

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

APRESENTAÇÃO DO CURSO. **PONTO 1: DIFERENÇA ENTRE DIREITOS REAIS E OBRIGACIONAIS.**
PONTO 2: POSSE: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA. TEORIAS PRINCIPAIS. CONCEITO. NATUREZA JURÍDICA. ELEMENTOS. SUJEITO E OBJETO DE POSSE. A QUESTÃO DAS POSSE E OS DIREITOS PESSOAIS

- **Direito das Coisas:** regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica.

- Distinção com os direitos pessoais:

- *Teoria realista:* o direito real é o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce *erga omnes*. O direito pessoal, por outro lado, opõe-se unicamente a uma pessoa de quem se exige determinado comportamento.

- Manifestações típicas: a [sequela](#) e a [preferência](#). Seu caráter absoluto decorre de ser um poder direto e imediato sobre a coisa.

- Oposição a essas ideias: a) não pode haver relação jurídica senão entre pessoas; b) a oponibilidade a terceiros não é peculiaridade dos direitos reais, mas sim característica de todos os direitos absolutos. Além disso, há direitos reais que não se apresentam como um poder imediato de uma pessoa sobre uma coisa, tal como ocorre com os direitos de garantia e as chamadas servidões negativas. Há, por outro lado, direitos que determinam um poder imediato sobre a coisa e mesmo assim estão incluídos entre os direitos pessoais, tal como é o caso do locatário e do comodatário.

- *Teoria personalista (Windscheid):* os direitos reais são também relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais. A distinção está no sujeito passivo: nos direitos pessoais, o devedor é pessoa certa e determinada; no direito real, seria indeterminada, havendo uma dita *obrigação passiva universal*.

- Distinção fundada no *modo do exercício do direito* (De Page): a característica do direito real será sempre o fato de se exercer diretamente, sem interposição de quem quer que seja, enquanto o direito pessoal supõe necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito.

- Objeto do direito real: coisa determinada. Sua violação consiste sempre num fato positivo. Gera ao seu titular um gozo permanente, pois tende à perpetuidade.

- Objeto do direito pessoal: coisa determinável. Sua violação pode ser por ação ou por omissão. Gera ao seu titular um direito de natureza eminentemente transitória.

- **Classificação dos direitos reais:**

- **Direito sobre a coisa própria:** propriedade

- **Direitos sobre coisa alheia:** servidões, o uso, o usufruto, a habitação, os direitos do

compromissário comprador, o penhor, a anticrese e a hipoteca.

- Esses subdividem-se em *direitos de gozo e fruição*, de um lado, e *direitos de garantia*, de outro, estando nesse grupo a hipoteca, a anticrese e o penhor.

- Características:

- **Direito de sequela**: aquele que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor

- **Direito de preferência**: é restrito aos direitos reais de garantia. O direito de preferência é referido no artigo 1419 do Código Civil.

- Estão previstos em *numerus clausus* os direitos reais (art. 1225 do Código Civil). Não sendo previstas em lei, novas espécies são inadmissíveis.

- **Constituição dos direitos reais**: contrato, sucessão, desapropriação.

- **Princípios principais sobre os quais se assenta a ideia de uma teoria de propriedade**. Tais princípios poderão ser, em alguma medida, conflitantes (Stephen R. Munzer – Theory of Property. Pág. 3):

- a) princípio da utilidade e eficiência,
- b) princípio da justiça e equidade,
- c) princípio do mérito baseado no trabalho.

Pág. 16- Esses contrastes entre o mundo sem-propriedade e o mundo real sugere dois diferentes modos de entender propriedade. Um é a conceituação popular de propriedade. Ela enxerga propriedade como *bens*. Para a maior parte, propriedade são coisas tangíveis – terra, casas, automóveis, ferramentas, fábricas. Mas isso também inclui bens intangíveis – direitos de autor, patentes e marcas. Muitas dessas coisas não existiriam num mundo sem propriedade. O outro modo de entender propriedade é a conceituação sofisticada. Ela entende a propriedade a partir da ideia das *relações*. Mais precisamente, propriedade consiste em certas relações, usualmente relações legais, entre pessoas ou outras entidades com respeito a coisas.

NOÇÃO PRIMITIVA DE POSSE (JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, Posse vol. 1, pág. 17):

- **No direito romano**: é ela a senhoria de fato, revogável e sem limite no tempo sobre imóvel de que o concedente tem senhoria de direito. Senhoria de fato exercitada com o *animus* de ter a coisa para si, insuscetível, porém, de transformar-se em senhoria de direito.

- **Gewere** (antigo direito germânico): designava o ato pelo qual se transferia juridicamente um imóvel e no qual a pessoa que até então exercera a senhoria sobre ele declarava que a renunciava (*Auflassung*). Posteriormente, *Gewere* passou a indicar, também, a relação de senhoria entre pessoa e coisa, quer tivesse por objeto coisa móvel ou imóvel, quer surgisse de

aquisição derivada ou originária. Enfim, Gewere traduz o objeto sobre o qual incide a senhoria.

