

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 139

julho/setembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

O sistema da posse no Direito Civil

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Posse e propriedade: conceito e distinção. 3. Posse e detenção: conceito e distinção: A) A posse e a detenção segundo Savigny e Ihering; B) A detenção no Código Civil: os servidores da posse, a mera permissão ou tolerância, a violência, a clandestinidade e a precariedade. 4. As fontes da posse. 5. Os efeitos da posse. Posse ad interdicta e ad usucapionem. Inversão do título. 6. Natureza da posse. Fato ou direito. Direito real ou obrigacional. 7. Objeto da posse. Os direitos pessoais. 8. O fundamento da proteção possessória. 9. O novo conceito de posse e sua função social.

1. Introdução

O Direito Civil reconhece três formas básicas de contato das pessoas com as coisas: I – por meio da propriedade e dos direitos reais limitados; II – mediante a posse e a quase posse; III – pela simples detenção.

2. Posse e propriedade: conceito e distinção

A distinção entre posse e propriedade é simples e nítida. A propriedade é o mais amplo direito sobre a coisa, envolvendo os poderes de usar, fruir e dispor da mesma (alienar, gravar, consumir, alterar e até destruir) e de reivindicá-la do poder de quem injustamente a possui (art. 524). Aí temos os dois aspectos desse direito: o *poder direto* ou senhoria direta sobre a coisa (aspecto interno), consistente no direito de usar, fruir e dispor (*jus in re*), e o *poder absoluto* ou de perseguir a coisa *erga omnes*, ou direito de seqüela.

Para o exercício de tão graves efeitos, exigem-se requisitos especiais de publicidade des-

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil. Advogado.

ses direitos por meio da tradição dos móveis e da transcrição dos imóveis no registro público.

A posse não pressupõe todos esses poderes, efeitos e requisitos.

Começemos pelas afinidades. Ambas encerram um poder direto ou imediato sobre a coisa e também absoluto ou *erga omnes*. Existe a posse conjugada ou cumulada com o direito de propriedade, ou posse do proprietário, a mais comum, e que não suscita polêmica. Aliás, a posse típica, objeto de largas discussões, é a do não-proprietário, segundo sua origem e a tradição de seu estudo. É a posse como fenômeno autônomo e digno de proteção, resultante desta definição de Cunha Gonçalves:

“Posse é o poder de fato exercido por uma pessoa sobre uma coisa, normalmente alheia ou pertencente a dono ignorado ou que não tem dono, relação tutelada pela lei e em que se revela a intenção de exercer um direito por quem não é titular dele, embora este direito não exista, nem tem que ser demonstrado.” (*Princípios de Direito Civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1, n. 175, p. 406).

Por sua vez, a posse prolongada e qualificada com os requisitos próprios pode se transformar em domínio ou outro direito real, assim como a propriedade sem a posse pode vir a sucumbir.

Quanto às distinções, a posse é antes de tudo um fato, enquanto a propriedade é antes de tudo um direito. O direito do possuidor é consequência do fato de sua posse (*jus possessionis*). A posse do proprietário é consequência do seu direito de possuir (*jus possidendi*). Em regra, o simples possuidor só pode usar e fruir. O poder de disposição da coisa (alienar, gravar, consumir, destruir) é inerente ao titular do domínio. O possuidor pode ceder seus direitos sobre determinadas posses e comportar-se como dono (*animus domini*), usando e alterando livremente a coisa.

A despeito da sua reconhecida eficácia *erga omnes*, a posse entre nós não constitui um direito real típico. Nem sequer é registrável para efeito de usucapião de prazo mais curto, como ocorre no Código Civil português (art. 1295 – registro da mera posse).

Em razão de seus maiores poderes, o proprietário pode opor o seu título ao possuidor e recuperar a posse. Mas pode ocorrer que o possuidor oponha eficazmente o seu título de pos-

se ao proprietário, bem como a sua posse com os requisitos do usucapião.

Concluindo, a distinção entre a posse e a propriedade resulta do confronto dos dois conceitos no Código Civil (artigos 485 e 524, respectivamente). O proprietário tem o *direito real* de usar, gozar e *dispor* dos bens e de *reavê-los* do eventual possuidor. Este tem apenas o *exercício de fato* do direito de propriedade e de outros direitos reais limitados objetos de posse.

