

POSSE: CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES E EFEITOS

Tosca Martinez PAZ

Clarice Aguiar de SOUZA

Beatriz Helena de Oliveira ROCHA¹

Resumo: O trabalho busca analisar o instituto jurídico denominado “posse” que será abordado através de pequenas explanações, tendo em vista que o tema em questão é eivado de inúmeras contradições doutrinárias, sendo, portanto, grandiosamente vasto, e, por esta razão este trabalho não visa um posicionamento único, tratando-se apenas de uma composição de idéias, ressaltando algumas teorias que gravitam em torno do novo direito civil.

Palavras-chaves: Posse. Efeitos. Análise doutrinária de seus efeitos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco principal o instituto jurídico denominado “posse” que será abordado através de pequenas explanações, tendo em vista que o tema em questão é eivado de inúmeras contradições doutrinárias, sendo portanto grandiosamente vasto, e, por esta razão este trabalho não visa um posicionamento único, tratando-se apenas de uma composição de idéias, ressaltando algumas teorias que gravitam em torno do novo direito civil, como a “Ontognoseologia Jurídica” (Teoria do Conhecimento) de Miguel Reale e o “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo” de Luiz Edson Fachin.

¹ Alunas da Pós-graduação das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

A princípio, para entendermos melhor tal instituto, é necessário que encontremos sua melhor classificação dentro do direito civil, ou seja, sua natureza jurídica, melhor dizendo ainda, saber se a posse é um fato ou um direito.

Esta discussão é tão profunda que, como disse os juristas Luis Díez Picazo e Antonio Gullón, a matéria é uma das mais difundida entre os filósofos do Direito e os juristas, assim pronunciaram:

“La protección dispensada a la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio, pues puede ocurrir que por mérito de ella el ordenamiento jurídico tutele a alguno que há violado sus preceptos (p. ej., el que se há apoderado ilícitamente de una cosa), y em cambio, coloque em uma situación de inferioridad a quien en el fondo no hace más que ejercitar su derecho (v. gr. al propietario que reacciona frente a quien está poseyendo contra su voluntad su cosa). De ahí que esta matéria haya sido la más tratada por filósofos del Derecho y juristas”.²

São três as principais teorias que giram em torno deste tema.

Maria Helena Diniz traz em poucas palavras o teor de tais correntes: “A primeira sustenta que a é um fato, sendo seus sequazes Windscheid, Trabucchi, Van Wetter, Voet, De Filipis, Donellus, Cujacius.”³

A segunda amparada por Savigny, Merlin, Lafayette, Wodon, Namur, Domat, Ribas, Laurent, Pothier, entende que a posse é um fato e um direito. Para essa concepção, considerada em si mesma ela seria um fato e quanto aos efeitos por ela produzidos - a usucapião e os interditos – um direito, incluindo-se devido a sua dupla natureza, no rol dos direitos pessoais, sendo estes direitos pertencentes ao rol dos direito pessoais, porque para esta escola subjetivista os interditos possessórios, pertencem à teoria das obrigações, com as ações ex delicto, que tem por fundamento a posse que é,

² PICAZO, Luiz Díez; GULLÓN, Antonio – Sistema de Direito Civil – Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 90

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 18ª Edição, 2002, p.48.

por sua vez, condição necessária para a existência das mencionadas ações. A terceira corrente, encabeçada por Ihering, Teixeira de Freitas, Cogliolo, Demolombe, Molitor, Stahl, Ortolan, Puchta, afirma que a posse é um direito.⁴

Dizia Ihering que a posse é um direito, chegando a esta conclusão por entender que “os direitos são os interesses juridicamente protegidos”, e partindo deste princípio, entende que não pode haver dúvida de que é necessário reconhecer à posse o caráter de direito. Dizia ainda que o interesse que a posse implica, constitui a condição da utilização econômica da coisa, pouco importando que a utilização resulte assim possível para o que tem e para o que não tem o direito; a posse apresenta interesse apenas como uma pura relação de fato.⁵

Dentre outros posicionamentos, a maioria dos civilistas aderiram a idéia do jurista alemão (e dos demais juristas supracitados) e entendem que a posse é um direito.

