

PARTE PRIMEIRA

POSSE, DOMINIO

SECÇÃO PRIMEIRA

Posse

CAPÍTULO I

POSSE: SUA NATUREZA E EFEITOS: COMO SE ADQUIRE
E COMO SE PERDE

§ 2. — *Noção da posse*

1. — A posse (1) consiste no poder de dispor física-

(1) A nossa legislação é totalmente omissa acerca da posse, sua natureza, modos de adquirir e perder. Existem apenas dispersas nas Ordenações Filipinas e em leis extravagantes algumas disposições re-

mente da coisa, com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiro (2).

Pressupõe, portanto, uma coisa fisicamente submetida à dominação da nossa vontade.

A dominação física da vontade sobre a coisa aparece no Direito sob dois aspectos:

a) Como fato que é a realização e o exercício de um direito preexistente;

b) E como fato que não se acha ligado a um direito anterior, mas que produz efeitos legais.

lativas ao uso dos remédios possessórios. Neste importantíssimo assunto, como em tantos outros, continua a vigorar o Direito Romano com as modificações introduzidas pelo *uso moderno* e pela prática de julgar.

A teoria da posse do Direito Romano é por ventura a parte mais sistemática e profunda daquele Direito.

Essa teoria, porém, admirável no ponto de vista científico, não pode convir em todo o seu rigor aos povos modernos.

Os Romanos, dando nítida importância ao elemento material da posse, a consideravam como um estado de fato, estranho aos princípios que regulam a aquisição e o exercício dos direitos.

E' em sentido contrário a tendência do Direito Moderno, iniciada pelo Direito Canônico, continuada pelos civilistas práticos e fortemente acusada nos códigos promulgados do século passado para cá. Há manifesto esforço para subordinar a posse, tanto quanto o permite a sua natureza, ao princípio do direito.

A lei francesa, por exemplo, só a protege com a ação competente, quando perdura pelo menos um ano e reúne as qualidades para produzir a usucapião. Cód. do Proc. Civil, art. 23; Cód. Civil, artigo 2.229, e ZACHARLÆ, § 188. Vej. igualmente o C. C. do Chile, art. 918, e o Português, art. 488.

Este espírito se manifesta nas modificações que a nossa jurisprudência tem imposto ao Direito Romano, como adiante se verá.

(2) SAVIGNY (*Traité de la posses.*, traduit par HENRI STAEDTLER, 7me. édit., 1870), § 1.º; MAYNZ, *Droit Rom.*, § 166; MELLO, 3, 2, §: *Naturalis facultas rei ipsistendi animo sibi habendi.*

No primeiro aspecto a dominação da vontade sobre a coisa é um corolário do domínio. Aquele que é senhor da coisa tem o *direito* de tê-la sob sua detenção (3).

No segundo aspecto a dominação da vontade sobre a coisa é a *posse*.

2. — O domínio não se pode adquirir senão por título justo e duma maneira conforme ao Direito: é um poder, uma faculdade jurídica em toda a força da sua essência.

A posse, porém, não tem por fundamento um direito anterior de que ela seja a consequência e a manifestação; instaura-se pela simples aquisição do poder físico de dispor da coisa, unido à intenção de havê-la como própria, nada importando se por modo justo ou injusto (4); e, uma vez adquirida, produz efeitos legais (5).

A posse é, pois, em sua origem e essência distinta do domínio: (6) tem vida própria e independente; pode ou subsistir só, ou coexistir com ele.

(3) É o *jus possidendi*, atributo do domínio que não se deve confundir com o *jus possessionis* — posse. Vej. SAVIGNY, cit. § 1.º; MAREZOLL, § 88.

(4) Fr. 3, § 5, D. de adq. poss. 41,2: In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Fr. 1, § 9; D. Utipossidet., 43,17.

(5) Vej. adiante, § 4.

(6) Fr. 5, D. de adq. poss., 41,2: Nec possessio et proprietas misceri debent. Fr. 12, § 1.º. D. eodem. Nihil commune habet proprietatis cum possessione. Ord. 3,40, § 2; 78, § 3; 4,58 pr. e § 1.º.

3 — Suposto seja um poder de natureza diversa, a posse reveste as aparências e os caracteres exteriores da propriedade. Com efeito, no modo por que ela funciona, é o exercício de *fato*, sem a legitimação de um princípio jurídico, das faculdades que constituem o domínio ou o direito de propriedade (7).

4. — E', certo, para notar, como sendo um poder que se gera fora das normas do Direito, viesse a posse a alcançar a proteção das leis e a tomar tão largos desenvolvimentos entre as instituições jurídicas.

Para isto concorreram razões ponderosas e de ordem elevada:

1.^a — A primeira entende com o respeito devido à personalidade humana. A posse é a vontade do homem a atuar sobre uma coisa externa; exprime um estado da pessoa, isto é, a pessoa em contato com a coisa. Os atos que teem por fim perturbar aquele contato ou subtrair a coisa à ação do homem, importam ofensa à pessoa. Assim, pois, para resguardar a inviolabilidade da pessoa humana, a lei se viu forçada a proteger a posse (8).

2.^a — Um dos principais fins do Estado é a organização de um Poder, incumbido de fazer reinar o direito,

(7) SAVIGNY, § 1.º; MAYNZ, § 166. Os atos possessórios, como o de cercar o terreno, o de cultivá-lo, o de cortar árvores, se confundem no ponto de vista material com os atos dominicais do proprietário.

(8) E' a doutrina de SAVIGNY (§ 6). Vej. MAYNZ, § 166. Em contrário, MUHLENBRUCH, *Doctr. Pandect.*, § 229, nota 7.

e de restabelecer o seu império onde quer que seja violado. Daí o princípio fundamental — que ninguém se pode fazer justiça por suas próprias mãos (9). Permitir que aquele que se julga com melhor título à posse da coisa, perturbasse ou usurpasse a posse em que outro está dessa mesma coisa, seria infringir o dito princípio, seria plantar no seio da sociedade a anarquia, a desordem, a confusão (10).

3.^a — À estas razões, além de outras de utilidade prática (11), acresce que na generalidade dos casos a posse anda ligada ao domínio. Nada, pois, de mais natural do que induzir dela a presunção de propriedade, e portanto colocá-la sob a proteção da lei (12).

(9) Fr. 176, pr. D. de reg. jur., 50,17; fr. 13, D. Quod metus causa, 4,2. Vej. MAREZOLL, § 49.

(10) Doutrina de RUDORFF. Vej. SAVIGNY, cit., § 6, e MAYNZ, § 166.

Ord., 4,58, pr. “Se alguma pessoa forçar ou esbulhar outra da posse... não sendo primeiro citado e ouvido com sua justiça... Perca todo o direito que nele tinha, pô-lo fazer *pela sua própria força, e sem autoridade da justiça*”.

(11) Muitas vezes o senhor da coisa prefere usar dos remédios possessórios em lugar das ações de reivindicação; já porque a posse é mais fácil de provar do que o domínio, já porque as ações possessórias são mais rápidas do que as reais petições.

(12) LOBÃO, *Interdict.*, § 5; *Dig. Port.*, I, art. 529.

ZACHARLÆ, § 186; Cód. Civil do Chile, art. 700; C. C. Port., art. 477.

SAVIGNY nas primeiras edições do seu *Tract. de Posse* admitiu esta presunção como fundada. condenou-a na 6.^a; mas na 7.^a, observa que suposto a dita presunção seja inadmissível na teoria do Direito Romano, “não é precisamente errônea, porquanto, na maioria dos casos o possuidor é proprietário”, § 6, pág. 34, nota 1.

Sobre a origem histórica da posse, veja-se o mesmo SAVIGNY, § 12.

5. — Mas, qualquer que seja a proteção que a lei dá à posse, essa proteção não firma um estado de coisas inconcusso e perpétuo. A posse, adquirida de um modo injusto, sucumbe afinal diante do direito (13).

CÓDIGO CIVIL

Art. 485 — Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade. — 487, 493 e 497.

Art. 486 — 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.

Art. 487 — Não é possuidor aquele, que achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

§ 3. — Elementos da posse

1. — A posse, como se deduz da sua noção (§ 2.º) consta de dois elementos: um material (*corpus*) — a detenção física da coisa; outro moral, (*animus*) — a intenção de ter a coisa como própria (14).

(13) A posse injusta não prevalece contra o domínio. Ord. 4.ª, 58, § 1.º... E sendo restituído, *poderão litigar ordinariamente sobre a propriedade*". Na ação de reivindicação, provado o domínio, o reivindicante vence, o possuidor é vencido.

Acerca da exceção de domínio nas ações possessórias, veja adiante §. 22, nota 6.

(14) Fr. 3, § 1.º D. de adq. vel amitt posseã (41,2): *Adipiscimur possessionem corpore et animo*.

A posse resulta da união destes elementos. Um deles sem o outro é insuficiente para gerá-la (15).

A *detenção* é o fato material que submete a coisa à vontade do homem e cria para ele a possibilidade de dispor fisicamente dela, com exclusão de quem quer que seja (16).

O elemento moral, a *intenção*, consiste na vontade de possuir a coisa como própria (*animo sibi habendi*).

2. — Esta intenção não se deve confundir com a intenção do senhor (*dominus*), conscio de seu direito. A in-

(15) Fr. 3, § 1.º (D. 41,2): *corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*

(16) Veja-se adiante § 10.

A detenção sem o *animo sibi habendi*, é um mero fato, sem relação com a aquisição de um direito. Tal é o caso do depositário, do comodatário, do locatário, os quais deteem a coisa em virtude de título que importa o reconhecimento de direito de terceiro e exclue a intenção de possuí-la como própria. Os Romanos designavam a detenção pelas palavras — *tenere, corporaliter possidere, esse in possessione.*

A respeito da mera detenção, convem notar:

1.º Que ela não é um fato mecânico, mas que, sendo ato de um ser racional, exprime sempre uma deliberação do espírito. *Tenere non est corpore rem contingere, sed ita attingere ut affectionem tenendi habeas.* DONEAU, L. 5, T. 13, § 4. Assim a detenção pressupõe a intenção de reter a coisa, sem incluir o pensamento de tê-la como própria.

