ASPECTOS DISTINTIVOS DA POSSE: ORIGENS, CONCEITO E CONTRASTE

DISTINCTIVE ASPECTS OF THE POSSESSION: ORIGINS, CONCEPT AND CONSTRAST

Felipe Bizinoto Soares de Pádua[1]
Acsa Macedo de Freitas[2]

DATA DE RECEBIMENTO: 21/05/2020
DATA DE APROVAÇÃO: 30/07/2020

RESUMO: O artigo tem três partes. A primeira parte tratará dos fundamentos terminológicos e exporá as origens romanistas da posse nos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico. A segunda parte tratará das teorias possessórias e seguirá para uma adoção conceitual, que será envolvida com o sistema jurídico brasileiro. A terceira parte exporá de distinguir o fenômeno possessório do direito de propriedade (ou domínio), da detenção e da tença, justamente para identificar se há regime jurídico aplicável.

ABSTRACT: The article has three parts. The first part will deal with the terminological fundaments and expose the romanist origins of possession in the pre-classical, classical and post-classical periods. The second part will deal with the possessory theories and proceed to a conceptual adoption, which will be involved with the Brazilian juridical system. The third part will expose the distinction of the possessory phenomenon from the right to property (or domain), from the detention and from tenure, precisely to identify whether there is an applicable juridical regime.

PALAVRAS CHAVE: Posse. Coisa. Direito de propriedade.

KEYWORDS: Possession. Thing. Right of property.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PLANO DE EXPOSIÇÃO

Para além do núcleo familiar, no qual se manifesta de forma mais evidente, a ancestralidade se expressa nas estruturas jurídicas brasileiras, que se integra, especialmente, por meio de Portugal, que, por sua vez, remete ao romanismo[3]. É

[1]. Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4671403724849984. Contato: bizinoto.felipe@hotmail.com
[2].Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0946816824380432. Contato acsamacedo45@gmail.com
[3] MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 39-43.

dizer: o sistema jurídico brasileiro contemporâneo tem sua gênese no Direito romano[4].

Apesar de ater-se à codificação, amplia-se a lição de Fábio Siebeneichler de Andrade[5] de que os romanos sempre desenvolveram o seu mundo jurídico sob o intuito sistematizador, intento este que serviu de diretriz para a doutrina germânica, que tem Friedrich Carl Freiherr von Savigny como uma das suas maiores expressões, e para a doutrina brasileira, que tem Augusto Teixeira de Freitas como paradigma de jurista.

Expressa-se a descendência da família romano-germânica na compreensão de Marcel Edvar Simões[6] de que o Direito brasileiro é um sistema aberto a interação com outras ciências e composto por normas jurídicas que regem comportamentos, as normas primárias, e normas que regem a produção de outras normas, as normas secundárias.

Tal sistema, também chamado de ordenamento, tem como composição as normas jurídicas, que são proposições resultantes da interação entre as fontes jurídicas e a atividade cognitiva interpretativa, isto é, segundo Eros Roberto Grau[7], a norma jurídica é resultado da interpretação das fontes do Direito.

Por sua vez, as normas, como dito, disciplinam ou condutas ou outras normas através das categorias jurídicas, que são concebidas em conformidade com o entendimento de Karl Engisch[8], Niklas Luhmann[9] e F. C. Pontes de Miranda[10], qual seja, são classes oriundas de autoridades que definem o plano jurídico por meio da segregação epistemológica advinda do uso de recurso linguístico provido de graus de abstração e generalidade que conferem a certas circunstâncias fácticas a

[4] A complexidade jurídica romanista sofreu com o tempo e é nominada com precisão de Direito romano contemporâneo, eis que os estudos acadêmicos se pautam nas lições germânicas, isto é, os estudos universitários são romano-germânicos (MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 3-10; CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 8-20).

[5] **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 31-34.

[6] **Sistema jurídico e ‘’fontes do Direito”**. Lacuna e integração. in CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada: vol. I**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 200-205.

[7] **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 62.

[8] **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 36-70.

[9] **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 101-127.

[10] **Tratado de direito privado: tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 146-147.

coloração jurídica (= juridicização), portanto, determinam que em a hipóteses retumba a obrigatoriedade dos efeitos jurídicos.

A partir das premissas gerais acima é que se faz o primeiro corte epistêmico: dentro do campo amplo do sistema jurídico estão as normas que disciplinam relações jurídicas que têm por objeto coisas[11], o complexo normativo de Direito das coisas, que define as posições jurídicas subjetivas[12], os direitos e deveres, relacionados à interação de sujeitos tendo por objeto algo corpóreo[13], suscetível de apropriação e expresso em valor econômico[14].

