo Savigny, dois os elementos da posse: o corpus e o *animus*. O corpus é o elemento objetivo material, que representa o poder físico da pessoa sobre a coisa, ou a intenção física da coisa. O *animus* é o elemento subjetivo, intelectual, ou seja, a intenção de ter a coisa.

A posse concretiza-se, assim pela conjugação desses dois elementos. Isoladamente, nenhum desses elementos basta para constituir a posse. Se existir apenas o contato material o *corpus* sem o *animus*, não há posse; haverá aí mera detenção. Igualmente, faltando o *corpus*, haverá apenas o fenômeno psíquico, sem qualquer repercussão no mundo jurídico. Savigny, em sua teoria clássica sobre a posse, valoriza muito o elemento *animus*, fazendo-o o núcleo de sua concepção. Nessas condições, Savigny só reconhece a existência da posse quando há o *animus domini*, além do poder material sobre determinada coisa.

O locatário, o comodatário, o depositário por exercerem, apenas, um poder físico sobre determinada coisa, sem a intenção de tê-la como dono, não são considerados possuidores; são menos detentores porque lhes falta a vontade interior de ter a coisa como sua. Não gozam tais pessoas de uma proteção direta. Assim se fossem turbados no uso e gozo da coisa que está em seu poder deverão dirigir-se à pessoa que lhes conferiu a detenção, a fim de que esteja como possuidora que é, invoque a proteção possessiva.

Segundo Savigny a posse é, sem dúvida, um fato que se converte em direito, porque a lei o protege.

Essa teoria de fundamento subjetivista marcante teve grande receptividade. Nas legislações do século XIX. Atualmente não condiz com a mentalidade jurídica moderna, não merecendo ser acolhida pelo mundo do direito. Apesar disso, fácil é perceber alguns resquícios dessa concepção em certas legislações. Até o nosso Código Civil não conseguiu desvencilhar-se totalmente dessa doutrina, como se pode verificar nos artigos 1.204 e 1.223, alusivos à aquisição e perda da posse.

Ihering erige a teoria objetiva. Admite a presença do *corpus* e do *animus*, mas com significado diferente daquele empregado pela teoria subjetiva.

O “*corpus*” não seria, historicamente, apenas o poder físico, mas a relação exterior entre o possuidor e a coisa, segundo sua destinação econômica. Este jurista considera de início, que a posse é a condição do exercício da propriedade, pois esta, sem aquela, é como um cofre sem chave. Posse não significa apenas a detenção da coisa; ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o “*animus*” nada mais é do que o propósito de servir-se da coisa como proprietário. Assim, o lavrador que deixa sua colheita no campo não a tem fisicamente, entretanto, a conserva em sua posse, pois que age, em relação ao produto colhido, como o proprietário ordinariamente o faz. Mas, se deixa no mesmo local uma jóia, evidentemente não mais conserva a posse sobre ele, pois não é assim que o proprietário age em relação a um bem dessa natureza.

Não é *mister* um conhecimento mais profundo para saber se alguém é ou não possuidor. Tal ciência decorre do bom senso. O camponês que encontra animal capturado por armadilha, sabe que o mesmo pertence ao dono desta, desse modo, se o tirar dali, não ignora que pratica furto, posto que o esteja subtraindo da posse de seu dono; o madeireiro; que lança à correnteza aos troncos cortados na montanha para que o rio os conduza à serraria, não tem o poder físico sobre os madeiros, mas conserva a posse, pois assim é que age o proprietário; o transeunte, que vê materiais de construção ao pé da obra, sabe que eles pertencem ao dono desta, embora não se encontrem sob a sua detenção física.

Todos estes exemplos, tirados do próprio Ihering (ano), servem para revelar uma circunstância a de que o possuidor é aquele que age em face da coisa corpórea como se fosse o proprietário, pois a posse nada mais é do que uma exteriorização da propriedade.

A lei protege todo aquele que age sobre a coisa como se fosse o proprietário, explorando-a, dando-lhe o destino para que economicamente foi feita. Em geral, quem assim atua é o proprietário, de modo que, protegendo o possuidor, no mais das vezes o legislador está protegendo o proprietário.

Em conclusão, protege-se a posse porque ela é a exteriorização do domínio, pois o possuidor é o proprietário presuntivo. Tal proteção é conferida através das ações possessórias.

Enquanto a ação reivindicatória é a propriedade na ofensiva, a ação possessória é a propriedade na defensiva.

Desse modo, a proteção possessória seve de escudo à propriedade, apresenta-se como um complemento de sua defesa, pois através dela no mais das vezes, vai o proprietário ficar dispensado da prova de seu domínio.

Em suma poder-se-ia dizer que:

- a- A posse é a condição de fato da utilização econômica da propriedade.
- b- O direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade.
- c- A posse é um meio de defesa da propriedade.
- d- A posse é uma rota que leva à propriedade.

“O Código Civil Brasileiro afastou inteiramente a construção de Savigny, por não corresponder à realidade dos fatos, nem a lógica do direito, e adotou a doutrina de Ihering, segundo ela se manifesta” (FIGUEIRA JR., 1994, p. 86-87).

A prova de que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria de Ihering se encontra no art. 1.196, que caracterizando a pessoa do possuidor fornece os elementos para extrair-se o conceito legal de posse: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”, dispositivo correspondente no Cód. Civil de 1916, art. 485.¹

Portanto, se o possuidor é aquele que atua frente à coisa como se fosse proprietário, pois exerce algum dos poderes inerentes ao domínio. Verdade que alguns passos; o legislador se deixou arrastar pela doutrina de Savigny, voltando à idéia de apreensão material da coisa. Mas, basicamente, o legislador disciplinou o instituto da posse, inspirado nas idéias de Ihering.

Este estudo levou-me à percepção entre Posse e Propriedade, pois, enquanto a propriedade é a relação entre a posse e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito, *a posse consiste em uma relação de pessoa e coisa*, fundada na vontade do possuidor, criando mera relação de fato. Tal relação de fato talvez nada mais seja do que a exteriorização do direito da propriedade. Esta circunstância, contudo, não é relevante, pois, mesmo que nenhum direito exista à posse, é ela protegida, até que o possuidor seja convencido por quem tenha melhor direito.

No fim da década de 1930, atribuindo equivocadamente ao Código Civil Brasileiro a fórmula correspondente ao exercício do direito; a qual se encontra, em verdade, no art. 565, primeira parte do Projeto Primitivo do Clovis Bevilacqua; e que em verdade fazia menção ao art. 522 do projeto de Código Civil Italiano. Sucedeu, porém, que a redação não foi mantida; A adotada pelo projeto revisto encaminhado ao Congresso Nacional, e com a demão final devida a Rui Barbosa no Senado, é que foi acolhido o artigo 485 do Cód. Civil Brasileiro de 1916.

Numa segunda análise, poder-se dizer que a posse se distingue da propriedade, mas o legislador, querendo proteger o proprietário assegura o possuidor até que se demonstre não ter ele à condição de dono. Tal proteção, que se estriba numa preocupação de harmonia social e, transitória e sucumbe frente à prova do domínio.

2 CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

Classificar corretamente a posse não é apenas questão acadêmica ou simples exercício teórico; ela nem sempre se apresenta com características iguais, nem sempre é exercida da mesma maneira e essas variantes acarretam diferentes situações teóricas e práticas.

Segundo J. D. Figueira Jr. (1994, p. 196): “A posse existe por si só, independentemente do direito real, não significando, necessariamente, corresponder, no mundo fático, a algum direito real. Tal correspondência pode existir, o não, sem que haja em requisito essencial”.

Quem ocupa um imóvel com o objetivo de transformar a sua posse em direito de propriedade, através de usucapião, certamente não tem posse igual à daquela pessoa que ocupa um imóvel na condição de comodatário. A posse do usufrutuário, por exemplo, oferece traços diferentes da posse do nu-proprietário. Da mesma forma, quem adquiriu de forma tranqüila e legal.

Assim se vê que as situações possessórias são diversificadas, com o que diversas são as suas conseqüências.

O Código Civil, em seu art. 1.196 diz considerar-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes peculiares á propriedade.

A posse é a exteriorização do domínio. Os atos praticados pelo fâmulo da posse não externam o seu propósito de atuar como dono da coisa, mas refletem o intuito de se representado de agir como proprietários. Este, e não aquele é o possuidor. Do exame da lei é possível separar as espécies de posse, distinguindo-as.

2.1 Quanto á Origem

2.1.1 Posse justa e posse injusta e efeitos

A classificação da Posse em justa e injusta está vinculada diretamente a sua aquisição, pela incidência ou não de vícios objetivos. A posse é viciada objetivamente por circunstância que a desvia das prescrições da lei.

Se a aquisição se faz segundo determinação legal, e conforme ao direito, a posse é justa, se sua aquisição repugna ao direito, ou seja, está eivada de vício (violência, clandestina, precária) e ilícita a sua aquisição, a posse é injusta.

O Código Civil, em seu art. 1200, enuncia: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

A posse será injusta se apresentar, um dos vícios indicados, ou seja, precário como são conhecidos no Direito Romano.

A posse injusta, portanto será assim classificada se for originalmente violenta, clandestina ou precária.

2.1.2 Posse violenta e efeitos

É aquela que se adquire pela força. O vício caracteriza-se pela violência inicial. O possuidor é injusto consegue a posse contra a vontade do possuidor, pela prática de atos materiais irresistíveis, ou pela violência física, como psicológica ou moral.