A posse é o instrumento, o meio ou forma de se exercer o direito de propriedade e o direito real limitado, usando diretamente a coisa ou por meio de terceiro (fruído), ou resgatando o seu valor pela transferência do direito real e da posse a terceiro. É sobretudo o instrumento de utilização e aproveitamento da coisa pelo não-proprietário.

Além da condição subjetiva e individualista de servir ao proprietário, a posse cada vez mais amplia o seu conceito como instrumento objetivo de exploração econômica e ética dos bens no interesse social.

Com a socialização do direito, relações de simples detenção vão-se transformando em posses amparadas pelos interditos, a exemplo da locação, em que o Direito Romano não reconhecia posse. Vai ampliando-se o círculo das posses dignas de autonomia e proteção, a ponto de se tornarem polêmicas e duvidosas certas relações que o nosso Código excluiu desse conceito.

3. Posse e detenção: conceito e distinção

A) A posse e a detenção segundo Savigny e Ihering

No início do século XIX, Savigny divulgou sua famosa teoria da posse, fruto do estudo e levantamento dos debates sobre o tema até então.

Para Savigny, tanto na posse como na detenção existe o *corpus* ou a presença física da coisa sob o poder do titular. Mas o que distingue os dois institutos é o aspecto subjetivo do exercício desse poder físico, o qual designou *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, ou conduta própria ou inerente ao dono, embora não se exija a convicção de dono, existente somente no proprietário. Na detenção só existe o *animus tenendi*, ou propósito de deter a coisa para o possuidor. Somente este último merece a proteção possessória.

Ihering contestou Savigny, arguindo que pode haver posse sem o *corpus* ou presença física da coisa, ou seja, posse à distância do

objeto, como nos exemplos que apontou, inclusive do material de construção em frente à obra, nos quais a relação de posse existe conforme a natureza e a destinação econômica da coisa, independente da sua proximidade ou sujeição ao possuidor. Com isso, foi ampliado e desmaterializado o conceito de posse.

Mas a contestação maior e de grande repercussão foi quanto à exigência de *animus* especial na posse, que Ihering considerou, e com razão, fenômeno subjetivo de difícil comprovação e propôs a solução que muitos códigos passaram a adotar, inclusive o nosso: o direito positivo é que deve apontar, de forma objetiva, as hipóteses de *detenções* ou de obstáculos legais à constituição da posse. E assim surgiu a teoria objetiva da posse, contrária à subjetiva de Savigny.

B) A detenção no Código Civil: os servidores da posse, a mera permissão ou tolerância, a violência, a clandestinidade e a precariedade

Após definir a posse no artigo 485, conforme já analisado supra, o Código se preocupou logo, no artigo 486, em considerar *possuidores* certos titulares de direito pessoal, de crédito ou obrigacional (locatário, comodatário, depositário etc.) e de direito real (usufrutuário, credor pignoratício, enfiteuta etc.), atribuindo-lhes a posse direta ou imediata da coisa objeto do contrato ou direito e, em consequência, a proteção possessória normal *erga omnes* e até contra o possuidor indireto. Isso porque, conforme a tradição romana, era negada aos mesmos a condição de possuidores, por não terem *animus domini* ou posse em nome próprio, mas sim em nome dos locadores, nu-proprietários etc. A fim de conciliar as situações, o Código reconheceu a estes últimos a qualidade de possuidores indiretos, o que importou em atribuir-lhes também a proteção possessória contra terceiros. Além disso, ficou limitado o efeito dessas posses diretas à proteção dos interditos, desde que o usucapão exige posse com *animus domini*, que não têm, bem como posse exclusiva, também ausente pelo desdobramento dessas posses em diretas e indiretas.

Em seguida o Código assim define uma das mais típicas hipóteses de detenção ou ausência de posse:

“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”.

A doutrina comenta:

“Seria um desvio das realidades da vida, conceitua Meulenaere, dar a proteção possessória ao que exerce um poder em nome de outra pessoa.” (FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. Rio de Janeiro : v. 1, p. 13).

“Há que distinguir entre possuidor e servidor da posse.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado...*, v. 40, § 4.459, p. 302).

“O fâmulos da posse é aquele que, em razão de sua situação de dependência em relação a outra pessoa (ao dono ou possuidor), exerce sobre a coisa, não um poder próprio, mas dependente. Está a serviço da posse de outro, é instrumento mecânico de posse, mas não possuidor, como bem se expressou notável escritor.” (SANTOS, J. M. Carvalho. *C.C.B. inter-pr.* 7. ed. v.7, p. 31).

