



DAVID MARTINS MENDONÇA

CONVALESCIMENTO DA POSSE PRECÁRIA:

o ordenamento jurídico brasileiro e a confusão terminológica no estudo da posse

BRASÍLIA

2014

DAVID MARTINS MENDONÇA

CONVALESCIMENTO DA POSSE PRECÁRIA:

o ordenamento jurídico brasileiro e a confusão terminológica no estudo da posse

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes.

BRASÍLIA

2014

AGRADECIMENTO

Sou grato, primeiramente, a Deus que é bom em todo tempo. Tudo que eu tenho de bom vem Dele. Agradeço aos que amo, meus pais, minha família, em especial à minha avó, Maria Aparecida Martins Mendonça.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Luís Antônio Winckler Annes, pela seriedade e excelência; aos professores Rogério Araújo, por ter indicado, generosamente, todos os textos base deste trabalho; e João Paulo de Farias Santos, por ter me inspirado a escrever sobre tema de suas aulas, brilhantemente lecionadas.

Santo, Santo, Santo é o Senhor dos Exércitos;
toda terra está cheia de sua glória.

Isaías 6.3b

RESUMO

Este trabalho busca analisar a possibilidade de convalescimento da posse precária no ordenamento jurídico brasileiro, através da exposição das confusões conceituais e terminológicas que envolvem a posse, a detenção, a interservação possessória e o convalescimento. Cuida-se de um trabalho de conclusão do Curso de Direito. Aborda-se a origem da confusão terminológica, através de referências às teorias romanistas que se debruçaram sobre as concepções objetiva e subjetiva da posse. Este trabalho veicula ponderação sobre os reflexos das divergências terminológicas e conceituais apontadas, em perspectiva do Direito Civil Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Posse. Caráter da posse. Precariedade. Posse precária. Interservação possessória. Convalescimento. Terminologia. Confusão Terminológica.

ABSTRACT

This paper seeks to examine the possibility of curing precarious possession in the Brazilian legal system, through the exhibition of conceptual and terminological confusion surrounding possession, possessory amendment and scrambling possession cure. This is a final paper Law Course. Discusses the origin of terminological confusion, through references to Romanists theories that have addressed objective and subjective conceptions of possession. This work conveys observations about the repercussion of terminological and conceptual differences, identified in a Constitutional perspective of Civil Law.

KEYWORDS: Civil Law. Possession. Character of possession. Precariousness. Precarious possession. Possessory Amendment. Cure. Terminology. Terminological confusion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A CONFUSÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL NO TRATAMENTO DA POSSE PELA DOUTRINA BRASILEIRA	10
2.1 Origem: as teorias romanistas da posse no ordenamento jurídico brasileiro	11
2.2 A interservação possessória e o convalidamento	17
2.2.1 O caráter da posse: definição e modalidades.....	19
2.2.2 O Convalidamento da posse violenta e da posse clandestina	23
3 POSSIBILIDADE DE CONVALIDAMENTO DA POSSE PRECÁRIA. DETENÇÃO E POSSE PRECÁRIA	26
3.1 Posse precária e atos de mera permissão ou tolerância	36
3.2 Posse precária e detenção subordinada	40
3.3 A regra de interservação do artigo 1.208 do Código Civil	41
3.4 Posse de força velha e convalidamento.....	42
4 REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	45
4.1 Justiça e boa-fé: incidência das teorias objetiva e subjetiva.....	45
4.2 A constitucionalização do Direito Civil: necessidade de uma visão pragmática	54
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Não basta simplesmente começar a tratar da possibilidade de convalhecimento da posse precária pela análise das posições doutrinárias. Há um óbice, na doutrina brasileira, em relação ao estudo das relações possessórias, que é anterior e mais profundo do que se supõe de meras divergências. O problema é, por todos os renomados doutrinadores, reconhecido como uma grave dissonância terminológica incidente sobre matéria de maior dificuldade no Direito Civil: a posse.

O problema terminológico no estudo da posse está consolidado desde antes do nascimento do ordenamento jurídico brasileiro. As doutrinas que observaram as concepções romanas das relações sobre posse apresentam divergências entre si. Os próprios textos, com as fórmulas pretorianas, retirados da compilação promovida pelo imperador Justiniano, do *Corpus Iuris Civilis*, apresentavam mesmos termos em latim, ou em grego, com significado muito diferente de acordo com a época histórica em que foram escritos. Diga-se, a propósito, que foram objeto de compilação no Império Romano uma série de documentos de datas distantes umas das outras, abrangendo toda Idade Média.

