

A Posse

José Alberto Vieira

ESTUDO SOBRE O SEU OBJECTO E EXTENSÃO
PERSPECTIVA HISTÓRICA E DE DIREITO PORTUGUÊS


ALMEDINA

A POSSE

ESTUDO SOBRE O SEU OBJECTO E EXTENSÃO.

PERSPECTIVA HISTÓRICA E DE DIREITO PORTUGUÊS

AUTOR

José Alberto Vieira

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

PAPELMUNDE

Abril, 2018

DEPÓSITO LEGAL

439413/18

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
VIEIRA, José Alberto

A posse : estudo sobre o seu objecto e extensão : perspectiva histórica
e de direito português. – (Manuais universitários)

ISBN 978-972-40-7435-1

CDU 347

Com a conservação da posse, a lei portuguesa não põe em crise que o mesmo seja um elemento estruturante daquela; ao invés, limita-se a proteger a situação existente, que repousava no controlo material da coisa, para permitir que o possuidor o recupere. Se isso suceder, e o possuidor for restituído ao *corpus* possessório, a lei portuguesa ficciona que ele nunca teve lugar (art. 1283º do código civil), permitindo com isto a continuidade dos prazos ligados à posse, nomeadamente, o prazo para a usucapião.

XI. O *corpus* possessório é a situação de facto subjacente à posse. Na questão tradicional sobre se a posse é um facto ou um direito, que tem dividido os juristas de todos os tempos, não se atenta, em regra, para os seus elementos estruturantes, analisando-se unicamente a posse.

No entanto, saber se existe ou não *corpus possessório* representa uma questão de facto, a provar por aquele que invoca judicialmente a posse.

39. A exteriorização de um direito

I. Na doutrina objectivista apresentada por JHERING³¹⁰⁴ o *corpus* possessório equivale a posse quando não haja uma norma legal que descaracterize a situação para mera detenção. Esta estrutura da posse assenta, assim, num único elemento positivo (o *corpus* possessório) e pressupõe um outro negativo (a inexistência de uma norma que exclua a posse), contrapondo-se aos dois elementos tradicionais revelados por PAULO e erguidos como fundamento do subjectivismo possessório: o *corpus* e o *animus*.

A teoria objectivista de JHERING representa um indiscutível avanço na dogmática possessória, ligando a vontade (*animus*) unicamente à acção humana de controlo material da coisa, ao mesmo tempo que a dissocia da estrutura da posse como elemento autónomo, quer dizer, lhe retira qualquer papel na atribuição, manutenção e perda da posse.

Este modo de construir a estrutura da posse não se afigura, porém, isento de reparos. No seu afã principal de afastar de cena o *animus* possessório e de destruir a doutrina subjectivista nele baseada, JHERING³¹⁰⁵ deixa na sombra a razão substantiva pela qual ao controlo material de uma coisa – que pode ser até ilícito por estar em violação de um direito real – estão asso-

³¹⁰⁴ Cf. *supra* o que se disse sobre este autor na Parte Primeira.

³¹⁰⁵ Justiça seja feita, JHERING afirma com todas as letras que a mera proximidade física entre uma pessoa e uma coisa não tem relevância jurídica e que esta resulta apenas de uma relação possessória. Besitzwille, cit., pág. 21. Simplesmente, falta uma menção explícita e bem delimitada a um direito exteriorizado na posse, que para JHERING é sempre a propriedade.

ciados efeitos jurídicos e um conteúdo de protecção, incluindo acções próprias que não cabem no regime de nenhum outro direito real de gozo.

Essa razão substantiva encontra-se na exteriorização de um direito³¹⁰⁶. Isso decorre com muita clareza da conjugação dos artigos 1251º e 1253º do código civil português. Começando pelo último preceito e analisando cada uma das hipóteses legais de detenção, as únicas previstas no sistema jurídico português, todas elas revelam um traço comum: o detentor é alguém que actua por conta de outra pessoa (o possuidor), não afirmando um direito próprio sobre a coisa.