“Na posse direta, o possuidor exerce um poder próprio, fundado em título jurídico, ao passo que ao detentor de coisa alheia nenhum poder próprio assiste.” (BEVILACQUA, Clovis. *Dir. das coisas*. 5. ed. v. 1, p. 36).

“Pelo enunciado legal (art. 487) é possível extremar os aspectos relevantes e característicos da detenção: a) subordinação hierárquica entre o possuidor e o detentor por uma relação pessoal (LOPES, Serpa. *Curso*, v. 6, p. 124); b) o detentor conserva a posse em nome do possuidor, ou em cumprimento de ordens ou instruções suas; c) detentor é simples servidor da posse. Como exemplos de fâmulos da posse se apontam o operário que recebe do dono da obra os instrumentos necessários à execução dos serviços, o caseiro ou o empregado que zela por uma propriedade, por ordem do patrão.” (RJTJESP, n. 127, p. 175).

A doutrina e a jurisprudência apontam os seguintes exemplos de detentores: os parentes (filho, pai, sobrinho), os hóspedes, os empregados, prepostos, vigias, mandatários ou administradores de bens alheios, os agregados, os empreiteiros-construtores de obras, os sacerdotes em relação aos bens paroquiais, segundo o estatuto do Direito Canônico. Também o constituto possessório transforma formalmente o possuidor em detentor (SANTOS, op. cit., p. 65).

Em todos esses casos de detenção, a recusa do detentor em restituir a coisa ao possuidor importa em esbulho possessório, além de não autorizar a aquisição por usucapião, por falta do requisito essencial da posse.

Mas a mais veemente forma de detenção, em oposição ao conceito de posse, decorre do artigo 489, combinado com o artigo 497:

“Art. 489. É justa a posse que não for violenta, clandestina, ou precária”.

“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”.

Existe até uma contradição aparente no artigo 489, cuja redação leva a supor que existe uma *posse* violenta, clandestina ou precária, quando na verdade os três fenômenos produzem típica e flagrante detenção, e não posse. Isso em relação à vítima do atentado à posse. Em relação a terceiros, o ofensor goza de proteção possessória, o que mostra a complexidade da posse e as razões sociais da sua proteção.

A violência, física ou moral, é o mais grave atentado à posse. É a sua tomada pela força ou intimidação. Logo que praticada e consumado o esbulho, o esbulhador se apresenta como o mais típico detentor da coisa em face do possuidor esbulhado. Donde a tranqüilidade do direito deste último de ser reintegrado, desde que reaja à agressão, inclusive pelo desforço imediato (art. 502).

Curioso é que a mera detenção violenta, se não enfrenta reação do ofendido, vai transformando-se na mais típica posse *animo domini*, gerando usucapião se atendidos os demais requisitos.

Também a ocupação clandestina da coisa, ou sem o conhecimento do possuidor, considera-se mera detenção, até que, pela publicidade ou notoriedade e a falta de reação, transmuda-se em posse com os mesmos efeitos da ocupação violenta sem reação. Havendo repulsa, tanto mais eficiente quanto mais rápida, a posse triunfará contra a detenção.

A terceira hipótese do artigo 489 é a chamada “posse precária”, que resulta do abuso de confiança do possuidor que, finda a posse concedida sob condição, recusa-se a restituir a coisa, transformando-se em detentor e esbulhador *ipso facto*. Segundo a doutrina, assim como a

posse violenta se equipara ao roubo e a posse clandestina se equipara ao furto, o abuso ou desobediência do possuidor precário se assemelha à apropriação indébita. Esta última hipótese ocorre nas posses convencionais com obrigação de restituir, a exemplo do comodato:

“Precária – também é a lição de Tito Fulgêncio, Da posse e das ações possessórias, n. 34, p. 34, ‘é a posse que se origina do abuso de confiança; alguém recebe uma coisa por um título que o obriga a restituição, em prazo certo ou incerto, como por empréstimo ou aluguel, e recusa injustamente fazer a entrega’. (TJSP. RT, n. 178, p. 153).

A locação obedece hoje a nova disciplina de proteção social e ação própria, de despejo, aproximada da possessória em certos casos.

Mera permissão ou tolerância. A parte inicial do art. 497 contém outra forma de detenção – “atos de mera permissão ou tolerância”, com caracteres próprios, a qual não se confunde com a posse precária já estudada. Caracterizam-se tais atos por se fundarem em relações de parentesco, familiaridade, amizade ou boavizinhança.

