

A posse e a propriedade

Wanildo José Nobre Franco*

*Bacharel em direito das FIC – Faculdades Integradas Claretianas de Rio Claro – SP;
especialista em Direito Internacional e Relações Internacionais pela UNIMEP -
Universidade Metodista de Piracicaba – Piracicaba – SP

SUMÁRIO: Introdução – posse – Histórico – A teoria subjetiva de Niebuhr adotada por Savigny – A teoria objetiva de Rudoff von Jhering Ihering – Natureza jurídica – Sujeito ativo – Sujeito passivo – Titular do direito – Objeto – Tipos ou espécies – Aquisição – Modos de aquisição – Aquisição originária – Aquisição derivada – Efeitos da posse – Direitos do possuidor – Regras comuns – Perda da posse – Direitos reais taxativos – propriedade – Perda da propriedade – Considerações finais – Bibliografia consultada.

Introdução

A Constituição cidadã, ao preceituar que a propriedade deverá atender a sua função social, espancado nos seus incisos XXII, XXIII e XXIV no título dos direitos e garantias fundamentais, provocou novas reflexões sobre a proteção da destinação social da posse.

A posse existe com a intenção de dono, mas também pode existir sem ela, e até com o reconhecimento de outro dono, e bem assim com o poder físico de dispor da coisa, como sem ele; e se em geral sua defesa é exercida contra as agressões de terceiro, não raro o é contra as do dono, reconhecido como tal pelo próprio possuidor.^[1]

Histórico

A origem da posse remonta do império romano, onde, após cada conquista, dividiam-se as glebas incorporadas em lotes, uns destinados à construção de novas cidades, e outros, chamados *possessiones*, concedidos aos seus cidadãos a título precário, haja vista que, não eram considerados proprietários.

Ao ap3s, pela necessidade de se preservar esses possuidores de invas3es e agress3es, foi instituído um processo especial e pr3prio para a defesa jur3dica de tais glebas, denominado interdito possess3rio.

Essa 3 a teoria de Niebuhr, prevalecendo a posse antes dos interditos.

S3o muitas as teorias, todas procurando definir a posse, sua origem, estrutura e a natureza jur3dica.

A teoria subjetiva de Niebuhr adotada por Savigny

A teoria subjetiva ou cl3ssica da posse de Savigny pode ser conceituada como o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenç3o de t3-la para si e defend3-la contra a intervenç3o de outrem.

Destaca-se o poder f3sico sobre a coisa, o fato material de ter esta 3 sua disposiç3o, ou seja, a detenç3o da coisa – *corpus* – e a intenç3o de t3-la como sua, a intenç3o de exercer sobre ela o direito de propriedade, o *animus rem sibi habendi*.

Ent3o, para a teoria subjetiva, deve haver tanto a intenç3o como tamb3m a detenç3o – *animus corpus*, convertendo-se em posse quando se somado o *animus domini*.

Da teoria objetiva de Rudoff von Jhering Ihering

A teoria objetiva da posse [2] [3] 3 sustentada apenas no *corpus* – mero contato f3sico, direto e permanente; 3 a fruiç3o com a coisa –, bastando somente a exteriorizaç3o da intenç3o de uma pessoa f3sica ou jur3dica, sobre qualquer coisa ou partes dela, como se propriet3rio fosse, para a sua caracterizaç3o. 3 o *jus possidendi*, considerada como um dos elementos da pr3pria exteriorizaç3o da propriedade [4] (*corpore et animo*).

3 tal a sorte entre esses dois institutos, posse (situaç3o de fato cujo interesse 3 protegido pelo direito) e propriedade, que para uma lide, somente se esvaece face 3 prova do dom3nio.[5]

Seu autor considera a posse como direito real.

Natureza jur3dica

Reiterando, resulta do v3nculo da aç3o de qualquer pessoa, f3sica ou jur3dica, sobre a coisa, com a n3tida intenç3o que ela passe a integrar o seu patrim3nio, e assim passando a gerar direitos.

