



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
RENATO LUIZ THIVES

**A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ATRAVÉS DA ANÁLISE DO INSTITUTO NO
DIREITO ROMANO COMPARADO COM A SUA CONCEPÇÃO ATUAL NO
DIREITO BRASILEIRO.**

Florianópolis
2010

RENATO LUIZ THIVES

**A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ATRAVÉS DA ANÁLISE DO INSTITUTO NO
DIREITO ROMANO COMPARADO COM A SUA CONCEPÇÃO ATUAL NO
DIREITO BRASILEIRO.**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Flávio Nodari Monteiro

Florianópolis

2010

RENATO LUIZ THIVES

**A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ATRAVÉS DA ANÁLISE DO INSTITUTO NO
DIREITO ROMANO COMPARADO COM A SUA CONCEPÇÃO ATUAL NO
DIREITO BRASILEIRO.**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

14 DE JUNHO DE 2010.

Prof. Msc. e orientador Flávio Nodari Monteiro
Universidade do Sul de Santa Catarina

Examinador 1: Prof. Emiko Ferreira
Universidade do Sul de Santa Catarina

Examinador 2: Prof. Gabriel Henrique Collaço

Universidade do Sul de Santa Catarina
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis (SC), 14 de junho de 2010.

RENATO LUIZ THIVES

Aos meus pais, Renato e Dóris, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço aos meus pais, Renato e Dóris por todo apoio, carinho e suporte durante toda essa trajetória.

Também agradeço as minhas avós, Ondina e Zilá que de certa forma contribuiriam para este trabalho.

Agradeço a todos meus amigos, em especial Matheus, Felipe, Marcos e Pedro por toda confiança que me passaram.

A Valéria, que além de namorada, também é uma grande amiga.

"Bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida e viver com paixão, perder com classe e viver com ousadia. Pois o triunfo pertence a quem se atreve e a vida é muito bela para ser insignificante." (Charles Chaplin)

RESUMO

O Direito Romano ainda exerce influência sobre o Direito Brasileiro, especialmente no que se refere ao Direito Privado. A posse é um instituto controvertido, que há séculos vem sendo fruto de teorias, e embates a respeito de sua natureza jurídica. As teorias com relação à posse têm se baseado no estudo antigo Direito Romano, para chegar à exata definição do instituto, se este é um mero fato ou um direito. Observado a dificuldade da aplicação prática da Teoria de Savigny, o ordenamento jurídico pátrio aderiu a Teoria Objetiva de Ihering, mas não conceitua o instituto na forma da lei, deixando isto a cargo da doutrina.

Palavras-chave: Direito Romano. Direito Civil. Posse.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO ROMANO E SUAS DIVISÕES TRADICIONAIS	12
2.1 PERÍODO DA REALEZA	12
2.2 PERÍODO DA REPÚBLICA	13
2.3 PERÍODO DO PRINCIPADO	13
2.4 PERÍODO DA MONARQUIA ABSOLUTA	14
2.5 O CONCEITO DE DIREITO EM ROMA	14
2.6 DIREITO PRIVADO ROMANO	15
2.6.1 <i>ius civile</i>	16
2.6.2 <i>ius gentium</i>	17
2.6.3 <i>ius naturale</i>	18
2.7 A LEI DAS DOZE TÁBUAS	18
2.8 A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO	19
2.9 A POSSE NO DIREITO ROMANO	20
2.9.1 Elementos da posse no direito romano	21
2.9.2 Modalidades de posse no direito romano	22
2.9.3 Formas de aquisição de posse no direito romano	22
2.9.4 Perda da posse no direito romano	23
2.9.5 Interditos possessórios	23
3 DIVISÕES TRADICIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO	24
3.1 DIREITO PÚBLICO	24
3.2 DIREITO PRIVADO	25
3.3 DIREITO DAS COISAS	25
3.3.1 Direitos reais	27
3.4. POSSE NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.4.1. Objeto da posse	30
3.4.2. Espécies de posse	31
3.4.3 Aquisição e perda da posse	32
3.4.4 Efeitos da posse	34
3.5 DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA	35
4 A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE	36

5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A natureza jurídica da posse tem sido fruto de muita divergência na doutrina, para uma maior exatidão na sua definição os autores buscam no direito romano os seus principais elementos, concepções e a forma como era aplicada na época. O direito romano influenciou diretamente o direito brasileiro, principalmente em relação ao direito privado, portanto, é necessário o seu estudo para compreender todos os elementos presentes na posse, já que este instituto se consolidou em Roma. A problemática se concentra em analisar se a posse é um fato ou um direito. Se direito, real ou pessoal? Duas principais correntes se destacam, uma liderada por Savigny que afirma ser um fato, e outra encabeçada por Ihering que afirma ser um direito. O Código Civil Brasileiro de 2002 – CC/02, adotou a idéia de Ihering por ser de mais fácil aplicação, mas em alguns pontos não deixou de ser influenciado pela teoria de Savigny isto é, que a posse é um fato.

A motivação do autor em abordar este tema, justifica-se pelo significado, importância e atualidade que o direito romano representou e representa na história das civilizações humanas. Também por ter grande interesse em aprofundar conhecimentos na área civil que fortalecerá e qualificará seu desempenho enquanto profissional da área jurídica.

O presente trabalho tem como objetivo geral comparar a natureza jurídica do instituto da posse no direito romano, em relação à concepção atual no direito brasileiro.

Para alcançar o objetivo geral, definiu-se os seguintes objetivos específicos:

Realizar pesquisa bibliográfica referente ao tema;

Verificar os elementos históricos e teóricos em relação à posse no direito romano;

Analisar o instituto sobre a perspectiva de autores brasileiros com relação às obras de Savigny e Ihering

Examinar onde a discussão teórica penetra na legislação, se a falta de conceituação da posse interfere na aplicação do direito e sua utilização pelos tribunais.

Foram utilizados neste trabalho técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e os métodos escolhidos foram o histórico, dedutivo e o comparativo.

A relevância do assunto se faz notar em razão das diversas influências que o direito romano teve sobre a gênese do direito brasileiro, e em especial no instituto da posse, o qual há muitas divergências quanto à sua natureza jurídica.

A princípio este trabalho terá um enfoque histórico, buscando uma melhor compreensão do Direito Romano, mais especificamente acerca do instituto da posse.

Num segundo momento, passará a ser analisado as divisões atuais no Direito Brasileiro e onde se encontra a posse no ordenamento jurídico pátrio. Prevista no Livro III, Título I do C.C/02, a posse não tem uma exata definição da sua natureza jurídica, sendo tema de muitas obras a respeito.

Destacam-se as obras de Ihering e Savigny no estudo da natureza jurídica da posse, e outras de obras atuais continuam a enriquecer a discussão sobre o instituto.

Tanto a teoria de Ihering como a de Savigny se valeram dos antigos textos romanos para fundamentar seus estudos, mas ambos obtiveram interpretações bem distintas. Por isso é necessário um maior aprofundamento no estudo do Direito Romano, para ampliar os horizontes dessa discussão.

Por último são compilados diversos entendimentos sobre a natureza jurídica da posse, em especial os autores brasileiros que usam a legislação brasileira atual para uma maior exatidão do seu conceito.

2 O DIREITO ROMANO E SUAS DIVISÕES TRADICIONAIS

Seria impossível compilar a complexidade de quase dois milênios de história que compreendem o Império Romano, o berço do Direito. Sua importância para o direito está evidente em todos os aspectos possíveis, em especial no direito privado.

Este capítulo aborda o surgimento e a evolução do Direito romano conforme aspectos políticos e históricos, demonstrando os principais conceitos relacionados ao direito que surgiram em Roma, no período que antecede a era cristã e vigoram até os dias atuais.

2.1 PERÍODO DA REALEZA

O período da realeza fez-se presente em uma sociedade primitiva em que o *pater familias* era a figura principal da sociedade, sendo absolutas suas decisões no seu campo de ação. O sistema patriarcal ditava a formação política, sendo o rei o magistrado único. O rei tinha essencialmente o papel de legislador, e de importância suprema em caso de guerra, mas com pouca função judicial tendo em vista o poder que possuía o *pater*. (VENOSA, 2005)

Diversos poderes eram atribuídos ao pai: comandava a religião e os cultos domésticos; podia dispor da vida de sua mulher e dos seus filhos como bem entendesse, pois estes eram compreendidos como parte de sua propriedade. Soberano, era o único juiz para dirimir qualquer discussão no âmbito familiar. (COULANGES, 2004)

As principais fontes no período da realeza foram os costumes, e as leis reais (*leges regia*) provavelmente foram escritas pelos sete primeiros reis de Roma. Alguns costumes poderiam até prevalecer sobre as leis, pois se entendia que esses seriam a própria vontade do povo. As leis reais tratavam principalmente de direito sacro e civil. Algumas delas foram mais tarde aproveitadas na edificação da Lei das Doze Tábuas. (MEIRA, 1996)

Após o período da realeza, historicamente vem o período da República.