2.º Que a mera detenção, embora desligada de relação direta com um direito, é muitas vezes não a *causa*, mas a ocasião do exercício de certos direitos. Assim, aquele que *detem* a coisa, pode repelir as vias de fato empregadas para arrebatá-la, ou recusar a restituição por motivo de benfeitorias e despesas com a mesma coisa (*propter debitum cum.re junctum*). (Ord., L. 4, T. 54, § 1.º). No primeiro caso, o direito exercido é o de legítima defesa; no segundo o de justa indenização, fundado em uma razão de equidade: — *exceptio doli mali.* ZACHARIÆ, § 184.

tenção do proprietário legítimo tem por objeto o domínio; a intenção do méro possuidor exprime tão somente a deliberação de reputar a coisa por sua e de proceder em relação a ela como se fosse verdadeiro senhor (17).

3. — Da doutrina exposta resultam os corolários seguintes:

1.º — Que o possuidor não reconhece sobre a coisa direito superior ao seu (18);

2.º — Que a intenção de possuir a coisa como própria nem sempre pressupõe no possuidor a convicção de que a coisa realmente lhe pertence (19).

§ 4.º — *Efeitos legais da posse*

Tem-se atribuído à posse muitos e numerosos efeitos (20), mas o estudo severo de sua noção e das diferentes

(17) Tal é a intenção do possuidor que sabe não ter direito à coisa, como a do salteador, a do que esbulha o proprietário. SAVIGNY, § 9.

(18) A intenção, em que está o possuidor de ter a coisa como própria, exclue necessariamente o reconhecimento do direito de terceiro. É diversa a posição do simples detentor, como a do locatário, o qual reconhece o direito do proprietário.

(19) *Opinio seu cogitatio dominii*: o salteador, por exemplo, possui a coisa roubada, mas tem a consciência que ela não lhe pertence. SAVIGNY, cit. § 9.

(20) Os glosadores e os juristas que se lhe seguiram, davam à *posse* um grande número de efeitos. Houve até um que chegou a atribuir-lhe setenta e duas beatitudes. (SAVIGNY, § 3). Mas a aná-

relações sob as quais aparece ela no campo do Direito, não lhe descobre outros efeitos além destes:

- a) Dá direito aos *interditos* (ações possessórias) (21).
- b) Conduz à prescrição aquisitiva (usucapião).
- c) Induz a presunção de propriedade.

1. — A lei protege a posse contra as ofensas e usurpações individuais, conferindo ao possuidor as ações necessárias para se manter nela, ou recuperá-la quando injustamente perdida (§ 18).

lise desses efeitos demonstra que são devidos a outras causas que não à posse.

Por exemplo :

1.º “O direito de fazer seus os frutos percebidos”. Não é efeito da posse, mas da propriedade putativa que deriva da ação Publiciana. (SAVIGNY, § 3 e 22, a). Veja adiante § 56 e 88.

2.º “Na ação de reivindicação, o possuidor vence, se o autor não prova o seu domínio”. Não é uma consequência da posse, mas do princípio geral de processo: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. (SAVIGNY, § 3, n. 4).

O direito de defender a posse contra vias de fato e o de reter a coisa (*jus retentionis*), não são efeitos da posse, como se demonstrou no § antecedente, nota 3.

Não se deve confundir a *ocupação* e a *tradição*, modos de adquirir o domínio, com a posse. Sempre que se dá a ocupação e a tradição, concorrendo o ânimo *sibi habendi*, se adquire a posse; no entanto nem sempre se adquire o domínio, como se a coisa ocupada pertence a terceiro, ou se a tradição é feita *á non domino*: donde se vê que a ocupação e a tradição não se podem considerar como posse produzindo o domínio, como alguns erradamente o tem pensado.

(21) A posse em relação aos interditos é denominada pelos Romanistas — *possessio ad interdicta*, a posse que leva à usucapião — *possessio ad usucapionem*.

O direito de invocar os interditos é um efeito que resulta da *posse* desde que ela se constitue pela simples reunião dos seus dois elementos substanciais, independentemente das qualidades que ela pode revestir, de justa ou injusta, de boa ou de má fé (22).

Assim que toda a *posse* dá direito aos *interditos*. A proteção dos interditos constitue, pois, o caráter geral da *posse* no sentido jurídico (23).

2. — A *posse* é também a base fundamental da prescrição aquisitiva (*usucapião*); não basta porem por si só para produzir esta consequência, é mister ainda o concurso de outros requisitos, como justo título e boa fé. Mas, como na aquisição da propriedade pelo *usucapião* a *posse* é o elemento gerador dominante, não sendo os outros requisitos senão qualificações que se lhe exigem para aquele fim, daí procede o considerarem a *usucapião* como um efeito dela (24).

(22) Fr. I, § 9; fr. 2. D. Utipossidetis (41,17); I, § 6, de interdictis (4,15); Ord., L. 4, T. 58 pr. e § 1.º.

Os interditos são a garantia de direito que a lei confere ao possuidor contra todo o fato que lhe perturba ou usurpa a *posse*. A *posse* é a *causa* determinante dos interditos; a ofensa à *posse* é ocasião do seu exercício.

(23) O interdito pressupõe a *posse*; a *posse* pressupõe o interdito. Não há *posse* sem interdito. I. § 5 de interdict., (4,15); fr. 3, § 8. D. Utaposs. (41,17).

(24) Alguns escritores sustentam que a *usucapião* não se pode rigorosamente reputar efeito da *posse*, porque a *posse*, por si só é insuficiente para produzi-la. MAYNZ, § 166, nota 8. Todavia a *posse* se acha para com a *usucapião* em relação tão íntima e estreita, que o largo desenvolvimento que a *posse* alcançou no Direito é, em grande parte, devido a ser ela o veículo que leva à *usucapião*. Os interditos

§ 5. — *A posse é fato ou direito?*

O elemento material da posse, a *detenção*, é em si um méro fato que não acarreta consequências legais.

Mas o concurso do elemento moral, a *intenção*, transformando-o em posse, comunica-lhe caráter jurídico (26).

Este caráter jurídico, resultante da natureza elementar da posse, e a maneira pela qual ela tem sido tratada pela legislação civil, elevam-na à categoria de um direito.

Basta memorar:

1. — Que a posse inclui em si o direito de invocar os interditos, verdadeiras ações adaptadas a protegê-la contra a perturbação e o esbulho (27).

2. — Que a posse subsiste, ainda em ausência do possuidor (28); adquire-se e conserva-se por via de representantes (29); liga-se a personalidades civís, destituídas de vontade própria (30); transmite-se por sucessão (31) e é susceptível de apreciação pecuniária (32).

e a usucapião, observa SAVIGNY (§ 2), são a razão porque em direito ordinariamente se indaga da existência da posse.

(26) Fr. 49 pr. D. de adquirir. vel amit. poss. (41,2): Plurimum ex jure possessio mutuatur. Cit. fr. 49, § 1.º:

Possessio non tantum corporis sed et juris est.

(27) I. pr. de action. (4,6); fr. 51, D. de oblig. et act. (44,7): Nihil aliud est *actio* quam *jus, quod* sibi debeat, *judicio* persequendi. Não há ação a que não corresponda um direito. Vej. MAYNZ, § 136.

(28) Vej. adiante, § 15, n. 1.

(29) Vej. adiante, § 13.

(30) Tais são as corporações de mão-morta, as municipalidades.

(31) Vej. § 12.

(32) Ord., L. 3, T. 70, § 10; MELLO, 4,23, § 9, nota.

3. — Que o direito que compete ao esbulhado para recuperar a posse perdida, é um direito puro, desligado de todo elemento material, isto é, do poder físico atual sobre a coisa (33).

Estes desenvolvimentos e aplicações da idéia de posse seriam ininteligíveis, se ela fosse um simples *fato*, e não entrasse em sua composição um elemento jurídico, energeticamente acentuado (34).

E', pois, força reconhecer que a posse é um fato e um direito: — um fato pelo que respeita à detenção, um direito por seus efeitos (35).

§ 6. — *Quais as coisas que podem ser objeto da posse.*

Os dois elementos que em sua reunião formam a posse estão de si mesmos indicando quais as coisas sobre que ela pode recair.

1. — Não há posse sem detenção física. Não podem, portanto, ser objeto dela senão as coisas corpóreas (36), susceptíveis de serem apreendidas (37).

(33) RUDDORF, *Apêndice a Savigny*, 7.^a edição, n. 19, *in fine*.

(34) O *fato* é por sua natureza personalíssimo, inconvertível e intransmissível. Como, pois, aliar o *fato* com as aplicações que a idéia da posse recebe no sistema do Direito?

(35) SAVIGNY, § 5; MULENBRUCH, § 230.

(36) Fr. 3 pr. D. de adq. vel amit. poss. (41,2); SAVIGNY, § 12. A idéia — posse, posteriormente se aplicou, por extensão, às coisas incorpóreas (*jura in re aliena*). A posse em relação às coisas incorpóreas recebeu a denominação de — quase-posse: (quasi-possessio). Vej. adiante, § 16.

(37) Fr. 3, § 17; fr. 30, § 1 e 3, adq. poss. (41,2); SAVIGNY, § 9; MAYNZ, § 167, nota 11; MELLO, L. 3, T. 4, § 11.

2. — A posse requer ainda a intenção de ter a coisa como própria (*animus sibi habendi*). Não basta, pois, que as coisas sejam susceptíveis de apreensão: mas ainda é mister que possam ser apropriadas. Daí a exclusão das coisas que estão fora do comércio, como as ruas, praças públicas, portos, templos, cemitérios (38).

§ 7. — *Compossessão.*

1. — A posse é de sua natureza exclusiva. Se alguém tem o poder de dispor fisicamente de uma coisa, é evidente que em relação a essa mesma coisa outro não pode ter igual poder: — o poder dum aniquilaria o poder do outro.