Existem tr3s correntes sobre a natureza jur3dica da posse: a que a considera como fato; a outra subjetivista, tida de um fato e um direito simultaneamente e uma terceira, objetivista, considerando a posse como direito, as duas 3ltimas primaziam a ordem jur3dica como requisito legal para garantir a tutela jurisdicional.

Sujeitos

O sujeito ativo é o titular do interesse juridicamente protegido.

Já o sujeito passivo é toda coletividade considerada e que deve respeitar a posse do titular (*erga omnes*). Tal coletividade sofre de uma indeterminação provisória.

Titular do direito

Podem ser:

- a) o proprietário;
- b) seu representante;
- c) outrem devidamente autorizado;
- d) aquele que, guardadas as disposições legais, se apossa de coisa disponível (*res nullius ou res derelicta*), como se sua fosse.

Objeto

É a coisa móvel,^[6] imóvel, material, imaterial, de direitos patrimoniais ou pessoais,^[7] simples, composta, etc.

Deve ser idôneo, corpóreo ou incorpóreo,^[8] tangível e perceptível aos nossos sentidos.

Tipos ou espécies

Posse direta ou posse de coisa alheia

É quando a coisa está sob o poder de uma pessoa qualquer – não sendo necessariamente o seu proprietário – temporariamente, e em virtude de direito pessoal ou real.

O arrendatário, o depositário, o locatário, o usufrutuário, o mandatário, o curador, o tutor, o testamenteiro, o comodatário, são detentores diretos, numa posse imperfeita, de vez que a coisa não lhes pertence.^[9] Esse estado da coisa não anula a posse indireta, haja vista que, esse possuidor de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Posse direta é a exercida mediante contato pessoal com o bem; indireta é a exercida à distância, ou através de outrem, no caso dos desmembramentos possíveis (como em relações reais ou negociais em que se desmembra a posse, como por exemplo, no usufruto, no uso, na locação, no comodato).

Tal classificação toma por base a posse ser a visibilidade do domínio. Várias são as hipóteses: locação, usufruto, penhor, depósito, transporte e comodato. As posses direta e indireta coexistem, não colidem e nem se excluem. Sendo ambas tuteladas legitimamente.

A divisão de posse direta e indireta é abrangida somente pela teoria de Ihering que comporta tal desdobramento, haja vista que, pressupõe uma certa relação jurídica entre possuidor direto e indireto. O possuidor não anula a condição jurídica do dono, de quem recebe o seu título.

Posse natural ou detenção

É quando existe uma relação de dependência entre o detentor da coisa para com outra pessoa, onde aquele conserva a posse em nome deste e em cumprimento de suas ordens ou instruções.^[10]

Posse justa

É justa toda posse que não for violenta, clandestina ou precária, desprovida de qualquer vício na sua origem, e em sendo assim, produzindo os seus efeitos no ordenamento jurídico.

Ademais, se a coisa for havida mediante violência, esta deverá de ser no nascimento dessa posse, no ato em que teve o possuidor a coisa, restando assim caracterizado como injusta.

Posse violenta

É a posse adquirida por ato de força, natural, física, moral ou mediante ameaças.

Posse clandestina

É a adquirida por via de ocultamento em relação àquele contra quem é praticado o apossamento. A clandestinidade é defeito relativo, pois se oculta da pessoa de quem tem interesse em recuperar a coisa possuída, não obstante ser ostensiva em relação as demais pessoas. É considerada como vício temporário, plausível de ser purgado pela sua cessação.

Posse precária

Posse precária é a daquele que recebe a coisa com a obrigação de restituir, e arroga-se a qualidade de possuidor, abusando da confiança, ou deixando de devolvê-la ao proprietário ou ao legítimo possuidor; esse vício da precariedade é tido a partir do momento que o possuidor precarista recusa atender à revogação da autorização concedida anteriormente.

Posse injusta

A posse injusta não pode se convertida em posse justa.