O Direito Civil Brasileiro, especialmente influenciado pelas doutrinas romanistas, mais que muitos outros países, herdou a complexidade e a confusão das fórmulas romanas de vasto período histórico, interpretadas muito depois, por glosadores e estudiosos que buscavam formular teorias.

A percepção dos doutrinadores e dos profissionais de Direito é alvo dessa confusão terminológica, havendo dificuldades sobre qual teoria romanista guia o ordenamento jurídico civil brasileiro, ou quais teorias incidem sobre determinadas partes do ordenamento.

O entendimento de como ocorrem as transformações, os processos de mudança nas relações sobre posse está afetado também, ou seja, há divergência conceitual sobre a mudança do caráter da posse. A divergência é notória sobre os termos essenciais para o estudo da posse. Tudo é objeto de dissenso em matéria de posse. Várias observações são contrárias sobre a detenção em relação à posse; sobre as formas de detenção em relação à posse precária; sobre o fenômeno de convalhecimento em face de interversão possessória; entre outras construções que se formaram em paralelo.

A jurisprudência acenou, mesmo com toda essa turbulência conceitual, para formação de um procedimento padrão quando os tribunais se deparam com pedidos de usucapião em casos que envolvam o que se entendeu por posse precária. Consideradas todas as encruzilhadas na doutrina sobre o tema, e que, a jurisprudência apoiou-se nessa base, é impressionante que o judiciário tenha adotado um mesmo pensamento, ao final, para proceder nos casos que pedem solução de convalidação da posse viciada.

A análise do ordenamento jurídico pátrio, o confronto entre doutrinas divergentes paradigmas e a demonstração do caminho trilhado pela jurisprudência compõem a metodologia dessa monografia.

No primeiro capítulo, busca-se o entendimento da origem da confusão terminológica nas teorias romanistas objetiva e subjetiva sobre a posse. A própria fonte de estudo dessas teorias - o *Corpus Iuris Civilis* - é divergente em relação aos termos empregados: as mesmas expressões, com significados diferentes a depender do tempo do documento objeto da compilação. Nesse contexto, procura-se mostrar que mudança do caráter da posse não significa, necessariamente, convalidação: interversão possessória não é o mesmo que convalidação da viciosa.

A partir desse passo, procura-se demonstrar o conceito dos vícios possessórios expressos no ordenamento jurídico: a violência (*vis*), a clandestinidade (*clam*) e, por fim, a própria precariedade (*precarium*). Este último vício traz a necessidade de ser objeto de capítulo próprio, por ser muito mais complexo e alvo de maiores polêmicas doutrinárias.

A partir da conceituação dos vícios, a posse marcada pela precariedade é dissociada de formas de detenção elencadas pela lei. Assim, o esforço do trabalho concentrou-se em expor as diferenças de detenção e de posse precária nos limites da detenção dos fâmulos, da detenção existente enquanto perdura o ato de violência e o de clandestinidade, bem como da detenção advinda dos atos de mera permissão ou tolerância, que, não se confundem com a precariedade.

Por fim, expõe-se o lidar da jurisprudência com os conceitos que envolvem o estudo do convalidação da posse, através de casos envolvendo ações de usucapião pelo convalidação da posse precária. A perspectiva dessa análise não pode se esquivar de reconhecer o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil como perspectiva imperativa do ordenamento jurídico.

A perspectiva nesse procedimento deve ser a que se pauta pela constitucionalização do Direito Civil, fenômeno que faz pensar a solução para o convalescimento da posse precária. Surge desse contexto a questão: mesmo com tantos problemas terminológicos, com a instalada confusão doutrinária, atingiu-se o objetivo almejado pela Constituição na função social da propriedade?

2 A CONFUSÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL NO TRATAMENTO DA POSSE PELA DOCTRINA BRASILEIRA

Virgílio Afonso da Silva, mais de uma vez, afirmou que há "um problema terminológico"¹ no tratamento de regras e princípios pela doutrina brasileira. A expressão utilizada pelo autor quis exprimir a confusão conceitual, no emprego de mesmos nomes para explicar fenômenos diferentes. Voltou-se a um campo bem diferente do contexto deste trabalho, mas é empregada aqui para descrever o dissenso formado na doutrina brasileira em relação aos conceitos necessários ao estudo da posse.

As descrições e diferenças entre os termos que referenciam as espécies de relação de fato a respeito da coisa, como detenção, posse, caráter justo ou injusto, convalhecimento e interservação do título, são empregadas de forma dissonante na doutrina. Isso ocorre mesmo quando os estudos mantêm em perspectiva uma mesma teoria possessória. A reflexão sobre a delimitação dos conceitos construídos das teorias possessórias é primeiro passo para prosseguir qualquer discussão científica. Isso não significa dizer que é necessário haver consenso entre os autores sobre os termos, mas que o reconhecimento, e não ignorância de conceituações diferentes e a reflexão sobre o porquê das divergências é essencial para o estudo da posse.