Da noção da posse, pois, resulta:

Que duas ou mais pessoas não podem ter a um tempo a posse da mesma coisa, possuindo-a cada um por *inteiro* (*in solidum*) (39).

Daí dois princípios de um grande valor prático:

1.º Enquanto perdura a posse antiga, não pode começar a existir nova posse;

(38) SAVIGNY, § 9; MAYNZ, § 167.

(39) Fr. 3, § 5, D. de adq. vel. amit. poss. (41,2): Plures eadem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Este fragmento é célebre entre os intérpretes do Direito Romano. Acerca de sua inteligência, vej. SAVIGNY, § 11. LOBÃO, notas a Mello, L. 3, T. 2, § 8, n. 25.

2.º Firmada a existência da nova posse, a antiga se entende extinta (40).

2. — Entretanto nada obsta que diversas pessoas possuam em comum uma mesma coisa indivisa (*pro indiviso*); — é o que se chama *posse comum*, ou segundo a tecnologia moderna — *composseção* — (composseção). (41).

Neste caso nenhum dos compossuidores possui a coisa por inteiro, mas cada um possui uma *parte abstrata*, e não pode dispor senão dessa parte (42).

(40) SAVIGNY, § 11. Se duas pessoas não podem ter a posse da mesma coisa *in solidum*, segue-se que é inconcebível a coexistência de duas posses. Os juristas usam muitas vezes destas frases: — *posse mais antiga, posse melhor, posse fundada em melhor título*. — (Vej. Cód. Civil Port., art. 488).

Estes modos de dizer não pressupõem, como à primeira vista pode parecer, a coexistência de duas posses, mas aludem a posses sucessivas, e querem dizer que, sendo duvidosa a prova, prevalece a posse mais antiga, ou a que é fundada em melhor título. *Doutr. das Ac.*, nota 416.

(41) Fr. 5, D. de stp. servor. (45,3); fr. 25. § 1.º, D. de verb. signif. (50,16); SAVIGNY, § 11; MAKELDEY, § 247.

(42) Fr. 32, § 26, D. de adq. vel. amit. poss. (41,2). Vej. SAVIGNY e MAKELDEY, nos lugares citados na nota antecedente.

O Direito Romano declarava impossível a composseção por partes *indeterminadas*: *incertam partem possidere nemo potest*. (fr. 32, § 2. D. de usurp., 41,3). É uma pura subtileza, que levaria ao resultado seguinte: dois proprietários que ignoram a parte que a cada um compete no prédio que deteem em comum, não teriam a posse desse prédio. Na posse civil que do defunto passa aos herdeiros, estes, antes de verificado o seu número, como às vezes acontece, não sabem a quota que lhes há de caber, mas a posse deles é inconcussa.

Dá-se a composseção:

1.º Entre os herdeiros, antes de feita partilha;

3. — A relação de direito entre os compossuidores é a seguinte: cada compossuidor só pode exercer sobre a coisa atos possessórios que não excluem a posse dos outros compossuidores (43).

E' de notar que, realizada a divisão da coisa, cada um se reputa possuir a parte que lhe toca, desde o momento em que se estabeleceu a compossessão (44).

CÓDIGO CIVIL

Art. 488 — Se várias pessoas possuírem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada um exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros possuidores. — 634.

2.º Entre marido e mulher, casados segundo o regime da comunhão de bens;

3.º Entre consócios, acerca das coisas comuns;

4.º E em geral em todos os casos, em que cabe a ação *communis dividundi*.

(43) LOBÃO, *Interdict.*, § 271. E' o princípio que regula as relações dos condôminos, aplicado à compossessão. O sócio que é molestado pelo outro sócio na posse da coisa comum, ou que é dela excluído, pode invocar contra esse sócio o remédio de força turbativa ou expoliativa. LOBÃO, *lug. cit.*

(44) Este princípio é de alcance prático em questões de prescrição aquisitiva. *Vej. Cód. Civ. do Chile, art. 718.*

E' notar que as coisas que pertencem à sociedade mercantil, móveis ou imóveis, enquanto se conservam como tais, não são objeto de *compossessão*, porquanto, quem tem a posse é a sociedade, pessoa jurídica e não os sócios.

Várias pessoas podem ter a posse da mesma coisa e ao mesmo tempo, sob diversas relações e para efeitos diversos, como, por exemplo, o devedor e o credor pignoratício, dos quais o primeiro tem a posse para a usucapião, e o segundo tão somente para os interditos. *Fr. 16, D. de adq. poss., 41,2.*

§ 8. — *Terminologia, qualificações da posse.*

1. — A terminologia usual (45) do nosso Direito em matéria de posse é a seguinte:

Posse,
Posse natural,
Posse civil.

2. — O termo — *posse* — desacompanhado de qualificativos é ordinariamente empregado para exprimir a posse jurídica, tanto a que dá direito aos interditos (46) como a que leva à usucapião (47).

(45) O nosso Direito na sua terminologia acerca da posse não tem a precisão que se requer na língua jurídica, defeito de que também se ressaltava o Direito Romano.

As tentativas hercúleas de SAVIGNY, (§ 7), para demonstrar que as expressões *possessio*, *possessio naturalis* e *possessio civilis* tinham no Direito Romano um sentido invariável e consagrado, se quebram diante das dificuldades invencíveis que opõem a letra dos textos. ACCARIAS, *Précis de Droit Rom.*, n. 212, *in fine*, nota 1; MAYNZ, § 169, nota 4.

Os glosadores e os subsequentes intérpretes levaram ao maior auge a confusão da tecnologia jurídica neste assunto, criando distinções as mais arbitrárias. Os nossos escritores de ordinário reproduzem a linguagem desses intérpretes. Vej. MELLO, L. 3, T. 2, § 8, nota.

(46) Ord., L. 4, T. 58, pr. e § 1.º. “Porem, sem embargo de assim provar, será o esbulhado restituído à sua *posse*. E sendo restituído, poderão litigar ordinariamente sobre a propriedade”. Ord., L. 3, T. 4, e § 2. Alvará de 9 de Novembro de 1774: “Querendo evitar os inconvenientes que resultam de se tomarem *posses de bens*... por pessoa... a *que não* pertence a propriedade deles”.

(47) Ord., L. 3, T. 40, § 3: “Se se entender ajudar da *posse*, por dizer que a possuiu por *muito tempo*, com algum *título*, de que se possa causar *prescrição*”.

3. — Por *posse natural* se entende a posse jurídica, que efetivamente e sempre assenta na detenção material (48). Esta qualificação exclue, portanto, as espécies de posse, que, por um desvio da teoria fundamental, se adquirem e se conservam independente do fato físico da detenção (49).

4. — *Posse civil* é a que se adquire por força da lei, sem necessidade da apreensão material da coisa (50). Também se denomina *posse civil* a que é tomada de uma maneira conforme à lei (51).

Algumas vezes encontra-se nas nossas leis a palavra *posse*, significando a impleta detenção material, como por exemplo na Ord., L. 3, T. 86, § 1.º, verb.: “nem por si, nem por outrem fique por via alguma em *posse* dos penhores (bens penhorados)”.

(48) Alv. de 9 de Novembro de 1774: “A dita *posse civil* terá todos os efeitos da *posse natural*, sem que seja necessário que *esta se tome*”. Estas últimas palavras “*sem que esta se tome*”, dão à entender que não há *posse natural* sem a detenção física da coisa. A *posse natural* a que se alude, é a posse jurídica, e não simplesmente a detenção, pois que se lhe atribuem efeitos, aos quais são equiparados os efeitos da posse civil. Regulamento n. 737, de 25 de Novembro de 1850, artigo 597: “E tendo *posse natural* ou *civil* com efeito da *natural*”. A contraposição da *posse natural* à *civil* acusa a diferença notada:

(49) Vej. § 12 adiante. Tal é a posse do herdeiro, a adquirida pelo constituto possessório (§ 14).

(50) Alv. de 9 de Novembro de 1774, e Assento de 16 de Fevereiro de 1786; MELLO, L. 3, T. 2, § 8 e nota; *Dig. Port.*, P. I, artigos 587 e 617; PEREIRA E SOUZA, *Prim. Linh.*, nota 788.

A lei de 17 de Agosto de 1767, § 7, denomina posse *civilíssima* a posse em que fica a viuva, “de todos os bens do casal assim patrimoniais como da corêa e ordens”. Aquí a posse *civilíssima* é tomada na acepção de posse que se adquire por simples decreto da lei, sem necessidade da apreensão material. É uma reminiscência da glosa.

(51) Alv. de 9 de Novembro de 1774: “Sou servido ordenar que a *posse civil* que os defuntos em sua vida houverem tido, passe logo nos bens livres aos herdeiros...”

5. — A posse andam ligadas as qualificações de *justa*, *injusta*, de *boa*, de *má fé*.

6. — *Posse justa* em sentido lato é aquela cuja aquisição não repugna ao Direito. No caso contrário a posse se diz *injusta* (52).

Em sentido restrito *posse justa* significa a que é isenta de algum dos três vícios seguintes: — violência, clandestinidade ou precariedade (53).

Qual é a *posse civil* que o Alv. pressupõe no defunto e que por sua morte passa aos herdeiros? Parece que é a posse adquirida de uma maneira conforme à Lei. O Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 declara que o Alv. alude às posses, *tomadas* corporal e *civilmente*. (Lob., *Interdit.*, § 51).

(52) MAKELDEY, § 244; SAVIGNY, § 8; COELHO DA ROCHA, § 436.

(53) F. 1, § 9, D. Utipossidetis, (43,17); Ord., L. 4, T. 58, pr. “E se o *forçador* não tiver direito na coisa em que fez a *força*”: § 1.º: “Porque se fosse *quase-força*, assim como se algum ocupasse a posse de coisa vaga que não fosse por outrem corporalmente possuída”. Ord., L. 4, T. 54, § 3: “E se o senhor da coisa, estando em *posse* dela, a emprestou de sua mão a outrem a tempo *certo*, ou *enquanto lhe aprouver*”.