Como o direito não pode compadecer com a violência, nega a ele ao esbulhador a proteção possessória. Com efeito, determina o art. 1208 do Código Civil que:...não autorizam a aquisição da posse aos atos violentos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade. Portanto, a tomada violenta de posse não gera efeito no âmbito do direito.

2.1.3 Posse precária e efeitos

É a se origina do abuso de confiança por parte de quem recebe a coisa com a obrigação de restituir (o comodatário, o depositário, etc.), mas recusa-se a devolver. Abusa da confiança. Quando lhe é pedida a restituição, ele se nega a fazê-la.

O vício da precariedade macula a posse, não permitindo que gerasse efeitos jurídicos. Aliás, o já referido art. 1208 proclama não induzirem posse os atos de mera permissão ou tolerância, a que, decerto, abrange a posse precária.

A posse precária não convalesce jamais, porque a precariedade não cessa nunca. O dever do comodatário, do depositário, do locatário de devolverem a coisa recebida, não se extingue jamais de modo que o fato de o reterem, e de recalcitrarem em não gerando, em tempo algum, posse jurídica.

2.1.4 Posse clandestina e efeitos

É aquela que se estabelece às ocultas, de forma que o interessado não tem condições de ter-lhe ciência, a posse adquirida sem o conhecimento do Possuidor legítimo, e sem prática de violência física ou moral.

O antônimo de Clandestinidade é Publicidade. Para que exista posse é mister ser faz a publicidade, pois a posse só pode ser considerada como tal, quando for pública, vista que é definida como exteriorização do domínio.

Com efeito, se a posse nasceu clandestina, mas depois se tornou pública, através de atos ostensivos do possuidor, que além de ocupar a terra alheia, ali constrói planta e vive; se após a cessação da clandestinidade o proprietário se acomoda, deixando de reagir, por mais de ano e dia, então aquela posse que de início era clandestinidade, deixa de o ser, ganha juridicidade, possibilitando ao seu titular a inovação da proteção possessória.

3 QUANTO À INTENÇÃO DO POSSUIDOR

3.1 Posse de Boa e Má-Fé e Efeitos

“É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa”. (Código Civil – art. 1.201).

Será de má-fé quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que a mesma é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua legitimidade.

A boa-fé repousa no estado psicológico do possuidor em relação à coisa ou direito possuído, que se assenta em elementos legitimadores desse estado psicológico.

O parágrafo único do art. 1.201 estabelece uma presunção *iuris tantum* de boa-fé, se o possuidor tem *justo título*, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admita essa presunção; que é o título hábil para conferir ou transferir o direito à posse, como a convenção, a sucessão, a ocupação.

O código toma título, não no sentido material, mas no de causa eficiente, elemento criador da relação jurídica.

É de suma importância no Campo dos interditos possessórios determinarem o momento em que a posse de boa-fé perde esse caráter, passando a ser de má-fé, pelas suas conseqüências práticas.

Já Tito Fulgêncio, sustenta que: “Não se deve, fixar regras, a priori, inflexíveis” (2000, p. 44).

A conversão da posse não tem lugar no momento em que o possuidor toma conhecimento da existência do vício ou obstáculo, mas, sim, quando as circunstâncias firmam a presunção de que não os ignora. É o que se contém no art. 1.202 do Cód. Civil.

A má-fé não é obstáculo aos interditos, a menos que seja oposta posse de boa fé.

Silvio Rodrigues nos diz: “A distinção entre posse de boa-fé e posse de má-fé é desmedida, pois variados são os efeitos, conforme se trate de uma ou de outra dessas espécies de posse” (1997, p.32).

Com efeito, veremos que um é o regime legal no que diz respeito às benfeitorias, aos frutos, ao prazo de prescrição aquisitiva, à responsabilidade pela deteriorização, se trata de posse de boa-fé, outro, se trata de posse de má-fé.

3.1.2 Efeitos da posse em relação aos frutos (Arts. 1.214 a 1.216)

“O possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos”. (Cód. Civil – art. 1.214)

Frutos são utilidades econômicas periodicamente produzidas pelo bem principal.

Serão denominados: **naturais** quando produzidos pela própria força orgânica da coisa.

Terão denominações: **civis** quando constituído de rendimentos resultantes da utilização do principal. E **industriais** são os frutos produzidos

pelo bem principal através da intervenção do engenho humano, como os objetos produzidos por uma fábrica.

Os frutos podem também ser classificados sob outro critério. Serão considerados **Pendentes**, enquanto ainda vinculados ao bem que os produziu. **Estantes** são os frutos que, depois de separados do bem principal, se encontram armazenados ou guardados para venda. **Percebidos ou colhidos** são os frutos já desvinculados do bem principal. E **percipiendo** são aqueles frutos que poderiam ou deveriam se colhidos, mas ainda não o foram.

Em primeiro lugar, estando o possuidor de boa fé, tem direito aos frutos percebidos, enquanto durar a boa-fé. (art. 1.214 Cód. Civil). Quando cessar a boa-fé, os frutos pendentes ao tempo da cessação devem ser restituídos pelo possuidor. Mas ele tem direito a descontar as despesas de produção e custeio.

De outra parte, se houver colheita antecipada de frutos, estes também devem ser restituídos. É o que determina o parágrafo único do art. 1.214 do Cód. Civil.

Para fixar balisas a respeito de quando os frutos devem ser considerados colhidos, o art. 1.215 do Cód. Civil, diz que os frutos naturais e industriais se consideram colhidos no momento em que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia.

Quanto aos frutos, que tratamento recebe na lei o possuidor de má-fé?

Em primeiro lugar, ele responde por todos os frutos colhidos ou percebidos. Responde, também, pelos frutos, que, por sua culpa, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé. Mas a lei lhe confere um direito: a indenização pelas despesas de produção e custeio.

Assim, se um possuidor de má-fé colheu frutos da coisa, deverá restituí-los ao reivindicante; ou seu valor, caso não mais existam. Se este mesmo possuidor deixou de perceber frutos, negligentemente, deixando que se percam, também responderá por eles. Se, porém, os frutos foram produzidos com o seu trabalho, e o possuidor, ainda que de má-fé, teve despesas de produção e custeio, será indenizado pelo reivindicante pelo valor daquelas despesas.

3.1.3 Efeitos em relação às benfeitorias (Art. 1.219 a 1.222)

Efeito dos mais importantes da posse é o relativo às benfeitorias que o possuidor tenha feito na coisa do possuído.

Benfeitorias, são os melhoramentos feitos pelo homem num bem, com o objetivo de melhorar-lhe o uso, evitar que se deteriore ou destrua, ou, simplesmente, com a finalidade de embelezar-lo ou torná-lo mais agradável.

Sempre que as benfeitorias aumentam ou facilitam o uso da coisa, denominam-se benfeitorias úteis. As que têm por finalidade evitar a deteriorização ou destruição da coisa denominam-se benfeitorias necessárias. E aquelas que apenas embelezam a coisa ou a tornam mais agradável, recebem o nome de benfeitorias Voluptuárias.

A natureza das benfeitorias feitas pelo possuidor e a qualificação de sua posse, no que respeita aos seus direitos sobre elas, no momento em que deve restituir a coisa, ensejam soluções diferentes.

Assim, o possuidor de boa-fé tem direito a se indenizar pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias que tiver feito. No que concerne às

voluptuárias, caso não lhe sejam pagas, poderá retirá-las, desde que a faça sem detrimento do bem principal. Este direito está reconhecido pelo art. 1.219 do Cód. Civil.

Contudo, como o possuidor tem sua posse qualificada como de boa-fé, a lei confere dupla garantia ao seu direito de ser indenizado. Tanto na parte final do art. 1.219 do Cód. Civil, lhe é assegurado o direito de retenção das mesmas benfeitorias e da própria coisa, até que a indenização lhe seja efetivamente paga. Em caso de concurso de credores do reivindicante do bem, o crédito do possuidor tem privilégio especial, conforme está preceituado no art. 1566, inciso III do Cód. Civil.

A propósito das benfeitorias Voluptuárias, não compartilhamos inteiramente do tratamento dado ao possuidor de boa-fé, como nos diz art. 1.219 do Cód. Civil.

O direito de retenção é um dos vários meios diretos de defesa, que a lei, excepcionalmente, confere ao titular de um direito. Consiste na prerrogativa, concedida pela lei ao credor, de conservar a coisa alheia do momento em que a deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha contra o credor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa.

Constitui um meio de defesa do credor, no sentido de que atua como elemento compulsivo, incidente sobre o espírito devedor, pois a recuperação da coisa só lhe será possível se efetuar o pagamento do débito. O reivindicante vitorioso na demanda, só obterá a entrega da coisa reivindicada se indenizar o possuidor de boa-fé das benfeitorias úteis e necessárias, por ele levantadas. Enquanto o não fizer, é legítima a retenção da coisa, por parte do credor.

Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, porque estas deviam ser efetuadas se estivesse à coisa nas mãos de quem quer que fosse sob pena de deteriorização ou destruição. E se o reivindicante não as devesse indenizar, experimentaria enriquecimento indevido. Entretanto, não assiste ao possuidor de má-fé o direito de retenção para garantir o pagamento da referida indenização.

A atitude do legislador em face desse possuidor é severa, visto que fá-lo perder irremediavelmente as benfeitorias úteis e voluptuárias, não os indenizando por aquelas, nem permitindo o levantamento destas. E, nega-lhe direito de retenção para assegurar o recebimento de indenização pelas voluptuárias (Cód. Civil, art. 1.220).