2.2 PERÍODO DA REPÚBLICA

No transcorrer do período republicano houve uma revolução que banuiu Tarquínio Soberbo, de Roma em 510 a.C. A realeza teve uma significativa perda de seus poderes com a transferência destes para um consulado formado por dois dirigentes. Uma modificação relevante na política é o Senado que ganha espaço, interferindo nas decisões mais importantes, apesar de, logicamente serem os senadores nomeados pelo próprio rei. Outrora os senadores eram anciões, chefes de tribos que aconselhavam o rei. (VENOSA, 2005)

Um dos fatos mais relevantes desse período é o início de uma luta da plebe para a obtenção de leis escritas, para que pudessem ter pleno acesso aos seus direitos, sem depender de intermediários que ditavam a forma de interpretação da lei. Isso desemboca anos mais tarde na mais fundamental, ou pelo menos a mais conhecida contribuição do Direito Romano ao direito positivado, A Lei das Doze Tábuas. (ALVES, 2004)

Entretanto, apesar de ser uma conquista da plebe, o direito escrito foi elaborado por patrícios, e naturalmente foi um processo longo. É um período de transição, onde as leis primitivas começam a ser abandonadas. (COULANGES, 2004)

Ao findar o período republicano iniciou-se o período do principado, que teve um importante papel, com características marcantes em sociedades atuais.

2.3 PERÍODO DO PRINCIPADO

Por se tratar de um período de transição entre a república e a monarquia absoluta, obviamente já apresenta algumas características absolutistas. Roma estava no auge do seu poder, quando o Principado, fundado por Augusto em 27 a.C. se estabelece, sendo o Monarca a figura principal, mesmo que ainda dividindo a função jurisdicional com o Senado, mas, aos poucos o príncipe vai se colocando de forma absoluta sobre as demais instituições, como, por exemplo, a tomada para si do poder de legislar, anteriormente atribuída ao Senado. (ALVES, 2004)

Posteriormente ao período do principado a sociedade romana passou a vivenciar o período da monarquia absoluta.

2.4 PERÍODO DA MONARQUIA ABSOLUTA

No período da monarquia absoluta ocorreu a intensificação das invasões bárbaras, e o centro do Império Romano se deslocou da península itálica para o oriente, na cidade de Constantinopla. Neste período que vai da chegada de Diocleciano ao poder até a morte de Justiniano, é momento que o príncipe desponta como autoridade soberana e absoluta, sem restrições de poder. (VENOSA, 2005)

Naquela época, a única fonte de direito atuante era a Constituição Imperial, ao seu lado o costume ainda atuava, mas somente como forma de preencher lacunas na lei, especialmente as processuais. (ALVES, 2004)

Após conhecer os quatro períodos que caracterizaram a trajetória histórica do Direito Romano, é pertinente abordar o conceito de direito que norteou o referido contexto.

2.5 O CONCEITO DE DIREITO EM ROMA

O significado da palavra Direito tem sua origem conceitual no vocábulo *directus*, que significa aquilo que é conforme a linha reta. Já o vocábulo que traduz o *direito* como hoje em dia é entendido, em latim é vocábulo *jus*, que pertence à mesma raiz do verbo *jurare*, jurar, e do e do verbo *jubere*, ordenar. *Jus* significa consagrado, sagrado, ordenado. Justo se harmoniza com *Jus*, e *justitia* é a “vontade eterna e constante de dar a cada um o que é seu”. (CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 17)

Os romanos de eras mais primitivas tinham uma forma extremamente atrelada à religião de compreender não somente o direito, como todas as coisas. Inicialmente a interpretação tanto do direito divino, *fas*, como do direito dos homens, o *ius*, ficava a cargo dos sacerdotes. Os romanos também já distinguiam o direito

público, que regulava a vida da sociedade romana e sua relação com o Estado, do direito privado, regulador das relações entre particulares. (ROLIM, 2003)

A respeito da ligação do direito com o divino Coulanges (2004. p. 250) esclarece que: “o direito era apenas um dos aspectos da religião. Sem religião comum, não havia lei em comum”. Portanto os escravos e estrangeiros não estavam protegidos pela lei.

Destarte, os romanos já dividiam o direito público do privado, tal como é feito atualmente. O *ius publicum* tratava dos objetivos do Estado e o *ius privatum* abrangia as relações entre indivíduos. (VENOSA, 2005)

A expressão direito romano, conforme a interpretação de cada autor, pode ter significados distintos. Para uns é todo um conjunto de leis que perduraram por todo o império, para outros a expressão é sinônimo de direito privado romano, já que o direito público em Roma não se desenvolveu como esse. (CRETELLA JÚNIOR, 2004)

Definido o conceito da palavra Direito, a abordagem posterior versará sobre o Direito Romano Privado.

2.6 DIREITO PRIVADO ROMANO

Mudanças trazem como requisito adaptações, e estas, traduzem demandas sociais que devem ser atendidas, conseqüentemente o sistema jurídico reflete tais alterações.

Conforme a evolução política, histórica e demográfica de Roma, as leis tiveram que atender os novos anseios do império e da população. No decorrer de séculos de modificações dois sistemas acabaram por dominar em períodos distintos. Inicialmente o *ius civile* é o sistema regente, que posteriormente acaba perdendo espaço lentamente para o *ius gentium*, mais amplo, menos formalístico, alcançando todos os habitantes do império. (VENOSA, 2005)

O *ius civile*, enquanto sistema regente e com características peculiares de um período histórico está assim definido:

2.6.1 *Ius civile*

Inicialmente predominou no Direito Romano o Sistema *Ius Civile*. Por sua vez, este era um direito transmitido oralmente, portanto as leis ainda não eram codificadas, a escrita não era tida como a melhor forma de educação, assim como pensavam outros povos da antiguidade, se valoriza então o exercício da memória. (ROLIM, 2003)

Deste modo, Roma se viu diante de situações cada vez mais complexas, e percebeu que a lei oral não era suficiente para regular as relações entre seus cidadãos, e partiu para a lei escrita. A este propósito “Denomina-se lei, *lato sensu*, toda disposição obrigatória, tanto a *lex privata*, a convenção que dois particulares, como *lex publica*, direito proclamado pela a autoridade pública.” (VENOSA, 2005, p. 75)

Importante distinguir o conceito de direito civil romano, do que atualmente entendido como direito civil. Em Roma, o direito civil só abrangia o cidadão, ou seja, que morasse, na mesma cidade, pois cada cidade tinha uma lei diferente, portanto, não bastava morar na mesma zona urbana, cada um obedecia e era protegido pela lei da cidade em que morava. (COULANGES, 2004)

A transformação do costume em lei é uma evolução natural de todos os povos. Em Roma, as fontes do direito costumeiro eram *responsa prudentium* e os editos dos magistrados. A primeira consistia na interpretação da norma pelos os pontífices de acordo com as necessidades sociais. Por muito tempo essa interpretação permaneceu secreta, enquanto o direito teórico era de conhecimento de todos, mas com o passar dos anos a jurisprudência deixou de ser secreta para ser aplicada pela figura do pretor, uma espécie de magistrado assim como os *edis curuls*. O pretor era encarregado dos direitos dos cidadãos, já os *edis curuls* ficavam com a parte relacionada os animais e escravos. A segunda fonte eram editos de criação desses mesmos magistrados. (VENOSA, 2005)

Inicialmente só havia o pretor da cidade, o *praetor urbanus*, mas com a expansão de Roma e a intensa circulação de não romanos pelo o território surgiu a necessidade do *praetor peregrinus*, que cuidava da relação dos romanos com os peregrinos e entre peregrinos somente. Os editos criados por estes são a gênese do que hoje é conhecido como jurisprudência. Os pretores não podiam criar o *ius civile*,

mas podiam, através de normas processuais que seus predecessores aplicavam, suprir eventuais problemas na interpretação da lei. Essa gama de informações deixadas pelos pretores levou à criação do *ius honorarium*, com a formação de normas procedimentais para o Direito Civil. Esse Direito é a gênese de uma modificação no direito, o *ius gentium*. (VENOSA, 2005)

As leis que regiam uma pequena cidade não poderiam ser as mesmas que viriam a reger um imenso império, com cidadãos de diversas nacionalidades criando relações e obrigações entre si, portanto o Direito em Roma teve que se moldar aos novos anseios de uma sociedade mais dinâmica. Esse processo de transformação da sociedade levou ao surgimento do *Ius gentium*.

2.6.2 *Ius gentium*

A evolução e as complexidades que começaram a surgir nas relações da sociedade romana fizeram surgir o Sistema *Ius gentium*.

O *ius gentium*, ou o direito das gentes, adveio do fato de Roma se transformar num centro comercial, onde pessoas de diversas nacionalidades estabeleciam relações. O formalismo do *ius civile* já não era capaz de abranger as novas situações. (ROLIM, 2003)

Ao que tudo indica, esse direito empregado indistintamente aos estrangeiros em sua relação com Roma tinha muito do direito natural, *ius naturale*, imposto a humanidade pela natureza, inspirado no eternamente bom, justo e eqüitativo. Os juristas latinos passam a admitir essa concepção, seguindo o que já era proposto pelos filósofos gregos. (VENOSA, 2005, p. 77).

A cidadania foi estendida lentamente no século I.a.C., sendo dada aos habitantes da Itália. Em 212 d.C., é estendida a todos os habitantes do Império (Edito de Caracala). Verifica-se que a cidadania também era oferecida a *grupos* (antes de 212 d.C) e não a pessoas individualmente. (LOPES, 2008)

O *ius gentium* não fez com que o *ius civile* desaparecesse, apenas o influenciou, tornando-o menos formalístico. Ambos os direitos conviviam juntos, logicamente essa transformação ocorreu ao longo de muitos séculos. Com a ampliação da cidadania a todos os habitantes do império, o *ius civile* se enfraqueceu dando maior espaço para o *ius gentium*. (VENOSA, 2005)

No fim do século III, Roma sofre com as invasões bárbaras, sendo necessário transferir a capital para Constantinopla, lá o Imperador Justiniano codifica todos os direitos, e inicia um novo capítulo na história do direito romano. (GILISSEN, 2003)

Ao Direito Romano que tinha como Sistemas predominantes o *ius civile* e *ius gentium*, agregou-se outro sistema de Direito, encontrado na literatura latina, o *ius naturale*.