No direito Moderno o vício da *precariedade* em matéria de posse tem uma significação mais ampla do que no Direito Romano.

O *precário*, segundo o Direito Romano, era o pacto pelo qual o proprietário de uma coisa cedia a outro o uso dela, ou permitia o exercício de direito de uma servidão, reservando-se a faculdade de revogar esta autorização quando lhe aprouvesse. Era um simples pacto, e não um contrato, visto como não revestia a *forma jurídica*, dos contratos. Se, revogada a autorização, a pessoa que houvesse recebido a coisa a *título precário* recusava restituí-la, a sua posse se tornava viciosa, isto é, ficava contaminada do vício precário. Fr. 2, § 2 e 3, D. de prec. (43,26); SAVIGNY, § 42.

Hoje se diz viciada de *precariedade* a posse daqueles que tendo recebido a coisa das mãos do proprietário por um título que os obriga a

Neste aspecto a idéia de posse entra em relação com a idéia de *causa*, donde a conhecida regra:

“Que ninguém pode a seu arbítrio mudar a causa de sua posse” (54).

Possuidor de *boa fé* é aquele que está na convicção de que a coisa por ele possuída, de direito lhe pertence. Ao contrário, de *má fé* se diz o possuidor que sabe não lhe assistir direito para possuir a coisa (55).

CÓDIGO CIVIL

Art. 489 — É justa a posse que não fôr violenta, clandestina ou precária. — 497.

restituí-la em prazo certo ou incerto, como por empréstimo ou aluguel, recusam injustamente fazer a entrega, passando a possuí-la em seu próprio nome. Cód. Civ. Franc. arts. 2.236, 2.232; (ZACH., § 216). Esta doutrina se harmoniza perfeitamente com a cit. Ord., L. 4, T. 54, § 3.º; a qual equipara, para o efeito da restituição da coisa, ao precário (verb. enquanto lhe aprouver) o empréstimo e o arrendamento, (verb. a tempo certo). Nestes casos pode o dono da coisa emprestada ou alugada a tempo certo, ou pelo tempo que lhe aprouver, usar da ação de esbulho. LOBÃO, *Aç. sum. Dissert.* 12, § 3.º; *Consolidação das Leis Civís*, nota 1, ao art. 509. A recusa da restituição da coisa pode constituir o crime definido no art. 258 do Cód. Crim.

(54) *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest.* Vej. fr. 33, § 1. D. de usurpat. (41,3); fr. 3, § 18, 19 e 20. De de adq. poss., (41,2).

Assim, aquele que por exemplo possui a coisa como donatário (*pro donato*), não pode a seu arbítrio mudar a *causa* da posse, dizendo que a possui a título de herdeiro ou de comprador. A citada regra é de uma grande importância nas questões de *prescrição aquisitiva*.

(55) Ord., L. 4, T. 3, § 1.º: “Se contaram do primeiro dia que a coisa foi a poder do *possuidor* com título e *boa fé*... “Salvo se constar da *má fé* dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever”.

Art. 490 — *E' de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstaculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuido. — 491.*

Parágrafo único. O possuidor com justo titulo tem por si a presunção de boa fé, salvo prova em contrário ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Art. 491. — *A posse de boa fé só perde este carater, no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.*

Art. 492 — *Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo carater, com que foi adquirida.*

Art. 500 — *O possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. — 490, 512.*

Art. 511 — *Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio. Devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.*

Art. 512 — *Os frutos naturais e industriais, reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados. Os civis reputam-se percebidos dia por dia.*

Art. 513 — *O possuidor de má fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má fé; tem direito, porem, às despesas da produção e custeio.*

Art. 514 — *O possuidor de boa fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.*

Art. 515 — *O possuidor de má fé responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que accidentais, salvo se provar que do mesmo modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.*

Art. 516 — *O possuidor de boa fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e uteis, bem como, quanto às volutuárias, se lhe não forem pagas, ao de levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das ben-*

feitorias necessárias e uteis, poderá exercer o direito de retenção. — 63, I. 566, III.

Art. 517 — Ao possuidor de má fé, serão resarcidas somente as benfeitorias necessárias; mas não lhe assiste o direito de retenção destas, nem o de levantar as volutuárias. — 3.

Art. 518 — As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento, se ao tempo da evicção ainda existirem.

Art. 519 — O reivindicante obrigado a indenizar as benfeitorias tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo.

§ 9. — *Como se adquire a posse.*

Embora a posse seja em si um fato alheio às normas do Direito, todavia, como produz efeitos jurídicos, a lei define com precisão os modos pelos quais ela se adquire e se perde.

A posse consta, como se disse em outro lugar, do poder de dispor fisicamente da coisa e do ânimo de possuí-la como própria.

A sua aquisição, pois, requer um fato externo e um fato interno (56).

O fato externo (*corpus*) deve ser de natureza a pôr a coisa à nossa disposição: os modernos o denominam — *apreensão*.

(56) Fr. 3, § 1.º, D. de adquir. poss. (41,2): *Adipiscimur possessionem corpore et animo.*

O fato interno (*animus*) consiste em um ato do espírito — na deliberação de possuir como nossa a coisa apreendida.

CÓDIGO CIVIL

Art. 493 — Adquire-se a posse :

I — Pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito.

II — Pelo fato de se dispor da coisa ou do direito.

III — Por qualquer dos modos de aquisição em geral.

Parágrafo único. E' applicavel à aquisição da posse, o disposto neste código, arts. 81 a 85.

Art. 494 — A posse pode ser adquirida :

I — Pela própria pessoa que a pretende.

II — Por seu representante ou procurador. — 84.

III — Por terceiro sem mandato, dependendo de gratificação.

IV — Pelo constituto possessório. — 520, V.

§ 10. — Apreensão.

A *apreensão* consiste em todo fato que cria para o adquirente a possibilidade *imediata e atual* de dispor fisicamente da coisa e de excluir dela a ação de terceiros (57).

Esta possibilidade se pode estabelecer independentemente da ocupação material do imóvel ou da detenção manual da coisa móvel; donde resulta que a *apreensão*,

(57) SAVIGNY, § 14 a 18.

no sentido jurídico, nem sempre acusa o contato físico com a coisa (58).

1. — Quanto aos imóveis, a *apreensão* se realiza:

a) Pela *presença* do adquirente no terreno (59).

b) Pelo *ingresso* dele, sem necessidade de percorrê-lo em toda sua extensão (60).

(58) Fr. 1, § 21, D. de Acquir. poss., (41,2): “Non esse enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam *oculis* et *affectu*: et argumentum esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas”. Veja-se ainda fr. 3, § 1.º, D. *oedem*.

Os comentadores do Direito Romano denominavam — *simbólica* e *ficta*, — a apreensão, nos casos em que ela se realiza sem o contacto físico com a coisa. SAVIGNY (§ 14), demonstrou de modo a não deixar dúvida, que esta invenção não só repugna ao caráter e espírito do Direito Romano, senão também que nos casos em que geralmente se admite a apreensão *simbólica*, não há nenhum símbolo, mas fatos materiais que acarretam consigo a aquisição do poder de fisicamente dispor da coisa; modo este de ver que é hoje geralmente aceito. Vej. MÜHLENBRUCH, § 235, nota 1; MAYNZ, § 170, 1.ª observ.

A linguagem do nosso Código Comercial se ressentia ainda deste erro da escola. No art. 200 define ele diversas espécies de tradição simbólica. O erro é simplesmente de qualificação: uma vez que o fato induza tradição, pouco importa que a lei a denomine real ou simbólica.

(59) F. 77, D. de rei vindicat. (6,1); SAVIGNY, § 15.

(60) Fr. 3, § 1.º, D. de adq. poss. (41,2): “Non utique ita accipiendum, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire. *LOB.*, *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 8, n. 5; *Dig. Port.*, P. I, art. 593.

Se são prédios diversos e separados, é mister que o adquirente entre em cada um deles, como, por exemplo, se se trata de duas fazendas que não formam um só todo. SAVIGNY, § 18, e *LOBÃO*, loc. cit.

c) Pela *aproximação* de modo que a dominação física se torne possível (61).

A simples presença do adquirente é bastante para consumir a aquisição da posse. Mas se no lugar se acha presente outrem que se atribua a posse do imóvel, o adquirente não pode realizar o seu desígnio senão de dois modos: ou com o consentimento desse outrem (62); ou por meio de violência contra ele exercida (63); tanto em um como em outro caso a posse fica plenamente adquirida (64).

2. — A apreensão de coisa movel se consuma ou quando o adquirente a toma nas mãos (65), ou quando ocorre algum dos fatos seguintes:

1.º A colocação da coisa diante do adquirente de modo que possa segurá-la (66);

(61) Fr. 18, § 2, D. de acquir. poss. (41,2): “Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstrat, vacuumque se possessionem tradere dicat: non minus possidere coepi quam si pedem finibus intulissem”. SAVIGNY, § 15; LOB., loc. cit., n. 21.

(62) Fr. 18, § 1.º, D. adq. poss., (41,2): “Vacuumque se tradere possessionem”. Ord., L. 4, T. 58, § 3.º: “E se alguém comprar alguma coisa... e lhe foi dado poder por aquele de quem houve a dita coisa para tomar e haver a posse dela, demitindo de si, e desamparando a dita posse... o que houve coisa... poderá haver e cobrar a posse dela, não achando *quem lha contradiga*”

(63) Fr. 52, § 2, D. acquir. poss., (41,2); SAVIGNY, § 15. A entrada no prédio possuído por ausente não importa a aquisição da posse, enquanto o ausente não tem conhecimento disso, caso em que ele ou cede da posse, ou intenta recobrá-la. Fr. 25, § 2; pr. 46. D. eodem.

(64) Neste último caso a posse é viciosa (*vi*), mas nem por isso deixa de ser posse jurídica.

(65) Fr. 1, § 1, D. acquir. poss. (41,2); MAKELDEY, § 231.

(66) Fr. 79, D. de solutionib. (46,3): Et quodammodo *manu longâ*, tradita existimando est.