Quando houver diferença entre o montante do enriquecimento e o do empobrecimento a indenização devida fixará ao possuidor de má-fé em optar entre o seu valor atual ou o seu custo; o possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual. Nesse princípio se fundamenta a regra do art. 1.222 do Cód. Civil.

As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem. E se compensam com os danos devidos pelo evicto ao reivindicante (Cód. Civil; art. 1.221).

3.1.4 Responsabilidade pela perda ou deteriorização da coisa (Art. 1.217 a 1.218).

O Código Civil no seu art. 1.217 nos diz: “que o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deteriorização da coisa, a que o der causa”.

Pois, estando na persuasão de ser sua a coisa, é de se presumir que dela cuide com o mesmo zelo com que o proprietário cuidaria.

Clóvis Bevilacqua, no que é seguido por **Lafayette Rodrigues Pereira**, sustenta, com estribo em **Tito Fulgêncio**, que a expressão a que não der causa, contida no final do art. 1.217, acima citado, equivale a dizer que a responsabilidade do possuidor não se caracteriza, a menos que tenha agido com dolo ou culpa, pois presume-se a razão zelar (Fulgêncio, 2000, p. 177).

Não me parece justa tal restrição da parte final do art. 1.217 do Cód. Civil, no sentido de se sujeitar o possuidor de boa-fé à responsabilidade pela perda e deteriorização da coisa, apenas, quando agir com dolo. Todavia, como a culpa grave ao dolo se equipara, é do interesse geral responsabilizar o possuidor também pela perda ou deteriorização derivada pela culpa grave, pois tal orientação representa incentivo no sentido de se preservar a riqueza social.

O possuidor de má-fé, entretanto, responde pela perda ou deteriorização da coisa em todos os casos, mesmo que decorrentes do fortuito ou força maior, só se eximindo com a prova de que se teriam dado do mesmo modo, ainda que a coisa estivesse em mãos do reivindicante (Cód. Civil; art. 1.218). Porque nesta hipótese o possuidor ciente de que sua posse é injusta, não merece qualquer proteção da lei.

4 QUANTO À INFLEXÃO DO PODER DO POSSUIDOR E EFEITOS

4.1 Posse Direta e Indireta e Efeitos

Sempre que o possuidor possa exercer seus poderes sobre a coisa de forma imediata, sem interferências de terceiros, a posse se denomina direta. Frequentemente, porém, por força de lei ou de convenção, o titular único da posse defere ou transfere provisoriamente a outrem o exercício de seus direitos. Mesmo assim, o conserva um resíduo destes mesmos direitos. Do contrário, perderia completamente a sua posse e é isto que acontece, exemplificadamente, no caso de locação, do usufruto, do comodato, etc.

Nestes casos, então a posse se biparte. E a sua porção mais vital, ou seja, exercício imediato (a própria posse direta que acima mencionamos) passa para outra pessoa. Mas, tendo ocorrido à bifurcação da posse, nem por isso o possuidor antigo a perdeu. Ele conserva em seu poder uma porção residual da mesma posse. A esta porção residual se dá o nome de posse indireta.

Cabe esclarecer um detalhe pode existir sozinha, sem pressupor a existência de uma posse indireta. É o caso do possuidor usucapiente ou do proprietário, onde o exercício dos direitos possessórios é feito pessoalmente pelos respectivos titulares. Por outro lado, a posse direta pode coexistir, e coexiste, com a indireta, ocorrendo o que se pode denominar de posses paralelas. Esta é, por exemplo, a situação do usufrutuário, que detém a posse direta paralelamente com a indireta retida pelo nu-proprietário. Já a posse indireta não pode existir sozinha. Sua existência pressupõe sempre existência

da posse direta. Assim, a posse direta pode ter existência isolada ou paralela (com a posse indireta). Esta última, por usar expressão de Savigny, será sempre uma derivada, e será sem paralela.

O art. 1.197 do Cód. Civil consagra esta classificação, quando estatui: “Quando, por força de obrigação ou direito, em casos, como o do usufrutuário do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas de quem eles a houveram, a posse indireta” (GOMES, 1997, p. 41).

Nosso Direito Civil adotou a classificação bipartida da posse direta e indireta, como consequência de sua filiação à doutrina de Ihering, como acertadamente observa o professor Orlando Gomes.

Resultante prática desta classificação na proteção da posse. O possuidor indireto, por não tê-la perdido, pode defendê-la contra turbação ou esbulho de terceiros. O mesmo acontece o possuidor direto, que tem defendido, até mesmo contra o próprio possuidor indireto, para assegurar o livre exercício de seus poderes.

Sílvio Rodrigues nos diz: “quando ao campo de seu exercício admite-se a distinção entre a posse e a indireta; quando às simultaneidades do exercício, o legislador permite a existência da composses” (1997, p. 24).

Portanto é indireta a posse quando o seu titular, afastando de si por sua própria vontade a detenção da coisa, continua a exercê-lo, imediatamente, após haver transferido a outrem a posse direta.

O art. 1.197, do Cód. Civil, nos passa assim que é possuidores diretos, o usufrutuário, o depositário, o credor pignoratício, o locatário, o comodatário, pois que todos detêm a coisa que lhes foi transferida pelo dono; mas este ao

transferir a coisa, conservou a posse indireta, o que poderíamos de maneira um pouco contraditória, chamar posse de direito.

A relação possessória, no caso se desdobra. O proprietário, por força de seu direito dominal, exerce a posse como corolário do domínio. A essa posse dá-se o nome de posse indireta.

5 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

5.1 A Posse *Ad Interdicta* e *Ad Usucapionem* e Efeitos

Pode-se encarar a posse, quer para efeito de interditos, quer para efeitos do usucapião.

Para que a posse se confira a proteção de interditos, basta que ela seja justa, isto é, que não venha eivada dos vícios de violência, clandestinidade e precariedade. Assim o titular de uma posse justa pode reclamar e obter a proteção possessória contra quem quer que o esbulhe, o perturbe, ou o ameace em sua posse, ainda que o autor do esbulho, turbação ou ameaça seja o próprio proprietário da coisa, tal proteção é concedida. Portanto, para que a posse *ad interdicta* se configure, basta que seja justa.

Posse *ad interdicta* é aquela protegível pelos interditos, na hipótese de ser molestada. O possuidor, que sinta ameaçada, turbada ou perdida sua posse, tem a faculdade de defendê-la ou de recuperá-la, através da ação possessória adequada, e a posse, assim protegível, denominar-se-á *ad interdicta*.

Dá-se o nome de posse *ad usucapionem* àquela capaz de deferir a seu titular o usucapião da coisa, se supridos os requisitos legais.

Em rigor, perante terceiros que não o proprietário, qualquer posse dá direito aos interditos. Com efeito, ainda que a posse tenha várias, o possuidor será garantido em sua posse, contra terceiros que não tenham sido vítimas da violência, da clandestinidade, ou a precariedade, enfim de terceiros que não tenha melhor posse.

A posse pode atuar como elemento que conduza à aquisição do domínio. Temos a posse *Ad usucapionem*.

O usucapião é um dos modos de adquirir o domínio pela posse mansa e pacífica sobre a coisa de outrem, por um período de tempo definido na lei.

Ordinariamente, a aquisição por usucapião implica com justo título e boa-fé, por um período de dez anos (Cód. Civil, Art. 1.242).

Todavia, a lei presume boa-fé e justo título, se a posse estende por mais de quinze anos, sem interrupção... (art. 1.238, do Cód. Civil).

Nestes casos é irrelevante que a posse tenha sido gerada na violência, ou na clandestinidade. Porque, se após a cessação desses vícios, transcorreu o período de vinte anos, o possuidor adquire o domínio da coisa, independentemente de título e de boa-fé, que a lei presume, *júris et de jure*, existir neste caso.

A essa posse capaz de gera o domínio, dá-se o nome de posse *ad usucapionem*.

6 AQUISIÇÃO DA POSSE

Estabelece o Código Civil Brasileiro, no art. 1.204, que se adquire a posse: “[...] desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade [...]”.

É pequena a utilidade de regular legislativamente a aquisição da posse, como faz o Código Civil. Isso porque, se a posse é uma situação de fato e se possuidor é aquele que exerce poderes inerentes ao domínio, evidentemente quem quer que se encontre no exercício de tais poderes é porque adquiriu a posse.

Tito Fulgêncio focaliza bem o problema: enquanto em matéria de propriedade a questão da origem se confunde com a de sua existência, pois quem pretende provar existência da propriedade deve ministrar prova de seu nascimento; o mesmo não se dá em matéria de posse, onde se tratando de novo estado de fato, não há razão para indagar sua origem. (RODRIGUES, 2007, p.38).

Portanto, para se adquirir posse, não se faz mister o exercício do poder; basta a possibilidade de exercício. Não se pode prescindir é da existência do poder de ingerência.

Pode-se, ainda, adquirir a posse pelo constituto possessório (art. 1.267, parágrafo único, do Cód. Civil), também chamado cláusula, originária do direito romano e imaginada por a fim de ser evitadas complicações decorrentes de duas convenções, com duas entregas sucessivas, a do vendedor, ou doador, ao comprador, ou donatário, e a segunda, deste último para o vendedor, ou

doador, que se mantenha na posse da coisa vendida, ou doada, por exemplo, na qualidade de locatário.

Constituto possessório é o ato pelo qual aquele que possuía em seu nome passa a possuir em nome de outrem. Por exemplo, o proprietário aliena sua casa, mas nela permanece como representante do adquirente. Pelo constituto possessório, a posse desdobra-se em duas faces: o possuidor antigo, que tinha posse plena e unificada, converte-se em possuidor direto, enquanto o novo proprietário se investe na posse indireta, em virtude da convenção.