Posse de boa-fé

É assim denominada para o possuidor que detém a coisa pleno da certeza de que é sua, de conformidade com a lei, efetivamente ignorando vício ou o obstáculo que impede essa aquisição.[11]

Posse com justo título

É a posse da coisa para quem a detiver também com o justo título de domínio,[12] do qual tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admitir esta presunção.[13]

Posse legítima

Posse legítima é a obtida em conformidade com a ordem jurídica. Conseqüentemente, será ilegítima quando faltar algum pressuposto de existência de validade.

Composse

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

Então, cada compossuidor pode, individualmente, exercer o seu direito de posse em relação ao seu quinhão e em relação a coisa como um todo, sendo-lhe vedado se assim o fizer em detrimento aos outros compossuidores.

É a exceção do direito exclusivo da propriedade, temporário e decorre de título hereditário ou mesmo de acordo entre as partes.

Posse nova

Posse nova é a que se apresenta a menos de ano e dia, e velha é a que supera tal limite.

Quase posse

É a posse do direito de possuir, é a faculdade que tem uma pessoa, por já ser titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa.

Posse *ad interdicta*

É aquela amparada pelos interditos capaz de amparar o possuidor contra o turbador[14] ou o esbulhador.[15]

Em relação a terceiros, mesmo que eivada de vícios a posse, cabe a proteção possessória, perfazendo esses terceiros todos os atos de posse justa. Devem ser demonstrados os elementos essenciais o *corpus* e o *animus* e a moléstia.

A proteção interdital abarca muitas vezes a posse injusta.[16]

Posse *ad usucapio*

É necessário a existência do *animus domini*, boa-fé, sentença judicial e competente registro em cartório.

Aquisição

Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade:

- a) pela própria pessoa que a pretende;
- b) por seu representante;
- c) por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

A posse é transmitida aos herdeiros ou legatários^[17] do possuidor com os mesmos caracteres.

Para os efeitos legais, é assegurado ao sucessor universal, a continuidade de seu direito a posse do seu antecessor e ao sucessor singular, lhe é permitido unir sua posse à do antecessor.

Existem algumas regrinhas estabelecidas para o caso concreto de quem tiver direito à imitar na posse do bem de ausente, ^[18] ^[19] quais sejam:

- a) a regra para os herdeiros, é a de caução obrigatória – reserva legal para o caso de haver necessidade de restituição – e mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos seus respectivos quinhões;
- b) é permitido, para quem faltar-lhe meios de prover esse garante, requerer ao juízo que lhe seja entregue metade dos rendimentos relativos ao seu quinhão. Porém, em se permanecendo inerte, deverá ser excluído do pólo. Uma vez atendida a exigência garantidora, ser-lhe-á nomeado para administrar os bens que lhe deviam caber, curador ou mesmo podendo ser um outro herdeiro;
- c) a exceção contempla os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, que na condição de herdeiros, ficam dispensados dessa caução, e, vez imitados, farão jus a todos os frutos e rendimentos dos bens que lhe couberem;
- d) havendo sucessores remanescentes, estes terão direito, se consentido pelo representante do ministério público e se apresentarem anualmente suas contas ao juízo competente, a cinquenta por cento da capitalização havida desses frutos e rendimentos;
- e) todos representam ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele forem movidas;

f) à época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo.

E se o ausente aparecer ou em sendo noticiado o seu paradeiro?

A ele caberá se manifestar, sob sanção da perda da sua parte nos frutos e rendimentos em favor de seus sucessores, provando e justificando a involuntariedade de seu afastamento.

E se à época do seu ressurgimento já estiver sido estabelecida a posse provisória?

No ato cessarão as vantagens dos imitidos na posse, os quais deverão tomar as medidas assecuratórias até a entrega dos bens a seu dono.

Existe previsão para que o juízo ordene a alienação do bem de ausente, contanto que esteja ameaçado de destruição, ressalva para desapropriação[20] ou hipoteca.[21]

Dos modos de aquisição

Aquisição originária

Ocorre sem qualquer vinculação com o possuidor anterior e, portanto, despida de vícios. Ademais, independe de sua anuência, de sorte que prevalece unicamente a vontade do adquirente.