2.º A entrega do objeto a terceiro, na presença e por ordem do adquirente (67);

3.º A imposição de marca ou sinal na coisa que deixa ficar em poder de um outro (68);

4.º A remessa das chaves da casa ou armazem, onde o objeto está guardado, ao adquirente presente no lugar (69);

5.º A entrega da coisa em casa do adquirente e por ordem sua (70);

6.º Finalmente, quando a coisa, sendo apresentada ou mostrada ao adquirente, ele encarrega a terceiro a guarda dela (71).

(67) Fr. 1, § 21, D. *adquir. poss.*, (41,2): "Si juserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit. Fr. 31, § 1. D. de donation. (39,5).

(68) Fr. 14, § 1.º "D. de periculo et commodo rei vendit. (18,6): videri autem trabes traditas quas emptor signasset. *LoB., Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 8, n. 24; *Digesto Port.*, P. I, art. 589; *Cód. Com.*, art. 200, § 2 O. fr. § 2, D. eodem consagra decisão em sentido contrário em uma hipótese em que o fato material é idêntico, mas não há contradição, porque na dita hipótese, o objeto embora receba a marca, continua em poder do antigo possuidor.

(69) Fr. 9, § 6, D. de *adquir. rerum dom.*, (41,1), fr. 1, § 21, fr. 74, D. de *adquir. poss.*, (41,2); *LoB., Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 8, n. 20; *Digest. Port.*, P. I, art. 590. Se as chaves são entregues em lugar distante daquele onde está o armazem, não se realiza a aquisição da posse, porque então a entrega das chaves não dá a possibilidade imediata de dispor da coisa.

(70) Fr. 18, § 2, D. *adquir. poss.* (41,2). E' mister que a casa seja habitada pelo adquirente, ou que esteja ocupada com estabelecimento seu, como negócio, fábrica, etc..

(71) Fr. 51, *adquir. poss.*, (41,2): simul atque *custodiam* possuissem, traditas mihi videtur. *Digest. Port.*, P. I, art. 588.

3. — Nos casos que se acabam de enumerar trata-se da *apreensão* de coisas possuídas por terceiros que voluntariamente cedem de sua posse em favor do adquirente (*vacuum tradere possessionem*) (72).

Na apreensão, porém, de coisas que, ou não estão na posse de outrem, ou são tomadas contra a vontade do possuidor, o fato externo deve se manifestar de uma maneira mais enérgica e positiva, de modo a demonstrar que a coisa efetivamente se acha submetida à nossa dominação física.

Assim as aves e os animais bravios, embora feridos, não se consideram apreendidos, senão depois de apanhados, mortos ou vivos (73). E da mesma sorte o possuidor dum prédio não adquire a posse do tesouro nele oculto, enquanto não o descobre e não o colhe às mãos (74).

§ 11. — *Intenção.*

1. — Da necessidade do concurso da intenção para aquisição da posse derivam estas duas consequências:

1.º A posse pressupõe no possuidor a consciência da própria posse, consciência que ele não pode ter se não conhece a coisa possuída (75). Assim o possuidor de uma

(72) Nestes casos a tradição de um poder já criado é suficiente para afirmar a nossa posse.

(73) Fr. 5, § 1, D. de adq. rerum dom., (41,1); I. § 13 de divis. rer. (2,1).

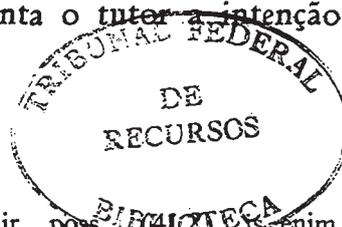
(74) Fr. 15, D. ad. exhibendum (40,4); fr. 3, § 3, D. adq. poss., (41,2); SAVIGNY, § 17.

(75) Fr. 1, § 5 e 22; fr. 2, fr. 4; § 2, D. de adq. poss., (41,2). Ignoranti possessio non acquiritur.

herdade não adquire a posse do tesouro nela enterrado enquanto não o acha (76).

2.º Não podem adquirir a posse por si os que não tem vontade própria. São pois incapazes de adquiri-la as pessoas jurídicas (77), os loucos (78) e os infantes (79), salvo por via de seus representantes legais — síndicos, curadores ou tutores (80).

A dita incapacidade não compreende nem os menores, que saíram da infância, os quais adquirem pessoalmente a posse sem necessidade da intervenção dos seus representantes (81); nem, tão pouco, o próprio infante se à apreensão por ele realizada junta o tutor a intenção de possuir (82).



(76) Fr. 3, § 3, D. de adquir. poss. *nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat.*

(77) Fr. 1, § 22, D. de adquir. poss., (41,2); fr. 7, § 3; D. ad. exhibendum, (40,4); fr. 1, § 15, D. Si is qui testament, § (47,4).

(78) Fr. 1, § 3; fr. 18, § 1.º, D. adquir. poss., (41,2).

(79) Fr. 32, § 2; fr. 18, § 1.º, D. adquir. poss., (41,2); Const., 3 c. adquir. poss., (7,32). MELLO, L. 3, T. 2, § 5; LOB., *Not. ao mesmo § n. 4.*

(80) Fr. 2; fr. 1, § 20 e 22, de adq. poss.; SAVIGNY, § 26; LOB., *Not. a Mello, loc. cit.*

(81) Fr. 32, § 2, D. de adquir. poss., (41,2): *Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.* Fr. 1, § 3, D. *codem*:... *quæ sententia recipi potest si ejus ætatis sint ut intellectum capiant.* Vej. MAKELDEY, § 252, nota 17; LOB., *Not. a Mello, L. 3, T. 2, § 5, n. 4; SAVIGNY, § 21 e 26.*

(82) Fr. 32, § 2, D. de adq. poss (41,2); c. 3. de adquir. poss., (7,32); SAVIGNY, § 21; ACCARIAS, n. 214, *in fine.*

2. — Suposto a aquisição da posse resulte da reunião da apreensão e da vontade, não é necessário que os dois elementos coincidam num mesmo momento (83). E pois aquele que já tem a coisa em seu poder, não carece de nova apreensão para adquirir a posse; basta-lhe acrescentar a intenção de possuir ao fato preexistente da detenção (84).

Mas, se o detentor da coisa a retem em nome de terceiro, como se é locatário ou comodatário, a simples deliberação de querer possuí-la como própria não é suficiente para instaurar a posse; é mister ou o consentimento do antigo possuidor (85), ou um ato externo que manifeste de um modo sensível a nova resolução, como a subtração da coisa ou a recusa de entrega (86).

§ 12. — *Exceções: posse sem apreensão, posse sem intenção*

A detenção nua, sem a vontade de ter a coisa como própria, não dá a posse; nem tão pouco a vontade só, sem a detenção (§ 2.º).

(83) Fr. 3, § D. de adquir. poss., (41,2); Solo animo non posse nos adquirere possessionem si non antecebat possessio naturalis.

(84) Fr. 9, § 5, D. de adquir. rerum dom., (41,1); fr. 9, § 9, D. de reb. credit., (12,1); I. § 44, de rer. division (2,1). Tal é o caso do inquilino que compra ao proprietário a casa; do comodatário a quem a coisa emprestada é doada. E' o que os modernos denominam — *traditio brevi manu*.

(85) Nota antecedente.

(86) Fr. 3, § 18, 19, 20, D. de adquir. poss., (41,2); MAYNZ, § 170. A recusa de entregar, sem fundamento jurídico (*ius retentionis*), por si só importa esbulho. Vej. § 22, nota 39 adiante.

E' este um dos princípios fundamentais da teoria da posse.

Todavia casos há em que a lei, cedendo ao império de conveniências práticas, desgarrá desse princípio e atribue os efeitos da posse a fatos em que falece um daqueles elementos, como acontece nas espécies seguintes:

I. *Posse sem apreensão*. Tal é a posse que se transfere por sucessão. Pela simples abertura da sucessão adquirem os herdeiros, legítimos ou escritos, independentemente de apreensão de sua parte, a posse civil que tinha o defunto (87).

Este gênero de posse é uma criação abstrata da lei, notável ainda por outras particularidades, a saber:

1. — A aquisição desta posse requer um título legal, o testamento, ou a qualidade de herdeiro legítimo, de modo que vem ela a ser consequência de um direito preexistente (88);

(87) Alv. de 9 de Novembro de 1774, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

Esta espécie de posse, desconhecida no Direito Romano, é uma invenção do Direito Moderno: acha-se ela consagrada em quase todos os Códigos das nações cultas. Vej. Cód. Civil Fr., art. 724 (*saisine legale ou hereditaire*), e Cód. Civil Port., art. 483.

(88) Ass. de 16 de Fev. de 1786, 2.º quesito: "E' sua mente (do Alv. de 9 de Novembro de 1774), impedir o enorme abuso que se fazia, de se apossarem dos bens — pessoas *estranhas*... a quem verdadeiramente não pertencia o direito da sucessão, nem o domínio dos bens". ZACAR., § 185, nota 8. A posse, como se disse em outro lugar (§ 2), não depende de um direito anterior, e é em afastar-se desta regra que consiste a particularidade notada.

2. — Só passa aos herdeiros a posse justa, isto é, a posse que o defunto adquirira por justo título (89);

3. — A posse se reputa adquirida pelos herdeiros desde o momento da morte do autor da herança, ainda mesmo antes de lhes chegar a notícia deste acontecimento (90).

II. *Posse sem intenção.* O credor pignoratício e o enfiteuta adquirem a posse da coisa empenhada ou aforada (91); no entanto lhes falta a intenção de possuir a

(89) LOBÃO, *Interdict.*, § 51..

(90) ZACAR., § 185, nota 8. E' uma consequência lógica da lei.

(91) Fr. 36. D. adquir. poss.. (41,2); fr. 16; D. de usurpation. (141,3); fr. 15, § 1.º. D. qui satisdare cog. (12,8).