2.6.3 *Ius naturale*

Nos textos latinos ainda há menção a uma terceira espécie de direito, que se diferenciava tanto do *jus gentium* como o *ius civile*, o *ius naturale*, que não se baseava nos costumes nem em leis, oriundo de uma razão inspirada na providência divina. O *ius naturale* por sua vez abrangia um número ainda maior de pessoas. Cícero extraiu de obras filosóficas gregas a sua definição: *Est quaedam vera Lex, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*, ou seja, há uma lei verdadeira, segundo a natureza, espalhada entre todos os homens, constante e eterna. (CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 21)

2.7 A LEI DAS DOZE TÁBUAS

A Lei das Doze Tábuas representa no processo do Direito a primeira forma de registro das normas vigentes de uma época.

Antes do Surgimento da Lei das Doze Tábuas, ou *Lex duodecim tabularum*, somente os magistrados conheciam as leis, e somente os pontífices conheciam o direito arcaico. A plebe insatisfeita exigiu que fossem formulados textos para dar conhecimento a todos os seus direitos. Sendo assim, surgiu a princípio a formulação de dez tábuas, posteriormente, em 450 a.C, doze inspiradas nas leis de Sólon e de Atenas, e foi este o principal fundamento do *ius civile*, que vigorou por mais de um século em Roma. (MACIEL; AGUIAR, 2008).

Apesar da inspiração grega, essa se limitou somente ao direito sagrado, nas demais disposições da lei fica evidenciado o cunho de romanidade, o que facilitou a aceitação por todos. (CRETELLA JÚNIOR, 2004)

A Lei das Doze Tábuas manteve o poder absoluto *do pater familias*, mas por outro lado, abandona a idéia da indivisibilidade da propriedade e admite a partilha entre irmãos. (COULANGES 2004)

Outro registro importante a fazer sobre o resgate histórico do desenvolvimento formal das normas jurídicas é a Codificação de Justiniano, que será abordada no item seguinte.

2.8 A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO

A Codificação de Justiniano não é nenhum trabalho científico, apenas reuniu um punhado de *ius* e *leges* até então conhecidos, o que não foi motivo para uma estagnação do direito. Não guarda uma relação exata com o que é considerado o Direito Romano clássico, pois existe um hiato de mais de três séculos entre os juristas clássicos e o trabalho realizado por Justiniano. Sua maior importância é ter se tornado a lei oficial do Império Romano. Ao ver que o código não era suficiente para atender os anseios jurídicos de Roma, principalmente por uma grande divergência de jurisprudências, e de idéias entre autores, Justiniano começou a empreitada em algo mais completo,, com a reunião de informações elaboradas por jurisconsultos clássicos, que passou a ser chamada de *Digesto*. O objetivo era uma forma lógica, que minimizasse todas as diferenças que se formaram com o decorrer dos séculos, para extinguir institutos em desuso e demais erros na legislação. (VENOSA, 2005)

Apesar da proibição de comentários acerca das leis compiladas por Justiniano, esses não puderam ser evitados, e os juristas de épocas posteriores ainda elaboraram mais leis complementares a sua obra. (FIUZA, 2006)

O item seguinte apresenta conceitos e aspectos relacionados à posse no direito romano.

2.9 A POSSE NO DIREITO ROMANO

Muito diferentemente do entendimento atual, os jurisconsultos romanos, desconheciam os conceitos de direito pessoal e real, muito menos se preocupavam com sistemas e classificações imutáveis dentro do direito. (GROSSO, 1944, *apud* ALVES, 2004).

Não obstante, os romanos já distinguiam posse de propriedade. Conforme o *Digesto* (XLI, 2, 12,1 e XLIII,17,1,2) “a posse deve ser apartada da propriedade”. A propriedade é o poder de direito sobre uma coisa, já a posse é o poder de fato. Entendiam os jurisconsultos romanos do período clássico que a posse não era um direito e sim um fato. Mais tarde, alguns textos romanos do período pós-clássico começaram a se referir à posse como um direito. (ALVES, 2004, p. 261-262)

A respeito da etimologia da palavra, Cretella Junior (2004, p. 127) afirma: “[...] posse ou possessão (de *possessio* = *potis* + *sessio*, posso sentar-me em cima) é um ato físico, um fato. Posse é o poder físico sobre a coisa. Possuidor é quem pode 'sentar sobre a coisa', segurá-la, detê-la, conservá-la em seu poder.”

Quanto à origem da posse existem duas teorias, uma elaborada por Niebuhr e outra por Ihering. Na tese de Niebuhr a posse surgiu quando os romanos tiveram que repartir as terras conquistadas. O Estado, dono das terras, as cedia a alguns cidadãos para que lá construíssem cidades. Entretanto, esses cidadãos não eram os reais proprietários destas terras, e necessitavam de uma ação para reivindicá-las em caso de invasões. Surge aí a idéia do interdito possessório. No sentido oposto a teoria de Ihering diz ter a posse origem nas decisões tomadas pelo o pretor, que na medida em que as partes o procuravam, tinha que decidir com quem ficava a guarda da coisa litigiosa. Portanto para este jurista a posse é fruto de processo reivindicatório. (DINIZ, 2010).

Para Rolim (2003, p. 203) “Posse era o poder de fato que uma pessoa exercia sobre determinada coisa corpórea, mediante apreensão ou subordinação física.”

A TÁBUA SEXTA da Lei das XII Tábuas, citada no item 2.7 deste estudo, já regulamentava os direitos de propriedade e da posse:

TÁBUA SEXTA
Do direito de propriedade e da posse

1. Se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas, o que prometeu tem força de lei.
2. Se não cumpre o que prometeu, que seja condenado em dobro.
3. O escravo a quem foi concedida a liberdade por testamento, sob a condição de pagar uma certa quantia, e que é vendido em seguida, tornar-se-á livre se pagar a mesma quantia ao comprador.
4. A coisa vendida, embora entregue, só será adquirida pelo comprador depois de pago o preço.
5. As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de **posse**, as coisas móveis depois de um ano.
6. A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por 3 noites.
7. Se uma coisa é litigiosa, que o pretor a entregue provisoriamente àquele que detém a **posse**; mas se tratar da liberdade de um homem que está em escravidão, que o pretor lhe conceda a liberdade provisória.
8. Que a madeira utilizada para a construção de uma casa, ou para amparar videira, não seja retirada só porque o proprietário a reivindica; mas aquele que utilizou a madeira que não lhe pertencia, seja condenado a pagar o dobro do valor; e se a madeira é destacada da construção ou do vinhedo, que seja permitido ao proprietário reivindicá-la.
9. Se alguém quer repudiar a sua mulher, que apresente as razões desse repúdio. (JURISCIÊNCIA 2010 - grifo nosso)

Apesar de já mencionada na Lei das XII Tábuas, o instituto da posse só foi regulamentado nos primeiros séculos depois de Cristo, ainda no período considerado Direito Romano clássico. (ROLIM, 2003).

2.9.1 Elementos da posse no direito romano

A posse, segundo os textos romanos, possuía dois elementos principais: um objetivo e outro subjetivo. O Primeiro, chamado de *corpus*, era o objeto em si, que está sob o poder do possuidor. O segundo chamado de *animus* era a intenção, vontade de possuir a coisa. (FIUZA, 2006)

Também havia a possibilidade de a pessoa ter somente o *corpus*, mas não possuir o *animus*, como, por exemplo, um depositário, que apenas guardava a coisa para outrem. Caso o possuidor estivesse de má-fé, a posse não era protegida pelo o direito. Apesar de esse agir como possuidor, era apenas mero detentor. (ROLIM, 2003).

Mais tarde essa distinção de elementos da posse gerou duas teorias com relação à posse. A teoria de Savigny e a teoria de Ihering, que serão analisadas no decorrer deste estudo.

2.9.2 Modalidades de posse no direito romano

Rolim (2003) elenca três modalidades possíveis de posse:

Posse natural (*possessio naturalis*): era a mera detenção do objeto, sem a intenção de tê-lo como seu.

Posse civil (*possessio civilis*): Posse fundamentada em algum ato jurídico, com a possibilidade de o detentor da posse usucapir a coisa.

Posse pelos interditos (*possessio ad interdicta*): o possuidor só tinha a posse da coisa, sem a intenção de tornar-se o seu proprietário.

Justiniano tratou de convencionar em apenas duas modalidades de posse: natural e civil, sendo a posse por interditos incorporada nessa última. (ROLIM 2003)

2.9.3 Formas de aquisição de posse no direito romano

A posse no direito romano era concedida a quem a pretendia por meio da realização de atos jurídicos que embora um tanto primitivos, eram validados com a concessão da posse a quem a reivindicava seguindo tais protocolos.