Por ser unilateral, concretiza-se pelo exercício de um poder de fato sobre a coisa, no interesse de que o exerce.

Aquisição derivada

É um ato ou negócio jurídico, bilateral, decorre de transmissão da posse de um titular (vendedor) ao outro, o possuidor (comprador).

Efeitos da posse

Direitos do possuidor

São direitos do possuidor:[22]

- a) ser mantido na posse em caso de turbacão;
- b) haver a coisa restituída em caso de esbulho;
- c) ter garantia jurídica no caso de violência iminente ou se tiver justo receio de ser molestado;

- d) manter-se ou restituir-se na posse por sua própria força, mas contanto que o faça logo, e desde que esses seus atos de defesa ou de esforço, sejam ponderados e apenas empregados para a concretização do seu propósito;
- e) não será obstaculizado à sua manutenção ou reintegração na posse, pela simples alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa;
- f) em havendo mais de uma pessoa se dizendo possuidora, manter-se-á em caráter provisório a pessoa que tiver a coisa, se não estiver manifesto, evidenciado, que a obteve de alguma das outras por modo vicioso;
- g) pode escolher entre intentar ação de esbulho ou ação de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era, ou seja terceiro de má-fé.

Direitos do possuidor de boa-fé

- a) enquanto ela durar, aos frutos percebidos;
- b) os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio;
- c) devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação;
- d) não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa;
- e) tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Encargos do possuidor de má-fé

- a) responde por todos os frutos colhidos e percebidos;
- b) provado sua culpa, responde também por todos os frutos que deixou de perceber, e desde o momento em que se constituiu de má-fé, sendo lhes resguardado o direito às despesas da produção e custeio;
- c) responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais; restando-lhe fazer provas que à época dos fatos era o reivindicante o detentor da posse;
- d) ser-lhe-á ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assistindo o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias por serem desnecessárias;

Regras comuns

- a) aos frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados;
- b) os frutos civis reputam-se percebidos dia por dia;
- c) o reivindicante, se obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de boa-fé, deverá fazê-lo pelo valor atual;
- d) o reivindicante, se obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, têm o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo;
- e) as benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.

Perda da posse

Perde-se a posse todo possuidor que, em face do esbulho,^[23] deixou de exteriorizar o seu poder – integral ou parcial – que detinha sobre a coisa, mesmo se:

- a) contra a sua vontade;
- b) não o presenciou;
- c) se manteve inerte;
- d) foi repellido violentamente.

Direitos reais

O direito real^[24] é o alicerce do direito das coisas; é o direito originado de uma relação (jurídica) entre o homem e a coisa, traduzindo apropriação de riquezas (valor econômico), tendo por objeto um bem material (corpóreo) ou imaterial (incorpóreo) *erga omnes*.

A função específica dos direitos reais é de atribuição das coisas às pessoas, permitindo-lhes a apropriação e utilização, ou seja, obter benefícios do valor daquelas.^[25]

Já o direito pessoal caracteriza-se como uma relação entre pessoas. Esse tem por objeto uma prestação (um ato de direito ou sua própria privação), vinculando o sujeito ativo (credor) ao sujeito passivo (devedor).

A posse é um direito especial, por se tratar de uma manifestação de um direito real, que é o direito da propriedade ou de algum de seus desmembramentos, para tanto exige-se a outorga uxória, ou seja, consentimento por escrito dos cônjuges, para o ajuizamento de interditos possessórios relacionados aos bens imóveis.

Direitos reais taxativos [26]

Direitos reais sobre a própria coisa

Concerne ao direito de propriedade, cujo instituto é apresentado no tópico logo abaixo.