A jurisprudência assim tem decidido:

“O que ocorreu foi que as partes estavam em tratativas para a formação de um contrato de locação. Enquanto o contrato não se concluiu, permitiram os proprietários que a ré usasse as suas instalações e móveis para a exploração do seu negócio, o de restaurante. Mas as partes desentenderam-se, não chegando a formar o contrato de locação.

É a figura típica do art. 497 do CC e não do art. 487 aplicável ao fâmulos da posse”. (TJRJ. RDTJRJ, n. 4, p. 205).

“Atos de mera permissão ou tolerância – Uso de área situada em terreno particular para a prática de competições esportivas (futebol) de recreação, mediante permissão ou tolerância (expressa ou tácita) do proprietário.

Concessão precária, provisória, que a qualquer tempo poderá ser cassada pelo possuidor, a seu nuto, não assistindo ao beneficiário direito algum, a qualquer título, em face do art. 497 do CC. Ação de reintegração de posse julgada improcedente. Sentença confirmada.” (TJSC. JC, n. 63, p. 111).

“...simples autorização não configura qualquer contrato, nem espelha a hipótese do art. 486 do CC, mas sim a do art. 497, que dispõe: “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância,”

.....
“O ilustre Orozimbo Nonato, de forma magnífica, em voto lapidar, proferido no colendo STF, ressaltou: ‘...os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse’. Ora, é isso exatamente o que dispõe o art. 497 do CC, atendendo à necessidade de adversar o abuso de confiança e à origem daqueles atos, resultando de ‘uma officiosidade, de uma familiaridade, de uma relação de boa-vizinhança’ (Fulgêncio. *Posse*, p. 75). Já estava no Dig., L 41, de adquir. vel amit. posses, que ‘qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit’. O que no caso importa, acima da natureza do ato, é ter ele fonte em, como diz Raviart (Des Actions Possessoires et du Bornage, n. 97), ‘une concession b n vole et revocable du propriétaire du fond servant’ (ALCKMIN, J. G. R. de. *Repertório de Jurisprudência do CC* : Direito das coisas, n. 160). No mesmo Repertório, encontramos mais duas decisões dignas de nota. Na primeira, decidiu o Eg. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro que: ‘A ocupação do imóvel pelo autor, embora longa e incontestada, sempre foi, confessadamente, a título precário e por consentimento ou tolerância dos antecessores réus, de modo que não induz posse, *ex vi* do art. 497 do CC, e não   coberta pelos interditos contra o proprietário tolerante’ (op. cit., n. 162). A outra decisão, do atual e ilustre Ministro Rafael de Barros Monteiro, quando ainda integrava este eg. Tribunal, acentuou que: ‘Não induzem posse e não podem ser protegidos pelos interditos os atos praticados em virtude de mera permissão ou tolerância, porque pressupõem sempre esses atos uma autoriza o revogável ao arbítrio de quem a conferiu’ (op. cit., n. 163). O profundo Astolfo de Rezende, depois de reproduzir o texto de nosso Código e o do Digesto já indicado, ensina que: ‘Os atos de mera permissão ou tolerância são aqueles mediante os quais o proprietário, ou possuidor permi-

te a outrem tirar da coisa um proveito mais ou menos limitado, sem com isto renunciar ao seu direito’ (*A posse e sua proteção*, v. 2, p. 44). Em seguida, acrescenta: ‘  evidente que esses atos de tolerância não podem conferir a posse;   o exercício precário de um direito, mas não   posse. O que teve a permissão   apenas tolerado; exerce sobre a coisa, não um poder próprio, com *animus tenendi*, mas o poder de fato de outra pessoa’” (op. cit., v. 2, p. 44). (Ac. da 6  C do TJSP na Ap. 221.336. Relator: Des. Souza Lima. *RJTJESP* n. 26, p. 99, reproduzido no *Código Civil nos tribunais*, de Darcy Arruda e outros. Jurídica Brasileira, 1993. art. 497, p. 3.384).

Resumindo, eis as modalidades de *deten es* previstas no Código ou os *obstáculos legais   posse* em nosso direito:

- a) as resultantes de violência, clandestinidade e precariedade ou abuso de confiança (arts. 489 e 497, 2  parte);
- b) as situa es dos fâmulos ou servidores da posse, que a exercem em nome de outras pessoas (art. 487);
- c) os atos decorrentes de mera permissão ou tolerância dos verdadeiros possuidores (art. 497, 1  parte).

