

Aquisição e Perda da Posse

AQUISIÇÃO DA POSSE

O legislador brasileiro adotou a teoria objetiva da posse de Ihering. Então **possuidor é todo aquele que ocupa a coisa, seja ou não dono dessa coisa (1.196)**, salvo os casos de detenção já vistos (art. 1198).

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

Comentários de Maria H. Diniz:

A posse é uma situação fática com *carga potestativa* que, em decorrência da *relação sócio-econômica* formada entre um *bem* e o *sujeito*, produz *efeitos* que se *refletem no mundo jurídico*. O seu primeiro e fundamental elemento é, portanto, o *poder de fato*, que importa na sujeição do bem à pessoa e no vínculo de senhoria estabelecido entre o titular e o bem respectivo. A posição de senhoria exterioriza-se através do exercício ou da possibilidade de exercício do poder, como desmembramento da propriedade ou outro direito real, no mundo fático. Por sua vez, o poder exteriorizado ou a possibilidade do seu exercício estará, via de regra, em consonância com o direito real que ele representa na órbita do mundo de fato. Em outras palavras, a situação potestativa do mundo fático corresponderá àquela pertinente ao mundo jurídico, dentro de suas limitações. Assim, por exemplo, todo aquele que possui, como se fosse dono, tem o poder de fato pertinente ao respectivo direito real de propriedade. A *POSSE do exercício do poder* mas sim o *poder propriamente dito que tem o titular da relação fática sobre um determinado bem*, caracterizando-se tanto pelo exercício como pela possibilidade de exercício. Ela é a *disponibilidade* e não a *disposição*; é a *relação potestativa* e não, necessariamente, o efetivo exercício. O Titular da posse tem o interesse potencial em conservá-la e protegê-la de qualquer tipo de modéstia que porventura venha a ser praticada por outrem, mantendo consigo o bem numa relação de normalidade capaz de atingir a sua efetiva função sócioeconômica. Os atos de exercício dos poderes do possuidor são meramente facultativos — com eles não se adquire nem se perde a senhoria de fato, que nasce e subsiste independentemente do exercício desses atos.

Assim, a adequada concepção sobre o *poder fático* não pode restringir-se às hipóteses do *exercício* deste mesmo poder. O possuidor dispõe do bem, criando, em relação a ele, um interesse em conservá-lo.

- Por tudo isso, perdeu-se o momento histórico para corrigir um importantíssimo dispositivo que vem causando confusão entre os jurisdicionados e, como decorrência de sua aplicação incorreta, inúmeras demandas.

Ademais, o dispositivo mereceria um ajuste em face das teorias sociológicas, tendo-se em conta que foram elas, em sede possessória, que deram origem à função social da propriedade. Nesse sentido, vale registrar que foram as

teorias sociológicas da posse, a partir do início do século XX, na Itália, com Silvio Perozzi; na França, com Raymond Saleilles e, na Espanha, com Antonio Hernandez Gil, que não só colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva de Jhering e Savigny como também tornaram-se responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade (sua verdadeira “função social”).

- Ademais, o conceito traz em seu bojo o principal elemento e característica da posse, assim considerado pela doutrina e jurisprudência o *poder fático sobre um bem da vida*, com admissibilidade de desmembramento em graus, refletindo o exercício ou possibilidade de exercício de um dos direitos reais suscetíveis de posse.
- Assim, evolui-se no conceito legislativo de possuidor, colocando-o em sintonia com o conceito de posse, em paralelismo harmonizado com o direito de propriedade, como sua projeção no mundo fático.
- Por isso, afigura-se de bom alvitre uma nova redação para este dispositivo.

Sabemos também que o proprietário, mesmo que deixe de ocupar a coisa, mesmo que perca o contato físico sobre a coisa, **continua por uma ficção jurídica seu possuidor indireto**, podendo proteger a coisa contra agressões de terceiros (1197).

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.

Quais são os **PODERES INERENTES À PROPRIEDADE REFERIDOS** no art. 1196? São três: **o uso, a fruição (ou gozo) e a disposição**, conforme art. 1228.

Então todo aquele que usa, frui ou dispõe de um bem é seu possuidor (1196). É por isso que eu chamo a propriedade de um direito complexo, porque é a soma de três atributos/poderes/faculdades. Voltaremos a esse assunto breve quando formos estudar propriedade.

Para **ADQUIRIR A POSSE DE UM BEM**, **basta usar, fruir ou dispor desse bem**. Pode ter **apenas um, dois ou os três poderes inerentes à propriedade que será possuidor da coisa** (1204: “em nome próprio” para diferenciar a posse da detenção do 1198). É por isso que pode haver dois possuidores (o direto e o indireto) pois a posse pertence a quem tem o exercício de algum dos três poderes inerentes ao domínio.

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.

EXEMPLOS DE AQUISIÇÃO DA POSSE:

- A) através da **ocupação ou apreensão (pescar um peixe, pegar uma concha na praia, pegar um sofá abandonado na calçada)**,
- B) através de alguns **contratos (compra e venda, doação, troca, mútuo – vão transferir posse e propriedade; já na locação, comodato e depósito só se adquire posse)**,

- C) através dos **direitos reais (usufruto, superfície, habitação, alienação fiduciária)**,
D) através do **direito sucessório (1784)**.

E) **O CONSTITUTO POSSESSÓRIO** ocorre quando o possuidor de um bem (imóvel, móvel ou semovente) que o possui em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio; é uma modalidade de transferência convencional da posse, onde há conversão da posse mediata em direta ou desdobramento da posse, sem que nenhum ato exterior ateste qualquer mudança na relação entre a pessoa e a coisa.