O constituto possessório é modo de adquirir a posse hostilizada por todas as escolas. Aplica-se tanto aos bens móveis como aos imóveis. De qualquer modo, quem pactua referida cláusula, embora conservando a posse, age como representante do adquirente.

Cláusula *constituti* não se presume. Deve constar expressamente do ato, ou resultar de estipulação que a pressuponha, como quando o vendedor, transferindo a outrem a propriedade da coisa, a conserva, todavia em seu poder, a título de locação.

Os princípios relativos à aquisição da posse – dispõe o art. 1.206 do Cód. Civil, que a posse se transmite aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres. O art.1.207 do mesmo Código, por seu termo, acrescenta que “ao sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir a sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”.

De acordo com o art. 1.207, o sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor. Sucessor a título universal é aquele que substitui o

titular primitivo na totalidade dos bens, ou numa quota ideal delas, como no caso do herdeiro.

Já com relação ao sucessor a título singular é o que constitui o antecessor em direitos ou coisas determinadas, como o comprador e o legatário. De acordo com o referido art. 1.207, pode ele unir sua posse à do antecessor, a *accessio possessiones* não é obrigatória. Existe mera faculdade, que exercitara, ou não, como melhor lhe convenha.

Obstáculos à aquisição de posse, consoante ao estatuído no art. 1.208 do Cód. Civil, “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou clandestinidade”.

Por fim, o art. 1.209 do Cód. Civil preceitua que “a posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas, móveis que nele estiverem”. Trata-se de aplicação da regra geral de que o acessório acompanha o principal. O preceito vigoraria ainda que ausente um texto expresso.

Melhor exemplificando: meu antecessor era possuidor de má-fé.

Adquirindo-lhe a posse, a título singular, reserva-me o direito à seguinte alternativa, uno ou não minha posse à anterior, para efeito de usucapião. Se fizer essa justaposição, como me é facultado, a posse atual revestir-se-á do vício anterior que a contaminava; contando, porém, o lapso de tempo da primeira posse, precisaria de menor prazo para que se consume a prescrição aquisitiva. Se não fizer a junção das posses, a atual ficará expurgada do vício originário de que se ressentia, mas, em compensação, o prazo para usucapião terá de ser maior, pela inutilização do lapso de tempo vencido pelo meu antecessor. (MONTEIRO, 2003 p. 37).

7 QUANTO AS FORMAS

7.1 Apreensão da Coisa

Consiste num ato que coloque o possuidor em condições de dispor livremente da coisa. Essa apreensão pode ser indiferentemente unilateral a que se exercita sobre coisa sem possuidor ou convencional – a transmitida pelo contrato.

Fala o código em apreensão sem estabelecer qualquer ressalva, parecendo indicar assim, a primeira vista, que onde houver apreensão haverá também *ipso facto* aquisição da posse. Efetivamente, pode haver apreensão e não haver posse, assim como pode haver posse e não haver apreensão. Urge-se entenda o termo apreensão em função do conceito da posse e assim ela só se integra ou só se configura com o concurso da vontade de se apropriar da coisa.

Relativamente a bens móveis, a apreensão opera-se não apenas pelo contato físico, mas com a deslocação, que é geralmente o modo pelo qual se exterioriza a vontade de se apossar da coisa. No tocante aos imóveis, a vontade de apropriar-se se traduz pelo fato de seu uso. Só com esse uso o autor da apreensão se investe no papel de possuidor.

Fulgêncio diz que:

O caçador persegue a caça, conseguindo alveja-la e feri-la. Terá ele, com esse ato, adquirido a posse? Impõe-se a negativa. Só quando apanha a caça, sujeitando-se ao seu poder físico, terá o caçador adquirido a posse. Outra hipótese: cai a caça na armadilha, achando-se ausente o caçador. Nesse caso, embora inexistente o contato material, o caçador adquire a posse porque sua vontade de se apropriar da coisa se exterioriza de modo claro, enérgico e positivo. (2000, p.47)

7.1.2 Exercício do direito

Trata-se de dispositivo ocioso, porquanto exercício de direito já quer dizer posse. Não convém confundir o exercício de direito e gozo de direito. Ter gozo de um direito é ter aptidão necessária para dele tornar-se titular; ter exercício é poder usar desse direito, ter-lhe a respectiva utilização, ter o gozo das vantagens que oferece.

De acordo com a doutrina do código, adquire-se a posse pelo exercício do direito. O locatário, por exemplo, adquire a posse da coisa locada quando assume o exercício do direito. O mesmo acontecerá com o depositário, o credor pignoratício, o comodatário, enfim, todos aqueles que sejam titulares de direitos exercidos sobre coisas corpóreas, exclusivamente, pois, como se acentuou, a posse não se amplia a direitos pessoais.

7.1.3 Disponibilidade sobre a coisa

A disponibilidade é o ato mais característico da visibilidade do domínio. Nenhum outro exterioriza de modo mais significativo o direito de propriedade. O ato de disposição evidencia a exterioridade do domínio, atitude que demonstra inequivocadamente a intenção de ser proprietário, manifestação da conduta normal do titular do domínio.

7.1.4 Por qualquer dos modos de aquisição em geral

A posse pode ser adquirida por qualquer dos modos de aquisição em geral, vale dizer, pelos atos jurídicos a título gratuito ou a título oneroso, “*inter vivos*” ou “*mortis causa*” como a compra e a venda, a adoção, dação em pagamento, a permuta, a transação, a sentença proferida no juízo divisório, a adjudicação, a herança e o legado. Qualquer que seja a natureza do ato, haverá transferência da posse do titular antigo para o titular novo, tão eficaz, tão positiva e tão categórica como na simples apreensão.

De acordo com este dispositivo devem concorrer os mesmos requisitos para a validade dos atos jurídicos em geral: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei. Exemplificando, podemos dizer que os absolutamente incapazes estão em condições de adquirir pessoalmente a posse, só por via de seus representantes. Não admitem posse das coisas fora do comércio. A forma é livre, exigindo-se apenas que não se ressinta a aquisição dos vícios da violência, clandestinidade ou precariedade.

7.1.5 Aquisição pela própria pessoa que a pretende

Isto é por quem se ache no gozo de sua capacidade de exercício ou de fato, ou seja, desde que tenha capacidade geral para a prática de atos da vida civil, e venha a praticar o ato aquisitivo da relação possessória, instituindo a exteriorização do domínio.

A posse pode ser adquirida pela própria pessoa que a pretende, desde que capaz. Se não tiver capacidade legal, poderá adquiri-la se estiver representada ou assistida por seu representante (art. 1205, I do Código Civil).

O Código Civil de 2002 não se refere à aquisição por procurador, como fazia o de 1916, considerando que a expressão representante abrange tanto o representante legal como o representante convencional ou procurador. Entende-se, por uma ficção, que a vontade do representante é a do próprio representado.

É preciso distinguir, no entanto, no tocando à capacidade do sujeito para a aquisição da posse, a mera situação de fato decorrente de uma relação jurídica. O constituto possessório, que se concretiza por meio de um contrato, por exemplo, exige uma manifestação de vontade qualificada e, portanto, capacidade de direito e de fato (de exercer, por si só, os atos da vida civil).

Todavia, quanto à mera situação de fato, o incapaz pode adquirir a posse por seu próprio comportamento, pois é possível ultimar a aquisição da posse por outros meios que não os atos jurídicos, como, por exemplo, por apreensão. E o incapaz só não tem legitimação para praticar atos jurídicos. Sendo a posse mera situação de fato, para que esta se estabeleça não se faz mister o requisito da capacidade.

7.1.6 Aquisição por representante ou procurador

O legislador separa duas hipóteses determinando a possibilidade de posse ser constituída pelo representante, bem como pelo procurador do adquirente. De modo que há de se entender que no primeiro caso o legislador quis se referir ao representante legal do incapaz, e, no segundo, ao representante, ao representante convencional de pessoa capaz.

O incapaz pode, todavia adquirir a posse através do seu próprio comportamento, pois é possível ultimar a aquisição da posse por outros meios que não atos jurídicos, como, por exemplo, por apreensão. E o incapaz só não tem legitimação para praticar ato jurídica sendo a posse mera situação de fato, para que esta se estabeleça não se faz mister o requisito da capacidade.

7.1.7 Aquisição por terceiro sem mandato

Sujeito, porém a necessária ratificação admite-se que a posse adquirida por terceiro em nome do adquirente pode legitimar-se qualquer que seja a qualidade da representação, sem necessidade de exame rigoroso dos termos do mandato ou da autenticidade do representante. Exemplo: Alguém por intermédio de seu advogado que figurou como interposta pessoa, adquiriu importante jornal desta cidade, tendo havido transferência de posse por ocasião do contrato preliminar. Depois o alienante vendeu novamente tais bens a terceiros, desprezando o contrato inicial. Quando os novos adquirentes se viram ocasionados pelo primeiro comprador, em pedido de reintegração de posse, alegaram entre outros argumentos, que o autor era estranho à relação jurídica. Entendeu-se, tendo o advogado adquirido a posse para seu cliente,

este se tornara possuidor e faz jus à proteção possessória, que lhe foi afinal concedida.

7.1.8 Aquisição pelo constituto possessório

Forma de transferência convencional da posse em que ela é transferida de um possuidor novo, conservando o possuidor antigo a posse em nome do adquirente. É o que tem compra e venda, quando por força da cláusula “constitui”, o alienante transfere a posse do que dispunha ao comprador, passando a ser mero detentor do imóvel, em nome do adquirente a cláusula não se presume, devendo vir expressa ou resultar logicamente das cláusulas estipuladas. Exemplo da última hipótese tem quando o vendedor, transferindo a outrem à propriedade da coisa, a mantém em seu poder a título de locação.