Existe uma semelhança ou proximidade de conceitos entre três hipóteses distintas: 1) alguém pode receber um imóvel em comodato (gerador de posse precária, que se transforma em deten o por abuso de confiança – art. 489, final), desde que exerça posse exclusiva; 2) pode usar o mesmo imóvel em nome do proprietário ou possuidor, como servidor da posse ou preposto, recebendo ordens e instru es (art. 487); 3) e pode obter permissão ou tolerância para us -lo precariamente, tanto mais patente quando não exclua a presença do possuidor (art. 497). A rela o de parentesco, familiaridade, amizade, boa-vizinhança e similares caracterizam, salvo prova em contrário, a mera permissão ou tolerância, conforme já o atestava o Digesto no século VI, citado acima. A deten o afasta, inclusive, a prescri o aquisitiva, por ausência do requisito essencial da posse.

A despeito desses parâmetros legais, as rela es e distin es entre a posse e a deten o se tornam complexas na prática, podendo variar conforme as situa es de fato e seus desdobramentos ou transforma es ao longo do tempo,

a conduta das partes, as inversões dos títulos que convertem posse em nome alheio em posse em nome próprio e detenções em posses autênticas. Acrescente-se a tudo isso o grande risco da produção da prova, em matéria tão dependente dos fatos. Os interessados que se acautelem.

4. As fontes da posse

O sistema das fontes da posse pode ser assim esquematizado:

Atos materiais: a simples ocupação ou apreensão material das coisas, forma primitiva que ainda se aplica aos objetos sem dono e às coisas abandonadas.

Atos jurídicos lícitos: declarações unilaterais de vontade, contratos, inclusive o constituto possessório.

Atos ilícitos: a violência, a clandestinidade e o abuso de confiança. Parece contraditório. O Código não considera posse, mas simples detenção, os atos de apreensão da coisa pela violência física ou ameaça, a apreensão clandestina e a decorrente de posse precária ou por abuso de confiança, equiparados, respectivamente, aos crimes de roubo, furto e apropriação indébita. Assim que isso ocorra, o possuidor esbulhado pode restaurar sua posse e pôr fim à detenção injusta, pelos meios legais. Mas se não houver reação, pode-se estabelecer uma nova posse em favor do esbulhador e até com a pretensão de dono ou *ad usucapionem*. Tanto que a maioria das ações de usucapião decorre da posse clandestina (detenção) ou por omissão de vigilância, a qual se torna pública e se legitima pelo decurso do tempo.

Constituição de direitos reais: em suas variadas formas.

Posse por acessão: art. 536 do CC.

Posse "ex vi legis": sucessão hereditária (art. 1572).

5. Os efeitos da posse. Posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*. Inversão do título.

Entre os efeitos da posse, destacam-se a proteção possessória e a aquisição do domínio por usucapião.

A proteção possessória é mais ampla, inerente a todas as posses. Já a aquisição do domínio ou do direito real por meio da posse exige posse qualificada ou mais restrita. Somente as

posses com *animus domini*, ou seja, com pretensão de vir a ser dono da coisa, conduzem ao usucapião. Tanto o Código Civil como as Constituições se referem a esse requisito com a expressão "possuir como seu". Por exclusão, não se consideram como tais (embora o sejam *ad interdicta*) as posses contratuais (decorrentes de comodato, locação, depósito, usufruto e similares), em que o possuidor reconhece o domínio de outrem e também porque essas posses se desdobram em direta e indireta, pelo que perde o caráter de exclusiva a posse do possuidor direto. Abre-se exceção à promessa de compra e venda, com o mesmo caráter de posse contratual. O STF não a considerava posse *animus domini*. Mas o STJ vem mudando de orientação, reconhecendo que o promitente comprador tem pretensão inegável de dono e até posse com justo título para efeito de usucapião ordinário (REsp. 32.972 SP, 3ª T., DJU, 10 jun. 1996, p. 20.320).

Já as posses ditas violenta, clandestina e precária (com abuso de confiança) não passam de *detenções*, eis que a posse pertence ao esbulhado, que a poderá recuperar pelos interditos. Não obstante tais vícios de origem, essas detenções podem se transformar, com o passar do tempo e a omissão dos ofendidos, em autênticas posses *ad usucapionem*, com o requisito "possuir como seu", que marcou a pretensão do esbulhador desde a prática de seu atentado à posse. Tanto que se reconhece hoje a posse do ladrão como apta à prescrição aquisitiva, ante a omissão da vítima e o decurso do prazo legal. São as mudanças de concepções, decorrentes da socialização do direito e da autonomia da posse como valor ou utilidade social, capaz de se transformar em domínio independente de sua origem criminosa. O ato ilícito ou criminoso será cobrado na alçada própria, preservadas as técnicas de aquisição dos bens no interesse maior da sociedade como um todo.