Ainda dentro da gênese romanista, o agregado normativo de Direito das coisas trabalha a partir de dois grandes setores, a saber, os direitos reais e a posse, sendo a primeira classificada como um conglomerado de categorias jurídicas, a segunda, um tratamento jurídico estendido a certa circunstância fáctica[15].

O segundo corte epistemológico envolve as linhas a seguir, que têm como enfoque a adoção terminológica e, portanto, dos limites, da posse, baseando-se em duas grandes diretrizes: *(i)* a deferência histórica às bases jurídicas construídas; e *(ii)* as contribuições atuais e que não se desprendem, e, sim, complementam o que herdado em razão do desenvolvimento das relações sociais.

Para além de um caráter puramente patrimonial, o fenômeno possessório expressa um aspecto ligado à existência humana, eis que transpassa a mera individualidade e remonta a conflitos sociais de interesse coletivo, p. ex., a grilagem de terras, a moradia, a reforma agrária. Como exemplo de destaque, o poema *Morte e vida severina*, de João de Cabral de Melo Neto, demonstra a busca de um sujeito por um espaço no qual pode projetar seu espírito, especialmente por meio do trabalho.

Um segundo exemplo está nos textos bíblicos, que retrata a origem e o fim da existência humana na terra: Deus disse a Adão ‘’*Você comerá seu pão com o suor*

[11] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 55-56.
[12] LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. Eª ed. Milano. Giuffrè. 1981. Pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999.
[13] Segundo Luciano de Camargo Penteado (**Direito das coisas**, p. 57), a herança romanista é forte no segmento do Direito das coisas, eis que aos bens imateriais há excepcional tratamento jurídico.
[14] Ibidem, pp. 56-68.
[15] Ibidem, pp. 88-89.

do seu rosto, até que volte para a terra, pois dela foi tirado. Você é pó, e ao pó voltará''[16].

Tratar da óptica jurídica sobre a relação possessória ganha maiores destaques em um país que nem o Brasil, cujas extensões territoriais são continentais e que o problema da terra sempre esteve presente em seu histórico tanto na divisão per capta quanto na identificação do titular do espaço[17].

Diante das divisões apontadas, que saíram da compreensão de sistema jurídico em seu sentido mais amplo e rumou para um subsistema, este ligado ao regramento das relações com as coisas como objeto, o artigo a seguir envolverá a compreensão possessória a partir de três espectros:

(i) O *espectro histórico* parte da pergunta ''*de onde veio a posse?*'', analisando sua gênese no Direito romano, sua compreensão terminológica e a consequente tutela jurídica que lhe é deferida;

(ii) O *espectro terminológico* se aprofundará a partir da pergunta ''*o que é a posse?*'', analisando que o desenvolvimento conceitual atual é um enlace entre a ancestralidade romanista e a hipercomplexidade social hodierna, mantendo a deferência histórica, a inclusão sistemática e a definição das consequências jurídicas aplicáveis; e

(iii) O *espectro distintivo* tem como indagação ''*por que a posse?*'' e desenvolverá a forma como ela se destaca em meio a tantas figuras que lhes são íntimas, quais sejam, a propriedade, a detenção e a tença.

1 DE ONDE VEIO A POSSE?

A palavra posse é produto dos romanos do período clássico, sua etimologia pode ser definida com a utilização do jogo conhecido como "dança das cadeiras", ou seja, ter a posse da coisa (*possessio*) significa sentar-se sobre ela (*potis* + *sessio*), apoderar-se e explorar. No jogo, o participante que se sentar sobre a última cadeira

[16] BÍBLIA Sagrada. Trad. José Luiz Gonzaga do Prado. São Paulo: Paulus, 1995, p. 17.
[17] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE divulga rendimento domiciliar per capita 2019**. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26956-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2019>. Acesso em 01 fev. 2020.

que resta ganha o jogo, o que remonta ao fato de que apenas aquele que é possuidor da cadeira até o último momento da brincadeira será o vencedor[18].

No período pré-clássico subsistia apenas uma relação de empréstimo entre chefes das *gens* (terras) e seus clientes subordinados a devolução quando solicitado. Após a constituição da cidade, somente os cidadãos romanos (*civitas*) poderiam adquirir títulos de terras públicas (*ager publicus*) permitindo, por exemplo, abertura da *possessio* ao credor pignoratício, sequestrário e depositário de coisa litigiosa.