O *animus domini* era a forma com que o possuidor demonstrava publicamente sua intenção de possuí-la, expulsando invasores, quebrando galhos por exemplo. Com o decorrer dos anos surgiram outras formas de aquisição da posse como a tradição simbólica, simbolizado por algum ato demonstrando a intenção para tal. Também existia uma forma curiosa de adquirir a posse, a tradição *longa manu*, o possuidor de uma grande área, deveria subir em algum ponto do terreno que pudesse enxergar todo o imóvel, apontando com a mão a área pretendida. (ALVES, 2004)

Igualmente simples eram os atos que caracterizavam a perda da posse naquele período.

2.9.4 Perda da posse no direito romano

Quanto à perda da posse, nenhuma surpresa ou forma curiosa. Havia apenas quatro possibilidades: o abandono da coisa, quando o possuidor manifestasse a sua não intenção de ainda possuí-la, por transferência à outra pessoa, ou quando era perdida a coisa. (ROLIM, 2003)

2.9.5 Interditos possessórios

Para Rolim (2003) os interditos eram ações específicas pela o qual o possuidor procurava proteger sua posse. Para isso deveria este procurar o pretor para oficializar a decisão do conflito.

Os interditos para manutenção da posse eram de duas espécies: o *uti possidetis* e o *utrubi*. O primeiro destinado a bens imóveis e o segundo para bens móveis.

O mesmo autor explica que no caso de recuperação da posse perdida existiam três opções:

Interdito unde vi: quando o perda de forma violenta, subdividido em dois grupos.

a) *de vi cotidiana: sem uso de armas*

b) *de vi armata: com uso de armas*

Interdito de clandestina possessione: quando alguém tenha tomado a posse de alguém de forma clandestina.

Interdito de precário: quando o possuidor havia cedido a posse a terceiro e este não a devolveu no prazo combinado.

Após Verificar os elementos históricos e teóricos em relação à posse no direito romano; o capítulo seguinte aborda as divisões tradicionais do direito brasileiro

3 DIVISÕES TRADICIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO

Na prática, hoje em dia, não há nada para se distinguir direito público do privado, pois o direito é uno, é importante apenas para fins didáticos, de forma a facilitar a localização das leis de diversas naturezas e preservar a tradição. Os romanos já faziam essa distinção com a intenção de traçar as fronteiras entre o Estado e o cidadão. (VENOSA, 2005).

Por exemplo: a Lei Tributária, que tem como figurante em um dos pólos a União. Por outro lado a Lei do inquilinato que não apresenta o Poder Público em um dos seus pólos, portanto pertence ao Direito Privado. (DOWER, 2001).

Segundo Savigny, se a norma tem como objetivo o particular, essa é de direito privado, caso tenha como objeto o Estado, é de direito público. (FIUZA, 2006).

“O Direito Privado convive com o Direito Público. Pode-se dizer que suas fronteiras não sejam tão claras como outrora. Um e outro ramo se inter-relacionam e um empresta ao outro meios para a valoração das situações jurídicas. O Direito Privado socorre-se do Estado para funcionalizar seus institutos; o Estado vale-se da norma civil para executar suas atribuições. Mas cada um se mantém como um sistema de normas e princípios, um e outro conservando seu sítio natural.” (MARQUESI 2010).

3.1 DIREITO PÚBLICO

Englobam a massa do Direito Público todas as normas onde Estado tem interesse ou faz parte de determinada relação jurídica. Por sua vez este está subdividido em duas partes: o Direito Externo, que trata da soberania nacional com relação a demais nações soberanas; e o Direito Interno, que só tem força de lei dentro do Brasil, são as normas de Direito Constitucional, Tributário, Penal, Processual e Administrativo. (DOWER, 2001).

3.2 DIREITO PRIVADO

O direito privado abrange as normas que regulam as relações entre particulares. Poderá o particular fazer tudo o que não é defeso em lei, bem diferente do público, que só poderá agir de acordo com a lei. (FIUZA, 2006)

Assim como o Direito Público, o Privado também tem duas subdivisões, o Direito Comum e o Especial. Caso não pertença ao Direito Especial deverá pertencer ao Comum. No Especial existe o ramo do Direito Comercial e do Trabalho, caso a norma não pertença a um desses ramos, será de Direito Comum, ou seja, pertencerá ao Direito Civil. (DOWER, 2001)

3.3 DIREITO DAS COISAS

O direito das coisas é a parte do Direito Civil que regula as relações jurídicas que as pessoas têm para com os bens. Por sua vez é subdividido em duas partes, direito real sobre “coisas próprias”, e direito real sobre “coisas alheias”. Dentro da primeira parte se encontra a propriedade, a posse não é nada mais que a exteriorização desta. Na segunda parte estão presentes institutos das servidões prediais, do usufruto, penhor, hipoteca e outras. (DOWER, 2001)

O direito das coisas compreende bens materiais e imateriais. (DINIZ, 2010)

Inicialmente é necessário distinguir os direitos reais dos pessoais da seguinte forma:

No direito real, há uma relação material, direta, entre seu titular e a coisa; aquele exerce sobre esta um poder direto e imediato. No direito pessoal, na: o poder de seu titular atua sobre uma pessoa – o devedor -, que lhe deve uma prestação de conteúdo econômico. Em ambos se configura a relação jurídica: no direito real ela se estabelece entre seu titular e todas as demais pessoas, que, indistintamente, estão obrigadas (*obrigação passiva universal*) a não praticar ato que o turbe no exercício de seu direito; no direito pessoal, a relação jurídica – que ressalta mais evidente do que no direito real – é a que existe entre o titular do direito subjetivo (o credor) e uma pessoa (o devedor) determinada ou determinável, a quem incumbe a obrigação de dar, fazer ou não fazer algo. (ALBERTARIO, 1912 *apud* ALVES 2004, p. 257 – grifo do autor)

Neste sentido Diniz (2010) enumera dez pontos principais para a diferenciação dos direitos pessoais dos reais:

a) Em relação ao sujeito de direito: nos direitos pessoais há uma dualidade entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor) na constituição da relação jurídica, nos direitos reais há apenas um sujeito;

b) Quanto à ação: se violado, os direitos pessoais possibilitam ao seu titular ação apenas contra o sujeito passivo da relação jurídica, diferentemente nos reais que pode ser dirigida a qualquer um que detiver a coisa;

c) Quanto ao objeto: no caso dos direitos pessoais o objeto será uma prestação positiva ou negativa do sujeito passivo, já nos direitos reais serão coisas corpóreas ou incorpóreas;

d) Em relação ao limite: observando a autonomia da vontade o direito pessoal é ilimitado, podendo os pactuantes criar cláusulas que não estejam previstas na lei, ao contrário dos direitos reais, que está limitado em lei. (Art. 1.225, I a XII);

e) Quanto ao modo de gozar os direitos: o direito pessoal exige um intermediário, ou seja, quem está obrigado à prestação, se extinguindo no momento do adimplemento da obrigação. No direito real o titular tem uma relação direta com a coisa e tem um gozo permanente;

f) Em relação ao abandono: caso o titular de direito real não queria mais arcar com o ônus relacionado à coisa poderá simplesmente abandonar o bem. O abandono é exclusivo dos direitos reais;

g) Quanto à extinção: através da inércia do sujeito os direitos creditórios podem ser extintos, os reais só extinguem-se caso outro titular venha constituir relação com a coisa;

h) Em relação à seqüela: somente o direito real concede ao seu titular o direito de seqüela contra todo aquele que venha ameaçar o seu direito;

i) Quanto a ações de *usucapião*: modo exclusivo de aquisição de direito real;

j) Em relação à posse: só o direito real tem essa possibilidade, por ser a posse a exteriorização da propriedade;

k) Quanto ao direito de preferência: restrito aos direitos reais de garantia, em caso de inadimplemento poderá o credor ter preferência aos demais credores. Esse é o caso do credor pignoratício ou hipotecário

3.3.1 Direitos reais

Modernamente se faz a distinção nos Códigos Civis. Entre os direitos reais que ficam com a parte que se denomina Direito das Coisas e os direitos pessoais com a parte das Obrigações. (GOMES, 2001)

Informações mais detalhadas sobre as características dos direitos reais são demonstradas deste modo por Alves (2004, p. 257-258):

- a) atribuem ao titular poder direto sobre a coisa seu objeto;
- b) são direitos absolutos, e que portanto, impõem a toda qualquer pessoa o dever de abster-se da prática de ato que turbe o titular deles; (p. 257)
- c) estão protegidos por ações reais (*actiones in rem*) que se intentam, não contra uma pessoa determinada e conhecida a priori (como sucede nos direitos pessoais, que somente podem ser violados pelo devedor), mas contra quem quer que tenha turbado s sua utilização;
- d) outorgam ao titular a faculdade de seqüela, isto é, de perseguir a coisa nas mãos de quem quer que a detenha; e
- e) dão, enfim, ao titular a faculdade de preferência, isto é, o poder de afastar todos aqueles que reclamem a coisa com base ou em direito pessoal ou em direito real posterior ao dele¹.