SAVIGNY, (§ 23) denomina a posse nestes casos — *posse derivada* (*abgeleiteter Besitz*), e imagina uma explicação engenhosa para tirar-lhe o carater excepcional e fazê-la entrar nos princípios fundamentais da teoria. Para chegar a este resultado ensina que nos ditos casos a posse, isto é, o *jus possessionis*, é transferido pelo antigo ao novo possuidor. A detenção da coisa pelo novo possuidor nada tem de particular, mas a essa detenção deve ele reunir, não o ânimo *sibi habendi*, mas a intenção *possidenti*, isto é, a vontade de adquirir o *jus possessionis*.

Na impossibilidade de atribuir ao novo possuidor a intenção *sibi habendi*, pois nem o credor pignoratício, nem o enfiteuta possuem a coisa como própria; SAVIGNY procura substituir aquele elemento substancial da posse pelo ânimo *possidenti*, interpretação esta que subverte o seu sistema; porquanto importa o reconhecimento de uma posse excepcional, para a qual não concorre a intenção *sibi habendi*, mas uma intenção com fim diverso — a intenção *possidenti*. E' apenas mais uma sutileza com que se enriquece a ciência, sutileza que nada explica e que não acha apôio nos textos.

A verdade é que na *posse derivada*, o Direito se afasta da teoria fundamental. Porque, pois, não reconhecê-lo francamente, como aliás o faz incidentemente o próprio SAVIGNY? Não é tão comum o desviar-se o legislador dos princípios teóricos, para atender a necessidades imperiosas da vida prática?

coisa como própria, intenção que continúa a subsistir nos possuidores originários, isto é, no devedor e no senhorio direto (92).

O intuito da lei nestes casos evidentemente é resguardar os direitos do credor pignoratício, e os do enfiteuta, pondo a coisa sob seu poder.

Dáí vem que a posse que se lhes reconhece, só lhes dá direito para invocar os interditos (93), continuando a existir na pessoa do devedor e do senhorio o direito a posse que leva à usucapião (94).

CÓDIGO CIVIL

Art. 495 — A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor.

Segundo o Direito Romano, davam-se mais duas hipóteses de posse *derivada* — a posse do que recebia a coisa a título precário; não havendo convenção em contrário (fr. 4, § 1.º, D. de precário) (43,26); fr. 10, pr., § 1.º, D. de adquir. poss., (41,2); e a posse daquele em cujo poder se depositava a coisa litigiosa até sentença final, convencionando as partes expressamente que o depositário tivesse a posse para que ficasse interrompida a usucapião, (fr. 39), D. adquir. poss., (41,2); fr. 17, § 1.º, D. deposit. 1, 16, 3.

No nosso Direito o que recebe a coisa a título precário (*rogans*) não lhe adquire a posse; detem-a em nome do dono (*rogatus*). MELLO, L. 4, T. 3, § 7.

Quanto ao sequestro nos termos expostos, é fora de dúvida que, sendo duvidosa a posse, é lícito às partes convencionar que fique a coisa em posse de um depositário, até que a causa seja afinal decidida. Mas não está esta prática em uso. GAMA alude ao Direito Romano acerca deste assunto, na Decis. 277, n. 3.

(92) SAVIGNY, § 20 e 23.

(93) Fr. 16, D. de usurpat., (41,3); LOB., *Direito enfiteut.*, § 1291, *Doutr. das Aç.*, nota 410.

(94) Fr. 16, D. de usurpat., (41,3); fr. 33, § 4; D. eodem, fr. 1, § 15; D. adquir. poss., (41,2).

Art. 496 — *O sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse a do antecessor, para os efeitos legais* — 552, I. 572.

§ 13. — *Como se adquire a posse por terceiro*

Nada obsta aplicar-se à aquisição da posse o princípio da representação. Essa prática nem repugna à natureza da própria posse, nem desdiz dos processos usuais do Direito.

A posse pode, pois, se adquirir pelo ministério de terceiro (95).

Nesta forma de aquisição há a considerar: qual o procedimento do representante e o do representado; qual o laço jurídico que os liga.

1. — O terceiro deve *apreender* a coisa. No fato da apreensão nada há de particular; são-lhe, pois, aplicáveis as regras de direito, expostas em outro lugar (§ 10). Mas, realizando a apreensão, o terceiro deve fazê-lo com intenção de possuir a coisa, não para si, senão para o adquirente de quem é ele representante (96).

(95) PAUL., *Recept sent.*, L. 5, T. 2, § 2: Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. Fr. 2, D. *acquir. poss.*, (41,2). Ord., L. 3, T. 45, § 10; Cód. Com., art. 455; MELLO, L. 3, T. 2, § 7.

(96) Fr. 1, § 19, D. *acquir. poss.*, (41,2): Si et ipsi velint nobis adquirere possessionem. Cit: fr., § 20.

Da necessidade da dita intenção na pessoa do terceiro derivam os corolários seguintes:

Que não pode ser representante para este mister aquele que é capaz de ter vontade, como o louco, o infante (97).

Que se o representante apreende a coisa com intenção de possuí-la para si ou para outrem, a pessoa representada deixa de adquirir a posse (98).

2. — O adquirente deve ter a intenção de possuir para si o a coisa que o seu representante apreende (99); donde resulta que, se ele ignora o fato da apreensão, não adquire a posse; salvo por via de ratificação, depois que lhe chega a notícia (100). Todavia adquire a posse, ainda antes da notícia, se a apreensão foi feita:

(97) Fr. 1, § 9, D. eodem: Cæterum et ille per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat *intellectum possidendi*. LOB., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 5, n. 4.

(98) Fr. 1, § 19, D. eodem. Et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potiús Titio adquirere: non est tibi adquisita possessio.

Quando o terceiro recebe a coisa por via de tradição, isto é, por consentimento e vontade do possuidor, que demite de si a posse em favor do adquirente, a simples mudança de vontade do terceiro não impede a aquisição da posse, a qual se reputa adquirida pela pessoa representada, até que o terceiro mostre a sua vontade por um ato externo. FR. 13, D. de donationibus 39,5.

(99) . PAUL., *Recept. sent.*, L. 5, 2. 2 § 1.º. Possessionem adquirimus et animo et corpore: *animo utique nostro*; corpore vel nostro vel alieno. Fr. 3, § 12, D. adq. poss., (41,2); ПНЕВО, P. II, *Decis.*, 105, n. 7 a 10.

(100) Fr. 42, § 1.º; fr. 5, § 22; fr. 3, § 12. D. eodem, SAVIGNY, § 26.

- a) Pelo filho-família na administração do pecúlio profetício (101);
- b) Pelo administrador ou procurador das pessoas jurídicas (102);
- c) Pelo tutor ou curador para o infante ou para o demente (103);
- d) Por procurador com mandato expresso (104).

3. — E' mister a existência de um vínculo jurídico entre o terceiro e o adquirente.

Esse vínculo pode ter por causa ou a autoridade legal do representante sobre a pessoa representada, como o poder

(101) Fr. 1, § 5. D. *eodem*. Item adquirimus possessionem per... *filium qui in potestate est* et quidem earum rerum, quas peculiariter tenet, etiam ignorantes.

(102) Fr. 1, § 22, D. *eodem*; fr. 7, § 3. D. ad exhibendum, (10,4); SAVIGNY, cit., § 26.

(103) Fr. 13, § 1.º. D. de adq. rerum dom., (41,1); fr. 1, § 20, D. adq. poss., (41,2); fr. 11, § 6; D. de pignor. act., (13,7). A exceção quanto às pessoas jurídicas, infantes e dementes, é uma necessidade proveniente da ausência de inteligência e vontade próprias nestas pessoas.

(104) Fr. 42, § 1.º. D. adq. poss., (41,2): Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emptionem. Egidio, Ex hoc jure, Clausul. X, n. 9. Neste caso a posse para a usucapião só se entende começar depois da notícia. Const. I, C. de adq. pass., 7,32.

Do texto citado se induz que a posse, tomada por procurador sem ordem expressa, como por gestor de negócios, procurador geral, só se considera adquirida depois da notícia.

do pai sobre o filho-família, o do tutor sobre o pupilo (105), ou um mandato livremente contraído (106).

CÓDIGO CIVIL

Art. 486 — 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.

Art. 487 — Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Art. 497 — 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 a clandestinidade. — 489.

Art. 498 — A posse do imóvel faz presumir até prova contrária a dos moveis e objetos que nele estiverem.

§ 14. — Constituto Possessório.

1. — No constituto possessório se realiza a aquisição da posse por terceiro; a aplicação, porem, do princípio da representação a este caso oferece certas particularidades.

Um dos requisitos da aquisição da posse por terceiro é que o terceiro apreenda a coisa (§ 13, n. 1).

(105) Fr. 1, § 5 e 20, D. adq. poss., LOB., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 5, n. 4.

(106) Fr. 1, § 20, fr. 40, § 1.º. D. *eodem*. Ord., L. 3, T. 45, § 10; LOB., *Not. a Mello*, loc. cit.

Mas, se alguém já *detem* a coisa como possuidor, não fica por isso inibido de mudar de intenção e de, num momento dado, começar a possuí-la para outro. Assim aquele que vende a outrem um prédio, pode ficar possuindo-o em nome do comprador, o qual destarte vem a adquirir a posse por via do vendedor.

Este modo de adquirir a posse é o que em direito se denomina — *constituto possessório* (107).

2. — Nesse modo de adquirir a posse, a apreensão preexiste, visto como o alienante tem a coisa sob seu poder: não há, pois, necessidade de nova apreensão; basta somente que ele por uma ato de sua vontade passe a deter a coisa em nome e como representante do adquirente, para quem é a posse transferida (108) .

(107) Fr. 18, D. *adquir. poss.*, (41,2): *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio*. Esta lei é o fundamento primitivo do *Constituto possessório*, denominação que não se encontra nos textos do Direito Romano, mas de invenção dos comentadores. Vej. SAVIGNY, § 27.

O *Constituto possessório* é conhecido em nossa prática desde tempos antiquíssimos. A lei de 24 de Setembro de 1864, art. 5.º, § 6, faz-lhe expressa alusão nas palavras *clausula constituti*. Vej. ЛОВ., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 8, n. 16; *Manual do Tabelião*, § 27.