Não obstante as três alíneas do art. 1253º, o critério que constitui a regra geral da detenção consta da alínea c) do preceito. Segundo ela, são detentores ou possuidores precários:

“(...) todos os que possuem em nome de outrem”.

Na verdade, o art. 1253º poderia ter simplesmente esta redacção que nada se alteraria no regime jurídico da posse. Nem a hipótese da alínea a) (constituto possessório) nem a hipótese da alínea b) (actos de mera tolerância) dispõem nada de diverso. Em ambos os casos, aquele que tem a coisa em seu poder age em nome de outrem, não afirmando um direito próprio sobre a coisa.

Quem não exterioriza um direito sobre a coisa é sempre detentor, segundo o art. 1253º do código civil. A actuação sobre a coisa por conta de outrem gera apenas detenção, não a posse, apesar da coisa se encontrar fisicamente com o detentor.

Se o art. 1253º desvaloriza para detenção aquele que tendo a coisa consigo age por conta de outrem, acentuando a dimensão negativa da ausência de direito, o art. 1251º dispõe pela positiva que a posse se manifesta quando alguém age sobre a coisa nos termos da propriedade ou de outro direito

³¹⁰⁶ Joost, Münchener Kommentar, cit., § 854, 14 critica como errada, e de afastar, a opinião de alguns autores (WOLFF/RAISER, GUTZEIT) de que só haveria posse em caso de aparência de uma relação jurídica com a coisa, afirmando tratar-se de uma reminiscência da doutrina de JHERING sobre o fundamento da posse. E dá como exemplo a posse do ladrão conhecida publicamente. Faltaria a relação jurídica com a coisa e, ainda assim, haveria posse. Esta crítica não pode ser dirigida à doutrina que se defende no texto, segundo a qual, a posse requer a exteriorização de um direito. Na verdade, esta exteriorização não pode ser confundida com a titularidade do direito, o que acontece na crítica de Joost. Mesmo o ladrão exterioriza um direito (a propriedade) e comporta-se como titular do mesmo, usando, fruindo e dispondo da coisa. A circunstância de saber que não é o titular do direito não altera isso: o regime possessório sempre foi indiferente à falta de titularidade do direito, mas nunca à falta de afirmação de um direito (posse em nome alheio), qualificada invariavelmente como mera detenção.

real, ou seja, dito por outras palavras, quando exterioriza um direito sobre a coisa.

E aqui reside a verdadeira razão pela qual desde a antiguidade romana até aos nossos dias o Direito protege a posse: porque nela ocorre a exteriorização de um direito. A exteriorização de um direito através da posse reveste uma intensidade tal, que a lei portuguesa presume a titularidade do mesmo (art. 1268º, nº 1 do código civil)³¹⁰⁷.

Possuidor não é, por conseguinte, aquele que tem o mero controlo material da coisa, em si, juridicamente irrelevante³¹⁰⁸, mas sim o que, exercendo esse controlo, afirma simultaneamente a titularidade de um direito, ainda que não a tenha. Quem não exterioriza um direito não tem posse, mas detenção (art. 1253º do código civil), não beneficiando, assim, do conteúdo de protecção que cabe ao possuidor, incluindo as acções possessórias.

A afirmação ou exteriorização de um direito constitui o elemento estruturante da posse que acresce ao *corpus* da teoria objectivista de JHERING e substitui a referência, ficcionada e inútil, ao *animus* da teoria subjectivista. Ao mesmo tempo concilia o regime jurídico com o seu fundamento principal: a tutela provisória de um direito³¹⁰⁹, o direito exteriorizado na posse.

Com isto, evidencia-se devidamente um dos fundamentos da posse, a tutela provisória de um direito, e devolve-se ao sistema normativo o seu papel de regulação da mesma, afastando a tentação ingénua de deixar na vontade incognoscível, aleatória e arbitrária do possuidor o seu reconhecimento e efeitos jurídicos.