Direitos reais de fruição, de estar na posse, de desfrutar, de gozar

- a) a superfície, que é o direito de fazer sobre terreno alheio, como o de construir ou manter uma construção, ou plantar, ou manter a plantação;
- b) as servidões, que o direito sobre coisa alheia, em virtude do qual um prédio(denominado serviente) suporta um encargo (utilidade ou serviço, ou seja, fruição e gozo) em favor de outro prédio (denominado dominante) de proprietário diverso[27];
- c) o usufruto, que é quando o titular transfere o valor econômico de um bem para o usufrutuário, passando a desfrutar os serviços e utilidades que o bem permite, mas submetido à obrigação de sua conservação;
- d) o uso, que é um usufruto contido às necessidades singular ou de sua família do gozo de coisa alheia;
- e) a habitação, também uma subdivisão do usufruto, este contido somente no direito da moradia gratuita em casa alheia, não podendo nem alugá-la ou emprestá-la.

A enfiteuse,[28] presente nos arts. 678 a 694 no código de 1916, foi revogada pelo vigente.

Direito real de aquisição

É o direito do promitente comprador do imóvel, forma espontânea de promessa irrevogável e solene, porque deve ser registrada em cartório imobiliário, onde as partes reiteram a declaração de vontade do compromisso assumido de compra e venda.

Direito real de garantia

- a) o penhor, que somente se opera pela transferência efetiva da posse de uma coisa móvel, suscetível de alienação;
- b) a hipoteca, sob os dois princípios que abarcam o instituto, qual sejam o da especialização[29] e o da publicidade,[30] vincula um determinado bem imóvel[31] ao cumprimento de uma determinada obrigação; assim, cumprida a obrigação, desaparece o vínculo sobre o bem, extinguindo-a;
- c) a anticrese,[32] onde o credor exerce a posse da coisa com o fim de perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida, tanto do capital como também dos juros.

Já para a aquisição perfeita dos direitos reais constituídos ou transmitidos por ato entre vivos, existe uma regrinha de praxe exigida, qual seja:

- a) para a coisa móvel, a tradição;[33]
- b) para a coisa imóvel, o devido registro no cartório de registro de imóveis.[34]

PROPRIEDADE

O direito de propriedade[35] é o mais importante dos direitos reais, porque a coisa fica submetida ao titular do domínio e em todos os seus serviços.

Assim, ...toda e qualquer força de utilização ou obtenção de serviços que a coisa permitir, está reservada ao proprietário.[36]

A propriedade é presumida até que se prova em contrário, e o seu direito é tido como pleno, quando todas as suas faculdades encontram-se em mãos do seu proprietário,[37] e como exclusivo,[38] quando seu proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, desde que seus atos sejam exercidos estritamente para a sua comodidade ou utilidade, tendo inclusive o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Os frutos e mais os produtos da coisa (a percepção dos frutos e produtos nada mais é do que formas de se gozar da coisa, uma manifestação de sua utilidade[39]), ainda quando separados, pertencem ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

A regra positivada é que a propriedade do solo não é estendida às jazidas, às minas e demais recursos minerais, aos potenciais de energia hidráulica, aos monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais, pois abrange apenas o solo, o espaço aéreo e o subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Ah! mas existe a uma exceção a resguardar o direito do proprietário, e desde que não sejam submetidos a transformação industrial e dentro do preceito legal especial, que é a de poder explorar os recursos minerais para o emprego imediato na construção civil.

O já retro mencionado dispositivo constitucional,[40] dispõe que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como sejam evitadas a poluição do ar e das águas, passíveis de sanção, inclusive, de todos os atos intencionais que visem prejudicar a outrem.

Perda da propriedade

Dentre outras causas, perde-se a propriedade:

- a) por alienação, onde por sua vontade, o proprietário transfere a coisa para terceiro, mediante pagamento ou graciosamente, com o devido registrado;
- b) pela renúncia, ou seja, pelo ato unilateral tácito de seu titular, que desiste da sua propriedade em favor de outrem e registra sua vontade em cartório, para que produza os seus efeitos jurídicos;
- c) por abandono,[41] que é a intenção absoluta do titular de não continuar ser mais dono, através de manifestada desistência dos atos de posse, ou mesmo de sua transgressão da satisfação dos ônus fiscais;
- d) por perecimento da coisa, ou seja, pelo desaparecimento total da coisa (se for parcial, ela é mantida em relação à parte existente, por força do princípio da indivisibilidade. Se um edifício é destruído, por exemplo, a garantia subsiste em relação ao terreno[42]), pois põe fim ao exercício de seu titular e extingue-lhe o direito por faltar-lhe objeto;
- e) por desapropriação.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da propriedade, desde os primórdios, dos helenos e nitidamente do império romano, sempre foi sinônimo de poder e de prosperidade e, licitamente, era conquistada e perdida por intermédio de outros institutos como o da posse e das ações possessórias, da desapropriação e da usucapião.