Independentemente da natureza jurídica da posse, podemos afirmar com certeza que sua eficácia jurídica da posse é unanimemente reconhecida. Não a contestam sequer os que têm-na como simples fato. Para os que consideram simultaneamente um fato e um direito, são precisamente os efeitos que lhe imprimem cunho jurídico.⁶

O entendimento prevalecente dos juristas de que posse é um direito coaduna-se e concretiza-se diante da “ontognoseologia” de Miguel Reale, valendo-se da “Teoria Tridimensional do Direito” que consiste na premissa de que o Direito é integrado por fato, valor e norma.

A Teoria Tridimensional do Direito trata-se de uma subsciência desenvolvida por Miguel Reale em sua Teoria do Conhecimento Jurídico, ou seja a “Ontognoseologia Jurídica”. O fato exprime uma idéia sociológica do Direito, o valor uma determinação filosófica e a norma uma disposição jurídica.

Paralelamente à esta subsciência insurge outra que se denomina “Culturalismo Jurídico”, que nada mais é que o aspecto subjetivo que envolve o aplicador do Direito e o seu destinatário. O juiz (aplicador) fará seu julgamento analisando a situação sob três aspectos: experiência, cultura e história, próprias do Magistrado e do meio social envolto a este.

⁴ Idem 1

⁵ IHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse. Bauru: Edipro, 1998, p.42/45.

⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2001, p.63.

Esta teoria, como proclama o jurista Luiz Gustavo Bregalda Neves, citando Miguel Reale, traz de forma sintética, uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada em uma integração normativa de fato e valor. Tal teoria tem como parâmetro a própria norma posta no ordenamento jurídico.⁷

Em razão do legislador ter excluído a posse dos direitos reais, e também não encontrando-se a mesma junto aos direitos pessoais, poderíamos concluir que a mesma não se trata de um direito, idealizando meramente um fato. Entretanto, como já mencionado, trata-se a posse de um direito especial a luz da ontognoseologia jurídica de Miguel Reale.

Miguel Reale elaborou três princípios que considerou basilares à melhor aplicação do novo Código Civil que são a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Tais princípios são pilares do novo estatuto e conseqüentemente atinge seus institutos, ou, melhor dizendo, seus direitos.

Para este estudo o princípio de maior relevância é o da socialidade que prevê a inserção da “função social” em todos os institutos jurídicos, incluindo, portanto a posse, de modo que a mesma deve atingir sua função social para que seja caracterizada.

Surge primeiramente com a nova idéia de patrimônio, elaborada pelo jurista Luiz Edson Fachin, em sua teoria do “Estatuto do Patrimônio Mínimo”. Para esta tese, toda pessoa tem direito a um patrimônio mínimo para sobrevivência, entendendo o autor que o artigo 548 do Código Civil prevê esta teoria “*É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador*”. Além desta situação, tal tese encontra amparo diante da previsão legal da impenhorabilidade do bem de família, insurgido do princípio de que toda pessoa tem direito a moradia.

Diante disso, podemos afirmar que, embora a nova codificação não tenha trazido a função social da posse em seu conceito, temos por certo que tal princípio está implícito e relaciona-se intimamente com a solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e, especificamente com a proteção do direito à moradia, prevista no artigo 6º da Constituição Federal.⁸

⁷ extraído do site www.noticiasforenses.com.br, texto de Gustavo Bregalda Neves, em 27/01/05, 09:02 horas.

⁸ TARTUCE, Flavio, texto “A função social da posse e da propriedade e o Direito Civil Constitucional”, ofertada aos alunos da pós graduação da Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2004.

CONCEITO

Nas palavras de Cáo Mário da Silva Pereira, apesar dos diferentes entendimentos, o foco principal em todas as escolas é de que a posse é uma situação de fato em que uma pessoa, independente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a. Assim tal como faz o proprietário, o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o administrador, o inventariante e o síndico.⁹

Corroborando deste entendimento temos os ilustres catedráticos espanhóis Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martín Wolff, que conceituam a posse da seguinte maneira:

“ Son muchas las consecuencias que del señorío de hecho de una persona sobre una cosa (la “posesión) deriva el ordenamiento jurídico, concediendo derechos ao que tiene el señorío (poe ejemplo, el de la defensa contra los actos de autoridad propia prohibida), imponiéndole deberes (por ejemplo, el de entregar al propietario la cosa dominada meramente de hecho) y, em casos nada raros, eleva el señorío sobre la cosa a requisito para la contitución o la transmisión de derechos reales”.¹⁰

Esta situação de fato, mencionada pelo autor Caio Mário, consiste na relação intrínseca que o possuidor tem com a coisa, como se senhor dela fosse.