Interessante notar que Carlos Roberto Gonçalves inicia o estudo da posse abrindo espaço para expor a afirmação consensual (um dos poucos acordos doutrinários sobre a posse) de vários doutrinadores de que o estudo da posse traz "inúmeras dificuldades"². Talvez, o maior consenso na doutrina possessória é o de que há grande dissenso entre os autores do tema.

Dessa introdução se retira que Roberto de Ruggiero também está entre os que apontam a terminologia como uma das razões para a matéria ser a "*más llena de dificultades*"³ (mais cheia de dificuldades).

¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. 2003, p. 612.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44.

³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil. Introducción e parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión*. V. 1. Traduzido por Ramón Serrano Suñer e José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Reus S.A. 1929, p. 779. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1121>>. Acesso em 09/09/2014.

Da mesma forma, José de Oliveira Ascensão se reporta ao problema terminológico no estudo da posse⁴.

Carlos Roberto Gonçalves ainda afirma que Héctor Lafaille também se reportou ao problema terminológico e conceitual no que tange à distinção da posse de outras figuras, o que se agrava pela configuração de uma verdadeira "anarquia de linguagem que se reflete nos autores e nas próprias leis"⁵.

Outro autor que se preocupa com a terminologia no estudo possessório a ponto de separar reflexão em sua obra sobre o problema é Paulo Nader para quem a linguagem utilizada constitui um *a priori* e, em se tratando de posse, "a matéria doutrinária é complexa e a terminologia não é unívoca"⁶.

Em reflexão sobre a origem do problema que tentamos mostrar aqui, Caio Mário da Silva Pereira também afirma a posse como "o campo onde os temas andam mais controvertidos. Tudo, em termos de posse, é debatido, negado, reafirmado"⁷, observa o autor. As próprias palavras que deram origem à posse seriam de étimo duvidoso.

O Direito Romano não foi o mesmo durante toda história de Roma. As mesmas nomenclaturas jurídicas tinham conceitos diferentes de acordo com os períodos da história. Até mesmo hoje, apesar da herança dos instrumentos normativos, uma mesma terminologia ganha significado diverso do originalmente empregado, entre os próprios autores da atualidade, o que se explica, precipuamente, pelo contexto em que vivemos, bem distante da época em que os termos se originaram.

2.1 Origem: as teorias romanistas da posse no ordenamento jurídico brasileiro

A doutrina aponta que a confusão terminológica tem origem nos estudos que se voltaram aos documentos romanos, que tentavam extrair a visão romana da posse, ou seja, as doutrinas romanistas. Segundo Caio Mário:

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Reais*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 2000, p. 80.

⁵ LAFAILLE, Héctor apud. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44.

⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 4: direito das coisas*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2003, pp. 26 e 27.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume IV, direitos reais*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 11.

"Trabalhando sobre os textos, os romanistas, desde o tempo da glosa, disputam as preferências na análise dos elementos, na sua caracterização jurídica, na fundamentação teórica de sua proteção. Uma das causas da inconciliável polêmica reside, certamente, no fato de haver a codificação justinianeia reunido textos de períodos vários (primeiros monumentos, república, época pré-clássica, e clássica), associando-se ainda às teses bizantinas e medievais, cada tempo sofrendo a contribuição de fatores socioeconômicos diversificados e diversificantes."⁸

Assim, a primeira causa apontada para a confusão terminológica - que os estudiosos da posse, em geral, admitem existir - é a abrangência temporal dos documentos compilados no *Corpus Iuris Civilis*, objeto de estudo da principal influência do ordenamento jurídico brasileiro: as doutrinas romanistas. Isso, somado à disputa teórica entre os que se debruçavam sobre essa documentação de janela temporal ampla, causou uma confusão no emprego de termos das fórmulas pretorianas para descrição de posse⁹.

Refletindo sobre a ampla seção temporal em que os documentos do Direito Romano foram escritos, Moreira Alves brevemente indica os seguintes períodos de evolução: o Direito pré-clássico, o tempo de Cícero, o Direito Clássico e o Direito Justinianeu. Ao último período de evolução, ao Direito Justinianeu, fazem observações os autores modernos no sentido de que as expressões ligadas ao *Possessio* mudaram. Contudo, os mesmos autores divergem entre si sobre quais mudanças foram essas. Cabe destacar que é nesse último período que se constrói a noção de *animus domini* de que Savigny se valeu¹⁰.