Ademais, foi brindada como forma de fixação do homem sobre os territórios conquistados e, a posterior, como ferramenta de regularização e proteção dessas glebas anexadas.

Todavia, essa propriedade absoluta, individualista, hoje não existe mais, subjugada pelo instituto da função social que essa propriedade deve cumprir, visto que, se não restar demonstrada, o Estado denegará sua tutela em favor do caráter social, da coletividade.

Bibliografia consultada

ANDRADE JUNIOR, A.de S.L. Comentários ao novo código civil: das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, v.2, 2002. 340 p.,

ASCENSÃO, J.de O. Direito civil: reais. 5. ed., rev., e ampl. Coimbra: Coimbra, 1993. 704 p.

AZAMBUJA, D. Teoria geral do estado. 41. ed., São Paulo: Globo, 2001. 397 p.

BATISTA, A. Posse, possessória, usucapião e ação rescisória: manual teórico e prático. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 286 p.

BEVILÁQUA, C. Direito das coisas. 5. ed., atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, v.1, [s.d.]. 372 p.

_____. Direito das coisas. 5. ed., atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, v.2, [s.d.]. 392 p.

CHIOVENDA, G. Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição. 2. ed., acomp. notas Enrico Tullio Liebman; 3. ed., intr. Alfredo Buzaid. São Paulo: Saraiva, v.1, 1969. 429 p. Original italiano.

DI PIETRO, M.S.Z. Direito administrativo. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001. 754 p.

FRANCO, W.J.N. Da imoralidade da desapropriação: o poder de império em nome do social. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=402>>. Acesso em nov. 2004.

_____. Da usucapião: cláusulas impeditivas e aspectos polêmicos. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=403>>. Acesso em nov. 2004.

FULGÊNCIO, T. Do direito das obrigações: das modalidades das obrigações. 2. ed., atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1936. 523 p.

GOMES, O. Direitos reais. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. 445 p.

GUSMÃO, P. D. de. Introdução ao estudo do direito. 13. ed., rev., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 550 p.

JUSTINIANUS, F.P.S. Institutas do imperador Justitiano: incluindo novelas CXVIII e CXXXVIII. São Paulo: Edipro, 2001. 239 p.

KASER, M. Direito privado romano. trad. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 522 p. Original alemão.

LEVENHAGEN, A.J.de S. Posse, possessória e usucapião. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1986. 160 p.

MIRANDA, F.C.P.de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981. 477 p.

MORAES, A.de. Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002. 2984 p.

NEGRÃO, T.; COUVÊA, J.R.F. Código civil: e legislação processual em vigor. 22. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 1606 p.

PEREIRA, L.R. Direito das coisas: t. 1. Campinas: Russell, 2003. 423 p.

PEREIRA, R.da C. Comentários ao novo código civil: da união estável, da tutela e da curatela. 2. tirag., coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 20, 2004. 527 p.

REALE, M. Lições preliminares de direito. 25. ed., 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 2001. 393 p.

RIBEIRO, B.S. Tratado de usucapião: adap. ao estatuto da cidade e ao novo código civil. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. 752 p., 1 v.

RODRIGUES, S. Direito civil: direito das coisas. 18. ed., atual. São Paulo: Saraiva, v. 5, 1989. 421 p.,

ROLIM, L.A. Instituições de direito romano. São Paulo: RT, 2000. 296 p.

ROUSSEAU, J.-J. Do contrato social: ou princípios do direito político. trad. Pietro Nassett. São Paulo: Martin Claret, 2004. 128 p.