II. A exteriorização de um direito não deve ser confundida nem com a aparência de um direito nem tão-pouco com a titularidade do mesmo³¹¹⁰. Se a posse apenas fosse protegida em caso de aparência de titularidade do direito, esta protecção não seria concedida quando a não titularidade do possuidor fosse conhecida em geral. No entanto, isso não acontece. Um adquirente da propriedade por título inválido ou um esbulhador cujo esbulho seja do conhecimento do círculo de interessados tem na mesma a posse se os requisitos gerais estiverem presentes, ou seja, mesmo que falhe a aparência de titularidade do direito.

³¹⁰⁷ Presunção essa elidível, como se sabe.

³¹⁰⁸ Para o regime da posse, claro está.

³¹⁰⁹ Sobre este ponto, cf. *infra* no capítulo dedicado ao tema.

³¹¹⁰ Por isso, julga-se que as críticas de JOOST, *Münchener Kommentar*, cit., § 854, 14 não são pertinentes quanto à posição que se exprime no texto.

Isto vale igualmente para a falta de titularidade do direito. Por muito que tal gere perplexidade, a ausência de titularidade do direito nunca impediu historicamente, desde o Direito romano, a protecção possessória do possuidor formal, seja a posse deste adquirida com violação da propriedade, o caso típico do furto, ou não, como no negócio jurídico inválido.

Aquele que tem o controlo material da coisa, o senhorio de facto sobre a mesma, exterioriza um direito sobre ela. Isso não depende nem da aparência suscitada nem da titularidade do direito. O ladrão afirma um direito próprio sobre a coisa e actua sobre ela como se o tivesse, exercendo poderes de uso, fruição e de disposição.

Por esta razão, também o possuidor formal beneficia da presunção da titularidade do direito (art. 1268º do código civil), pode recorrer às acções possessórias, defendendo a sua posse, e pode vir ainda a adquirir o direito que exterioriza por usucapião.

III. Num sistema jurídico como o romano em que não vem admitida mais do que uma posse sobre a coisa, ou se tem a posse desta ou se tem a simples detenção. Para quem sustenta que a posse só existe nos termos da propriedade, por via do *animus domini* (SAVIGNY)³¹¹¹ ou simplesmente da exteriorização que a ela vem associada (JHERING)³¹¹², a falta de afirmação deste direito implica inelutavelmente o estatuto de detenção. A exteriorização de qualquer outro direito confere sempre a posição de detentor sobre a coisa, uma *possessio naturalis* ou uma *quasi possessio* (ou *iuris possessio*), dependendo dos casos, para usar terminologia romana³¹¹³.

A superação da regra romana *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* nos códigos civis modernos eliminou a característica da exclusividade ligada à posse. Para além da propriedade, pode haver posse, pelo menos, no tocante a qualquer outro dos direitos reais de gozo (art. 1251º do código civil), independentemente da questão de saber se ela pode existir por referência a outras espécies de direitos reais (nomeadamente, de garantia) e mesmo a direitos subjectivos não reais.

Uma posse exercida nos termos de um direito real menor³¹¹⁴ implica sempre a detenção por referência à propriedade. O possuidor nos termos de um direito de casa de morada ou de uma superfície, e que tem a coisa

³¹¹¹ Cf. as referências doutrinárias que se fizeram na Parte Primeira.

³¹¹² Sobre esta matéria cf. o que ficou dito na Parte Primeira.

³¹¹³ Sobre o significado destes conceitos, cf. o que se disse na análise ao Direito romano na Parte Primeira.

³¹¹⁴ Ou de qualquer outro direito para além da propriedade.

consigo³¹¹⁵, não exterioriza a propriedade, sendo, por conseguinte, quanto a este direito, um mero detentor, de acordo com o disposto na parte final da alínea c) do art. 1253º do código civil. No entanto, a posição de detentor relativamente à propriedade não obsta a que seja afirmado um outro direito sobre a coisa, o direito de casa de morada ou de superfície, o que somado à existência do controlo material da coisa (*corpus* possessório) redundará numa posse a seu favor.

A exteriorização de um direito real menor sobre a coisa possibilita, desta forma, a posse àquele que actua por conta do proprietário no que respeita ao direito deste: possuidor nos termos do direito real menor, detentor relativamente à posse do proprietário³¹¹⁶.