Entretanto, há diversas teorias a respeito do que consiste essa idéia de “como senhor dela fosse”, pode ser com intenção ou não de ser dono da coisa, ter um assenhoramento direto ou indireto sobre ela, ou ainda buscando um fim econômico ou social.

Qualquer ponto de partida para compreender a posse, não pode deixar de lado dois elementos de suma importância para sua caracterização, são eles o *corpus* e o *animus*.

⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: direitos reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2003, p.17.

¹⁰ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martín. Tratado de Derecho Civil: derechos de cosas. Barcelona: Bosch, 1ª Edição, 1944, p.18.

Corpus é a relação material do homem com a coisa, nessa ligação, sobreleva-se a função econômica da coisa para servir à pessoa conseqüentemente a posse somente é possível nos casos em que possa existir a propriedade ou a manifestação mitigada dela.

Animus é o elemento subjetivo, a intenção de proceder com a coisa como faz normalmente o proprietário. O *animus*, como veremos, tem, na teoria subjetiva o sentido de “intenção de dono que o possuidor tem sobre a coisa”, entretanto, na teoria objetiva da posse este elemento encontra sentido na função econômica que o possuidor relaciona com a coisa. Contudo, numa compreensão mais modernista, o elemento *animus* compreende uma intenção sócio-econômica entre a pessoa do possuidor e a coisa possuída.

A noção primitiva de posse era a de que possuir é ter uma coisa em seu poder podendo dela usar e gozar, era a compreensão daquilo que a mão toca e mantém fisicamente junto ao corpo.

Destarte, quando a civilização vai ficando mais complexa, surge a compreensão de posse que não requer o permanente contato físico com o objeto, podendo alguém ser possuidor de bens, sem estar necessariamente no local, uma vez que a posse física não exige a detenção.

O ilustre Doutor Silvio Rodrigues elaborou exemplos elucidativos de posse, relatando a hipótese de um proprietário de um prédio se encontra a desfrutá-lo quando é dele violentamente desapossado, podendo este para recuperar o imóvel, recorrer a uma ação petitória, pela qual, demonstrando o seu domínio e, portanto, excluindo o domínio de seu contendor, reclamasse a devolução do que é seu. Como o ordenamento jurídico repele a violência, o esbulhado será reintegrado na posse.

Seguindo este raciocínio, alguém adquirindo prédio de outrem, que não seu dono, nele se instala, e depois sendo acuado pelo verdadeiro proprietário, que pretende privá-lo violentamente da posse que vem desfrutando. Como a lei não permite a ninguém fazer justiça com as próprias mãos, aquela situação de fato, a despeito de não corresponder a nenhum direito, é mantida. Com efeito, ao adquirente é assegurada a sua posse, até que o verdadeiro proprietário, por meio das vias judiciais, demonstre o seu melhor direito.¹¹

¹¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito das coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 27ª Edição, 2002, p.15/16.

Nos dois casos supracitados o ordenamento jurídico vai manter a situação de fato, repelindo a violência, quer essa situação de fato se estribe quer não se estribe em direito anterior. E isso, no intuito de assegurar a harmonia e a paz social.

Para melhor entendimento do conceito ora preconizado, bem como sua evolução no ordenamento jurídico, mister se faz que haja uma menção às teorias que buscaram seu conceito e até hoje envolvem e causam discussões jurídicas.

Assim temos como pilares as teorias de Saviny e de Ihering, em seguida, uma terceira e mais atual, a teoria de Saielles.

Para a primeira teoria, chamada subjetiva ou subjetivista, não recepcionada pelo Código Civil brasileiro, o possuidor tem os chamados *corpus* e *animus*, consistente o primeiro numa relação física pessoa-coisa, e o segundo consistente numa intenção de ser dono, denominado, portanto, de *animus domini*.

A teoria de Savigny é denominada subjetiva por ser indispensável à caracterização da posse o elemento intencional de ser dono da coisa. Para ele, se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá simples detenção. Assim aduz: “*Adipiscimur possessionem corpore et animus, nec per se corpore, nec per se animo*”.¹²

Tal teoria falha em razão da dificuldade que passa a existir para se precisar concretamente tal intenção, ou seja, o problema reside na prova.

Orlando Gomes assevera ainda que muitas dificuldades de ordem prática se dissipam, todavia, diante da presunção estabelecida em lei pela qual o possuidor é tido como proprietário, se possui este título.¹³

A segunda teoria denominada objetiva ou objetivista, que tem como precursor Rudolf Von Ihering, entende que a caracterização da posse necessita tão somente do elemento denominado *corpus*, o qual vem revestido de um interesse econômico entre a pessoa e a coisa.