SCHIESARI, N. Direito administrativo: coletânea atualização jurídica. São Paulo: Hemeron, 1975. 248 p.

SEGUCHI, E. Roteiro para elaboração de trabalhos acadêmicos. Rio Claro: [s.n.], 2005. 53 p.

THEODORO JÚNIOR, H. Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova. t. 2. 2. ed., coord., Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2003. 632 p.

_____. Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III; t. 3. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2003. 683 p.

VIANA, M.A.da S. Comentários ao novo código civil: dos direitos reais. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v.16, 2004. 908 p.

Notas:

[1] FULGÊNCIO, T. *apud* THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil: procedimentos especiais. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, v.3, 2003. p. 108.

[2] e é a que prevalece no nosso ordenamento jurídico, que considera “*possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*”

[3] Orlando Gomes leciona, diversamente, favorável à teoria subjetiva.

[4] Ihering, justificando sua contraposição, deu nova denominação ao elemento subjetivo do *animus domini* da teoria subjetiva de Savigny.

[5] Distintos, a propriedade é gênero e o domínio uma de suas espécies e ligada somente a *res corpore*.

[6] À posse do imóvel, faz presumir até prova contrária, também a das coisas móveis que nele estiverem, “*nada mais é do que a aplicação do princípio geral de Direito de que o acessório acompanha o principal*” – LEVENHAGEN, A.J.de S. Posse, possessória e usucapião. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1986. p. 32.

[7] Foi influenciado pelo Direito Canônico.

[8] “*A posse estendeu-se às coisas incorpóreas, passando a chamar-se “quase-posse” (quasi-possessio dos romanos)*” – RIBEIRO, B.S. Tratado de usucapião: adap. ao estatuto da cidade e ao novo código civil. 3. ed., São Paulo: Saraiva, v.1, 2003. p. 655.

[9] BATISTA, A. Posse, possessória, usucapião e ação rescisória: manual teórico e prático. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 18.

[10] Até que se prove o contrário, é presumível detentor aquele em face às manifestações de seu comportamento.

[11] Cessa esse enquadramento se houver a presunção de que o possuidor é sabedor de que possui a coisa indevidamente, grifo nosso, em assim tido como de má-fé.

[12] Título de domínio é aquele que é hábil para compra, alienação, transferência, troca da propriedade.

[13] Salvo prova em contrário, manter-se-á a posse pelo mesmo caráter – pelas mesmas características – com que ela foi adquirida.

[14] Turbador é todo aquele que pratica, injustamente, ato que impede o normal exercício da posse pelo legítimo possuidor. Essa turbção pode ser positiva quando o turbador, embora não desapossando o legítimo possuidor, pratica atos de ocupação parcial ou total do imóvel. Já a negativa é quando ele impede que o possuidor exercite livremente a sua posse. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbção, conforme determina o CPC, cabendo ao autor, na ação de manutenção na posse, provar a turbção.

[15] Esbulhador é aquele que pratica ato objetivando a retirada violenta de um bem da esfera da posse do legítimo possuidor.

[16] RIBEIRO, B.S. *op. cit.*, p. 670.

[17] Legatário é aquele quem não é herdeiro necessário, mas recebe doação de um bem por testamento.

[18] e por isso mesmo é denominada posse provisória.

[19] a incumbência do ônus da prova é de quem alega.

[20] *“É o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.”* – DI PIETRO, M.S.Z. Direito administrativo. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 151.

Quanto à natureza jurídica, existe um consenso na doutrina que o instituto da desapropriação não tem caráter de confisco, haja vista que, está previsto no direito positivo esse modo de perder a propriedade. Outrossim, é considerado um procedimento administrativo pelo qual o Estado-expropriante adquire a propriedade expropriada, mediante prévia declaração de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, sem vínculos com o anterior proprietário, e cuja sua vontade não há de obstaculizar.

[21] Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

[22] Não é assegurado direito ao possuidor de servidões não aparentes, exceto para o caso com justo título proveniente do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve.