(108) O *Constituto possessório* é o inverso da aquisição da posse pela *traditio brevi manu* (§ 11, n. 2). No caso da *traditio brevi manu*, o adquirente já tem a detenção do objeto, a qual se transforma em posse pela reunião do ânimo *sibi possidendi*. No *Constituto* o possuidor converte a sua posse em mera detenção, transferindo a posse ao adquirente.

3. — A aquisição da posse pelo constituto possessório se opera por força duma simples convenção, imediatamente, e sem necessidade de atos externos praticados sobre a coisa (109).

4. — O constituto possessório é muito usado nos contratos de alienação de imóveis; mas deve ser expressamente convencionado (110), ou resultar logicamente das cláusulas estipuladas (111).

E' expresso quando o vendedor ou o doador declara que fica possuindo a coisa pela cláusula *constituti*, ou em nome do comprador ou donatário (112).

Resulta das cláusulas estipuladas, quando, por exemplo, o vendedor conserva o prédio alienado em seu poder, como locatário (113); ou quando o doador se reserva o usufruto da coisa doada (114).

Nestes casos é manifesto que se o alienante retém em seu poder o objeto, retém-no em nome e como repre-

(109) SAVIGNY, § 27. A aquisição da posse neste caso tem por fundamento a convenção. Se, portanto, a convenção é nula, a posse não se transfere. GOMEZ, L. 17, Taur. n. 3 a 5; VALASC., *Consulta* 106, n. 5 a 9; LOB. cit., n. 19.

(110) SAVIGNY, cit. § 27; LOB., loc. cit., n. 18.

(111) SAVIGNY, cit., § 27.

(112) LOB., loc. cit., n. 17.

(113) Fr. 77; D. de rei vindicat., 6,1.

(114) Const. 28, 35, § 5. C. de donat. (8,54). Nos dois últimos casos verifica-se perfeitamente o *constituto possessorio*, (SAVIGNY, § 27); mas o comum dos escritores, suposto lhes apliquem as regras do constituto, todavia não os incluem sob a dita denominação. LOB. cit., loc. n. 16.

sentante do *constitutário*, isto é, daquele para quem por ato de sua vontade passam a posse e o domínio.

CÓDIGO CIVIL

Art. 494 — A posse pode ser adquirida:

I — Pela própria pessoa que a pretende.

II — Por seu representante ou procurador — 84.

III — Por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

IV — Pelo constituto possessório — 520, V.

§ 15. — Como se perde a posse

A continuação da posse depende essencialmente da coexistência dos dois elementos que a constituem; o poder de dispor fisicamente da coisa, e a intenção de tê-la como própria (§ 3.º).

A posse, portanto, se perde ou pela cessação de um daqueles elementos, ou pela cessação de ambos (115).

1. — *Perda pelo fato material.* A continuação da posse não pressupõe, como a aquisição, a faculdade *imediate e atual* de dispor da coisa. Assim a posse subsiste, enquanto não se torna impossível o exercício daquela faculdade, ou por outra; só se reputa perdida quando sobre-

(115) Fr. 42, § 2; fr. 3, § 6 e 13. D. de adq. poss., (41,2); fr. 155. D. de reg. per., (50): Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua *utrumque in contrarium actum est*. SAVIGNY, § 30, sobre a interpretação deste fragmento. LOB., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 7, n. 2.

vem um fato que nos rouba a possibilidade de a qualquer tempo e à nossa vontade praticar sobre a coisa atos de possuidor (116). A simples ausência, por exemplo, por si só não acarreta a cessação da posse, visto como a ausência não cria para o possuidor a impossibilidade de se aproximar da coisa e dela livremente dispor (117).

Isto posto: o poder físico sobre a coisa se extingue e conseqüentemente a posse se perde:

Quanto aos moveis;

Quando a coisa perece (118);

Quando se extravia, ou se o lugar onde está se torna inacessível (119);

Quando outrem dela se apodera (120).

Quanto aos imoveis:

(116) PAUL., *Recept. Sent.*, L. 5, T. 2, § 1.º: Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus; *retinere tamen nudo animo* possumus. Fr. 13, § 13. D. adq. poss., (41,2); idem quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. Ord., L. 4, Tl. 58, § 1.º. “Como se alguém ocupasse a posse de coisa vaga que não fosse por outrem corporalmente possuída”. Nestas palavras a ord. admite a continuação da posse sem o poder físico imediato sobre a coisa. Vej. SAVIGNY, § 31.

(117) Fr. 3, § 7 e 11, fr. 46; fr. 44, pr., D. adq. poss., (41,2); LOBÃO, *Interdict*, § 218, e *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 7, n. 2.

(118) Fr. 3, ª 17, fr. 18, pr. D. *eodem*. MAYNZ, § 172; LOB., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 7, n. 4.

(119) Fr. 25, pr. 13, pr. D. adq. poss., (41,2); SAVIGNY, § 31.

(120) Fr. 15, D. *eodem*.

Por acidente natural que impede o possuidor de exercer sobre o imóvel poder físico (121);

Por ato de terceiro que se apossa do imóvel por violência, ou de qualquer modo (122);

Pela retirada do possuidor que foge sob a pressão de violência iminente (123).

É de notar que se, na ausência do possuidor, um terceiro se apodera do imóvel, a posse só se considera perdida desde o momento em que o possuidor, tendo notícia da ocupação, se abstém de retomar o prédio (124), ou desde o momento, em que tentando recuperá-lo, é violentamente repellido (125).

(121) Fr. 3, § 17; fr. 30, § 3, D. *eodem*.

(122) Dig. de vi (43,16); Ord., L. 4, T. 58, pr. e § 1.º. Cód. Civil da Luiziania, art. 3412 e 3417. Cód. Civil do Chile, art. 926.

Dejectio é a palavra consagrada pelo Direito Romano para exprimir a perda da posse. O nosso Direito traduz a mesma idéia pelas palavras — força e esbulho.

Reputa-se esbulhado aquele que é à força retido no imóvel de que estava de posse. Fr. 1, § 47, D. de vi, (43,16); PAUL., *Recept. Sent.*, L. 5, T. 6, § 6: Vi dejectus videtur et qui in prædio vi retinetur.

(123) PAUL., *Recept. Sent.*, L. 5, T. 6, § 6. Vi dejectus videtur... qui in via territus est ne ad prædium suum accedat. Fr. 33, § 2. D. de usurp., (41,3); LOB., *Interdict.*, § 4, nota. Vej. SAVIGNY, § 31.

(124) Fr. 46, fr. 3, § 8; fr. 7, D. adq. poss., (41,2). A ord., L. 4, T. 58, § 1.º, denomina — *quasi-força* a ocupação da coisa, estando ausente o possuidor.

(125) Fr. 25, § 2, D. *eolems* "Usque eo possideamus donec revertentes nos repellat. Fr. 6, § 1.º: Unde se revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possideri, non clam. Cód.

2. — *Perda pela intenção.* A conservação da posse não requer no possuidor a consciência contínua e permanente da própria posse. A intenção se entende perdurar enquanto por parte do possuidor não se manifesta uma resolução em contrário, isto é, a deliberação de renunciar a posse (126).

Essa resolução pode ser expressa, como no caso do *constituto possessório* (127), ou tácita que é a que resulta de fatos que virtualmente a incluem, como se por ventura o possuidor lança à rua moveis que não quer conservar (128).

Da doutrina exposta deriva logicamente a ilação que não pode perder a posse, pela intenção, as pessoas incapazes de deliberar, a saber, os loucos e os infantes (129).

3. — A posse se perde pelo fato e pela intenção, quando o possuidor desiste da vontade de possuir e deixa de

Civil Luz., art. 3412. LOB., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 7. O possuidor se entende repellido, desde que o comprador lhe nega a posse. LOB., *Interdict.*, § 214. Da doutrina exposta acima no texto resulta que nunca se pode dar na posse dos imoveis o vício da clandestinidade.

(126) SAVIGNY, § 29.

(127) O *Constituto possessorio* em relação ao que demite de si a posse, é um modo de perda. E é tomado aqui neste sentido. Em relação àquele, em favor de quem se transfere a posse, — o constitutário — é modo de adquirir. Vej. SAVIGNY, § 32.

(128) SAVIGNY, § 31. LOB., *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 7, n. 3. Cód. Civil Luz., art. 3.411.

(129) Fr. 29, fr. 27, D. *acquir. poss.*, (41,2). Os loucos e os infantes podem perder a posse *pelo facto*. E' lícito ao curador ou tutor renunciar por eles a intenção de possuir. SAVIGNY, § 32.

reter a coisa, como nos casos de tradição (130) e de derelictão (abandono) (131).

CÓDIGO CIVIL

Art. 520 — Perde-se a posse das coisas :

I — Pelo abandono.

II — Pela tradição.

III — Pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio. — 78.

IV — Pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantenido, ou reintegrado em tempo competente. — 523.

V — Pelo constituto possessório. — 494, IV, 620.

Parágrafo único. Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo que baste para prescreverem.

Art. 521 — Aquele que tiver perdido coisa movel, ou título ao portador, ou a quem houverem sido furtados, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu. — 603, 1.107 e ss., 1.509.

Parágrafo único. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou.

Art. 522 — Só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, se abstem de retomar a coisa ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

(130) Fr. 33; fr. 18, § 2, D. eodem.

(131) Fr. 37, § 1.º. D. de usurpation.

§ 16. — *Perda da posse por terceiro*

Como a posse se adquire por terceiro (§ 13), assim também por terceiro se conserva e se perde (132).

Entre o possuidor e o seu representante há um vínculo de direito que os liga (§ 15, n. 3).

Convem, pois, saber quais os atos de um e de outro que podem acarretar a perda da posse.

1. — *Perda da posse por ato do possuidor.* Para que a posse se conserve é mister a permanência da intenção de tê-la como própria (§ 15). Daí a consequência — que a posse cessa de existir desde que o possuidor renuncia a dita intenção, independentemente de qualquer resolução ou ato do terceiro (133).