Orlando Gomes¹⁴ visualizando as conseqüências práticas da doutrina objetiva, aduz que a posse é um direito exercido tal como o direito de propriedade, ou qualquer outro direito real, conseqüentemente, sem exigência de *animus domini*, de modo sua incidência abrange várias espécies de pessoas, dentre as quais cita o usufrutuário, o

¹² Apud GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2001, p.18.

¹³ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2001, p.19

¹⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2001, p. 22/23

locatário, o transportador, o mandatário, o depositário, o administrador, o testamenteiro e tantos outros que utilizam coisa alheia por força de um direito ou uma obrigação.

Permite o desdobramento da relação possessória como um processo normal que resulta da diversidade de formas da utilização econômica das coisas.

Consagra a divisão da posse direta e indireta, admitindo a posse dupla, que se objetiva com três finalidades: a de gozo, a de garantia e a de administração.

Juristas, consagrados como Rui Barbosa, por exemplo, defenderam a tese que é admissível a extensão da posse aos direitos pessoais, contudo tal teoria não foi recepcionada pela maioria dos juristas, incluindo-se aqui o próprio autor do projeto do Código Civil.

O entendimento jurisprudencial acerca do assunto, inclina-se majoritariamente para o entendimento de não conceder defesa possessória para os direitos pessoais.

A teoria objetiva de Ihering foi parcialmente adotada pelo Código Civil Brasileiro, sendo certo que a lealdade à mesma não foi integral. Podemos observar este fato no contexto do artigo 1.196, que diz: “*Considera-se possuidor, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”.

É salutar acrescentar que este artigo o novo Código Civil está superado pelo fato de que legislador deixou de atender ao princípio da socialidade trazido pelo mesmo diploma civil que consiste no exercício dos direitos individuais, contudo atendendo as necessidades coletivas, que além de outras transformações trouxe a quebra do absolutismo do proprietário com relação à sua propriedade.

Tal princípio se traduz na função social da posse o que significa que além de uma função econômica a posse deve prescindir de uma função social. Este princípio pode ser visualizado na inovadora “possetrabalho”, que implicitamente traz ares da nova teoria. A possetrabalho está presente nos artigos 1238, parágrafo único; 1242, parágrafo único e 1228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil, senão vejamos:

Artigo 1.238. Aquele que por 15 (quinze) anos, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título de boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo anterior reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviço de caráter produtivo.

Artigo 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé, o possuir por 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Será de 5 (cinco) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele estiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social ou econômico.

Artigo. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e se estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Em razão da nova idéia de função social da posse, já há um projeto lei de nº 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, pelo qual tal artigo terá a seguinte redação:

“Considera-se possuidor todo aquele que tem o poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta

através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.¹⁵

Podemos dizer, portanto, que esta seria uma terceira teoria da posse, considerando sua função social, ou seja, a destinação econômica da coisa. Tal teoria teve como precursores o jurista francês Raymond Sanelles e o jurista espanhol Hermán Gil.¹⁶

É de suma importância fazer uma breve explanação à outro instituto jurídico que guarda estreita semelhança à posse, entretando não deve com a mesma ser confundido, é o instituto da detenção.

Detenção é tão somente a situação fática que o detentor tem sobre a coisa em razão de uma subordinação ou dependência econômica, seguindo regras e designações do seu dono ou possuidor, não lhe cabe direito de invocar em nome próprio ações possessórias.

O detentor, também chamado de fâmulos exerce a posse em nome de outra pessoa, como dispõe o artigo 1.198 do Código Civil:

Artigo 1.198. Considera-se detentor 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.

Parágrafo único. Aquela que começou a comporta-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

Nas palavras do ilustre professor Silvio de Salvo Venosa:

“O detentor, ou fâmulos, nesse caso não usufrui no sentido econômico da posse, que pertence a outrem. Nesta situação colocam-se os administradores da propriedade imóvel; os empregados em relação às ferramentas e equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador; o bibliotecário com

¹⁵ TARTUCE, Flavio, texto “A função social da posse e da propriedade e o Direito Civil Constitucional” ofertada aos alunos da pós graduação da Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2004.