[23] Como dito anteriormente, o esbulho possessório é a retirada violenta de um bem da esfera da posse do legítimo possuidor. Implica o crime de usurpação tipificado quando alguém invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, e restituído no de esbulho, sendo que o CPC repete estas disposições, empregando, porém, a expressão reintegrado em vez de restituído. O possuidor esbulhado poderá restituir sua posse, contanto que o faça logo e que os atos de defesa ou de esforço não excedam o indispensável à sua restituição.

[24] As coisas inesgotáveis ou extremamente abundantes na natureza, tais como as águas dos oceanos e dos rios com suas praias, a luz do sol, o ar, etc por serem coisas de uso comum da humanidade fazem parte de outro ramo do direito, o direito difuso ou indisponível do cidadão.

[25] ASCENSÃO, J.de O. Direito civil: reais. 5. ed., rev., e ampl. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 13.

[26] nada mais do que os incisos do art. 1.225 do CC.

[27] VIANA, M.A.da S. Comentários ao novo código civil: dos direitos reais. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v.16, 2004. p. 559.

[28] Enfitese é todo ato jurídico inter vivos ou de última vontade, onde o proprietário atribui a outrem o domínio do seu imóvel, pagando o adquirente (enfiteuta) uma pensão ou foro anual, certo e invariável, ao senhorio direto. Esse contrato, denominado também de aforamento, bilateral e oneroso, deve abranger tão-somente as terras incultivadas, e o proprietário do imóvel reserva para si o domínio direto, atribuindo-se ao enfiteuta ou foreiro o domínio útil.

[29] art. 1.424, CC.

[30] art. 1.492, CC.

[31] Para a regra vide os incisos do art. 1.225 do CC; já para as duas exceções, por serem móveis e por conveniência econômica, aeronaves e navios, devem ser gravada de conformidade com as respectivas leis especiais, para aquelas a de nº 7.565/86 e para estas a de nº 7.652/88.

[32] art. 1.506, CC – Anticrese é o direito real – de garantia, acessório, dependente da tradição, que recai sobre o imóvel, conferindo ao credor anticrético direito de retenção e, por isso mesmo, exige-se escritura pública – sobre imóvel alheio, em virtude do qual o credor obtém a posse da coisa, a fim de perceber-lhe os frutos e rendimentos em compensação de dívida.

[33] Entende-se por tradição: 1. quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; 2. quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa que se encontra em poder de terceiro; 3. quando o adquirente já está na posse da coisa por ocasião do negócio jurídico. Não se transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo, portanto *ex tunc*, e nos seguintes casos: a) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; b) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; c) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; d) não revestir a forma prescrita em lei; e) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; f) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; g) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção; h) o negócio jurídico simulado mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

[34] Forma solene essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente.

[35] Destarte, “*aquela propriedade absoluta, oponível erga omnes e contra o próprio Estado, não mais existe.*” – SCHIESARI, N. Direito administrativo: coletânea atualização jurídica. São Paulo: Hemeron, 1975. p. 207.

[36] VIANA, M.A.da S. *op. cit.*, p. 18.

[37] *Id.*, p. 59.

[38] vide título Composse, sobre a perda da exclusividade da propriedade.

[39] VIANA, M.A.da S. *op. cit.*, p. 61.

[40] Incisos XXII, XXIII e XXIV, art. 5º da CF.

[41] No caso de abandono de imóvel – desde que não se encontrar na posse de outrem – este poderá ser arrecadado como bem vago e transcorrido três anos passar à propriedade: se for urbano, do Município ou à do Distrito Federal, claro, onde se encontrarem as respectivas circunscrições; se situado na zona rural, independente de sua localização, da União – art. 1.276 e seus dois parágrafos, CC.

[42] VIANA, M.A.da S. *op. cit.*, p. 856.

(Elaborado em novembro/2005)

FRANCO, Wanildo José Nobre. **A posse e a propriedade**. Disponível em:
<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1024>. Acesso em: 14 ago. 2006.