Conceito de posse:

Savigny (Das Recht des Besitzes) Tratado da Posse, de 1803):

Seu objetivo era expor a teoria da posse como ela se apresenta no direito romano. O próprio Savigny informa que, ao estudar as fontes romanas (dez últimos livros do Digesto), teve o interesse de estudar a posse e renovar as opiniões contemporâneas dominantes a partir das fontes romanas.

- Tratava-se, portanto, de livro voltado para a reconstrução da teoria da posse como a haviam concebido os juristas romanos, e não de trabalho destinado a fins práticos (Moreira Alves, págs. 208 e 209).

- Pág. 211- Em suas linhas gerais, parte ele da observação de que, no direito romano, só dois efeitos legais se atribuem à posse como tal e independente de qualquer ideia de propriedade: a usucapião e os interditos possessórios. A posse é condição de existência desses dois efeitos. É ela fato e direito – por sua própria essência, é um fato: por suas consequências, assemelha-se a um direito. O *ius possessionis*, que é o direito que resulta da posse, consiste apenas na faculdade de invocar interditos possessórios, quando da violação da posse assume forma determinada.

Pág. 212- Quais, então, são os elementos essenciais da noção de posse jurídica? São eles dois: um fato exterior (o *corpus*) e uma vontade determinada que o acompanha (o *animus*, fato interior). O *corpus* não é, como pretendiam os juristas desde o tempo da glosa, o contato material com a coisa, nem são os atos simbólicos que, graças a uma ficção jurídica, representam esse contato, mas, sim, a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la contra agressões de terceiro. Já o *animus* que caracteriza a posse é o *animus domini* (a intenção de ter a coisa como se fosse proprietário dela), que não se confunde com a *opinio domini* (a crença de ser, realmente, o proprietário da coisa possuída). Portanto, o que distingue a *posse* da *detenção* é a circunstância de que, na posse, mister se faz a existência de um *animus* especial: o *animus domini*. Por tê-lo, o ladrão tem posse: por não o ter, – e isso porque não considera a posse como sua – não a tem o inquilino, que é mero detentor. Mas, o próprio Savigny não podia deixar de reconhecer que existiam casos em que, segundo os textos romanos, havia posse, apesar da inexistência do *animus domini*: o do precarista, o do credor pignoratício, o do depositário de coisa litigiosa e o do enfiteuta que, que possuíam sem ter *animus domini*, e que, logicamente, deveriam ser meros detentores como o eram, por exemplo, o locatário, o depositário, o comodatário, o usufrutuário. Considerou-os (pág. 213) Savigny como derivações aos princípios primitivos da posse, e explicou-os com a noção de *posse derivada*: além da posse originária, cujos elementos essenciais são o *corpus* e o *animus domini*, há a posse derivada, que é aquela que resulta da transferência, por parte do possuidor verdadeiro e originário, do *ius possessionis* ao que irá exercer o direito de propriedade em nome daquele; o *animus possidendi*, na posse derivada, tem por objeto o *ius possessionis* transferido pelo possuidor originário, e é a intenção de tê-lo.

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

A posse resultaria da conjunção de dois elementos, o *corpus* e o *animus*. O *corpus* é o elemento material, que se traduz no poder físico de uma pessoa sobre a coisa. O *animus* é o elemento intelectual, representando a vontade de ter a coisa como sua. A posse civil resulta da conjunção desses elementos.

Posse derivada: situações excepcionais nas quais, mesmo sem o *animus*, é garantida a proteção possessória. Essa é a chamada *teoria subjetiva*.

Ihering:

(Moreira Alves, pág. 223): A proteção da posse é um postulado da proteção da propriedade; ela é o complemento indispensável do sistema da propriedade dos romanos. E é dele também a afirmação que viria a celebrar-se: a posse é uma posição avançada da propriedade. (...) Para Ihering, sendo a posse a exteriorização ou a visibilidade da propriedade, o critério para a verificação de sua existência é a maneira pela qual o proprietário exerce, de fato, sua propriedade, o que implica dizer que o *corpus* é a relação de fato entre a pessoa e a coisa de acordo com a sua destinação econômica, é o procedimento do possuidor, com referência à coisa possuída, igual ao que teria normalmente o titular do domínio. As ideias de Ihering são as seguintes:

É chamada de *teoria objetiva*. A *posse* é poder de fato sobre uma coisa, enquanto a *propriedade* é poder de direito. Podem se unificar nas mãos de uma só pessoa, ou estarem separados.

Utilização econômica da propriedade consiste em usá-la de duas maneiras: a) diretamente pelo proprietário (utilização imediata ou real), b) cedendo-a a outrem (utilização mediata ou jurídica). Sendo assim, a noção de propriedade acarreta o direito do proprietário à posse.

A posse, assim, seria: a) o conteúdo de um direito; b) condição de nascimento de um direito; c) fundamento de um direito.

- A diferença entre posse e detenção não estaria na *natureza particular da vontade de possuir*, mas sim na causa da aquisição.

- O critério para a verificação da posse seria a constatação de sua *destinação econômica*. A posse vem a ser o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao da propriedade ou a outro direito real.

Objeto da posse: podem ser objeto de posse as coisas e os direitos. Nestes, admite-se a posse de direitos obrigacionais, desde que seu exercício esteja ligado à detenção de uma coisa corpórea.

- **Detenção:** servidores da posse – art. 1.198 do Código Civil.