A *possessio* passa a ser a figura principal no período clássico, garantindo proteção jurídica às relações citadas, transformando a simples posse num exercício de senhoria de fato, protegida juridicamente, por meio de garantias como a passagem do tempo, o que, p. ex., levava à usucapião. A época clássica promoveu possibilidades de posse definitiva por meio da intenção e apreensão física da coisa corpórea, promovendo a proteção contra todos (*erga omnes*) que apenas poderia ser barrada pelo proprietário que se valia da ação de reivindicação[19].

José Carlos Moreira Alves[20] e Ebert Chamoun[21] mostram que no período clássico havia três espécies de posse: *(i)* a *possessio naturalis*, que corresponde à mera apreensão física da coisa, confundindo-se com a noção de detenção (que será desenvolvida a seguir); *(ii)* a *possessio ad interdicta*, que corresponde à conservação material da coisa com intento de tê-la, correspondendo à noção genuína de posse e, por conseguinte, conferindo tutela possessória, os interditos possessórios; e *(iii)* a *possessio civilis*, relacionada à aquisição da coisa por meio de ato jurídico que sirva de causa para um passo subsequente, a saber a aquisição dominial, p. ex., por meio da usucapião.

O período pós-clássico tem como destaque a reforma de Justiniano, que reduziu de três para duas espécies possessórias, mantendo-se a posse civil (*possessio civilis*), dividida entre *possessio ad interdicta* (impassível de usucapir) e *possessio ad usucapionem* (passível de usucapir), e a posse natural (*possessio*

[18] CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, p. 180.
[19] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 223.
[20] **Direito romano: vol. I**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 266-267.
[21] **Instituições de direito romano**, pp. 223-225.

naturalis), bem como alterou a natureza da posse de situação de fato para um direito, logo, tê-la significava o aval e elemento para possuir a coisa material[22].

Outra divergência adicional em relação à figura da posse está concentrada na tutela do Estado, que conferia ao possuidor de boa-fé (posse *iusta*) os interditos, de origens pretorianas e que, comparados a simples ações, eram dotados de superioridade, permitindo o amparo contra turbação de terceiros e a possibilidade de se tornar proprietário, segundo sua intenção (*animus domini*)[23].

2 O QUE É A POSSE?

Os autores romanistas e civilistas destacam duas teorias acerca da compreensão da posse, quais sejam, a teoria subjetiva e a teoria objetiva. A teoria subjetiva, também chamada de posse subjectivista[24], foi desenvolvida por Friedrich Carl Freiherr von Savigny[25], que considera como elementos que destacam o fenômeno possessório a apreensão física da coisa (*corpus*) somada ao ânimo (*animus*) de tê-la como sua. De acordo com António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro[26], as categorias básicas que serviram à compreensão possessória subjectivista são a usucapião e a tutela da posse, culminando na ideia diferenciadora da detenção da posse, a saber, a intenção do possuidor em conservar a coisa para si como se sua fosse[27].

Por sua vez, a teoria objetiva, também chamada de posse objectivista[28], foi desenvolvida por Rudolf von Ihering[29], que se baseava em elemento objetivo para definição possessória, qual seja, a apreensão física da coisa (*corpus*). A questão do elemento anímico não era totalmente desconsiderada, e sim subentendida em

[22] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, pp. 222-224; CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, p. 183.
[23] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano,** vol. I, p. 262.
[24] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 23-25.
[25] **Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano**. Granada: Comares, 2005, p. 88.
[26] **Op. Cit.**, p. 23.
[27] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35; PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, pp. 586-591; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas: vol. I**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 18.
[28] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais, pp. 25-26.
[29] **A teoria simplificada da posse**. Trad. Vicente Sabino Junior. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 107.

decorrência da conservação da coisa[30], o que é explicado com maior profundida por José Carlos Moreira Alves[31], para quem a teoria em comento parte do pressuposto de que animus e corpus são elementos indissociáveis do fenômeno possessório, eis que a apreensão física da coisa externa a consciente atitude do possuidor.

Como explicam F. C. Pontes de Miranda[32] e Paulo Lôbo[33], o Código Civil de 1916 buscou se distanciar da teoria subjetiva da posse, pois dos artigos 485 e 487 se extrai que o poder físico sobre a coisa já denota a posse. Clóvis Beviláqua[34] é categórico ao afirmar que a legislação civilista aderiu à teoria objetivista, pois se pautou na facilidade no que diz respeito à desconsideração de presunções favoráveis ao possuidor.

Paulo Lôbo[35] e Luciano de Camargo Penteado[36] entendem que o Código Civil de 2002 não adotou nem uma teoria nem outra isoladamente, e sim um modelo à brasileira de compreender a posse mediante a combinação de alguns elementos teorizados por ambas.