O direito exteriorizado através da posse não tem de ser a propriedade, podendo ser outro direito sobre a coisa (direito real) ou um direito de diferente natureza que permita uma actuação sobre ela, conforme se verá adiante. A actuação material sobre a coisa por conta do possuidor acarreta sempre detenção; quando acompanhada da afirmação simultânea de um direito próprio confere posse. Deste modo, uma mesma pessoa pode actuar por conta de outra enquanto exterioriza simultaneamente um direito próprio: a um tempo detentor e possuidor.

IV. Como se afere a exteriorização do direito pelo possuidor?

Saber se aquele que tem uma coisa (corpórea) consigo e que pode actuar sobre ela exterioriza um direito próprio ou um direito alheio constitui uma questão de facto³¹¹⁷, a resolver segundo as regras gerais de prova.

Àquele que invoca a posse cabe provar o facto aquisitivo respectivo. Contudo, e diversamente do que sucede com as outras situações jurídicas, a posse mantém-se enquanto durarem os seus elementos constitutivos, pelo que, além da prova do facto aquisitivo, o que invoca a qualidade de possuidor deve provar igualmente³¹¹⁸⁻³¹¹⁹:

³¹¹⁵ Parte-se aqui da situação normal: o titular do direito real de gozo estar na posse da coisa para exercício do seu direito. Porém, tal pode não acontecer, porque nunca foi investido na posse ou sofreu entretanto um esbulho e decorreu um ano após o mesmo (art. 1267º, alínea d) do código civil).

³¹¹⁶ Ou de quem não o seja, mas possua nos termos da propriedade.

³¹¹⁷ Não deve ser confundida a exteriorização de um direito com a titularidade do mesmo, que constitui evidentemente uma questão de direito. A posse existe independentemente da titularidade do direito exteriorizado, que pode não ocorrer e o facto ser, inclusive, do conhecimento do possuidor, por exemplo, nos casos de invalidade formal, de furto ou roubo da coisa.

³¹¹⁸ Cf. também FRITZSCHE, BECKOK BGB, BAMBERGER/ROTH/RAU/POSECK, cit., § 854, 56.

³¹¹⁹ Uma vez adquirida a posse ela pode ser perdida, por quebra do *corpus* possessório ou por falta de exteriorização de um direito. Por esta razão, ao autor da acção possessória não basta provar que

- O controlo material da coisa;
- A exteriorização de um direito próprio sobre ela.

Dado que a posse representa o somatório destes dois elementos, aquele que pretende fazer valer a posse tem de os provar. Falhando a prova de qualquer deles, não se demonstra que a posse exista.

No que diz respeito à questão que ora se aborda, a exteriorização do direito pode ser provada, fundamentalmente, por três vias:

- Pelo título aquisitivo do direito exteriorizado;
- Pelo registo do facto aquisitivo do direito;
- Pelo próprio *corpus* possessório.

Antes de se abordar cada uma destas vias, convém esclarecer que nenhuma delas constitui prova absoluta e definitiva da exteriorização de um direito. Por exemplo, o registo pode estar desactualizado, o direito pode entretanto haver sido transmitido depois de adquirido, etc.

A existência de um título aquisitivo constitui provavelmente a prova mais segura da exteriorização de um direito. Os factos com eficácia real, como a compra e venda, a doação, a permuta, o testamento, etc., celebrados a favor do que tem o *corpus* possessório, atestam verosivelmente essa exteriorização. O título aquisitivo não tem, porém, de ser negocial, dado que a lei prevê factos não negociais de aquisição de direitos reais, como a usucapião, a ocupação, a acessão, a aquisição tabular por força de efeito atributivo do registo predial, etc.

A validade do título aquisitivo não tem relevância jurídica neste contexto. Como a posse não requer a titularidade do direito, existindo sem atender a ela, a invalidade do título aquisitivo não compromete, em princípio, a aparência de exteriorização do direito que resulta dele.