OCUPAÇÃO ORIGINÁRIA

Na hipótese de **ocupação (ou apreensão)** se diz que a aquisição da posse é **originária**, pois **não existe vínculo com o possuidor anterior**.

- Para MHDiniz, a posse violenta ou clandestina (depois de ano e dia) é originária, pois o antigo possuidor não teve intenção de transferir a posse.

Nos **demais casos** a aquisição da posse é **derivada de alguém**, ou seja, a coisa passa de uma pessoa para outra com os eventuais vícios do 1203 e 1206 (ex: comprar coisa de um ladrão não gera posse, mas sim detenção violenta, salvo vindo a detenção a convaler, virando posse e depois propriedade pela usucapião; 1208 e 1261).

ATENÇÃO: É importante saber **o dia em que a posse foi adquirida para contagem do prazo da usucapião**, bem como para **caracterizar a posse velha** (mais de um ano e um dia) do art. 924 do CPC. Falaremos de usucapião em breve e de posse velha na próxima aula.

O incapaz pode adquirir posse? Uns dizem que não face ao art. 104, I. Outros dizem que sim pois posse não é direito, mas apenas fato (vide 542 e 543 – aceitação ficta).

ART. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

PERDA DA POSSE

Perde-se a posse quando a pessoa deixa de exercer sobre a coisa qualquer dos três poderes inerentes ao domínio (= propriedade), conforme 1223, 1196 e 1204.

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. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercido, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se toma possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Exemplificando, perde-se a posse por

1) ABANDONO (significa renunciar à posse, é a *res derelictae* = coisa abandonada, como **colocar na calçada um sofá velho**; mas tijolo na calçada em frente de uma casa em obra não é coisa abandonada, é preciso sempre agir **com razoabilidade**);

2) TRADIÇÃO (entrega da coisa a outrem **com ânimo de se desfazer da posse**, como ocorre nos **contratos de locação, compra e venda, comodato, etc**; entregar a chave do carro ao motorista/manobrista não transfere posse, só detenção);

3) PERDA DA COISA (= *res amissa*; a perda é **involuntária e permanente**; ocorre **quando a pessoa não encontra a coisa perdida e quem a encontrou não a devolve – 1233**);

Art. 1.233. Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor.

Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente.

Descoberta, o mesmo que invenção, que quer dizer achar, encontrar, descobrir, em princípio não gera direito à coisa; apenas uma recompensa por devolvê-la. Na hipótese de o descobridor não conhecer nem conseguir achar o dono da coisa descoberta, deve entregar o bem à autoridade competente, que, por via de regra, é a autoridade policial.

• O artigo é idêntico ao art. de n. 603 do Código Civil de 1916, devendo a ele ser dado o mesmo tratamento doutrinário. Há, apenas, mudança terminológica no título, que usa o vocábulo “descoberta” em vez de “invenção”, constante do Código Civil de 1916.

4) PELA SUA COLOCAÇÃO FORA DO COMÉRCIO (ex: o **governo decide proibir o cigarro**, 104, II);

5) PELA POSSE DE OUTREM (invasor, ladrão) **superior a um ano e um dia, mesmo contra a vontade do legítimo possuidor**; antes de um ano e um dia (924 do CPC) o invasor/ladrão só tem detenção - 1208;

Art. 924 CPC - Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Art. 927 - Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Art. 928 - Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, **sem ouvir o réu**, a expedição do **mandado liminar de manutenção ou de reintegração**; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único - Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Após esse prazo já tem posse, e após alguns anos terá propriedade através da usucapião, isso tudo **se o proprietário permitir e NÃO ESTIVER QUESTIONANDO NA JUSTIÇA a perda do seu bem**; isso parece absurdo, proteger o ladrão/invasor, mas o efeito do tempo é tão importante para o direito, e a posse é tão importante para presumir (dar aparência) a propriedade, que, nas palavras de Ihering, citado por Silvio Rodrigues **“mais vale que um velhaco, excepcionalmente, partilhe de um benefício da lei, do que ver esse benefício negado a quem o merece”**; é mais ou menos como aquele refrão que se houve no Tribunal do Júri Penal: é melhor um culpado solto do que um inocente preso.

Comentários sobre o art. 1.208 CC (Maria Helena Diniz).

Os atos e circunstâncias descritas nesse artigo são do tipo que não conferem efeitos possessórios, tendo em vista que a manifestação de ingerência sobre determinado bem da vida é insuficiente para a configuração da relação fatural potestativa em questão. Por conseguinte, os sujeitos que se enquadram nessas hipóteses impeditivas à aquisição da posse não são possuidores.

A norma estatuída fundamenta-se na garantia dos direitos do possuidor que tolera ou permite certos atos praticados por outrem (atividade social, econômica e/ou produtiva), em seu próprio prejuízo, no uso ou gozo da coisa, assim procedendo com o objetivo exclusivo de favorecer a convivência social, especialmente as relações de vizinhança.

- Tanto os atos de permissão, que decorrem de consentimento expresso do possuidor, como os atos de tolerância, que importam em uma autorização tácita, derivam de um espírito de condescendência, de relações de amizade e de boa vizinhança, caracterizados, via de regra, por elementos da transitoriedade e passividade.

6 - A DESTRUIÇÃO DA COISA DECORRENTE DE EVENTO NATURAL OU FORTUITO, de ato do próprio possuidor ou de terceiro; é preciso que inutilize a coisa definitivamente, impossibilitando o exercício do poder de utilizar, economicamente, o bem por parte do possuidor; a sua simples danificação não implica a perda da posse.