¹⁶ idem 14

relação aos livros; o almoxarife em relação ao estoque etc. Desse modo o conceito amplo de posse, descrito no art. 1.196 (antigo art. 485), deve ser examinado não somente em consonância com a descrição do art. 1.198 ss (antigo arts. 487 ss), como também com a ressalva do art. 1.208 (antigo art. 497): “Não induzem posse atos de mera permissão ou tolerância”.¹⁷

CLASSIFICAÇÃO

A posse apresenta-se na ordem jurídica como um todo unitário incindível, sem se desfigurar a sua natureza ou alterar o seu conteúdo, ela pode oferecer nuances que a qualificam, sujeitando-a a especificidades que são tratadas peculiarmente pelo ordenamento jurídico, este trata de normas a respeito do seu caráter, que vem a ser a modalidade pela qual a relação possessória se apresenta no mundo jurídico.

Assim, as modalidades variam de acordo com as relações consideradas, determinando a classificação da posse que tem grande importância prática em razão da influência que os elementos subjetivos ou objetivos exercem sobre a eficácia dela.

O legislador cuida da posse e de sua classificação no capítulo inicial do Livro III da Parte Especial do Código Civil, examinando os artigos é possível separar as espécies de posse, distinguindo a posse direta, da indireta, a posse justa, da injusta, a posse de boa-fé, da posse de má-fé.

Não obstante, para completar a classificação, fazem-se necessárias mais duas distinções, que levando em consideração a idade da posse, temos a distinção entre posse nova e posse velha, e com relação aos efeitos da posse, temos a chamada posse “ad interdicta”, e a posse “ad usucapionem”.

1) Posse direta e indireta

O artigo 1197 do Código Civil, conceitua a posse direta e indireta:

“A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Edição, 2003, p.52.

anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

A classificação da posse em *direta e indireta* tem por finalidade determinar, em relação às pessoas, a extensão da garantia possessória e suas consequências jurídicas.

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

Assim, são possuidores diretos, o credor pignoratício, o depositário, o usufrutuário, o depositário, o comodatário, o locatário, pois todos detêm a coisa que lhes foi transferida pelo dono, mas este, ao transferir a coisa, conservou a posse indireta.

Salienta o renomado mestre Silvio Rodrigues :

“Que a relação possessória, no caso, desdobra-se. O proprietário, por força de seu direito dominial, exerce a posse como corolário do domínio. A essa posse dá-se o nome de posse indireta. Por outro lado, o depositário, por exemplo, exerce a posse direta e imediata por concessão do depositante. O titular da posse direta detém a coisa no desdobrar da relação possessória, reconhecendo a anterioridade do direito de seu pré-possuidor; se pretender ser ele próprio o proprietário, sua posse é imediata.”¹⁸

As posses direta e indireta coexistem, não colidem nem se excluem. Ambas, mediatas e imediatas, são igualmente tuteladas, sendo lícito ao terceiro oponente invocar em proveito próprio o desdobramento. Uma vez que coexistem e não colidem, é lícito aos titulares defendê-la.

2) Composse

Reza artigo 1.199 do Código Civil a composse.

¹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito das coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 27ª Edição, 2002, p.25

“Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores” .

Conforme o ilustre mestre Silvio Rodrigues:

“A composses está para a posse assim como o condomínio está para o domínio. Da mesma maneira que este não comporta mais de um titular exercendo integralmente o direito de propriedade, também a posse não admite mais de um possuidor a desfrutá-la por inteiro.”¹⁹

3) Posse justa e injusta

O artigo 1.200 define a posse justa

“É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

Conclui-se que é injusta a posse eivada de um desses três defeitos:

- Posse violenta:

É aquela conquistada através de força injusta, ou seja através do esbulho. Entretanto cessada a violência o vício convalesce e a posse ganha juridicidade.

- Posse clandestina

É a obtida como o próprio nome diz clandestinamente, ou seja, as escondidas. Há também, neste caso, a possibilidade da convalescença do vício, quando diante de

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito das coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 27ª Edição, 2002, p.26.

posterior publicidade da posse, com atos de construção, plantação, etc, o legítimo proprietário nada faz deixando escoar mais de ano e dia.

- Posse precária

Quando alguém recebe alguma coisa que deveria devolvê-la, entretanto deixa de fazê-lo quando lhe é reclamado.

Nesta modalidade de espécie de vício da posse, não cabe a convalescença devido ao fato que a precariedade jamais cessa, será portanto sempre viciosa.

São exemplos de situação que podem ensejar a posse precária, a locação, o comodato e o usufruto.