Obviamente, o simples detentor, como o define a lei, nem sequer *possui* a coisa e muito menos "como sua". Mas pode vir a ocorrer uma *inversão* do fenômeno, com a conversão do detentor em possuidor, assim como o possuidor em nome alheio (comodatário, locatário etc.) se converte eventualmente em possuidor em nome próprio, passando a agir como se fora dono, afrontando a outra parte, que não reage no prazo legal, ensejando a prescrição aquisitiva. Esse o sistema complexo da posse e seus efeitos, tão jungido aos fatos e circunstâncias variáveis da vida social.

6. Natureza da posse: fato ou direito; direito real ou obrigacional

Todo direito emana do fato (*ex facto jus oritur*). A própria compra e venda é um fato e um direito subjetivo regulado pelo direito objetivo por meio do contrato respectivo. Todo direito subjetivo é antes de tudo um fato (regulado pelo direito). A posse não foge a essa regra. É um fato relevante para o Direito, ou fato jurídico ou jurígeno, gerador de direitos subjetivos. É a condição ou o instrumento para o exercício do direito de propriedade e de outros direitos reais e obrigacionais. Mas é também um direito subjetivo tutelado por si mesmo, como valor econômico autônomo, inclusive a posse do não-proprietário, que é o maior objeto da disciplina possessória, conforme a definição de Luiz da Cunha Gonçalves, para quem a posse é a “intenção de exercer um direito por quem não é titular dele” (op. cit.).

Outra polêmica diz respeito à natureza real ou obrigacional do direito de posse. Isso não se confunde com a origem ou fonte da posse (já analisada), que pode decorrer de um direito real (propriedade, usufruto) ou de um direito obrigacional (locação, comodato).

Embora tendo por fonte imediata um direito obrigacional, como a locação, a posse no caso, procede do direito real de usar a coisa por meio de terceiro (fruir).

Não se confunde a natureza da posse com o seu objeto, ou seja, se pode recair somente sobre coisas corpóreas ou também sobre direitos pessoais (adiante).

Quanto à natureza real ou obrigacional do instituto, a dúvida surgiu porque o Código, de forma aparentemente equívoca, não incluiu a posse na enumeração taxativa dos direitos reais (art. 674), mas colocou a sua disciplina no Título I do Direito das Coisas. Seria um direito *especial*, instrumento indispensável e manifestação dos direitos reais. Além disso, como manifestação da propriedade, tem a mesma natureza de direito *erga omnes*, inerente aos direitos reais. O que lhe falta é o *exercício de direito* dos poderes inerentes ao direito real. Por isso não foi catalogado como direito real típico.

7. Objeto da posse. Os direitos pessoais

A posse das coisas materiais e dos direitos reais tem sido a regra. A posse dos direitos pessoais tem sido admitida e contestada através

dos tempos. Por influência do Direito Canônico, foi admitida a defesa da jurisdição eclesiástica pelos interditos possessórios. Rui Barbosa sustentou a tese na defesa de funcionários públicos demitidos, pretendendo a sua reintegração nas funções. Mas, contra tais atos de autoridades, dispomos hoje do mandado de segurança, com garantia liminar *initio litis*. Outras situações atípicas, inclusive obrigações de fazer e não fazer, encontram solução nas ações de preceito cominatório e até na ação civil pública. Por isso a discussão sobre a posse dos direitos pessoais perdeu o seu interesse.

Em acórdão unânime do 1º TAC-SP, na Ap. 267.130, relatada pelo Juiz Arruda Alvim, foi decidido que:

“Descabe ação possessória contra a TELESP para religar linha telefônica. As modernas teorias sobre a posse evidenciam o descabimento da ação possessória na espécie.” (RT, n. 546, p. 117).

Do substancioso acórdão extraímos os seguintes lances:

“6 – A doutrina no Direito Comparado e brasileiro embasa a fundamentação deste acórdão – a posse dos direitos pessoais, como se disse, é peremptoriamente inadmitida nos sistemas contemporâneos: (segue-se a referência à Itália, Alemanha, França e Espanha).