Pode-se, ainda, adquirir a posse pelo constituto possessório art. 1.267, parágrafo único, do Cód. Civil, também chamado cláusula, originária do direito romano e imaginada por a fim de ser evitadas complicações decorrentes de duas convenções, com duas entregas sucessivas, a do vendedor, ou doador, ao comprador, ou donatário, e a segunda, deste último para o vendedor, ou doador, que se mantenha na posse da coisa vendida, ou doada, por exemplo, na qualidade de locatário. O constituto possessório é modo de adquirir a posse hostilizada por todas as escolas. Aplica-se tanto aos bens móveis como aos imóveis. De qualquer modo, quem pactua referida cláusula, embora conservando a posse, age como representante do adquirente.

7.1.9 Quem pode adquirir

A posse pode ser adquirida:

I – pela própria pessoa que a pretende, ou por seu representante;

II – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. (Cód. Civil de 2002, art. 1.205).

Em primeiro lugar, por conseguinte, pode a posse ser adquirida pela própria pessoa que a pretenda, isto é, por quem se ache no gozo de sua capacidade de fato e venha a praticar o ato aquisitivo. Se incapaz a pessoa, só pode adquirir-la por intermédio ou com a assistência de seu representante legal. Pode ser adquirida, igualmente, por procurador com poderes especiais, ou, ainda, por terceiro, sem mandato, sujeito, porém, à necessária ratificação. Em tal matéria, admite-se que a posse adquirida por terceiro, em nome do adquirente, pode legitimar-se qualquer que seja a qualidade da representação, sem necessidade de exame rigoroso dos termos do mandato ou da autenticidade do representante do representante. O que importa é a autenticidade de quem apreende a coisa.

8 USUCAPIÃO COMO EFEITO DA POSSE

O direito Romano já a considerava como um modo aquisitivo do domínio em que o tempo figura como elemento precípua. A própria etimologia da palavra indica isso: *capio* significa “tomar” e *usu* quer dizer “pelo uso”.

O usucapião é modo de aquisição da propriedade. Aquisição pela posse prolongada e qualificada pela boa-fé, decurso de tempo, *animus domini*. Não seria então efeito da posse pura e simples. Mas, como esta lhe é essencial, não há como recusar que a posse é requisito do usucapião, e, pois, que esta é efeito seu.

O usucapião se fundamenta, no propósito de consolidação da propriedade, pois, através dele, se empresta base jurídica a meras situações de fato. Assim, de um lado, estimula o legislador a paz social, e, de outro, diminui para o proprietário o ônus da prova de seu domínio.

Com efeito, para provar do domínio, deve o seu titular, em rigor, exhibir não só a prova de sua aquisição, como também a prova de aquisição por parte de seus antecessores. Entretanto, em virtude do usucapião, basta que a prova da legitimidade do domínio se faça pelo período suficiente para usucapir, ou seja, pelo período de vinte anos.

8.1 Usucapião no Código Civil

A posse é o principal elemento do usucapião. O Código Civil, na mesma esteira do Direito romano, conhece duas espécies de usucapião.

O Usucapião ordinário – no Código de 1916, que se consuma adquirir o domínio no espaço de dez anos, entre pessoas moradoras do mesmo

município (entre pessoas presentes), e de quinze, entre pessoas que habitam municípios diversos (entre pessoas ausentes); no caso de usucapião ordinário exige o legislador prova de posse mansa e pacífica, acompanhada de justo título e boa-fé. (Cód. Civil, 1916 – art. 551). Veja o art. 1.243 do presente Código com idêntico sentido.

O Usucapião extraordinário – que se consuma no prazo de vinte anos, mediante apenas prova de posse mansa, pacífica e ininterrupta, pois, quanto aos pressupostos de justo título e boa-fé, o legislador presume, de maneira irrefragável, sua existência. Como já acentuamos, o preço da posse é a permanente vigilância. Com efeito, dispõe o art. 550 do Cód. Civil, 1916:

Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transação no registro de imóveis. (Art. 550; Código Civil Brasileiro de 1916).

São pressupostos do Usucapião, coisa hábil, justo título, posse, transcurso do tempo, boa-fé, poderíamos acrescentar um outro requisito a saber, a presença de uma sentença judicial reconhecendo o direito do prescribente, sentença cuja transcrição transfere a este o domínio.

O vigente Código Civil assume uma nova perspectiva com relação à propriedade, ou seja, seu sentido social. Desse modo, a idéia básica no presente é no sentido de que as modalidades de usucapião situam-se no tempo de período aquisitivo, mais ou menos longo. O usucapião extraordinário, de quinze anos está descrito, independente de título e boa-fé, pois a perda pelo antigo proprietário pelo usucapião, se houver, reside então, como é evidente, na sua inércia em recuperar a coisa. Quanto ao usucapião ordinário,

o novo Código suprime a referência entre presentes e ausentes; o que teremos questões envolvendo direito intertemporal, posse aquisitiva que tenha se iniciado sob a égide do Código anterior e se consumirá na vigência da mais recente lei civil.

8.1.2 Usucapião na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 cogitou especialmente do usucapião urbano e rural em duas disposições distintas.

Art. 183 – “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor por mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191 – Aquele que, não sendo proprietário do imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Com efeito, o art. 191, parágrafo único, do texto constitucional proclama que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

8.1.3 Usucapião Especial – LEI 6.969/81

No desenvolvimento do conceito de propriedade como integrantes da idéia de função social, a constituição de 1934 estabeleceu uma nova modalidade de usucapião. A disposição originária da constituição de 1934, sofreu modificações, até que assim chegou à constituição de 1946 fixando hectares e prazo (anos).

A Lei nº. 6.968/81 disciplinara usucapião especial, destinado a imóveis rurais, reduzindo seu prazo:

Art. 1º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem conhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

Parágrafo único – Prevalecerá a área de módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

Na vigência da Constituição de 1946 foi aprovado o “Estatuto da Terra” – Lei nº. 4.504 de 30 de novembro de 1964 – o qual o propósito do Usucapião Especial, estabeleceu:

Art. 98 - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem conhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada com suficiente, para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhe a subsistência, o progresso social e econômico, na dimensão fixada por esta lei para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

As características fundamentais desta categoria especial de usucapião baseiam-se no seu caráter social. Não basta que o usucapiente tenha a posse associada ao tempo. Requer-se mais, que faça da gleba ocupada a sua morada e a torne produtiva pelo seu trabalho ou seu cultivo direto, garantindo

esta sorte a subsistência da família, e concorrendo para o progresso social e econômico. Se o fundamento ético do usucapião tradicional é o trabalho, como nos parágrafos anteriores deixamos assentado, maior ênfase encontra o esforço humano como elemento aquisitivo especial.

Não pode ser qualquer área de terra o seu objeto. A Constituição de 1946 limitava-se a vinte e cinco hectares, mas o Estatuto da Terra adota um critério elástico, tendo em vista a noção “módulo” de propriedade que ele mesmo fornece, com dimensionamento variável em função das condições econômicas locais, fixado para cada região, e com capacidade para absorção da força de trabalho do agricultor e sua família (Lei nº. 4.504 de 1964, art. 4º).

Pela sua própria natureza e do contexto da disposição legal, resulta que somente áreas situadas na zona rural podem por esta modalidade ser adquiridas. Desta forma, a lei tirou a dúvida que desde o regime constitucional de 1934 se levantara.

Tendo-se entendido que não se afasta do foco aquisitivo do usucapião especial a terra que constitui bem público patrimonial.

Tendo em vista a complexidade de requisitos a serem apurados, a propriedade neste caso somente se advém por sentença devidamente transcrita, o que está, aliás, expressamente exigido, ao cogitar o legislador (constitucional como ordinário) da sentença declaratória como instrumento ou título (“mediante sentença declaratória devidamente transcrita”).

A Lei nº. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, reduziu para cinco anos o prazo de usucapião especial, esclareceu a viabilidade da aquisição de bens públicos, salvo se necessários à segurança nacional, às áreas de interesse ecológico e as reservas indígenas. Simplificando o processo mediante

expedição de título definitivo de domínio pelas autoridades, e respectiva inscrição no registro de imóveis. Para os terrenos particulares adotou o rito sumaríssimo. E, finalmente, admitiu a invocação do usucapião em defesa na ação movida contra o usucapiente, valendo a sentença como título a ser inscrito no Registro de Imóveis.

9 DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Efeitos da posse são as conseqüências jurídicas por ela produzidas, ou seja, todas as conseqüências que a lei lhe atribuiu.

O direito de invocar os interditos, por outras palavras, o direito de propor ações possessórias, constituir o primeiro e o mais importante efeito resultante da posse.

Três são, fundamentalmente, as ações possessórias:

A ação da manutenção de posse concedida ao possuidor que sofre a **turbação**. A ação de reintegração de posse concedida àquela que sofreu **esbulho**. O interdito proibitório para servir de defesa contra **ameaça** iminente à posse. As três ações possessórias são agora reunidas no art. 1.210 do Código Civil.

O vocábulo interdito procede da expressão *ínterim dicuntur* e que traduz a efemeridade da decisão proferida no juízo possessório, cuja finalização só se alcança no juízo peditório.

Ao lado dessas ações e também sob o título de ações possessórias o direito brasileiro admite a “ação de imissão de posse”, “embargos de terceiro senhor e possuidor” e “ação d enunciação de obra nova”.