Além da convalescença, a posse injusta pode tornar-se justa se o possuidor que obteve o bem pela violência ou clandestinidade vier a comprá-lo ou herdá-lo do desapossado.

Entretanto, se o adquirente a título clandestino ou violento provar que tal situação cessou a mais de ano e dia, a sua posse passa a ser conhecida conforme alude o artigo 1.208 do Código Civil.

4) Posse de boa-fé e posse de má-fé

O artigo 1.201 define a posse de boa-fé.

“É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que a aquisição da coisa.”

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

É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído. Para que alguém seja possuidor de um bem, possuindo-o, a ninguém prejudica.

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

Destarte, o que distingue uma posse da outra é a posição psicológica do possuidor. Se o possuidor conhece a existência do vício, sua posse é de má-fé. Se ignora o vício que a macula, sua posse é de boa-fé.

Jurisprudência pertinente ao assunto:

“A justiça ou injustiça da posse determina-se com base em critérios objetivos, diversamente do que ocorre com a posse de boa ou má-fé, que tem em vista elementos subjetivos, pois decorre da convicção do possuidor. O reconhecimento de injustiça da posse, levando-a a procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se presenteia boa fé” (STJ, RE nº 9095/SP, Rel. Cláudio dos Santos).

5) Posse nova e posse velha

Vem regulado pelos artigos 508 do Código Civil de 1916 e Artigo 924 do Código de Processo Civil.

A posse nova é a que não atingiu um ano e dia, já a posse velha, já transcorreu tal prazo.

A necessidade da ultrapassagem de ano e dia, denota da possibilidade de convalidação daquela posse viciosa. Além disso a importância da verificação deste prazo se dá porque diante da posse nova o titular do direito pode utilizar-se do desforço imediato (Artigo 1210 parágrafo 1º do Código Civil) ou obter a reintegração liminar em ação própria (CPC, arts. 926 e s.). Entretanto, se velha for a posse o possuidor terá a proteção dos interditos possessórios, até que o órgão julgante o convença da existência de um direito melhor do que o seu.²⁰

6) Posse “ad interdicta” e posse “ad usucapionem”

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 18ª Edição, 2002, p.58.

A posse “ad interdicta” é a que pode amparar-se nos interditos, quando esta for ameaçada, turbada, esbulhada ou perdida, desde que seja uma posse justa.

Entretanto, o possuidor injusto ou de má fé com relação a determinado sujeito tem o direito de defender a posse, contra terceiros em relação a qual a exerce sem qualquer vício.

Ocorrerá a posse “ad usucapionem” quando ensejar a usucapião da coisa, desde que obedecidos os requisitos legais.

Assevere-se que com o tempo que transcorre até que se adquira o direito da usucapião, e conseqüentemente o domínio da coisa, não interessa mais que a posse tenha sido viciosa.

EFEITOS

Os principais efeitos da posse estão previstos nos artigos 499 a 519, 550 a 553, 681 a 619 do novo Código Civil. Trataremos brevemente destes efeitos, propondo uma visão simples, porém abrangente do assunto. Assim são eles:

1) Direito aos interditos

Interditos são ações possessórias que podem ser invocadas pelo possuidor que tenha tanto a posse justa como a injusta, ou ainda de boa ou má fé, direta ou indiretamente.

Revela-se necessário o uso dos interditos quando o possuidor se vê ameaçado ou definitivamente esbulhado ou turbado de sua posse.

Nestas ações existe a possibilidade de pleitear-se, além da proteção possessória, a condenação do réu em perdas e danos, sendo possível inclusive um pedido ao juiz que aplique uma multa diária ao réu (astreintes) em caso de não cumprimento do mandado judicial ou da sentença condenatória.

Os principais interditos proibitórios são:

1.1) Ação de Manutenção de Posse

Esta ação defende a turbação da posse que seria uma ofensa mais branda, de modo que o possuidor é prejudicado na posse e não privado.

Entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

“Ação – Possessória – Manutenção – Liminar – Requisitos. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho, incumbindo-lhe provar: (1) a sua posse; (2) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; (3) a data da turbação ou do esbulho; e (4) a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; (5) a perda da posse, na ação de reintegração (arts. 926 e 927). Presentes os requisitos do artigo 927 e estando a petição inicial instruída com os documentos necessários, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandato liminar de manutenção ou de reintegração (art. 928). Contestado apenas o requisito da posse e comprovado este através de documentos emanados dos próprios agravantes, improcede o recurso” (TARS – Agravo de Instrumento 196035612 – 1ª Câmara Cível – Rel Arno Werlang – 18-06-96)

A manutenção de posse está regulada pelos artigos 1.210 do Código Civil e 926 a 931 do Código de Processo Civil.