Coelho (2006) assim classifica os direitos reais *sobre coisa própria*, e direitos reais *sobre coisa alheia*:

Como direito real sobre a coisa própria, a propriedade, que é o mais importante dentre os direitos reais, e os direitos reais em garantia, concede ao seu detentor amplos poderes com relação à coisa. Por conseguinte os direitos reais em garantia são os relacionados à propriedade fiduciária. Estes deixam de existir após a resolução de determinada condição, de modo a ser mais eficientes juridicamente as obrigações ativas do titular da propriedade

Já os direitos reais sobre a coisa alheia ainda de acordo o autor, subdividem-se em três categorias:

- a) Direitos de gozo: quando o sujeito pode fruir de bens que não são de sua propriedade, como o usufruto, uso, habitação, servidão e superfície;
- b) De garantia: com a mesma finalidade dos direitos reais em garantia, com a diferença de serem em coisa alheia, assim como a hipoteca, o penhor e a anticrese;

¹ Cf. Arias Ramos, *Derecho Romano*, 8. ed. p. 51 (*apud* ALVES 2004, p. 257-258).

c) À aquisição: condicionada ao pagamento total do preço, no caso de compra e venda.

O instituto da posse analisado sob a perspectiva de autores brasileiros com relação às obras de Savigny e Ihering é assunto do próximo item.

3.4. POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

Acerca da posse há duas doutrinas principais com relação a seus elementos principais, visando uma melhor conceituação desse instituto. De um lado a teoria subjetiva de Savigny e de outro a teoria objetiva de Ihering. Ambas as teorias concentraram suas forças numa interpretação exata dos escritos romanos. (GOMES, 2001)

Na teoria de Savigny a posse necessita de um elemento objetivo (*corpus*) e um elemento subjetivo (*animus*) tal como foram definidos no item 2.9.1. Para a configuração da posse não basta ter a coisa sobre seu poder, o *corpus*, mas o indivíduo também necessita ter o *animus*, ou seja, a vontade de ter a coisa como sua. Sem o animus há uma mera detenção do bem. (FIUZA, 2006)

Entretanto, na teoria de Ihering tanto *animus* quanto o *corpus* são irrelevantes, pois o primeiro já se encontra no segundo. Para uma melhor compreensão é preciso fazer uma análise mais profunda sobre a distinção de propriedade e posse. A propriedade seria o poder de direito sobre a coisa, enquanto a posse é o poder de fato, ou seja, a posse é a exteriorização da propriedade, agindo o detentor da coisa como o próprio proprietário. (GOMES, 2001)

Wald (2002) resume ambas as teorias assim: na Teoria de Savigny: o *corpus* é a simples detenção da coisa, situação de fato, enquanto a posse necessita do além do o *animus* (vontade de possuir o objeto). Já Ihering: defende que a posse é igual ao *corpus* (poder exercido sobre uma coisa), mas caso a lei por algum motivo diga ao contrário, não se caracteriza a posse, que apenas é a detenção da coisa, como é o caso de alguém que pratica um ato em nome de outrem, mas aí estará presente uma excludente possessória.

Segundo Rodrigues (2007, p. 20) todos os doutrinadores brasileiros confirmam que a teoria adotada pelo o CC/02 é a de Ihering, que está presente em

seu Art. 1.196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

Se o possuidor atua como se proprietário fosse, exercendo poderes inerentes à propriedade, isso demonstra que no entendimento do legislador a posse é a exteriorização da propriedade, o que está de acordo com a concepção de Ihering. O ordenamento jurídico pátrio então adotou a Teoria de Ihering, visto sua melhor aplicação prática, portanto não exige o *animus*, ou seja, a vontade de ter a coisa, para a configuração da posse. No Código Civil Brasileiro de 1916 essa concepção já era adotada. (RODRIGUES, 2007).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça se valeu dos ensinamentos do Ihering, consagrados na legislação atual:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorridos é pública e não comporta posse, mas apenas mera detenção. No entanto, o acórdão equiparou o detentor a possuidor de boa-fé, para fins de indenização pelas benfeitorias.

2. O legislador brasileiro, ao adotar a **Teoria Objetiva de Ihering**, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC).

3. O art. 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC.

4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor.

5. Essa impossibilidade, por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Precedentes do STJ.

6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos.

7. A indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público.

8. O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se "a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno". O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.).

9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas, pressupõe vantagem, advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas.

10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arripio da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição.

11. Entender de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e construções ilegais e legítimas, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.

12. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2009)

Apesar de o Código Civil em regra ter adotado a concepção de Ihering, não deixou de se valer da teoria de Savigny, como por exemplo, no Art.1.238 do CC/02:

Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, **possuir como seu** um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. (BRASIL, 2002 – grifo nosso).

Em relação às diferenças entre concepção romana e a atual concepção de posse no Brasil assim comenta Miranda (1972, p. 25):

A diferença entre a concepção da posse, no direito contemporâneo, e a concepção romana da posse não está apenas na composição do suporte fático (nem *animus* nem *corpus*, em vez de *animus* e *corpus*, ou de *corpus*, à maneira de R. von Jhering): está na própria relação (fática) de posse, em que os sistemas antigos viam laço entre a pessoa e a coisa, em vez de laço entre pessoas. No caminho, está a concepção de 1. Kant, que é do empirismo subjetivista (indivíduos e sociedade humana), a partir da posse comum (*Gesamtbetitz*) dos terrenos de toda a terra. Tal pensamento vinha de longe: era a posse do tempo de Adão, a que Albertus Weger (*De Jure Portuum*, Cap. II) em termos claros se referira: Deus fizera de Adão o possuidor inicial e total. Ninguém poderia admitir que fosse essa, hoje, a concepção da posse. O jurista do século XX sabe que existem diferentes sistemas jurídicos, e nem todos dão entrada no mundo jurídico ao mesmo suporte fático; e a semelhança, ou uniformidade, a que se tende, é o resultado de investigação científica sobre a história e o papel da posse nas sociedades humanas.

3.4.1. Objeto da posse

Para Gomes (2001), tanto direitos como as coisas poderão ser objeto de posse. Inicialmente no direito romano era somente admitida a posse de bens corpóreos, mas posteriormente a posse de direitos foi admitida com nome de *quasi*

possessio, que tratava mais especificamente das servidões, onde é admitida a proteção possessória. O direito canônico a estendeu a todos os direitos e o direito germânico reconheceu a possibilidade a exercícios de caráter continuado.

Nesse mesmo sentido Diniz (2010) afirma que todos os bens passíveis de propriedade podem vir a ser objeto de posse, com exceção das propriedades artística, científica e literária. No CC/02 não há nenhuma limitação da posse a bens corpóreos.

Divergente é a visão de Coelho (2006) cujo entendimento é de que somente os bens corpóreos poderão vir a ser objeto de posse, para o autor qualquer referência a posse como direito sobre bens incorpóreos não passa de simples analogia. Desta forma, ressalta a importância processual do assunto, afirmando que cada direito possui uma ação correspondente e apenas os bens corpóreos são objetos de posse.

3.4.2. Espécies de posse

O ordenamento jurídico pátrio não definiu a posse, mas em seu artigo 1.196 do CC/02, dá o conceito de possuidor: “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes a propriedade”, portanto é de se compreender que a posse é o exercício, de fato, de alguns poderes inerentes a propriedade. Juntamente com essa idéia, deve ser analisado o art. 1.198², que chama de detentor aquele que conserva a posse em nome de terceiro. Um exemplo clássico é o do caseiro que cumpre ordens do proprietário. Sob a perspectiva de Savigny, o caseiro seria mero detentor, pois lhe faltaria o *animus*. (RODRIGUES, 2007, p.24)

No primeiro capítulo, do livro II da Parte Especial do Código Civil, é possível distinguir as espécies da posse, na análise de Wald (2002, p. 60-68) são as seguintes:

² “Art. 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.”

Posse direta e indireta: direta é a posse é que pertence de forma imediata a pessoa, que depende da posse de outrem. Indireta é daquele que transferiu a coisa ao possuidor direto. Ambas estão previstas no art. 1.197 do CC/02.

Art. 1.197 A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (BRASIL, 2002)

Posse justa e injusta: justa é a posse legítima, protegida pela lei, injusta é a que não foi adquirida de forma violenta, que não é protegida pelo o direito, presentes no Art. 1.200 do CC/02: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.”

Posse de boa fé e de má fé: de boa fé é quando o possuidor tem certeza da sua legitimidade da posse, de má fé é quando o possuidor permanece na posse da coisa mesmo sabendo que está é de outrem, ou há outro impedimento legal para que a conserve consigo, correspondentes aos Artigos 1201 e 1.202 do CC/02:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente. (BRASIL, 2002)

Composse: quando duas pessoas simultaneamente dividem a posse da coisa, prevista no Art. 1.199 do CC/02: “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”.

3.4.3 Aquisição e perda da posse

Segundo Rodrigues (2007), há dois modos de aquisição de posse, uma atentando para a sua origem, e a outra para a manifestação de vontade do agente.

Portanto, a origem da posse se dirá que é originária quando não há relação entre a posse atual e uma anterior, sem a necessidade de anuência de um

antigo possuidor, e será derivada a posse atual que tiver vínculo com antiga, dependente de anuência do antigo possuidor.

Quanto à posse tendo em vista a manifestação de vontade do agente, será ela por apreensão ou tradição. A primeira é unilateral e poderá ter relação com coisas sem dono ou que pertencem a outro proprietário, mesmo que obtida mediante violência, cessada esta há mais de um ano. A aquisição será por tradição de forma bilateral, através da transferência da posse de um para outro possuidor, podendo ser efetiva e material quando se entrega a própria coisa, ou simbólica como no caso da entrega das chaves do imóvel para o novo possuidor.

Segundo o art. 1205 do CC/02, poderão adquirir a posse a própria pessoa, o representante ou por terceiro, dependendo de ratificação.

O CC/02 também de forma genérica define as possibilidades de perda da posse nos Artigos 1.223 e 1.224:

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido. (BRASIL., 2002).