Um título translativo do direito a favor de outrem pode infirmar a exteriorização resultante de um título aquisitivo anterior nos casos de constituto possessório, por força da aplicação do disposto no art. 1253^a, alínea b) do código civil. Fora desses casos, a celebração de um facto translativo não é suficiente para afastar a exteriorização do direito: o possuidor que celebra a compra e venda (sem cláusula de constituto), mas recusa-se a realizar a tradição a favor do comprador permanece na posse, apesar do contrato celebrado. A posse não supõe a titularidade do direito e pode existir na mesma

em determinado momento a adquiriu, tem igualmente de provar que ela se mantém, o que passa pela demonstração actual dos seus elementos constitutivos.

quando o possuidor conhece a ausência de titularidade; o exemplo do possuidor ladrão elucida isto sem dificuldade.

O registo do facto aquisitivo confirma ou prova por si a exteriorização do direito. De resto, o Código do Registo Predial presume mesmo a titularidade do direito a que se reporta o facto registado (art. 7º). Nos casos em que o registo se faz na dependência do título aquisitivo, como, por exemplo, a inscrição predial, ele apenas reforça a exteriorização que decorre já desse título. Noutros casos, como o registo automóvel, em que a inscrição registal opera pela mera declaração *ad probationem* das partes para efeito do registo, este ganhará uma importância probatória autónoma no esclarecimento da existência da exteriorização de um direito.

Finalmente, a exteriorização do direito pode advir do próprio *corpus* possessório, a partir de uma interpretação que se faça do âmbito da actuação do sujeito sobre a coisa. Aquele que, sem autorização do proprietário ou o seu conhecimento, mas às claras, faz uma derivação de águas do ribeiro existente no prédio vizinho para o seu, actua como titular de uma servidão de águas, sem ter título aquisitivo ou registo a seu favor. A exteriorização retira-se por interpretação do *corpus* possessório, que coincide com o exercício de uma servidão. Do mesmo modo, o ladrão que toma a coisa de outra pessoa para vender e realizar dinheiro com ela actua como seu proprietário e essa actuação permite vislumbrar o direito nos termos do qual a actuação tem lugar.

O disposto no art. 1252º, nº 2 do código civil apoia esta leitura do *corpus* possessório. Dispõe o preceito:

“Em caso de dúvida, presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto”.

A preferência por aquele que tem o *corpus* em caso de conflito possessório, havendo dúvidas sobre quem é o possuidor da coisa, denota uma valorização desse elemento que só pode ser explicada pela manifestação de um direito que dele resulta.

Com isto não se pretende dar qualquer relevância isolada ao *corpus*. Este só origina posse quando acompanhado da exteriorização de um direito. Todavia, na ausência de outros elementos de prova, ele pode servir para demonstrar essa mesma exteriorização.

40. Exteriorização de um direito e *animus* possessório

A exteriorização de um direito não deve ser confundida com qualquer intenção do possuidor, seja qual for a designação que se adopte para essa intenção: *animus*, *animus possidendi*, *animus sibi habendi* ou outra.

Na construção dogmática que se perfilha sobre os elementos da posse, a exteriorização do direito não toma o lugar do *animus*, como um seu qual-quer sucedâneo ou substituto, acentuando antes a diferença de perspectiva entre uma teoria que se contenta em fundar-se numa dada leitura de extractos históricos de juristas romanos contidos no *corpus iuris civilis* e o conteúdo moderno apurado através da interpretação das fontes normativas em vigor.

Segundo a perspectiva primitiva dos romanos, mantida durante séculos na Europa continental por força das sucessivas recepções do Direito romano, a posse vem reconhecida àquele que tem o senhorio da coisa e a intenção de o exercer. A transformação do regime da posse operada pelos códigos civis modernos, e para o que aqui interessa, pelo código civil português, não guardou, todavia, nenhum papel para a vontade. A posse pode subsistir sem a vontade do possuidor e mesmo contra ela. É o Direito e não o possuidor que define quando a posse existe, quando se mantém e quando se extingue.