Não se pode por em dúvida a natureza das ações possessórias, em que qualquer dos litigantes pode assumir a posição de autor e réu. Em tais condições, lícito é a este último pleitear seu direito e reclamar perdas e danos. Pode ainda o autor, pelo mesmo motivo, ser considerado a respeitar a posse do adversário, comunicando-se-lhe idêntica para a pedida na inicial.

9.1 Ação de Manutenção de Posse

Dá-se ação de manutenção de posse quando o possuidor, sem haver sido privado de sua posse, sofre turbação em seu exercício. Não há perda da posse, mas sim moléstia da posse, ou seja, turbação. Não se discute na ação a qualidade do direito do turbador, nem a natureza ou profundidade do dano, porém o fato em si, que perturbar a posse.

A moléstia à posse pode ser de fato ou de direito. A moléstia de fato consiste em turbação em via de fato e a de direito se manifesta por via judicial ou administrativa, como no caso de ser intimado o locatário a não mais pagar aluguel ao locador, ou em anúncio de venda pública de coisa possuída, decisão da autoridade fixando largura de uma estrada em detrimento da utilização da coisa etc.

Quando a moléstia for recente, vale dizer, ocorrer a menos de ano e dia, o autor pode obter medida liminar de manutenção de posse quando provar, por documento ou em audiência de justificação, a existência da posse e da turbação.

Na hipótese da moléstia datar de mais de ano e dia, não é possível a concessão de liminar, seguindo o processo o rito ordinário.

São requisitos para o sucesso da ação: I – Que se prove a turbação, conservando o possuidor à posse. Se a turbação é passada, sem que haja probabilidade de se repetir, o mandado de manutenção é inócuo, devendo a vítima, ao invés de pleiteá-lo, reclamar apenas perdas e danos. De parte de uma propriedade foi ocupada indevidamente, mas o ocupante já a abandonou, ao possuidor é inútil obter mandato judicial. Basta que reclame indenização do

prejuízo que houve experimentado. II – Quer, prove a turbação ter menos de ano e dia, pois se houver durado mais do que tal lapso, a situação de fato oriunda dos atos agressivos se consolidou, não podendo mais ser se mediada em juízo possessório.

Ainda há ainda a turbação direta da indireta, bem como a positiva da negativa. Turbação direta é a que se exercita sobre a coisa, objeto da posse, como por exemplo, se o réu abre picada no terreno do autor. Turbação indireta é a praticada externamente, mas que repercute sobre a coisa possuída, produzindo efeitos nocivos ao exercício da posse pelo respectivo titular, como por exemplo, se em virtude de atos ou palavras do turbador, o possuidor deixa de arranjar inquilino para o prédio. Turbação positiva é a que resulta da prática de atos materiais equivalentes ao exercício da posse sobre a coisa, por parte do turbador. A turbação é negativa, quando apenas dificulta ou embaraça a plena atividade possessória do possuidor.

O que há de peculiar na ação possessória é que pode o réu, entre os meios de defesa, alegar e provar que a posse do autor desmerece proteção, por have-la o mesmo, por exemplo, obtido violentamente do próprio contestante. Faculta-se ao juiz, caso se haja convencido de atender o pedido do contestante, no sentido do reintegrá-lo na posse de que foi esbulhado. Por isso se diz que a ação possessória é duplica. Esta lição, encontrada em obras mais antigas, é repetida por autores modernos.

9.1.2 Ação de reintegração de posse

A ação de reintegração de posse tem lugar quando alguém é desapossado da coisa. Vale dizer, sua posse não é apenas perturbada, mas é perdida. Pouco importa se há perda da posse sobre toda a área possuída ou sobre parcela desta área, em qualquer caso, é cabível a ação de reintegração de posse, mediante a qual o antigo possuidor será reintegrado na posse da coisa que se encontrava sob seu controle material.

Tanto na ação de manutenção de posse quanto na ação de reintegração de posse, pode o réu alegar ser o dono da coisa. Mas como no interdito se tutela a posse, não deverá ser escolhido o argumento daquele que pelo fato de ser dono turbou ou esbulhou a posse alheia. O julgamento da posse não pode ser distorcido pela inovação da propriedade. Este direito deve ter objeto da ação reivindicatória, cabendo ao proprietário reaver a coisa pela via petítória.

A *exceptio dominii* somente é cabível quando a posse é disputada a título de domínio, ou seja, ambos os litigantes se afirmam donos da coisa e, por isso, desejam-na manter sob o seu controle material.

Ebulho é o ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse, violenta ou clandestinamente, e ainda por abuso de confiança. Quer a perda da posse resulte da violência quer decorra de qualquer outro vício, caberá a reintegratória.

Nestas condições, comete esbulho, procedendo por isso à ação, estranho que invada casa deixada por inquilino. De modo idêntico a ação própria contra comodatário que deixe de entregar a coisa dada em comodato

finda o prazo contratual, ou, se não há prazo, quando reclamada pelo comandante, é a de esbulho.

Cabe o interdito na hipótese em que o compromissário – comprador deixa de pagar as prestações avençadas ou quando o locador de serviços, dispensado pelo patrão, não restituiu a casa que recebera para moradia. A regra, portanto é esta: caracteriza-se o esbulho não só por atos de violência, como também por toda e qualquer moléstia aos direitos do possuidor, como quando ocorra recusa de restituir a coisa que deve ser restituída.

Quando vários os atos perturbados da posse, só se aplica, obviamente, a manutenção e não a reintegração porque, se esbulho houve, fica o possuidor, desde logo, privado de posse, não podendo destarte, uma segunda vez, ser novamente dela espoliado por outro ato. É claro assim ser do primeiro ato, que acarreta para o possuidor a perda da posse, que fluirá o prazo de decadência.

9.1.3 Interdito proibitório

O interdito proibitório deve ser usado para a defesa preventiva da posse, ante a ameaça de turbação ou de esbulho. O titular da posse pode, assim, se armar com um título judicial que o proteja contra o esbulho ou turbação iminente, que pode, inclusive, impor multa pecuniária em caso de concretização do dano à posse. Assim, não é necessário que se aguarde a ocorrência da turbação ou do esbulho para que o possuidor possa tutelar sua posse por via do interdito. A ameaça, desde que factível e real, pode dar ensejo ao interdito proibitório.

Tem como objetivo proteger a posse apenas ameaçada. É a proteção preventiva da posse, na iminência ou sob ameaça de ser molestada. De natureza premonitória, visa a impedir que se consuma violação da posse. O interdito proibitório não se confunde, pois, com a manutenção e a reintegração, que pressupõem violência à posse, já efetivada pela turbação ou pelo esbulho.

O interdito proibitório a exemplo do que acontece com as demais ações possessórias não pode ser invocado para defesa de direitos pessoais.

9.1.4 Ação de imissão de posse

O Código de Processo Civil de 1939, dentro do próprio título “Ações Possessórias”, concedia ação de imissão de posse. Essa rubrica foi censurada por doutrinadores a quem a expressão correta seria do ponto de vista gramatical “imissão na posse”.

Não cogitou o Código Civil dessa ação possessória, apenas regulada pela antiga posse:

- I – Aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham.
- II – Aos administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada;
- III – Aos mandatários, para receberem dos antecessores, a posse dos bens do mandante.

O Código de Processo Civil prevê nos artigos 625 e 879 incisos I a imissão da posse ou na posse. Urge não confundir a imissão com as demais ações possessórias. Nestas, não se discute o domínio e o autor de início precisa provar sua posse, turbada, esbulhada ou simplesmente ameaçada, naquela discute-se o domínio e o requisito da posse inexistente, porquanto, se existisse, não caberia a imissão.

De acordo com alguns doutrinadores, as ações de imissão de posse não são, nem nunca foram possessórias. Tendo por objeto a aquisição da posse pela via judicial, indubitavelmente se revestem de caráter possessório. Ressalte-se, entretanto, que não são substitutivas nem subsidiárias da reivindicatória. (Apud Silvio Rodrigues – Direitos das Coisas – Vol.V. pág. 62/63, 2003).

9.1.5 Embargos de terceiro senhor e possuidor

O Código de Processo Civil refere-se aos embargos de terceiros não no capítulo relativo às ações possessórias, mas entre os procedimentos especiais da jurisdição contenciosa. Todavia é inquestionável que tal remédio, quando empregado para a defesa da posse, se reveste indisfarçadamente de caráter possessório. Efetivamente os embargos de terceiro representam a própria ação de manutenção, ou de reintegração de posse, que, por necessidade de ordem prática, adota forma processual diversa.

Têm eles, como pressuposto essencial, ato de apreensão judicial, praticado em detrimento do terceiro embargante. Sem essa apreensão, não se

pode falar em turbação ou esbulho, de molde a abrir ensejo ao oferecimento dos embargos.

Os embargos de terceiros são assegurados a quem, não sendo parte em um processo, sofre turbação ou esbulho na posse de bens por de apreensão judicial como penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha.

Aquele que sofre o ato de constrição, seja possuidor, seja senhor e possuidor, dispõe dos embargos de terceiro.

Se ficar provada a posse suficientemente, admite-se seja concedida liminar de manutenção.

Os embargos de terceiros podem ser ajuizados a qualquer tempo, antes da sentença final ou, na execução, até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da carta respectiva, art. 1.040 do CPC.

9.1.6 Ação de nunciação de obra nova

O Código de Processo Civil não inclui a nunciação de obra nova no título relativo às ações possessórias. Contudo, como se vê art. 934 incisos I, o embargo de obra nova pode ser requerido não só para defesa da posse. Sob esse último aspecto, a nunciação será inquestionavelmente, de natureza possessória.