Em favor da posse objectivista, Christiano Cassettari[37] afirma que a atual codificação civil se baseia na consideração de possuidor como todo aquele que exerce, de fato, algum dos ou todos os poderes do direito de propriedade. Tal compreensão parte da análise do artigo 1.196, que enuncia ser *possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*.

Humildemente diverge da doutrina objectivista como delineador do fenômeno possessório, aderindo à tese da peculiaridade brasileira quanto ao tratamento que o ordenamento confere. Como escrito anteriormente[38], deve-se interpretar o conceito de posse não isoladamente, a partir tão somente do artigo 1.196 do Código Civil de

[30] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: coisas, p. 35. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais, p. 25; PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, pp. 591-592; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**: vol. I.
[31] **Direito romano**: vol. I, p. 263.
[32] **Tratado de direito privado: tomo X**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 62-63
[33] **Direito civil**: coisas, p. 37.
[34] **Direito das coisas: vol. I**, pp. 26-27.
[35] **Direito civil**: coisas.
[36] **Direito das coisas**, pp. 592-595.
[37] **Elementos de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 349.
[38] PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **A posse e sua classificação**. Disponível em <https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/434874824/a-posse-e-sua-classificacao>. Acesso em 01 fev. 2020.

2002, e sim de forma sistemática, em conjunto com outras disposições que auxiliam a desenhar o conceito buscado.

Os enunciados contidos no Direito objetivo que amparam a interpretação sistemática são os seguintes: artigos 1.196, 1.197, 1.204, 1.205, 1.228, do Código Civil de 2002:

> Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.
> 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.
> Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.
> Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:
> I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;
> II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.
> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Com amparo nos magistérios de Luciano de Camargo Penteado[39], Francisco Eduardo Loureiro[40], Nelson Nery Júnior e Maria de Andrade Nery[41], posse é a situação fáctica (com reflexos jurídicos) na qual alguém exerce, em nome próprio, com ou sem intermediário, os poderes de usar, gozar, dispor ou reaver a coisa[42].

Depreende-se as características essenciais do fenômeno possessório brasileiro da adoção terminológica acima. Explica-se.

A primeira qualidade é aquela que distingue a posse do domínio. A primeira figura envolve uma formal titularidade jurídica, enquanto a segunda, não, ou seja, direito de propriedade é uma posição jurídica subjetiva, um direito subjetivo, enquanto a posse, por estar no plano fáctico, não[43]. A posse, portanto, é uma situação fáctica a que o sistema jurídico defere tutela[44]. Por isso, inclusive, que o artigo 1.196 do Código Civil de 2002 é expresso ao afirmar que possui aquele que tem *de fato o exercício*.

---

[39] **Direito das coisas**, p. 595
[40] **Comentários ao artigo 1196**. *In* PELUSO, Cezar; et. al. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 8. Ed. Barueri: Manole, 2014, p. 1182.
[41] **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 938.
[42] PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **A posse e sua classificação**.
[43] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, pp. 158-163 e p. 595.
[44] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: tomo X, pp. 96-97.

A segunda qualidade é que a posse seja exercida pelo possuidor com a intenção de tê-la como sua (*animo pro suo*)[45]. Tal característica está no artigo 1.204 do Código Civil de 2002, que enuncia o marco inicial da aquisição possessória *desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade*.

A terceira qualidade está na existência ou não de intermediário, aqui entendida as figuras do detentor – que conserva a coisa em nome de outrem ou não possui por vedação legal – e do possuidor direto, que exerce posse própria e que está paralela à posse indireta, que decorre do exercício próprio pela via oblíqua[46]. Com o fenômeno do desdobramento possessório, o que fica claro para o ordenamento jurídico é que haja campo de influência do possuidor com ânimo *pro suo* sobre quem conserva a coisa, isto é, tem a posse em seu patrimônio, mas não exerce efetivamente seu conteúdo econômico[47].

Quanto à terceira característica, o Código Civil de 2002 estabelece, no seu artigo 1.205, que a *posse pode ser adquirida pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante*, assim como *por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação*. Ademais, no mesmo sentido de que a figura intermediária não se presta a afastar a posse e, consequentemente, sua tutela, dispõe o artigo 1.197 da lei civil que a posse direta é aquela que a pessoa tem a coisa em seu poder por certo tempo e em razão de direito pessoal (p. ex., a locação), ou real (p. ex., o usufruto), o que não anula a posse indireta, que consigna na esfera do possuidor permanente (ao contrário do temporário) a tutela possessória.

A quarta qualificação está no conteúdo da posse, que corresponde a uma, algumas ou todas as posições jurídicas elementares dominiais, isto é, o possuidor efetivamente usa ou goza ou dispõe ou retoma a coisa de quem a injustamente tenha[48].