Acerca da perda da posse, Diniz (2010) didaticamente elenca as seguintes possibilidades:

- a) Pelo o abandono: quando o possuidor literalmente abandona a coisa sem a intenção de ter- lá de volta;
- b) Pela tradição: assim como há a transmissão da posse por intermédio da tradição, também há a perda da posse para quem entrega a outrem a coisa;
- c) Pela perda da própria coisa: ocorre quando o possuidor não tem a intenção de se desfazer da coisa, quando não há mais a possibilidade de encontrá-la novamente;
- d) Pela destruição da coisa: decorrente de caso fortuito ou força maior;
- e) Pela sua inalienabilidade: caso a coisa estiver fora de comércio por motivo de ordem pública, de higiene, ou de segurança coletiva³;
- f) Pela posse de outrem: mesmo contra a vontade do possuidor anterior, novo possuidor se estabelece extinguindo a anterior;

³ Na obra de Diniz, neste exemplo a autora referencia W. Barros Monteiro, op. Cit., p. 74

g) Pelo constituto possessório: quando o possuído, em razão de cláusula *constituti*, modifica a relação possessória, passando a possuir em nome alheio aquilo que antes possuía.

Ainda de acordo com Diniz (2010) também se perde a posse, mas dessa vez de direitos pelas seguintes formas:

a) Pela impossibilidade de seu exercício: ocorre porque a impossibilidade física ou jurídica de possuir um bem ocasionará também a impossibilidade de exercer os poderes com relação ao domínio; (W. Barros Monteiro, *apud* DINIZ, 2010).

b) *Pelo desuso*: caso não se exerça a posse de um direito no prazo previsto em lei, conseqüentemente causará a perda ao titular;

Ocorre a perda da posse para o possuidor quando este não presenciou o esbulho (Art. 1.224, CC/02):

a) Quando souber do esbulho não faz nada para demonstrar que é o real proprietário da coisa.

b) Quando se utilizar de desforço imediato for repellido violentamente.

3.4.4 Efeitos da posse

Nesse ponto a controvérsia na doutrina tende a aumentar porque para uns a posse gera apenas a possibilidade de invocar os interditos, para outros esses efeitos são diversos. (RODRIGUES, 2007).

Não obstante, sendo a posse um fato ou um direito segundo Coelho (2006) as suas implicações estão bem definidas na lei. Primeiramente possibilita ao possuidor determinadas ações possessórias para garantir seus interesses, à essas ações se dá o nome de interditos. Em segundo lugar dá ao possuidor direito a fruir dos frutos da coisa possuída. Outro efeito que pode ser gerado em decorrência da posse é a deterioração da coisa, muito importante caso o possuidor tenha que indenizar o proprietário. Em quarto lugar, com relações as benfeitorias gerando a possibilidade do próximo possuidor indenizar o antigo, logicamente se a benfeitoria

for prevista em lei como indenizável. E por último, caso tenha decorrido o prazo legal, possibilita o possuidor a aquisição da propriedade por usucapião.

É importante ressaltar as figuras do *ius possidendi* e do *ius possessionis*, cuja análise mais aprofundada será necessária para uma ampliar a visão do instituto da posse e sua natureza, que serão abordadas no último capítulo desse trabalho.

Ius possidendi é um direito de posse baseado na propriedade. Tanto a posse como a propriedade estão em mãos do possuidor, sendo a posse nesse exemplo o objeto do direito. Em outras palavras, o titular pode perder a posse, mas continua sendo o proprietário. Quando for contra sua vontade só perderá caso mantenha-se inerte. Já o *ius possessionis* é o direito baseado na própria posse. Está possui proteção por si mesma, mesmo que o possuidor não seja o real proprietário da coisa. (VENOSA, 2004).

3.5 DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

Preliminarmente é importante visualizar uma situação hipotética. Ninguém será possuidor de alguma coisa, ou de algum direito vivendo sozinho no mundo. Este só será possuidor em oposição aos demais indivíduos da sociedade. Portanto impossível visualizar posse, onde não há sociedade. Nesta relação então surge uma obrigação real, dos demais sujeitos que não possui a coisa de não violar os direitos do possuidor. (FIUZA, 2006).

Rodrigues (2007) faz uma breve análise dos meios de defesa da posse, segundo o autor, se processam por duas formas, uma direta e outra por intermédio de ações possessórias, e são assim descritas:

Légítima Defesa: em regra não é admitida a auto tutela na legislação brasileira, no entanto, para uma maior celeridade e atingir sua verdadeira finalidade, o legislador previu a faculdade da vítima defender sua posse por seus próprios meios, logicamente obedecendo os requisitos legais. É prevista no Art. 188, I, do CC/02;

Os interditos possessórios: é a regra geral se valer do judiciário para garantir a proteção da posse. Para isto são previstas a ação de manutenção de posse (em caso de turbação), ação de reintegração de posse (no caso de esbulho) e

a ação de imissão de posse (caso o alienante da coisa recuse a entregar ao novo titular).

Fiuza (2006) aponta quatro características principais das ações possessórias. A primeira é em relação aos pólos do processo, podendo se alternar, no caso da parte passiva provar que foi quem sofreu com o ilícito. A segunda é quanto a fungibilidade da ação, ou seja, se o autor se utilizou em juízo de interdito proibitório numa situação que caberia manutenção de posse o juiz irá da forma mais adequada atender o interesse do autor. A terceira é com relação a licitude de incluir nos pedidos da ação reparação do dano, estabelecer pena em caso de novo ilícito, e destruição de qualquer coisa realizada por quem praticou o esbulho ou turbação. E por último, quanto sua força, se for intentada em período inferior a um ano é nova, será de força velha, sendo assim diferenciadas pelos seguintes motivos:

“O procedimento nas ações possessórias é diverso caso se trate de ação de força nova ou ação de força velha. A Ação de força nova é a intentada dentro do prazo de um ano e dia da turbação ou esbulho, e neste caso o procedimento é especial, segundo o art. 924, CPC; ação de força velha é a intentada após esse prazo de um ano e dia da turbação ou esbulho, sendo que neste caso o procedimento é ordinário, embora a ação não perca seu caráter possessório, segundo o mesmo art. 924.” (SANTIAGO, 2004)

O item seguinte refere-se à discussão teórica sobre a natureza jurídica da posse e sua penetração na legislação brasileira.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA POSSE

Na doutrina há diversas opiniões a respeito da natureza jurídica da posse, se ela é um fato ou se é um direito. Se direito, pessoal ou real?

Primeiramente é importante destacar o que é natureza jurídica. Para Diniz (2004) é a classificação de um instituto baseado nos seus elementos essenciais, para que assim possibilite um enquadramento em determinada categoria jurídica.

Claramente a posse é o instituto que mais gera controvérsias, e não somente na seara civil, mas em todos os ramos do direito. Desde o império romano essa vem sendo motivos de embates teóricos e de modificações nos textos de lei. (VENOSA, 2004)

Desta vez a respeito da natureza da posse, as teorias de Ihering e Savigny novamente se destacam e se contrariam, e conseqüentemente surgindo diversos entendimentos sobre a natureza desse instituto na doutrina brasileira.

Segundo Diniz (2010) há três doutrinas correntes: A primeira, defendida por nomes como Pandette Windscheid e Bonfante, entende a posse como um fato. A segunda encabeçada por Savigny, entende que a posse é um fato em sua essência e um direito quanto a seus efeitos. A terceira e a mais aceita entre os civilistas brasileiros, sustentada por Ihering e muitos outros, é de que a posse é um direito.

Dos autores brasileiros filiados a primeira corrente, o que mais se distingue é Fiuza. No entendimento do autor, ambas as teorias não são suficientemente satisfatórias para definir a natureza jurídica da posse. Critica a Teoria Objetiva por observar somente o lado do possuidor, esquecendo um preceito fundamental, a função social da posse, como se observa na propriedade. A Teoria Subjetiva segundo o autor também é insatisfatória, visto que incorre no mesmo erro, da posse como direito subjetivo. Defende o autor que posse seria apenas situação fática. (FIUZA, 2006).

Na corrente liderada por Savigny, como visto anteriormente, é necessário o *animus* e o *corpus* para a caracterização da posse. Quanto à natureza jurídica da posse o autor defende a idéia da posse reunir tanto as qualidades de um fato como de um direito. Considerada em si mesma é um fato, agora, sobre o aspecto dos efeitos que produz (usucapião e interditos) se caracteriza como um direito. (GOMES, 2001).

Em semelhante sentido Rodrigues (2007) é um dos autores que negam a natureza da posse como direito, mas diferente de Savigny defende que a posse seja somente um estado de fato. Segundo o autor esta é um estado de fato protegido pelo ordenamento jurídico em razão da propriedade, e não da posse em si. Se não é um direito, muito menos é direito real, pois não está elencada no rol do Art. 1.225 do CC/02, tratando-se este de *numerus clausus*.

O rol de direitos reais, Art. 1.225 do CC/02, é taxativo:

- Art. 1.225. São direitos reais:
- I - a propriedade;
 - II - a superfície;
 - III - as servidões;
 - IV - o usufruto;
 - V - o uso;
 - VI - a habitação;

- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese;
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII - a concessão de direito real de uso. (BRASIL, 2002).