Compete essa ação a quem considere prejudicial ao seu domínio ou posse, obra nova em vias de conclusão no prédio vizinho. Seu objetivo é

impedir que o prejuízo se consume pela ultimação da obra. Exemplificativamente, proíbe a lei que na construção vizinha se abra prejuízos, suas servidões ou finalidades, é que se viola referida proibição, assiste o direito de embargar a construção, requerendo a “*nunciatio novi operis*”. A nunciação é também uma ação preventiva, perante ameaça de ofensa à posse, cabendo tanto ao possuidor direto, quanto ao indireto.

Por obra nova não se deve entender, somente, a construção. Geralmente, é através de nova edificação que se atenta contra o direito de propriedade, ou a simples posse. Mas o conceito de obra nova é amplo, de molde a abranger qualquer ato material lesivo ao direito do proprietário, ou do possuidor. Em tais condições pode recorrer à nunciação o proprietário de imóvel rural servido há anos por um córrego e cujas são desviadas pelo dono.

9.1.7 Da legítima defesa da posse e do desforço imediato

O ordenamento legal repulsa a idéia de justiça feita de mão própria. As ações possessórias estão à disposição do esbulhado ou turbado dentro do organismo do Estado.

Considera-se que é imprescindível a manutenção do estado de fato em prol da paz social. Cuida a lei de incentivar que as posses sejam mantidas com estão. Em regras, a defesa do direito violado ou ameaçado se faz através de recurso ao Poder Judiciário. Todavia, temendo que a proteção judiciária por sua menor celeridade não possa, por vezes atingir sua finalidade,

excepcionalmente faculta a vítima a possibilidade de defender-se diretamente com seus próprios meios.

Há, a legítima defesa, quando a posse é ameaçada, e o desforço imediato, quando a posse é perdida. Ocorre o esbulho quando o possuidor é retirado total ou parcialmente de sua posse. A turbação é quando se agride a posse sem chegar ao esbulho. E o imóvel já invadido caracteriza esbulho. Destarte, que onde é possível a ação possessória, também é possível a autotutela, estes por consequência engloba tanto os moveis quanto os imóveis.

Art. 1.210, § 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 desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (Código Civil – ed. 2006).

Portanto para que a defesa direta seja considerada legítima é necessário à presença de alguns requisitos:

I – Que ela se faça logo, a reação deve seguir “incontinenti” a agressão. Pois, a existência de um intervalo conduz a presunção de que a vítima poderia recorrer ao poder competente. Ademais a reação tardia mais se assemelha a uma vingança.

II – A reação deve se limitar ao indispensável para o alcance do objetivo colimado; ou seja, os meios empregados devem ser proporcionais à agressão, pois, caso contrário, haverá excesso culposos.

10 PERDA DE POSSE

A posse outra coisa não é senão a visibilidade do domínio. Se o possuidor não evidencia essa diligência, privando-se de seus direitos sobre a coisa, perder-lhe-á posse. O possuidor conserva a posse enquanto se comporta em face da coisa como o faria o verdadeiro proprietário. A posse uma vez adquirida faz parte do patrimônio do possuidor e por tanto este passa a ter o direito de exercitar em nome próprio os poderes inerentes ao domínio. O exercício dos poderes inerentes ao domínio é o elemento qualificado da posse. Se o possuidor deixar de dispensar atenção e interesse pela coisa possuída, deixando de servir-se dela, ou se vê impedido de exercer os poderes inerentes de proprietário, tais fatos serão suficientes à constatação de perda de posse.

O novo Código Civil enuncia a perda da posse no art. 1.223. Isso se dará quando cessar o poder de agir sobre o bem. Apesar de o novo código não reiterar o precioso art. 520, IV, do Código Civil de 1916, para que exista uma perfeita concordância com o arcabouço processual (art. 924 do Código de Processo Civil), a perda da posse concretiza-se quando o possuidor agredido não a recupera no prazo de ano e dia.

Segundo a teoria subjetivista, para se caracterizar a posse há de existir o poder físico sobre a coisa “*corpus*” em conjuntos com a vontade, a intenção de tê-la como sua propriedade “*animus*”. Faltando o *corpus* e o *animus*, inexistente a posse. Portanto, para existir a posse segundo Savigny, torna-se necessária a presença simultânea desses dois elementos. Conseqüentemente se um desses elementos ou ambos deixarem de existir perde-se a posse.

10.1 Perda da Posse das Coisas

10.1.1 Abandono da coisa

Dá-se quando o possuidor intencionalmente se afasta do bem com o escopo de se privar de sua disponibilidade física e de não mais exercer sobre ela quaisquer atos possessórios. Exemplo típico se depara no ato de pessoa que atire à rua objeto seu.

Mas nem sempre abandono da posse significa abandono de propriedade. Digno de menção é o exemplo de que para salvação de navio em perigo deitam-se no mar diversos objetos, arrojados à praia, ou recolhidos para outrem, assiste ao dono o direito de recuperá-los. Igualmente os bens imóveis haverá abandono se o possuidor se ausenta indefinitivamente, não se utilizando e deles não deixando quem os represente. A ausência prolongada e o desinteresse pelo possuidor são circunstâncias indicativas do abandono, por falta de diligência de um interessado cuidadoso.

Porém, não haverá abandono, se a desocupação do imóvel representa fenômeno natural de sua utilização, como por exemplo, casa de praia. Nessa hipótese, nada denota omissão por parte do possuidor, ou sugere, haja este deixado de ser dono. Sua ausência é temporária e evidencia a resolução de abandonar a posse, sem embargo da falta de exercício dos respectivos poderes por lapso de tempo mais ou menos longo.

10.1.2 Pela tradição

Pede-se a posse pela tradição que se apresenta sob duas faces: simples entrega da coisa sem intenção de transferir a posse e entrega da coisa de uma outra pessoa, concorrendo na primeira à intenção de transmitir, e, na segunda, a intenção de adquirir a posse.

A primeira espécie, como é intuitiva, nenhuma exerce sobre a posse. O dono que entrega a coisa a um doméstico para que o administre, não perde a posse. Só a segunda espécie acarreta essa perda, porque, com a transferência da posse do Tradens para o Accipiens, este, e não mais aquele passa a ser beneficiado pela relação possessória. Essa forma de tradição exterioriza-se por um ato material consistente na apreensão, ou então pela transcrição, que constitui tradição solene.

10.1.3 Destruição da coisa

Decorrentes de evento natural ou fortuito, de ato do próprio possuidor ou de terceiro. Para que a destruição da coisa acarrete perda da posse é preciso que a inutilize definitivamente, impossibilitando o exercício do poder de utilizar economicamente, o bem por parte do possuidor. A sua simples danificação não implica perda da posse, pois mesmo que haja prejuízo econômico a coisa preenche sua destinação. Então à destruição da coisa ocorre quando ela deixa de existir; desaparece o corpus, o que pode ser ocasionado tanto por ato do próprio possuidor, como por fato alheio a sua vontade.

10.1.4 Perda da própria coisa

Dá-se quando for absolutamente impossível encontra-la, de modo que não mais se possa utilizá-la economicamente. É o que ocorre, por exemplo, com o possuidor de um pássaro que escapou da gaiola de uma jóia que caiu no fundo do mar. O possuidor vê-se privado da posse sem querer. Porém se alguém perder a jóia dentro de casa não chega a perder sua posse, de modo que se vier a encontrá-la não readquire a sua posse, continua a ter a mesma que nunca chegara a perder. O dono de título ao portador perdidos ou furtados poderá obter novo título em juízo e impedir que sejam pagos a outrem capital e rendimentos (CC, art. 909).

10.1.5 Fora do comércio

O legislador pelo art. 69 do Cód. Civil de 1916, distingue duas espécies de coisas fora do comércio: 1) as insuscetíveis de apropriação e 2) as legalmente inalienáveis.

Por terem sido colocados fora do comércio por motivo de ordem pública, de moralidade, de higiene ou de segurança coletiva, não sendo assim possuída porque é impossível de exercer, com exclusividade, os poderes inerentes ao domínio, desperta que nem sempre isso ocorre, porque a inalienabilidade é, frequentemente, compatível com a cessão de uso ou posse alheia.

As coisas nessas situações não podem ser possuídas, uma vez que sofre os bens que estão fora do comércio, com exclusividade, qualquer dos poderes inerentes ao domínio, isto porque os bens colocados fora do comércio tornam-se inapropriáveis.

10.1.6 Constituto possessório

Acarreta perda da posse, pois o possuidor, em razão da cláusula *constituti*, altera a relação possessória, passando a possuir em nome alheio aquilo que possuía em seu próprio nome. A sua conduta, em relação ao bem, permanece materialmente inalterável, conservando-se a *corpore*, porém a *affectio tenendi* extingue-se em relação a ele próprio e nasce em nome do adquirente. É uma forma de tradição em que concomitantemente, uma pessoa adquire e outra perde a posse. Ocorre quando alguém, possuindo a coisa em nome próprio, como é o caso do proprietário que vende seu imóvel, nele permanecendo, passa a possuí-lo em nome alheio.

Através de constituto possessório podemos constatar, pela doutrina de Ihering, que não houve propriamente perda da posse, só pela teoria de Savigny é que a perda se consumou e o antigo possuidor passa a ter a condição de mero detentor.