É o que decorre do Código Civil de 2002, em seu artigo 1.196, que considera a posse como o *exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*, assim como do artigo 1.204, que define o termo inicial da posse *o*

[45] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, pp. 328-329.
[46] PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **A posse e sua classificação**.
[47] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, p. 622.
[48] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, p. 595; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código civil comentado**.

momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. Como fechamento, as posições jurídicas elementares dominiais a que fazem referências as disposições sobre a posse estão no artigo 1.228 do *Codex* comum, que enuncia que o proprietário (*in casu*, o possuidor) pode *usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*.

Por último, o conceito de coisa adotado tem uma esfera terminológica peculiar e distintiva trazida por F. C. Pontes de Miranda[49] com relação a objeto de direito. Coisa para fins de Direito das coisas tem três características que estão expostas por Luciano de Camargo Penteado[50], a saber, a corporeidade, a possibilidade de apropriação e a expressão em valor econômico. Coisa, então, é todo objeto corpóreo, passível de apropriação e valorado economicamente e expresso em pecúnia.

Por sua vez, o objeto de direito, segundo F. C. Pontes de Miranda[51], é tudo sobre o que as posições jurídicas subjetivas, os direitos e deveres, gravitam, podendo ser corpóreo ou incorpóreo. O crédito, p. ex., é um objeto de direito que não se expressa no campo físico, corpóreo, e sim no plano lógico como uma expressão econômica.

Tal marco distintivo está no histórico sobre a posse de direitos traça por José Carlos Moreira Alves[52], que afirma que o direito moderno excluiu do campo dominial, do Direito das coisas, a posse de direitos (*possessio iuris*), valendo-se da coisa como expressão de bem corpóreo, enquanto que os bens incorpóreos se amoldavam a espécie de objeto de direito, das relações jurídicas.

O que se vê é que a esfera conceitual de coisa se aproxima ao do período clássico do Direito romano, eis que tal época envolveu a posse tão somente de bens providos de materialidade fáctica, excluindo do campo das tutelas jurídicas do Direito das coisas os bens incorpóreos[53]. Nessa divergência ficou clara, também, o ingresso da posse como instituto jurídico para os romanos, ou seja, a até então situação fáctica foi convertida em direito.

---

[49] **Tratado de direito privado**: tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 58-59.
[50] **Direito das coisas**, pp. 58-68.
[51] **Tratado de direito privado**: tomo II, pp. 58-59.
[52] Posse de direitos no Código Civil brasileiro de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 107-115, jan./mar. 2012.
[53] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: vol. I, pp. 278-279.

3 POR QUE A POSSE?

Dentro das diversas qualificações contidas nas legislações vigentes, vê-se que as lições romanas perduram ao conceber ao individualizar a posse de outras duas figuras muito íntimas dela, a saber, o direito de propriedade, a detenção e tença. A seguir serão analisados os elementos distintivos mediante a relação da gênese romana e as configurações hodiernas.

Os romanos eram claros na diferenciação entre posse e propriedade, constando no Digesto que a propriedade nada tem em comum com a posse[54] (XLI, 2, 12,1) e a posse deve ser apartada da propriedade[55] (XLIII, 17, 1, 2). Em suma, há três figuras derivadas das lições romanas: há possuidores sem propriedade, proprietários sem posse, assim como proprietários com posse.

Como proposição fundamental, a propriedade difere-se da posse pelo fato de que a primeira contém um título jurídico formal, enquanto a segunda, não, ou seja, direito de propriedade é uma posição jurídica subjetiva, um direito subjetivo, enquanto a posse, por estar no plano fáctico, não[56].

Além de ser empregada em um sentido mais amplo, prezando por uma precisão terminológica, propriedade tem uma acepção estrita, que é o domínio ou propriedade plena. Logo, segundo Luciano de Camargo Penteado[57] e José Cretella Júnior[58], domínio significa assenhoramento pleno sobre determinada coisa de forma a excluir da senhoria outros e permite a quem tem o título jurídico a possibilidade de usar, gozar, dispor e reaver, tudo dentro de certos limites jurídicos.