A cessação do fato material (detenção) por parte do possuidor não lhe traz a perda da posse, se a coisa continúa no poder de seu representante, como por exemplo, se, sem embargo da expulsão do possuidor, permanece, todavia, o prédio sob a detenção do feitor ou do arrendatário (134)

2. — Por atos de terceiro:

A) Pode o terceiro mudar de intenção e se resolver a possuir a coisa para si. Esta simples mudança de von-

(132) Fr. 9, D. adq. poss., (41,2) fr. 30, § 7. D. eodem. Ord., L. 3, T. 45, § 10.

(133) SAVIGNY, § 33, MUHLENBRUCH. § 237, n. II.

(134) Fr. 1, § 19. D. de vi (43,10); LOBÃO, *Not. a Mello*, L. 3, T. 2, § 7, n. 2.

tade, porém, não é suficiente para operar a perda da posse por parte da pessoa de quem é representante (135); faz-se necessário ainda que esta nova resolução se manifeste por um ato externo de uma significação clara, como ou a recusa formal de entregar a coisa, sem a alegação de fundamento legal, ou a repulsa do possuidor (136).

B) Pode ainda o terceiro, por méra infidelidade e sem ser em seu proveito, perder a posse da coisa, já abandonando-a, já entregando-a a outrem. No caso de abandono a posse continua a subsistir até que algum outro se apodere da coisa (137). No segundo caso a posse só se considera perdida, desde que o possuidor, avisado do ocorrido, se abstenha de reaver a coisa, ou desde que, tentando retomá-la, é repellido (138).

3. — A posse se perde pelo terceiro nos mesmos casos em que a perderia o próprio possuidor se ele mesmo

(135) Fr. 3, § 19. D. de adq. poss., (41,2). Nemo sibi causam possessionis mutare potest. SAVIGNY, § 33.

(136) Fr. 3, § 18; fr. 25; fr. 44. D. eodem. LOBÃO, *Intehdict.*, § 214, *Doutrina das Aq.*, nota 391.

O terceiro pode ter motivo legal para não restituir a coisa, sem contudo desconhecer a posse da pessoa que representa, como no caso de retenção por benfeitorias (Ord.; L. 4, T. 54, § 1.º). Nesta hipótese a recusa não importa perda de posse.

Os Romanos, nos casos figurados, só admitiam a perda da posse: quanto aos moveis, pela tirada fraudulenta da coisa (*furtum, contractatio*) e, quanto aos imoveis, pela expulsão.

(137) Fr. 40, § 1.º; fr. 3, § 8, fr. 42, § 2. D. eodem.

(138) Const. 12, C. de adq. poss., (7,32); fr. 25, § 2; fr. 46. D. adq. poss., (41,2).

pessoalmente a tivesse sob sua detenção, como se a coisa perece, se se extravía, ou se outrem a toma (§ 15).

4. — A posse, porém, não se perde:

a) Se o terceiro transfere a outrem a méra detenção, como se o locatário subloca a coisa, ou se o depositário a põe sob a guarda de outrem (139);

b) Nem, se o terceiro falece ou enlouquece (140).

A razão é simples: nenhum destes fatos acarreta por si só a cessação do poder físico do possuidor sobre a coisa.

§ 17. — *Quase-posse*

1. — Suposto a posse, rigorosamente falando, só possa ter por objeto as *coisas corpóreas*, todavia como ela afinal não é senão “o exercício de fato das faculdades que se contém no domínio”, pareceu natural, por força de certas analogias, protraí-las aos direitos reais, que se desmembram do domínio e subsistem como entidades distintas e independentes (*jura in re aliena*) (141).

É de feito, se o homem pode se apossar de um prédio que não é seu e praticar nele atos de proprietário: pode da mesma maneira exercer atos materiais, correspondentes aos direitos reais na coisa alheia, sem que para isso tenha tí-

(139) Fr. 3, § 6, D. eodem.

(140) Fr. 25, 1.º, D. eodem; fr. 31, § 3, D. de usurp., (41,3).

(141) Veja-se § 1 e 25.

tulo legal, como se de própria autoridade abre caminho por terreno alheio.

Ainda mais: se a relação em que o possuidor está para com a coisa é suscetível de ser perturbada por atos de violência de um terceiro, igualmente o é o exercício dos direitos reais, como por exemplo, o de servidão.

2. — O mesmo fundamento, pois, que há para conferir ao possuidor de coisa corpórea, movel ou imóvel, a proteção dos interditos, subsiste para concedê-la ao que exerce de fato sobre a coisa alheia atos indicativos de direitos reais.

Estas analogias tornarão possível, e as necessidades da vida prática determinaram, a aplicação da posse aos direitos reais (142).

3. — Aplicada aos direitos reais (*coisas incorpóreas*), a posse se denomina — *quase-posse* (143) por oposição à posse, a qual só se refere às *coisas corpóreas* (144).

(142) GAIO, L. 4, § 139, I. pr. de interdict., (4,15); fr. 3, § 17, D. de vi, (43,6); fr. 23, § 2, D. ex quib. caus. maiores, (4,6); fr. 10, pr., D. si serv. vind., (8,5), SAVIGNY, § 12.

São susceptíveis de — quase-posse os direitos reais seguintes:

Usufruto.

Uso.

Habitação.

As servidões reais.

O enfiteuta, o credor pignoratício e o anticresista tem a posse da própria coisa. (Vej. § 147, n. 5, 163 e 170 adiante).

(143) GAIO, 4, § 139, L. pr. de interdict., (4,15).

(144) Fr. 3, pr., D. de adq. poss., (41,2): Possideri autem possunt quae sunt corporalia.

Acerca da — *quase-posse* — nos limitaremos aqui a observar:

1.º Que ela resulta da reunião de dois elementos, análogos às suas condições constitutivas da posse: — o exercício material dos direitos reais com a intenção de exercê-los para si (*sibi habendi*) (145).

2.º Que dá direito à proteção dos interditos (146).

3.º E, finalmente, conduz à usucapião do direito real, à que correspondem os fatos praticados (147).

(145) Fr. 7. D. de itinere, (43,19). Tamquam suo jure facere. Fr. 23, D. Quemadmodum serv. amit., (8,6).

(146) I. gr. interdict., (4,15).

(147) SAVIGNY, § 12.

O direito Romano limitava a posse às coisas corpóreas e aos *direitos reais*.

O Direito canônico, dando à idéia da posse um desenvolvimento perfeitamente analógico, ampliou-a a certos direitos da jurisdição eclesiástica, ligados ao solo. O exercício do poder episcopal depende da *posse* da igreja e seus bens, de modo que, a expulsão de um bispo, da sua diocese, importa ao mesmo tempo, esbulho da posse do solo e bens e da jurisdição episcopal. Aplicar, portanto, a proteção dos interditos à esses direitos, não era senão dar maior extensão à noção da posse, sem todavia desnaturá-la. (SAVIGNY, § 49).

Alguns civilistas práticos foram além e chegaram a sustentar, que todos os direitos e particularmente os que se referem ao estado das pessoas e às obrigações, podiam também ser objetos de posse.

Mas é facil demonstrar o erro dessa doutrina.

A posse pressupõe um fato físico, (a detenção na posse propriamente dita, o exercício material do direito na quase-posse) que põe o homem em contacto com a coisa; este fato pode ser objeto de violências, contra as quais a lei confere a proteção dos interditos.

Pois bem. Os direitos que existem entre marido e mulher, pai e filho, credor e devedor, são direitos a que correspondem obrigações

positivas. Se essas obrigações não são cumpridas, daí resulta dano para os sujeitos dos direitos correlativos. O mal causado provem da omissão do fato, objeto da obrigação. Este fato, o não cumprimento da obrigação, difere radicalmente da violência física, fato positivo, que embaraça a prática de atos sobre a coisa.

Já se vê, pois, que a idéia de posse é absolutamente inaplicável aos *direitos pessoais*. Em relação a esses direitos não se concebe a possibilidade de violências ou perturbações físicas, que careçam do remédio dos interditos. As violências que se podem praticar contra o indivíduo para impedi-lo de exercer aqueles direitos, ofendem diretamente a sua liberdade; são delitos contra sua pessoa e não se podem considerar como atos de perturbação ou usurpação, por exemplo, dos direitos de pai, de credor, etc.

LOBÃO (*Direito enfit.*, § 1268) e C. TELLES (*Digesto Port.*, P. I, art. 662) incorrem no erro notado quando dizem que o senhorio direto, à quem os foros não foram pagos, pode queixar-se de turbação de seu direito, e conseqüentemente intentar contra o enfiteuta o interdito de manutenção (*utipossidetis*). No procedimento do enfiteuta que não satisfaz o foro, não há turbação (violência) do direito do senhorio, senão simples inexecução de uma obrigação, à que o enfiteuta pode ser compelido pela ação competente.

E' de notar que a palavra *posse* no nosso Direito significa muitas vezes o simples exercício ou o gozo de um direito, e neste sentido é aplicável a todos os direitos. Assim se diz estar em *posse* do estado de filho aquele que é tido e havido como filho (*Direitos de família*, § 108); na *posse* da liberdade o que se acha no gozo dela. (Vej. por exemplo, as Ord., L. 2, T. 27, § 3, T. 46, § 56, L. 4, T. 43, § 13).

Não deve confundir, porem, a posse tomada nesta acepção com a posse jurídica que dá direitos aos interditos e à usucapião.

Resta, finalmente, observar que o Alv. de 3 de Fevereiro de 1550, excitado pelo de 2 de Maio de 1647, e o Alv. de 18 de Fevereiro de 1778, reproduzindo o direito Canônico, applicavam a idéia de posse jurídica ao direito de cobrar dízimos. "E constando... que o dito Cabido está na posse de haver e lhe pagarem os ditos dízimos, o *mantenham na dita posse*... enquanto por sentença final... o contrário não for determinado". (Cit. Alv. de 3 de Fev. de 1550).