A chamada ‘posse dos direitos pessoais’ tem sido objeto de monografias em nosso país, algumas contra o entendimento de que os remédios possessórios se confinam aos direitos reais (cf. RÁO, Vicente. *Posse de direitos pessoais*, São Paulo; LINS, Edmundo. RT, n. 62, p. 163; PRATES, Pacheco. *Teoria elementar da posse*. RT, n. 297, p. 783, e outros), ao passo que a maioria de entendimento doutrinário é no sentido de que a posse somente diz com os direitos reais (cf. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 6. ed. cap. 2, n. 18, p. 41-43; MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das coisas*. 14. ed. p. 26; FRANÇA, Rúbens Limongi. *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958)”.

Não obstante os fundamentos supra, a tendência hoje é considerar o telefone um bem patrimonial objeto de posse, uso e locação, negociável, penhorável e, portanto, usucapível,

conforme as seguintes decisões do STJ e de outros tribunais: 3^a T. REsp. 41.611-RS. *DJU*, 30 maio 1994; 4^a T., REsp. 64627-SP. *DJU*, 25 set. 1995, *RT* n. 713, p. 226, n. 723, p. 298; *JTA* n. 145, p. 498).

Até os direitos reais típicos vão-se ampliando para atender às novas exigências (direito real de aquisição, alienação fiduciária em garantia, cessão de uso, direito de superfície). Logo, também os direitos pessoais de conteúdo patrimonial tendem a se objetivar para os efeitos de posse, proteção possessória e prescrição aquisitiva.

8. O fundamento da proteção possessória

A posse é o principal elemento ou requisito do usucapião. Por isso os fundamentos deste decorrem naturalmente dos fundamentos daquela, *mutatis mutandis*. Os fundamentos do usucapião são de duas ordens: subjetivos e objetivos ou individuais e sociais. Já dissemos a propósito do usucapião: sob o aspecto subjetivo, a perda da propriedade por usucapião tem a justificá-la a renúncia presumida do titular do direito real, em favor do possuidor. Assim se interpreta a sua atitude omissa ou negligente em relação à coisa, por todo o tempo previsto na lei. Sob o aspecto objetivo ou do interesse social, o usucapião é a garantia da estabilidade dos direitos reais. Não haveria segurança dos titulares de direitos reais se fosse possível investigar a legitimidade dos títulos de domínio através dos séculos. Por isso, o usucapião contribui para a paz social. E também para o progresso, estimulando a posse e uso das coisas, sobretudo dos imóveis.

Assim, também a defesa da posse tem a justificá-la fundamentos individuais ou subjetivos e valores sociais ou objetivos. As correntes individualistas vêm na proteção possessória a garantia da inviolabilidade de um importante direito subjetivo da pessoa e, portanto, desta mesma. Sendo a posse um instrumento necessário da propriedade, a proteção àquela seria o cinturão de defesa desta última, inclusive de forma mais rápida, mediante os interditos, dotados de eficácia *initio litis*, o que não ocorre com as ações em defesa da propriedade.

A visão social da posse vê na sua defesa a interdição da violência, das vias de fato e da justiça privada, a consagração das vias de direito e o monopólio estatal da Justiça, visando à ordem, à estabilidade dos direitos subjetivos e à paz social.

9. O novo conceito de posse e sua função social

Em tese de concurso para a livre-docência de Direito Civil na UFMG, sob o título *O fundamento da proteção possessória* (Imprensa da Universidade, BHte., 1964), o professor Adriano de Azevedo Andrade defendeu a autonomia da posse como bem econômico e jurídico independente da propriedade, sob novo conceito e motivação própria para proteção.

Refere-se ele à socialização e à democratização do direito neste século, a partir das idéias de Duguit (*Função social dos direitos subjetivos privados*), Jossierand (*Teoria do abuso dos direitos*), Gaston Morin e Georges Ripert (*Os novos direitos sociais*).

As Constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e sobretudo a alemã de 1919 (Weimar) consagraram a função social da propriedade, seguida por todas as Constituições brasileiras a partir de 1934.

Segundo o professor Adriano, com suporte em Dusi e Ferranti, o novo Código Civil italiano (1942) “teve em vista, no fundamento da proteção da posse, não a presunção de domínio, mas assegurar o vínculo que se constitui em relação à coisa por *un’attività lavorativa o conservatrice*”. O novo conceito de posse leva em conta a *atividade*, e não a titularidade sobre a coisa. É a posse dinâmica em lugar do valor patrimonial estático que vigora no novo conceito econômico e social do instituto. E conclui que a posse não deve ser apenas *justa* (não ser *vi, clam aut precario*), mas deve cumprir sua função econômica de atender às necessidades individuais e sociais.