Alcides Tomasetti Júnior[59] clareia a individualização do domínio ao compará-lo com outros direitos subjetivos, afirmando que o domínio é um direito subjetivo real pleno, cujo conteúdo tem abrangência total, enquanto os direitos reais limitados, p. ex., o usufruto, a servidão, a hipoteca, são direitos subjetivos reais limitados e cujo

---

[54] Tradução de José Carlos Moreira Alves. **Direito romano**: vol. I, p. 259: *Nihil commune habet proprietas cum possessione*.
[55] *Id. Ibid.*: *Separata esse debet possessio a proprietate*.
[56] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, pp. 158-163 e p. 595.
[57] ***Ibidem***, pp. 173-174.
[58] **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, p. 168.
[59] Perecimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade. Prevalência da Constituição federal sobre o direito comum. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. jan., p. 204-23, 1996.

conteúdo tem abrangência parcial, eis que quem tem servidão de passagem só pode passar, sendo-lhe vedado o uso ou o gozo, assim como quem tem o direito de habitação só habita a coisa.

José Carlos Moreira Alves[60] pontua que o conceito em comento não advém dos romanistas, e sim do trabalho que os pensadores posteriores aos tempos de Roma, a partir da Idade Média, realizaram e extraíram das fontes romanistas.

Apesar de não ter sido conceituada, expõe a doutrina que a compreensão de senhorio total tem origens romanas e difere-se da posse por ser um direito que confere ao seu titular uma feição positiva e uma negativa[61].

Com amparo na doutrina romanista[62], a feição positiva diz respeito ao exercício das posições jurídicas elementares do domínio, quais sejam, o uso (*jus utendi*), o gozo ou fruição (*jus fruendi*), a disposição (*jus abutendi*) e a reivindicação (*rei vindicatio*).

Por lado, para Thomas Marky[63] a feição negativa está na exclusividade, no direito do titular exercer sua senhoria sobre a coisa de forma a excluir a ingerência de todos os demais. Ebert Chamoun[64], apesar de não suscitar a classificação, contribui sobre o estudo da feição negativa ao asseverar que o direito de propriedade confere ao seu titular o poder de excluir qualquer intervenção alheia sobre o exercício da senhoria sobre a coisa.

Sob a óptica atual, F. C. Pontes de Miranda[65] ensina que o conteúdo do direito de propriedade confere ao titular a prática regular de atos sobre a coisa, ao seu uso, à sua destruição, à sua alienação, à sua gravação, etc., poderes que não são exercitáveis de forma ilimitada, eis que o Estado pode restringi-los por razões de interesses coletivos, p. ex., o valor histórico e artístico. Tais poderes são exercidos de forma a excluir a intromissão por outros sujeitos, exceto nos casos que o ordenamento jurídico permita.

---

[60] **Direito romano**: vol. I, pp. 281-282.
[61] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, p. 233; CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, pp. 168-169; MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**, pp. 65-67; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: vol. I, pp. 281-282.
[62] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, pp. 233-234; CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, pp. 170-171; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: vol. I, pp. 285-286.
[63] **Curso elementar de direito romano**, p. 65.
[64] **Instituições de direito romano**, p. 233.
[65] **Tratado de direito privado**: tomo XI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 70-71.

A manutenção das bases romanas é tamanha que o Código Civil de 1916, em seu artigo 524, e Código Civil de 2002, em seu artigo 1.228, enunciam que a propriedade compreende os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, assim como reavê-la de quem a possua ou detenha injustamente.

Em síntese, o domínio consiste em um feixe de posições jurídicas subjetivas exercitáveis sobre certa coisa de forma absoluta e exclusiva, enquanto a posse, por sua vez, é um estado de fato que se assimila à propriedade, todavia dela difere pelo fato de não haver, necessariamente, uma justificação jurídica subjacente[66].

Uma outra situação a que o ordenamento jurídico reconhece distinção da posse é a detenção. Ambas se igualam por tratarem da apreensão física da coisa, no entanto têm como elemento diferencial a identificação da existência de interesse sobre a coisa[67].

Paulo Lôbo[68] e F. C. Pontes de Miranda[69] expõem que a detenção consiste em uma situação na qual cuja irradiação eficacial é qualitativa e quantitativamente inferior à da posse, eis que não lhe são estendidos os mecanismos de tutela judicial e lhe sendo deferida a possibilidade de exercer, em prol de interesse alheio, o desforço imediato, o poder de exercer a autotutela em determinadas circunstâncias que justifiquem a defesa da conservação da coisa.

Vê-se que a concepção de detenção se liga à teoria possessória de Friedrich Carl Freiherr von Savigny[70], para quem a posse é a somatória da apreensão física da coisa (*corpus*) com o ânimo (*animus*) de tê-la e defendê-la como se sua fosse. A detenção, então, contempla tão somente o elemento objetivo, o *corpus*, sem que o interesse de quem conserva a coisa seja próprio ou em razão de determinação normativa.