Na teleologia do sistema jurídico português a protecção atribuída ao possuidor acontece por causa da associação da posse a um direito daquele a actuar sobre a coisa. A posse faz presumir a titularidade desse direito (art. 1268º, nº 1 do código civil).

Nada disto tem a ver com o *animus*, mas com o fundamento da posse: a tutela provisória de um direito.

41. A mera detenção

I. Na doutrina de alguns autores³¹²⁰, com destaque para SAVIGNY³¹²¹, a detenção é o elemento físico correspondente ao estado de apreensão material da coisa, o qual se soma ao *animus* (nas doutrinas subjectivistas).

O conceito de detenção tem, todavia, outro significado na lei portuguesa. Detentor é alguém que, tendo embora a coisa consigo, actua nela por conta de outra pessoa, de quem é um mero intermediário. O detentor não exterioriza, assim, o direito sobre a coisa, sendo essa a razão primária do seu estatuto legal³¹²².

³¹²⁰ Cf. sobre isto o que se disse na Parte Primeira.

³¹²¹ Das Recht des Besitzes, cit., pág. 25 e segs.

³¹²² Em sentido diverso, defendendo ser através do *corpus* que se distingue posse e detenção, RUI ATAÍDE, Posse E Detenção, cit., pág. 53 e segs.

O art. 1253º do código civil contém o elenco das situações principais de detenção, que se podiam resumir, no entanto, ao teor constante da alínea c) do preceito: tem a detenção da coisa aquele que, actuando sobre ela, exterioriza direito alheio ou, se se preferir, não exterioriza um direito próprio.

II. O art. 1251º do código civil não esgota, contudo, o âmbito da detenção. Há pelo menos um outro grupo de casos em que não está em causa a falta de exteriorização de um direito, mas uma impossibilidade legal de posse.

Tem-se em vista, em concreto, as coisas fora do comércio, que não podem ser objecto de posse. O que apreende um bem do domínio público e o retém fisicamente, com o poder de actuar sobre ele, tem somente detenção da coisa.

A detenção existe nestes casos, porquanto a lei impossibilita a posse sobre as coisas do domínio público (ou equiparado), declarando inaplicável o seu regime jurídico, e não pela falta de qualquer um dos seus elementos estruturantes.

III. Se bem que a ausência de exteriorização do direito seja o principal critério de distinção entre a situação possessória e a de mera detenção³¹²³, convém precisar ainda que o detentor não tem o “poder de facto” sobre a coisa, como por vezes se lê³¹²⁴.

Na verdade, intermediando a actuação do possuidor sobre a coisa, o detentor concretiza o senhorio físico daquele, não o seu. Por esta razão, não se pode falar de um *corpus* possessório do detentor. Tal *corpus*, enquanto expressão de uma dominação física da coisa, pertence apenas ao possuidor.

Ainda assim, a detenção caracteriza uma situação em que alguém tem a coisa consigo com a intensidade suficiente para exprimir o controlo do possuidor, o que a coloca num patamar de estabilidade e intensidade que a diferenciam do mero contacto esporádico e pontual de alguém sobre uma coisa, que não constitui nem posse nem detenção³¹²⁵.

IV. A distinção entre posse e detenção com base no *animus* fez escola a partir dos trechos romanos que mencionam aquele elemento. O possuidor teria *animus*, qualquer que ele fosse (*animus domini*, *animus possidendi*, *animus sibi habendi*), enquanto este estaria ausente no detentor. No contexto da

³¹²³ O detentor não exterioriza um direito próprio sobre a coisa.

³¹²⁴ SACCO/CATERINA, *Il Possesso*, cit., pág. 155 e segs. Parece ser esse também o pensamento de RUI ATAÍDE, *Posse E Detenção*, cit., pág. 54, que, contudo, considera estar aí – e não na falta de exteriorização de um direito – o critério de distinção entre posse e detenção.

³¹²⁵ Sobre isto, cf. o que se disse no número atinente ao *corpus* possessório.

detenção, há quem leve a ficção subjectivista ao limite, falando num *animus detinendi* do detentor³¹²⁶.