1.2) Ação de Reintegração de Posse

Este interdito é cabível quando o possuidor sofre uma supressão de sua posse, denominada turbação.

A turbação pode ocorrer através da clandestinidade, violência ou atos cumulados.

Entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

“Reintegração de posse. Requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil. I- Nos termos do Código de Processo Civil, art. 927, II, na ação de reintegração de posse, ao autor incumbe provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu e a perda da

referida posse. Impossibilidade jurídica e condições específicas da ação. Distinção. II- A impossibilidade jurídica se dá quando não há previsão no ordenamento jurídico, no plano abstrato, de providência ao caso concreto” (TJDF – Apelação Cível 3194294/DF – 3ª T. Cível – Rel Des. Nancy Andrichi – Diário da Justiça do DF – 15-06-94, p. 6773)

Os artigos que regulam esta possessória são artigos 1.210, §§ 1º e 2º e 1.212 do Código Civil e 926 a 931 do Código de Processo Civil.

1.3) Interdito Proibitório

É a ação cabível na ocorrência de ameaça de turbação ou esbulho da posse.

Entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

“Interdito proibitório – Ajuizamento contra ato do Poder Público. Possibilidade. Defesa da Posse em razão de inusitada ordem de derrubada do muro. Caracterização de abuso de direito, que encontra reparo nas teorias da posse e da responsabilidade civil” (1º TACSP – 4ª C – Ap. 482.592-5 - São Sebastião – Rel. Juiz Carlos Bittar – 14-10-1993 – v.u)

Os artigos que regulam esta possessória são 140 e 1.210, 2ª parte do Código Civil e 932 e 933 do Código de Processo Civil.

1.4) Nunciação de obra nova

É a ação possessória que objetiva embargar determinada obra em vias de construção, em razão dela estar causando, ou na possibilidade de causar prejuízos à posse.

Cuida-se de ofensa à posse por obra vizinha. Essa ofensa depende do exame de posturas oficiais, de exigências impostas pelo loteados ou de simples regras de vizinhança. A edificação em curso deve prejudicar o prédio, suas servidões ou

finalidades. Deve ser ajuizada no curso da obra. Trata-se de ação que visa os aspectos materiais. A obra em si. Se já terminada, não mais é cabível esta ação (RT 490/68, 501/113).²¹

A nunciação de obra nova está regulada pelos artigos 934 a 940 do Código de Processo Civil.

1.5) Ação de Dano Infecto

É cabível ao possuidor que tenha justo receio de sofrer prejuízo em sua posse em razão de ruína, demolição ou vício de construção em prédio vizinho.

Esta ação está regulada pelos artigos 554 e 555 do Código Civil de 1916 e 1.277 a 1.281 do Código Civil de 2.002.

1.6) Ação de Imissão na Posse

Consiste na reclamação da posse contra seu detentor, cabendo ao possuidor, utiliza-se desta ação em execuções de sentença para entrega de coisa certa.²²

1.7) Embargos de Terceiro

É a defesa cabível para aquele possuidor que se vê diante de turbacão ou esbulho advindos de atos judiciais como penhora, arresto, seqüestro, apreensão etc.

Esta ação está regulada pelos artigos 1.046 e seguintes do Código de Processo Civil.

2) Direito à percepção dos frutos

2.1) Posse de boa fé

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Edição, 2003, p.146.

²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: direitos reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2003, p.73.

O possuidor de boa fé, enquanto se encontrar nesta condição, possui a faculdade de perceber os frutos advindos da coisa, exceto os frutos pendentes.

Entretanto quanto aos pendente, o possuidor de boa fé tem direito ao ressarcimento das despesas de produção e custeio, assim como ocorre com os frutos colhidos antecipadamente.

Artigo 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa fé devem ser restituídos depois de deduzidas as despesas de produção e custeio, devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

2.2) Possuidor de má fé

O possuidor revestido de má fé terá que responder por todos os frutos, inclusive, os que deixou de colher, ainda que culposamente.

Em suma, não tem direito aos frutos percebidos, responde por todos os prejuízos que causou pelos colhidos e percebidos e pelos que por culpa sua deixou de perceber.