A concepção de detenção está nas pontuações de Luciano de Camargo Penteado[71], Christiano Cassettari[72] e Clóvis Beviláqua[73], qual seja, a detenção como

---

[66] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, p. 173.
[67] MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**, p. 75; CRETTELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro, p. 169; PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **A posse e sua classificação**; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais, p. 54; PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**, pp. 612-613.
[68] **Direito civil**: coisas, p. 40.
[69] **Tratado de direito privado**: tomo X, pp. 85-86.
[70] ***Tratado de la posesión según los principios del derecho romano***.
[71] **Direito das coisas**, pp. 596-599 e pp. 612-613.

a situação na qual o sujeito tem a mera apreensão física da coisa, sujeitando-se ao interesse alheio ou a expresso óbice legal para configurar posse, desprovido do manejo de procedimentos judiciais possessórios de manutenção, reintegração ou interditos.

Tanto o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.198, quanto o Código Civil de 1916, em seu artigo 487, dispõem que a detenção é uma situação de fato na qual aquele que conserva de fato a coisa o faz por estar sob desígnios oriundos de interesse alheio, ou seja, acha-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Por outro lado, o *animus* possessório é obstaculizado nos casos que o ordenamento jurídico impede, p. ex., ocupantes de bens públicos (STJ, REsp n. 888.417/GO)[74], situações que ensejariam em atos de tolerância daquele que foi despojado da posse; assim, também, são detentores por força normativa agentes que adquirem coisas mediante emprego de violência ou de clandestinidade enquanto perdurarem tais situações (STJ, REsp n. 247.345/MG)[75].

A tais situações exemplificadas pelos ocupantes de bens imóveis públicos e ladrões tanto F. C. Pontes de Miranda[76] quanto Luciano de Camargo Penteado[77] dão o nome específico de tença, a última classe equiparada, consistente, portanto, na mera apreensão material da coisa sem qualquer resguardo jurídico.

Ato contínuo, o Código Civil de 1916, em seu artigo 497, e o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.208, estatuem há mera detenção os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos senão após cessadas a violência ou a clandestinidade.

---

[72] **Elementos de direito civil**, pp. 349-350.
[73] **Direito das coisas**: vol. II. Brasília: Senado Federal, 2003, pp. 39-41.
[74] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 888.417/GO**, julgado em 07 jun. 2011, Diário de Justiça Eletrônico em 27 jun. 2011. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=888417&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 01 fev. 2020.
[75] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 247.345/MG**, julgado em 04 dez. 2001, Diário de Justiça em 25 mar. 2002. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=247345&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 01 fev. 2020. Como o próprio STJ decidiu (REsp n. 1.637.370/RJ), é viável a contagem de posse para coisas furtadas ou roubadas se cessada a violência ou a clandestinidade, contando-se a partir de tal encerramento o prazo possessório para usucapião.
[76] **Tratado de direito privado**: tomo X, pp. 85-86.
[77] **Direito das coisas**, pp. 612-613.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de ambientar a categoria possessória, partiu-se da sua história a partir dos romanistas. No período pré-clássico não havia a identificação da posse propriamente dita, e sim a relação de apreensão material da coisa dentro de certas relações intersubjetivas, especialmente no empréstimo entre chefes das *gens* (terras) e seus clientes, estes com dever de restituição. Tal circunstância sofreu certa delineação após a constituição da cidade, havendo proteção do Direito somente aos cidadãos romanos.

No período clássico, a posse ganhou autonomia, transformada num exercício de senhoria de fato protegido juridicamente. Os elementos caracterizadores eram a intenção de conservação (*animus*) e a conservação física da coisa corpórea (*corpus*), promovendo a proteção contra todos e que apenas poderia ser barrada pelo exercício reivindicatório.

Nesse mesmo período houve a tripartição da posse: *(i)* a *possessio naturalis*, que corresponde à mera detenção, conservação da posse em prol de outrem; *(ii)* a *possessio ad interdicta*, que era a genuína posse (*animus* + *corpus*), conferindo os interditos possessórios para tutela; e *(iii)* a *possessio civilis*, que dizia respeito à justa causa para a aquisição dominial.

No período pós-clássico destacou-se a reforma de Justiniano, que reduziu de três para duas espécies possessórias. mantendo-se a posse civil (*possessio civilis*), dividida entre *possessio ad interdicta* (impassível de usucapir) e *possessio ad usucapionem* (passível de usucapir), e a posse natural (*possessio naturalis*), bem como alterou a natureza da posse de situação de fato para um direito, logo, tê-la significava o aval e elemento para possuir a coisa material.