11 PERDA DA POSSE DOS DIREITOS MATERIAIS

A perda da posse de direitos estabelece a lei, equivale à perda da coisa, pois fica o sujeito impossibilitado dela dispor (*ius abutendi*). Essa impossibilidade pode provir de ato de terceiro ou de fato natural, cujos efeitos são idênticos. A situação vê-se absorvida pela dicção do atual art. 1.223 do código atual, que se refere à cessação do poder sobre a coisa, de forma geral.

A omissão do possuidor por certo lapso de tempo possibilita a perda de sua posse. Os direitos devem ser conservados por atos que revelem o interesse dos agentes. A inércia do titular pode ocasionar a perda da posse. Como dissemos, o preço da posse é sua permanente vigilância. As servidões, por exemplo, perde-se pelo não-uso, se seu possuidor não demonstrar sinais palpáveis de sua utilização, caracterizadores da intenção de mantê-la. O simples não-uso, porém, não é suficiente para a perda da posse. É necessário que a essa conduta omissiva do titular junte-se conduta ativa de outrem, que passa a usufruir da coisa. A situação é idêntica à propriedade, uma vez que a posse é sua exteriorização.

A seguir, analisa-se as perdas de posse dos direitos.

11.1 Impossibilidade de Exercício

Pela impossibilidade de exercício art. 1.196 do Cód. Civil, isto porque a impossibilidade física ou jurídica de possuir um bem leva à impossibilidade de exercer sobre ele os poderes inerentes ao domínio (CC, art. 1.223). Desde que

a posse é a visibilidade da propriedade, deve ser declarada perdida quando o possuidor não tem mais o poder de se conduzir *ut dominus gessisse*. É o que se tem, por exemplo, quando se perde o direito de posse de uma servidão de passagem se o prédio dominante ou serviente foi destruído; quando se renuncia ao direito à servidão, quando se faz cessão de prédio próprio a outrem, quando ato de terceiro, que se opõe à sobrevivência da posse, impede o exercício da servidão, por ter tapado o caminho e o possuidor não age em defesa de sua posse, deixando que se firme essa impossibilidade.

11.1.1 Pela prescrição ou desuso

O Código Civil Brasileiro de 1916 consignava as hipóteses de perda de posse como sendo pelo abandono, pela tradição, perda ou destruição da coisa ou por serem posta fora do comércio, pela posse de outrem e pelo constituto possessório.

Este dispositivo tornou-se inócuo vez que ocorrerá a perda da posse toda vez que o possuidor deixar de se comportar como proprietário, portanto, não há necessidade de taxar a exteriorização da propriedade, deverá estar presente para que continue existindo e reconhecido à posse de alguém.

A perda da posse pelo desuso, ocorre de modo que, se a posse de um direito não se exercer dentro do prazo previsto, tem-se, por consequência a sua perda para o titular.

Já o Cód. Civil Brasileiro de 1916 tratava da perda da posse pela prescrição, era o que previa o art. 520 parágrafo único 2ª parte, de modo que se a posse de um direito não se exercer dentro do prazo previsto, tem-se, por consequência a sua perda para o titular. Porém, o simples desuso não tem o condão de extinguir a posse de um direito, a não ser que tenha havido prescrição; como por exemplo, o desuso de uma servidão predial por 10 anos consecutivos põe fim à posse do direito art. 710 III do Cód. Civil de 1916.

11.1.2 Perda da posse para o ausente

O art. 522 do Código Civil de 1916 só considerava perdida a posse para o ausente quando, tendo notícias da ocupação, se abstinha de voltar à coisa, ou, tentando recupera-la, era violentamente repellido.

É de ressaltar que o atual Código Civil não emprega o termo “ausente” no dispositivo correspondente ao art. 522 do código de 1916, qual seja, o art. 1.224 atual.

Contudo a solução da lei era e continua má, por se inspirar na preocupação excessiva e individual de proteger o possuidor em viagem, ou fora do lugar onde se encontra a coisa possuída. Tal artigo em tese deve ser esclarecido, pois cria uma discriminação em favor daquele possuidor negligente, em detrimento do interesse social, que é no sentido de conferir proteção a quem quer que, pacificamente, exerça posse de forma pública por mais de ano e dia.

Mantendo-se silente ou inerte, sujeitar-se-á à perda da posse, como inclusive aduz o art. 1.224 do mais recente ordenamento, pois ausente no caso é aquele que não está presente e não se conhece o paradeiro para defender sua posse. O ausente deve intentar o desforço imediato ou a ação possessória, tão logo tenha noticia da ocupação.

CONCLUSÃO

Após o prolongado estudo do tema “Posse e seus Efeitos” penso que, com bastante propriedade na Luta pelo Direito aprendemos que a paz é o fim que direito tem em vista, e a luta é o de que se serve para consegui-lo. Por muito tempo, pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques de injustiça, e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo, nunca ele poderá subtrair a violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.

Para isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e noutra a espada de que serve para defendê-lo.

“A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”, no dizer de Rodolf Von Ihering².

Sem a pretensão de esgotar todas as concepções do tema “Posse e seus efeitos” evidenciamos alguns pressupostos fundamentais: estudo de posse é um dos mais árduos de todo o Direito civil; não há entendimento harmônico a respeito da origem da posse do estudo de efeito legalmente protegido.

A posse apresenta-se na ordem jurídica como um todo unitário, não obstante, o próprio ordenamento jurídico traça normas a respeito do seu caráter, conservar a posse enquanto se comporta em face da coisa como faria o verdadeiro proprietário. Perde-la, portanto quando deixar de ser conduzir

2 NOVAFAPI. **Símbolo do direito**. Faculdade de Saúde, Ciências Humanas e Tecnológicas do Piauí. Site: <http://www.novafapi.com.br/cursos/direito/simbolo.php> Acesso em maio de 2007.

como diante do que lhe pertence. A maneira de servir-se da coisa, de protegê-la, de garanti-la ou de testemunhar-lhe interesse, são elementos reveladores do verdadeiro proprietário. Igualmente o possuidor, a de manifestar cuidado e as mesmas atenções, uma vez que possa outra coisa não é senão a visibilidade do domínio. Se o possuidor não evidenciar esta diligência priva-se de seus direitos sobre a coisa e perde a posse.

O Direito é mutante, constrói-se e reconstrói-se enquanto se transforma por influência de mudanças materiais da sociedade, este estudo e por conseqüência, este trabalho, nos levou a concluir que DIREITO DAS COISAS, qualquer que seja o sistema político do país, é sempre eminentemente conservador. Isso não significa que não haja evolução em seu campo de abrangência. Apenas, esta evolução se opera mais lentamente.

A posse nem sempre se apresenta com características iguais, nem sempre é exercida da mesma maneira e essas variantes acarretam diferentes situações teóricas e práticas; desta forma classifica-se não é apenas um exercício teórico.

Do exame da lei, é possível separar as espécies de posse: quanto à posse justa, injusta e seus efeitos; quanto à posse violenta e seus efeitos; quanto à posse precária e seus efeitos; quanto à posse clandestina e seus efeitos; posse de má-fé e de boa-fé e seus efeitos; posse direta e indireta e seus efeitos; posse Ad Interdicta e Ad Usucapionem e seus efeitos. As situações possessórias são diversificadas e diversas são as suas conseqüências. Nem sempre os possuidores são movidos pelas mesmas

intenções, nem sempre a posse, tem mesma origem; nem sempre o possuidor, tem a mesma carga de poder de exercício de inflexão sobre a coisa possuída.

No que tange a sua aquisição estabelece, que se adquire pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito; pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito; ou por qualquer dos modos de aquisição em geral.

As novas condições sociais, o ambiente que se transformou e evoluiu que necessariamente repercutiu no plano jurídico, sugeriu um exame no direito, além de consagrar nova modalidade de usucapião fundada em uma posse dinâmica, vinculada à utilização do bem, sua destinação econômica e social.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**: estudo dogmático. 2. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DOMANSKI, Marcelo. **Posse da Segurança Jurídica à Questão Social**: na perspectiva dos limites de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiros. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas**. 18. ed., vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas**. 18. ed., vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

FULGÊNCIO, Tito; **Da Posse e das Ações Possessórias**; Revista e Atualizada pelo Advogado – José de Aguiar Dias, 9. ed. vol.1 – Rio de Janeiro Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**, vol. 5, São Paulo: Saraiva 2006.

IHERING, Rudolf Von; **Teoria Simplificada da Posse** – Tradução: Heloisa da Graça Buratti, 1.ed. São Paulo: Rideel, 2005.

JUNIOR, José Dias Figueira; **Posse e Ações Possessórias** – Fundamentos da Posse, vol. 1, Curitiba/PR: Juruá, 1994.

LOUREIRO, Luiz Guilherme; **Direito Reais**: à luz do Código Civil e do direito registral, São Paulo: Método, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; **Curso de Direito Civil - Direito das Coisas** – vol. 3, São Paulo: Saraiva 2003.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues; **Direito das Coisas**; Rio de Janeiro, typ. Batista de Souza, 1923.

RIZZARDO, Arnaldo; **Direito das Coisas**, 1 ed. Vol. 1, Rio de Janeiro: Aide 1991.

RODRIGUES, Silvio; **Direito Civil** – Direito das Coisas 28. ed. - vol. 5, São Paulo: Saraiva 2003.

RODRIGUES, Daniela Rosário; **Direito Civil - Direito das Coisas**; São Paulo: Rideel, 2006.

ROSENVALD, Nelson; **Direitos Reais**, 3 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

14. **VENOSA**, Silvio de Salvo; **Direito Civil** – Direitos Reais – vol. 5, 4 ed. São Paulo: Atlas S. A. 2003.

15. **Código Civil Brasileiro** - São Paulo: Saraiva 2006.