O único direito que cabe a este possuidor é o de ser ressarcido nas despesas de produção e custeio na percepção destes frutos.

Artigo 1.216. 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 às despesas da produção e custeio.

3) Direito à indenização das benfeitorias e direito de retenção

3.1) Possuidor de boa-fé

O possuidor de boa fé conforme o art. 1.219 do Código Civil tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, e exercer o direito de retenção destas, bem como levantas as voluptuárias, sem detrimento da coisa, caso não lhes sejam pagas.

Para Silvio Rodrigues o direito de retenção é um dos vários meios direito de defesas que a lei, excepcionalmente, confere ao titular de um direito. Consiste na prerrogativa, concedida pela lei ao credor, de conservar a coisa alheia além do momento em que deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha contra o devedor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa.²³

3.2) Possuidor de má fé

Alude o artigo 1.220 do Código Civil que *“Ao possuidor de má fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”*.

A atitude do legislador em face do possuidor de má fé é severa, visto que o faz perder as benfeitorias úteis e voluptuárias, não o indenizando por aquelas nem permitindo o levantamento destas.

4) Responsabilidade pela deteriorização e perda da coisa

4.1) Possuidor de boa fé

Dispõe o artigo 1.217 do Código Civil que:

“O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa”.

Desse modo, não havendo culpa do possuidor de boa-fé, não responde pelo valor da coisa perdida ou deteriorada.

4.2) Possuidor de má fé

Reza o artigo 1.218 do Código Civil que:

²³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito das coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 27ª Edição, 2002, p.70.

“O possuidor de má fé responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante”.

Nota-se na leitura do referido artigo que o possuidor de má fé, responde pela perda ou deterioração da coisa em todos os casos, mesmo que decorrentes do fortuito ou da força maior. Só se eximindo com a prova de que se teriam dado do mesmo modo ainda que a coisa estivesse em mãos do reivindicante.

5) A posse conduz a usucapião

A usucapião é modo de aquisição da propriedade. É a aquisição pela posse prolongada e qualificada, pela boa fé, pelo decurso de tempo, pela pacificidade e o *animus domini*.

Segundo o ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira “*não seria, então, efeito da posse pura e simples. Mas, como esta lhe é essencial, não há recusar que a posse é requisito do usucapião e pois que esta é efeito seu*”.²⁴

6) Ônus da prova

O ônus da prova compete ao adversário do possuidor, quando for contestado o direito deste.

Não provando o autor o seu direito, deve ser mantida a posse do réu.

7) Outros efeitos

- O possuidor goza, processualmente, de posição mais favorável.

Ao possuidor ameaçado, molestado, ou esbulhado, assegura a lei meios defensivos com que repelir a agressão, ofertando-lhes ações legais, de rito especial, para aquele que detém a coisa.

²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: direitos reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2003, p.60.

Tais ações são as chamadas “Ações Possessórias”, já aludida no presente trabalho.

- Conforme o artigo 1.209 do Código Civil, as coisas móveis integrantes do imóvel possuído, presumem-se, até prova em contrário, pertencentes a este.

- Como podemos verificar no artigo 1.211 do Código Civil, o legislador mais uma vez beneficia aquele que possui a posse da coisa, entregando-lhe esta provisoriamente quando for alvo de disputa judicial, salvo se ficar comprovado que a obteve de modo vicioso.

BIBLIOGRAFIA

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 18ª Edição, 2002.

DOMANSKI, Marcelo. **Posse: da Segurança Jurídica à Questão Social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martín. **Tratado de Derecho Civil: derechos de cosas**. Barcelona: Bosch, 1ª Edição, 1944.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2001;

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Dos Vícios da Posse**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 3ª Edição, 2003.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Bauru: Edipro, 1998;

JOSSERAND, Louis. **La propiedad y los otros Derechos Reales y Principales**. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2003.

PICAZO, Luiz Díez; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Direito Civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 27ª Edição, 2002.

SILVA, Paula Costa e. **Posse ou Posses?**. São Paulo Editora Coimbra, 2004.

TARTUCE, Flavio, texto “A função social da posse e da propriedade e o Direito Civil Constitucional” ofertada aos alunos da pós graduação da Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Edição, 2003.

- site: [www.noticias forenses.com.br](http://www.noticiasforenses.com.br), texto de Gustavo Bregalda Neves, em 27/01/05, 09:02 horas.