Um segundo ponto da reforma acima foi que a posse conferia ao possuidor de boa-fé (posse *iusta*) os interditos, de origens pretorianas e que permitiam a conservação possessória contra terceiros e a possibilidade de adquirir o direito de propriedade. Aqui ficou reconhecida, também, a conversão da posse de situação fáctica para um direito.

Superadas as origens, partiu-se para a busca de uma acepção de posse, que se baseou em duas grandes teorias. A primeira é a teoria subjetiva, que considera como elementos da posse a apreensão física da coisa (*corpus*) somada ao ânimo

(*animus*) de tê-la como sua. A segunda é a teoria objetiva, baseada no elemento objetivo para definição possessória, qual seja, a apreensão física da coisa (*corpus*), sendo que o elemento anímico não era totalmente desconsiderado, e sim subentendido.

O sistema jurídico brasileiro não adotou nem uma nem outra teoria, e sim as absorveu e desenvolveu sua própria consideração possessória, chegando-se a um conceito de posse como a situação fáctica (com reflexos jurídicos) na qual alguém exerce, em nome próprio, com ou sem intermediário, os poderes de usar, gozar, dispor ou reaver a coisa.

Algumas qualidades se destacam do conceito acima. A primeira qualidade é de que a posse, ao contrário do domínio, é uma situação fáctica a que o sistema jurídico defere tutela. A segunda é que ela é exercida com a intenção de conservar a coisa como sua. A terceira qualidade está na existência ou não de intermediário, o que leva à consideração de que o ordenamento jurídico exige um campo de influência do possuidor com ânimo *pro suo* sobre quem conserva a coisa, isto é, tem a posse em seu patrimônio, mas não exerce efetivamente seu conteúdo econômico. A quarta qualidade está no conteúdo da posse, que significa que o possuidor efetivamente usa ou goza ou dispõe ou retoma a coisa de quem a injustamente tenha.

Anexo ao conceito de posse está o de coisa, que é todo objeto corpóreo, passível de apropriação e valorado economicamente e expresso em pecúnia. Distingue-se tal acepção de objeto de direito, que é tudo sobre o que as posições jurídicas subjetivas gravitam, podendo ser algo corpóreo ou incorpóreo. Aqui consta coisa como espécie de objeto de direito.

O passo subsequente envolveu o destaque da *possessio* em relação ao direito de propriedade (o domínio), à detenção e à tença. O domínio consiste em um feixe de posições jurídicas subjetivas exercitáveis sobre certa coisa de forma absoluta e exclusiva, enquanto a posse, por sua vez, é um estado de fato que se assimila à propriedade, todavia dela difere pelo fato de não haver, necessariamente, uma justificação jurídica subjacente

Com relação à detenção, é uma situação de fato na qual aquele que conserva de fato a coisa o faz em prol de desígnio alheio, acha-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento

de ordens ou instruções suas, o que afasta do detentor a possibilidade de manejo dos interditos possessórios (reintegração e manutenção de posse, bem como o interdito proibitório).

Como última categoria, a tença consiste na mera apreensão material da coisa sem qualquer resguardo jurídico em razão de obstáculo do próprio ordenamento, o que ocorre, p. ex. com os ocupantes de bens imóveis públicos e ladrões.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: vol. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Posse de direitos no Código Civil brasileiro de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, jan./mar. 2012.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**: vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. Direito das coisas: vol. II. Brasília: Senado Federal, 2003.

BÍBLIA SAGRADA. Trad. José Luiz Gonzaga do Prado. São Paulo: Paulus, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 888.417/GO**, julgado em 07 jun. 2011, Diário de Justiça Eletrônico em 27 jun. 2011. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=888417&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 01 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 247.345/MG**, julgado em 04 dez. 2001, Diário de Justiça em 25 mar. 2002. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=247345&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 01 fev. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE divulga rendimento domiciliar per capita 2019**. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26956-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2019>. Acesso em 01 fev. 2020.

IHERING, Rudolf von. **A teoria simplificada da posse**. Trad. Vicente Sabino Junior. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentários ao artigo 1196. *In* PELUSO, Cezar; et. al. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 8. Ed. Barueri: Manole, 2014.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. Eª ed. Milano. Giuffrè. 1981. Pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**: tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**: tomo X. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**: tomo XI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **A posse e sua classificação**. Disponível em <https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/434874824/a-posse-e-sua-classificacao>. Acesso em 01 fev. 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAVIGNY, Friedrich Carl Freiherr von. ***Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano***. Granada: Comares, 2005.

SIMÕES, Marcel Edvar. Sistema jurídico e ‘’fontes do Direito’’. Lacuna e integração. *In* CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**: anotada: vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Perecimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função

social da propriedade. Prevalência da Constituição federal sobre o direito comum. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. jan., 1996.