Fiuzza (2006, p. 864), assim conceitua a posse: “Posse é a situação fática, em que uma pessoa tem um bem em seu poder, ou seja, um bem se acha subordinado à esfera de atuação de uma pessoa.” Incidindo esta situação no ordenamento jurídico, se transforma em situação jurídica, caso não chegue até o mundo do direito, fica restrito ao fático. A partir da formação dessa relação jurídica, surge um direito real, o da proteção possessória. Difere dos demais direitos reais, pois nestes o fato estará presente somente na sua origem, posteriormente só permanece o direito. Na posse com o desaparecimento do fato, desaparecerá também o direito.

Para Miranda (1972, p. 38) posse não é um direito. Quem toma posse de terreno contra a vontade de seu titular se limita ao mundo fático. Não existem direitos relacionados a posse, e sim poderes, entre eles a posse, de determinados direitos. Dentre os poderes em relação à propriedade pode estar contido os possessórios, ou seja, o estado fático de posse e assim demonstra:

Daí ser incorreto dizer-se: que a posse somente corresponde aos direitos reais (Supremo Tribunal Federal, 9 de junho de 1923, *RF* 41/266; 1ª Turma, 31 de julho de 1941, *RT* 135/752 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 5 de abril de 1927, *RD* 85/166; 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30 de julho de 1940, *1W* 84/366; 45ª Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 14 de março de 1923, 41/69; Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 26 de outubro de 1939, 81/438), ou que se não estendeu a proteção possessória aos direitos pessoais. Há direitos reais a que não pode corresponder, no mundo jurídico e no mundo fático, posse, como a hipoteca; e direitos pessoais a que pode corresponder, no mundo jurídico e no mundo fático, posse, ou não corresponder, como acontece com o direito do locatário. Há assim direitos reais e direitos pessoais a que há de corresponder entrega da posse, como o penhor e o comodato. Nada disso tem a ver com existir a posse

Em sua obra “A Teoria Simplificada da Posse”, Ihering (1974), explica que um fato não é necessariamente um direito, mas quando esse está protegido por lei, atribuindo-lhe a possibilidade de ingressar com uma ação para garantir-lhe perante o judiciário, está aí presente os elementos suficientes para considerá-lo um direito.

Maior opositor das idéias de Savigny, o autor alemão contestou a teoria subjetiva da posse em quase sua totalidade, e exemplifica: se os romanos tivessem seguido a teoria subjetiva da posse, teriam admitido a posse a um criminoso ao sequestrar um homem livre para adquirir dinheiro em troca, já que esse imaginava

ter-lo em seu pleno poder, portanto tinha esse o *corpus* e o *animus*. Segundo o autor, os romanos não admitiam a possibilidade de um homem livre ser objeto de propriedade, e já que a posse é a exteriorização desta, onde não há propriedade não há posse. (IHERING, 1974)

Neste sentido entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO REINVIDICATÓRIA – O ius possidendi como elemento estrutural do direito de propriedade – Prova do Domínio – Possibilidade do proprietário se voltar apenas contra um dos ocupantes – Inexistência de litisconsórcio passivo necessário – Posse injusta do réu – Falta de prova da exceção de prescrição aquisitiva – Indenização devida – Recurso de terceiro não conhecido – Recursos do réu, do denunciado e do Ministério Público improvidos. Na ação de reivindicação, o que se tem em vista é a posse casual (o ‘ius possidendi’), ou seja, a posse como elemento estrutural do direito de propriedade. O proprietário, por estar privado da posse da coisa, fica impedido de lhe extrair as vantagens econômicas que a ela são inerentes e, portanto, de exercer o direito de propriedade em sua plenitude (TJSP – Ap. Cível 239.726-1, 7-2-96, 4ª Câmara de Férias ‘A’ de Direito Privado – Rel. Cunha Cintra, *apud* VENOSA, 2004, p. 45).

Não há como negar a proteção ao arrendatário, ao locatário e ao usufrutuário, obtidas através das ações possessórias. Mas Ihering vai além, e levanta outra hipótese: caso alguém venha roubar alguma coisa através de violência, poderá obter a proteção jurídica, contra inclusive ao anterior titular da coisa que por ventura a obteve de forma mais justa. (IHERING, 1974)

Por sua vez, o aparente contra-senso é explicado através da idéia de propriedade em Roma, demonstrada por dois exemplos. O primeiro do sapateiro que usa-se do couro para o trabalho, é seu proprietário, mesmo que este não lhe pertença. O segundo com relação à caça, mesmo que alheio a vontade do proprietário o caçador que abatesse um animal neste local tornava-se proprietário da caça. De forma alguma a lei aprovava as duas situações, mas assim agiu para proteger de terceiros que pudessem se aproveitar do fato. São o caçador e o sapateiro proprietários, não pela a propriedade em si mesma, mas no interesse dos negócios em relação à propriedade. Está é uma idéia fecundada em Roma, “*em que aquisição da propriedade na pessoa do adquirente pode ser combatida, sem que o vício que macula a sua aquisição, atinja a propriedade*”. Por sua vez esta poderia ser transferida de forma pura e intacta para um próximo adquirente. Quanto ao vício inicial da relação, surge a figura da ação pessoal. (IHERING, 1974, p. 95-97)

O seguinte julgado demonstra as conseqüências deste entendimento:

DIREITO CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. EXCEÇÃO DE DOMÍNIO. ART. 505, SEGUNDA PARTE, CC/1916. ENUNCIADO SUMULAR N. 487/STF. INCIDÊNCIA.

PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada até mesmo contra o proprietário que não tem posse efetiva, mas apenas civil, oriunda de título.

II - Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do verbete sumular n. 487/STF, firmada na vigência do Código de 1916, cabe a exceção de domínio nas ações possessórias se com base nele a posse for disputada.

III - Sem ter o Tribunal de segundo grau abordado a ilegitimidade passiva e sem ter o recorrente apontado, quanto ao tema, violação de lei federal, incidem na espécie os enunciados n. 282 e 284 da súmula/STF. (BRASIL, 2003).

Em contraposição a essa situação, Savigny cria uma terceira categoria, além da posse e detenção. A essa categoria deu o nome de posse derivada, presente na transferência de direitos de posse, como no caso do depositário de coisa litigiosa. Desta forma admitiu o autor nesse caso a existir a posse sem a intenção do seu titular ter-la como sua, contrariando sua própria tese. (GONÇALVES, 2008).

Ihering (1974, p. 135-136) diversas vezes em sua obra é severamente crítico a teoria subjetiva, como por exemplo:

[...] a meu ver Savigny não fez justiça nem ao direito romano, nem à importância prática da posse porque, de um lado, as idéias preconcebidas que tinha impediam-no deter a imparcialidade necessária para reconhecer exatamente o direito romano, e porque, por outro lado, quando empreendeu seu trabalho, estava desprovido de toda noção relativa à prática, defeito que devia ser duplamente pernicioso, sobretudo na teoria da posse, que não pode ser compreendida sem a prática.

Quanto à ao elemento do interesse (*animus*) suscitado por Savigny para a caracterização da posse, Ihering afirma não existir a necessidade deste para o titular de um direito. O autor se refere ao interesse como elemento substancial, em contraposição do elemento formal (proteção jurídica). Salienta também a confusão do interesse concreto com o interesse abstrato. O interesse concreto seria o que um povo em determinada época julga digno de proteção, e o abstrato o que o legislador previu na forma da lei. (IHERING, 1974).

Para o nascimento de um direito saber qual interesse é se concreto ou abstrato, não é essencial. O direito é *in concreto*, independente de interesses, basta o fato que o gera estar protegido pelo o ordenamento jurídico. (IHERING, 1974).

Sobre o entendimento de Ihering assim descreve Gomes (2001, p.27 - grifo do autor):

Para ele, direito é o interesse juridicamente protegido. Admitida essa definição, não pode haver dúvida de que a posse seja um direito. Nela se reúnem os dois elementos – substancial e formal – que se exigem para a existência de um direito. O elemento substancial consiste no interesse. A posse o corporifica, porque constituiu a condição para a utilização econômica da coisa. Como simples relação de fato, oferece, pois, *interesse*. A esse elemento substancial, o Direito acrescenta, na posse, um elemento formal: a *proteção jurídica*. Reveste, portanto, o caráter da *relação jurídica*, o que equivale a *direito*.

Um fato também poderá não gerar consequência jurídica alguma, assim como os de extinção, tais como o de restituição e o pagamento, a estes não são assegurados uma ação especial. Para os fatos que a lei assegura ações para sua proteção, se dá o nome de *direitos*. (IHERING, 1974)

Com relação à posse, Caio Mário (*apud*, GOMES, 2001, p. 29), é o mais sucinto possível a respeito da discussão:

Se é certo que ainda subsistem dúvidas e objeções, certo é, também que a tendência da doutrina como dos modernos códigos é considerá-la um direito. Na verdade perdeu hoje a importância o debate, resolvendo-se com dizer que, nascendo a posse de uma relação de fato, converte-se de pronto numa relação jurídica

Coelho (2006) entende que a posse é um direito real, atentando para possibilidade do possuidor defender a sua posse mesmo contra o titular da propriedade, e em casos específicos poderá vir a se tornar o legítimo proprietário.

Wald (2002, p. 49) cita as obras de Lafayette e Ribas, para demonstrar que ainda certos autores não se inclinam há nenhuma das duas principais correntes, e segundo a definição desses dois doutrinadores a posse é um fato com repercussões jurídicas.