As explicações fundadas na vontade do agente não correspondem ao regime jurídico da posse, como se teve a oportunidade de se expor. Aquele que tem a coisa consigo exteriorizando um direito é possuidor, ainda que a sua vontade seja contrária à posse; inversamente, o que tem *animus possidendi*, mas a norma jurídica qualifica a situação como detenção, é um detentor, independentemente da vontade contrária, que não reveste qualquer relevância para o Direito.

O mesmo se diga para a detenção. Esta decorre da aplicação de uma norma jurídica que retira a posse numa situação de controlo material de alguém sobre uma coisa corpórea. Qual a vontade do detentor, não se pergunta nem se requer para coisa alguma no regime jurídico da posse.

V. Alguns autores, e por vezes tribunais, nacionais e estrangeiros, fundam o estatuto do detentor numa combinação do elemento voluntário (*animus*) com o título³¹²⁷. Assim, o contrato de locação e de comodato, por exemplo, dariam o título que permitiria a qualificação da situação como de mera detenção. Trata-se, como se percebe, de uma reminiscência da teoria da causa, versada agora não no contexto de aferição do *animus*, mas da ausência dele.

Isto pressupõe uma tomada de posição apriorista quanto à posição do contraente de um dado contrato, assente como sempre na afirmação paralela da falta de *animus*. O contrato serviria como prova do *animus*, ou melhor, da falta dele, e permitiria qualificar determinadas posições contratuais como correspondendo a detenção.

Nada disto se harmoniza com o Direito positivo da posse. Havendo controlo material de uma coisa nos termos de um direito, só não haverá posse se uma norma jurídica descaracterizar a situação para detenção. O que torna a decisão sobre a posse ou detenção dependente do regime jurídico, não de uma proclamada intenção ou falta dela.

VI. São apresentadas por vezes classificações de detenção. Assim fazem, por exemplo, SACCO³¹²⁸, SACCO/CATERINA³¹²⁹ e RISI³¹³⁰, em Itália, que falam

³¹²⁶ SACCO/CATERINA, *Il Possesso*, cit., pág. 166 e segs., RISI, *Il Possesso*, cit., pág. 159, TORRENTE/SCHLESINGER, *Manuale Di Diritto Privato*, Ventitressima Edizione, Roma, 2017, pág. 355 e segs.

³¹²⁷ SACCO/CATERINA, *Il Possesso*, cit., pág. 167 e segs., RISI, *Il Possesso*, cit., pág. 161 e segs.

³¹²⁸ "Detenzione autonoma e qualificata", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Aggiornamento, Torino, 2010, pág. 515 e segs.

³¹²⁹ *Il Possesso*, cit., pág. 170 e segs.

³¹³⁰ *Il Possesso*, cit., pág. 168 e segs.

em detenção autónoma e qualificada. A razão para esta qualificação reside no art. 1168 do *codice civile* italiano, que nos casos de esbulho violento e clandestino concede acções possessórias ao detentor, mencionando separadamente o que detém por razões de serviço e de hospitalidade. Este último tem uma detenção “autónoma”, por contraposição aos demais detentores, com uma detenção “qualificada” ou “interessada”³¹³¹.

Defronte dos dados normativos portugueses, não se vê qualquer razão para uma classificação da detenção ou dos detentores. O Direito português não conhece nenhuma situação como as que o art. 1168 do *codice civile* prevê em Itália ou o BGB contempla para o denominado “servidor da posse” (*Besitzdiener*) nos §§ 855 e 860³¹³². O regime jurídico português não atribui no art. 1251º e seguintes do código civil qualquer forma de tutela possessória ao detentor, que nunca pode reagir sozinho em caso de esbulho da coisa realizado por terceiro. Ao possuidor cabe a tutela possessória, não ao detentor.