Já em monografia anterior, como assistente do professor Darcy Bessone (Pesquisa em torno do conceito de posse. *Cadernos de Pesquisas*, n. 4, 1962), Adriano Andrade recomendava:

“A prova da posse consistirá em demonstrar em juízo a utilização atual e efetiva, por sua exploração econômica, segundo a natureza da coisa. Assim, nas áreas destinadas ao cultivo, a plantação feita; nas destinadas à construção, a edificação de prédios. Importa sempre, porém, a prova de utilização da coisa e a turbação pelo réu”. (p. 103).

E conclui:

“No mundo moderno, a riqueza deixou de ser representada pelo ouro acumulado ou pela extensão das terras. O que importa é a produção que delas se pode auferir. Eis

o motivo pelo qual a reforma agrária, que tem na desapropriação do uso uma de suas formas, constitui hoje um dos anseios mais fortes e mesmo revolucionários das camadas populares menos favorecidas.

O instituto jurídico da posse, embora não satisfaça integralmente essas exigências, pelo menos possibilita, em virtude da defesa concedida, a utilização econômica dos bens, que desse modo cumprem a finalidade primordial de servir aos homens.” (op. cit., p. 105).

Essa tese da ocupação e exploração efetiva do imóvel conforme sua destinação econômica vai conquistando prosélitos (VIANA, Marco Aurélio S. *Das ações possessórias*. São Paulo : Saraiva, 1985; THEODORO JR., Humberto. *A posse*. Vitória : Amages. 1986).

Aplicações dessa tese em nosso direito positivo posterior podem ser citadas:

a) usucapião especial rural, tendo como requisito a posse de área de terra, *tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família*, tendo nela sua moradia

(CF, art. 191, Lei 6.969/81);

b) usucapião especial urbano, tendo como requisito a posse de área *utilizada para moradia própria ou da família* (CF, art. 183);

c) desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural *que não esteja cumprindo sua função social* (CF, art. 184). A propriedade *produtiva* é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 185, II);

d) a cobrança de imposto sobre a propriedade territorial rural em função do *grau de utilização* da terra, podendo o tributo anual atingir a alíquota de 20% do valor do imóvel classificado como latifúndio inexplorado – acima de 5.000 hectares, com grau de utilização até 30% (Lei 9.393/96). Ao cabo de cinco anos, portanto, o imóvel rural exemplificado será confiscado (100% de tributo sobre o respectivo valor) e destinado à reforma agrária para utilização plena.

Bibliografia

- ALCKMIN, J.G. Rodrigues de. *Repert. de jurisprud. do CC*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, art. 485.
- ANDRADE, Adriano de Azevedo. *O fundamento da proteção possessória*. Belo Horizonte : Imprensa da Universidade, 1964.
- _____. Pesquisa em torno do conceito de posse. *Cadernos de Pesquisas*, 1962. n. 4.
- BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- _____. *Aulas de Direito Civil*. Belo Horizonte : Gráfica da Fac. de Direito, 1963.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1.
- BUSSADA, Wilson. *CCB interpret. pelos tribunais*. Rio de Janeiro : Liber Juris, art. 485.
- CARVALHO SANTOS, J.M. *CCB interpret.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 7. 6. ed.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Dir. Civil*. São Paulo : Max Limonad, v. 3, t. 2.
- _____. *Princípios de Dir. Civil brasileiro*. São Paulo : Max Limonad, 1955. v. 1.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, condomínio e direitos autorais*. Rio de Janeiro : Conquista, 1956.
- LAFAYETTE. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos.
- MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Cód. Civil nos tribunais*. São Paulo : Jurídica Brasileira, art. 485.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Dir. Privado*. 2.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, v. 10.
- REZENDE, Astolfo. *A posse e sua proteção*. São Paulo : Saraiva, 1937.
- THEODORO JR., Humberto. *A Posse*. Vitória : Amages, 1986.
- VILAS BOAS, Antonio Martins. *Breve estudo sobre a posse*. Belo Horizonte : Gráfica da Fac. Direito da UFMG, 1977.
- VIANA, Marco Aurélio. *Das ações possessórias*. São Paulo : Saraiva, 1985.