Miranda (1974) comenta que é uma grande vantagem o Código Civil brasileiro não elencar a posse dentre aos direitos reais, se utilizando de expressões suficientemente abrangentes, apenas se referindo a poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. O autor faz um contraste com a legislação italiana onde a doutrina para a admitir a posse do locatário faz um considerável esforço interpretativo. Isso torna menos problemática a indefinição jurídica da posse no Código Civil, restringindo a discussão num campo mais teórico ao invés de prático.

Acerca da classificação da posse como direito pessoal ou real, Ihering (1974) a compara com os institutos da hipoteca, e do usufruto, estes classificados

como *direitos reais sobre coisa alheia*, assim como estes a posse também possui poder inerente à propriedade, portanto são “*desmembramentos da propriedade*”, fato que de forma alguma não confere natureza jurídica a esses institutos.

Diniz (2010, p. 52), observa que a doutrina majoritária entende a posse como um direito, e como uma exteriorização do direito da propriedade, assim como esta deverá então ser um direito real. Não seria diferente, pois o instituto observa todos os requisitos para tal. Sendo assim, contempla os requisitos necessários para a configuração de um direito real:

- a) seu exercício direto, sem intermediário;
- b) sua oponibilidade *erga omnes*;
- c) sua incidência em objeto obrigatoriamente determinado.

Outro ponto relevante que reforça a caracterização da posse como direito real é sua oponibilidade *erga omnes*, ou seja contra todos. Poderá o possuidor como visto anteriormente se opor até ao próprio proprietário da coisa. Na relação do titular da posse com a coisa inexistente sujeito passivo. (GOMES, 2001)

Neste sentido decidiu o Tribunal do Distrito Federal e dos Territórios (1995):

POSSESSÓRIA. PROTEÇÃO AO POSSUIDOR CONTRA PROPRIETÁRIO. POSSIBILIDADE. Confere-se proteção possessória a quem ocupa imóvel de modo não clandestino ou precário, ainda que os Réus sejam proprietários. O juízo possessório não se confunde com o petitório. (BRASÍLIA 1995, p. 12.148)

O art. 1.196 do CC/02 não modificou a idéia de posse do Código Civil Brasileiro de 1916, conceituando como possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Não obstante no art. 1.198 do CC/02 sustenta a mesma idéia do art. 487, do Código 1916, negando o status de possuidor àquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. (Wald, 2002, p.30)

Tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 não conceituaram no texto da lei a posse, no entanto, forneceram o conceito de possuidor, cujo todos os elementos necessários para a caracterização da posse estão presentes.

A posse, no sistema jurídico brasileiro, portanto, não exige o *animus domini*, ou intenção de ser dono, e também não exige o poder físico sobre a coisa.

Prioriza-se a utilização econômica da coisa, sendo a posse a exteriorização do domínio.

A consequência prática mais importante dessa concepção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação à posse é a concessão das ações possessórias, presentes no Código de Processo Civil, que não necessitam do *animus domini*, bastando apenas a configuração do *corpus* e do *affectio tenendi* (intenção de conservar ou manter).

Pode-se citar como exemplo o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o depositário, o testamenteiro, dentre outros.

Em relação às duas teorias principais com relação a posse assim comenta Venosa (2004, p. 58):

A superioridade da teoria de Ihering sobre a de Savigny está na maior facilidade de distinguir-se a posse da detenção. Em princípio, toda situação material envolvendo o titular à coisa é posse, salvo se o ordenamento jurídico a exclui, quando então se considerará a situação como mera detenção. Por conseguinte, pode ser concluído existir na detenção o *corpus*, mas não o *animus*. Ou seja, o próprio ordenamento concede o balizamento ao julgador para, no caso concreto, concluir que o detentor tem a coisa sem a intenção de exercer o poder material sobre ela.

Numa leitura mais aprofundada da legislação brasileira, posse é conduta de dono. Se como previsto no art.1.196 do CC/02 está configurado algum poder inerente à propriedade, há posse, a não ser que a lei diga que é mera detenção, exatamente como na tese de Ihering. (GONÇALVES, 2008)

5 CONCLUSÃO

Durante este trabalho monográfico ficou demonstrado a importância do estudo do Direito Romano para um melhor entendimento de uma discussão que até hoje permanece na doutrina, acerca da natureza da posse. O que parece fragmentos de textos perdidos na história podem ser de grande relevância para compreensão dos fundamentos do direito moderno.

Notou-se a dificuldade na definição exata da natureza jurídica da posse, passando desde sua concepção no antigo Direito Romano, até a noção de posse no atual Direito Brasileiro. A discussão fica polarizada entre os autores que seguem Savigny, e os autores que concordam com a tese de Ihering.

Entretanto não deixou de ficar explícita as dificuldades da Teoria Subjetiva de Savigny e dos demais autores brasileiros que compartilham da mesma idéia, especialmente em sua aplicação prática. Em diversos pontos teóricos nomes como, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz e Fábio Ulhoa, todos filiados a corrente de Ihering, rebateram com o uso da lógica e em conformidade com a atual legislação, no entendimento que o instituto da posse é um direito, e por ser esta uma exteriorização do direito de propriedade, tratar-se de um direito real.

A posse não está numa posição inferior ao direito de propriedade, pois essa pode ser oponível até contra o proprietário. O fato de essa ter como origem o direito real de propriedade, ou um direito obrigacional, como no caso do locador, não é o único elemento para definir sua natureza jurídica e classificação como direito real. Também é importante conceber a posse como um direito, e real, por ser um fato protegido pelo ordenamento jurídico, e ser oponível a todos os não possuidores.

Ihering demonstrou que sua tese é mais capaz de abraçar todas as possibilidades fáticas que se possa imaginar, não foi à toa que direito positivo pátrio a acolheu.

No entanto no ponto de vista técnico é complicado classificar a posse como um direito real, visto que estes estão previstos num rol taxativo do Código Civil. Não haveria fundamentos mais sólidos nesse sentido, caso fosse a posse incluída no art. 1.225 do Código Civil.

Foi verificado também que a falta de conceituação da posse no Código Civil não prejudicou a caracterização da posse como um direito, pois todos os

elementos e conseqüências estão previstos em lei. Não obstante Ihering distinguiu o direito abstrato do concreto, sendo assim, o fato do legislador não enumerar essa dentre os direitos reais, ou mesmo não a conceituar no texto da lei, não é um fator que prejudique a natureza da posse como um instituto jurídico. Assim como os costumes e os princípios gerais de direito abraçados pela sociedade, a posse é reconhecida por todos os cidadãos, ou seja é um direito concreto, mesmo que não estivesse presente seus elementos na lei, o que não é o caso.

Com relação aos autores que entendem a posse como um fato e não como um direito, cabe uma pergunta: O que são os direitos além de fatos protegidos pelo o ordenamento jurídico?

Classificar a posse como um fato não parece ser razoável, visto a quantidade de elementos em relação ao instituto presentes no corpo da lei, sendo estes suficientes para seu enquadramento como direito.

Por sua vez classificar a posse como um fato e que apenas seus efeitos geram um direito, ou seja, os interditos e a usucapião, mostrou neste trabalho ser contraditório, na medida em que todos os direitos tem como sua origem um fato.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1 v.

BRASIL. **Código civil**: lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 mai.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 200353 / CE (1999/0001779-0) Recorrente: José Teixeira Sobrinho e cônjuge. Recorrido: Miniterras Agropastoril LTDA. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 20 de fevereiro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=661802&sReg=199900017790&sData=20030317&sTipo=41&formato=PDF>. Acesso em 30 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 945.055 / DF (2007/0092986-1). Recorrente: Companhia Imobiliária de Brasília Terracap. Recorrido: Maria Filomena da Conceição dos Santos e outros. Recorrido: Josmelindo Pereira Barros. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22Teoria+Objetiva+de+lhering%22&b=ACOR>. Acesso em 30 mai. 2010.

BRASILIA. Tribunal do Distrito Federal e dos Territórios APC3464995 / DF Relator Getúlio Moraes Oliveira. Brasília 12 de junho de 1995. DJ 30/08/1995 p. 12.148 Disponível em: < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&I=20&ID=61890,68957,32448&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> Acesso em 30 mai. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, São Paulo: Saraiva, 2006. 4 v.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CRETELLA JUNIOR, João. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. .

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 4 v.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituições de Direito Público e Privado**. 10. ed. São Paulo: Nelpa, 2001.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 9. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Dos Vícios da Posse**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2008.

IHERING, Rudolf Von. **A Teoria Simplificada da Posse**. Trad. de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Bushatsky, 1974.

JURISCIÊNCIA. Lei das XII Tábuas. - Legislação Diversa. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/legislacoes/legislacao-diversa/lei-das-doze-tabuas-lei-das-12-tabuas-lei-das-xii-tabuas/210/>>. Acesso em: 29 mai. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito Na História: Lições Introdutórias**. 3. ed. São Paulo Atlas, 2008

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. 2. ed São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em: 14 mai.2010.

MEIRA, Silvio. **Curso de direito romano**. São Paulo: LTR, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: tomo X, 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das coisas**. 28. ed. ver. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 11/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2007. 5 v.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Do procedimento sumaríssimo nas ações possessórias . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 299, 2 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5151>>. Acesso em: 03.jun.2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais** São Paulo : Atlas, 2004. 5.v.

_____. **Direito Civil: parte geral** 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005. 1. v.

WALD, Arnoldo. **Direito das coisas** 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.