Com isto não deve ser confundida a situação emergente dos regimes da locação (art. 1037º, nº 2), comodato (art. 1133º, nº 2), parceria pecuária (art. 1125º, nº 2) e depósito (art. 1188º, nº 2), nos quais a lei outorga protecção possessória ao locatário, comodatário, parceiro pensador e depositário. Trata-se, nestes casos, de verdadeira protecção de posse e não de outorga de legitimidade activa ao detentor para defesa da sua “posição”³¹³³. Estes preceitos fundam uma protecção possessória diferenciada para a posse fora do âmbito dos direitos reais de gozo, não dão azo a qualquer diferenciação de tratamento jurídico entre os detentores.

VII. Não havendo um tratamento jurídico diferenciado da detenção, não se vislumbra qualquer razão para fazer uma classificação de figuras que se reconduzam ao conceito, mas apresentem notas distintivas próprias. O Direito português não propicia qualquer fundamento para isso, conforme se fez notar no ponto anterior.

³¹³¹ SACCO/CATERINA, *Il Possesso*, cit., pág. 172.

³¹³² Este conceito é estranho ao Direito romano e não aparece igualmente na pandectística alemã do século XIX. A sua aparição no BGB não deixou, por isso, de produzir ondas de choque na dogmática possessória do final do século XIX. Para uma ilustração, veja-se WENDT, “Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1897, 37, pág. 40 e segs., WIELING, “Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes”, 1984, 184, pág. 439 e segs.

³¹³³ Que não é nenhuma. O detentor é um intermediário do possuidor no controlo material da coisa, nada mais.

Não se ignora, contudo, que os termos em que o sistema jurídico português aceita o concurso de posses sobre a mesma coisa³¹³⁴ possibilita a ocorrência de múltiplas situações em que um detentor reveste simultaneamente a qualidade de possuidor. Para dar os exemplos mais simples e incontroversos, o caso do possuidor nos termos do usufruto, do uso e habitação e da superfície relativamente ao direito de propriedade, o do possuidor nos termos da servidão de passagem no tocante à propriedade, etc.

Nestes casos não se vê inconveniente em falar numa detenção combinada, para assinalar que o detentor tem ao mesmo tempo a posse referida a um outro direito diverso daquele em que actua por conta de outrem. Esta detenção combinada contrapõe-se aos casos de detenção simples ou pura, em que o detentor reveste apenas essa qualidade, não tendo qualquer posse a seu favor. Os exemplos são os do mandatário (representativo), do procurador, do trabalhador por conta de outrem relativamente às coisas da entidade empregadora, do gestor de negócios, do empreiteiro relativamente às coisas fornecidas pelo dono da obra, etc.

De qualquer forma, uma tal classificação entre a detenção combinada e a detenção simples ou pura serve apenas o propósito, modesto, de salientar a circunstância de o estado de detenção poder coexistir com uma posse na mesma pessoa e não para expressar qualquer regime jurídico próprio da detenção, uma diferença de tratamento normativo para alguns detentores, que o Direito português não prevê.

VIII. Caracterizada desta forma, a detenção consiste numa situação de facto em que se encontra aquele que funciona como intermediário do possuidor no controlo material da coisa.

À detenção a ordem jurídica portuguesa, em particular, o regime jurídico do art. 1251º e seguintes do código civil, não associa quaisquer efeitos jurídicos, nomeadamente, nenhum dos efeitos jurídicos da posse, incluindo a tutela possessória ou a usucapião.

Nada disto deve surpreender. O detentor actua por conta de um possuidor; se a posse é violada, com turbação ou esbulho, a reacção cabe ao titular da posse, não a um mero intermediário do "poder de facto" como é o detentor.

Não constitui argumento contrário o regime dos artigos art. 1037º, nº 2, 1133º, nº 2, 1125º, nº 2 e 1188º, nº 2 do código civil. Como mais à frente se demonstra, todos estes preceitos referem-se à tutela de possuidores e à

³¹³⁴ Sobre isto, cf. o capítulo seguinte.

defesa da posse. De resto, o contrário, uma defesa de uma mera situação de facto, de um nada jurídico, por via de acções possessórias não deixaria de representar um equívoco técnico injustificável. A outorga de acções possessórias implica o reconhecimento normativo da situação possessória e não uma tutela, que seria incompreensível, da detenção.