A origem do problema, ressalte-se, não é o ordenamento jurídico brasileiro, nem especificamente qualquer outro ordenamento. Em relação a isso, Moreira Alves afirma:

"Modernamente, entendem os romanistas que as teses de Savigny e de Ihering são falhas porque seus autores **não atentaram para o fato de que a noção e as espécies de *possessiones* variaram durante a evolução do direito romano**. E é essa evolução que explica a aparente contradição de textos redigidos em épocas diferentes, bem como a posse do precarista, do credor pignoratício e do depositário de coisa litigiosa." [grifo nosso].¹¹

Os primeiros estudiosos do Direito Romano já se atrapalharam quando da tradução do pensamento daqueles juristas.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições de Direito Civil, volume IV, direitos reais*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 12.

⁹ Cf. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em Direito Romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio Rodrigues e C. 1936.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 266.

¹¹ *Ibidem*, p. 266.

A origem da posse é imemorial. Não parece ser possível precisar quando na história da humanidade qualquer pessoa ou grupo de pessoas estabeleceu com certa coisa uma relação de posse. Não obstante ser a posse imemorial, a relevância jurídica da posse não o é. As teorias elaboradas pelos romanistas - que se debruçaram sobre as fórmulas pretorianas e sobre o *Corpus Iuris Civilis* - configuram a primeira sólida construção jurídica sobre a posse. O Direito Romano mesmo não forneceu sistematizações.

Por ser o marco da relevância jurídica da posse, o Direito Romano foi objeto de vários trabalhos analíticos, entre os quais se destacaram duas correntes. O estudo dessas duas grandes teorias de referência sobre a posse no Direito Romano, a teoria objetiva, de Rudolf Von Jhering e a teoria subjetiva, de Friedrich Karl Von Savigny é constante em quase toda doutrina da posse. O Brasil teve seu ordenamento jurídico especialmente marcado por essas doutrinas que se aprofundaram nas soluções dos pretores romanos.

Nesse mesmo sentido, o Direito Civil Brasileiro, observa Carlos Roberto Gonçalves, reportando-se à Castan Tobeñas, está muito vinculado às teorias de Jhering e de Savigny, o que nos afasta de algumas outras codificações estrangeiras, que elaboraram teorias independentes das clássicas, dentre as quais se destaca a francesa¹².

Mais uma afirmação doutrinária que corrobora a ideia de que o nosso ordenamento jurídico é extremamente influenciado pelas teorias romanistas pode ser extraída da obra de Caio Mário da Silva Pereira, que afirma que "a dogmática da posse não perde os conceitos romanos"¹³ e que, no Brasil, tanto o Código Civil de 1916¹⁴, quanto o de 2002¹⁵ não abandonaram os conceitos herdados. O autor ainda afirma que a experiência pátria teve a peculiaridade de adotar "como moeda corrente" a doutrina romanista, pela omissão que havia no ordenamento jurídico.

O reflexo dessa singular influência romanista é sentido por Silvio de Salva Venosa em relação ao instituto do desdobramento da posse, - engenhosidade com origem nas teorias

¹² TOBEÑAS, Castan apud. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 35.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume IV, direitos reais*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 11.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 24/09/2014.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24/09/2014.

romanistas, como trataremos, para explicar a posse direta e indireta - que é "ausente em ordenamentos alienígenas"¹⁶, o que torna única a experiência brasileira.

As teorias romanistas objetiva e subjetiva não influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro em igual medida e proporção. O Direito Civil brasileiro, em geral, é guiado pela teoria objetiva de Jhering. Corroborando essa ideia, Clóvis Bevilacqua, um dos responsáveis pela codificação civil de 1916, afirmou que "o Código Civil Brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente a doutrina de Jhering sobre a posse"¹⁷. Nesse mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa afirmou que "Nosso ordenamento sobre posse repousa em grande parte, mas não exclusivamente, na corrente objetiva de Jhering"¹⁸. Essa informação, entretanto, é controversa, por haver quem defenda que a posse no Código Civil é fruto da ideia de Savigny ou cópia do Direito Germânico, como revela Moreira Alves¹⁹.

Jhering começa sua teoria simplificada da posse²⁰ tratando justamente da relevância de delimitação da posse, principalmente quanto à distinção entre posse e propriedade. Assim, no trabalho de Jhering, há preocupação com a efetividade de uma teoria sobre a posse fora do campo das ideias. Parece acertado começar a tratar do tema através de uma reflexão sobre sua importância.

A importância de se definir posse, em primeiro momento, é pouca relativamente à totalidade dos atos cotidianos. A relevância da definição de posse é, à primeira vista, muito destacada no mundo jurídico e pouco importante fora da teoria civil. O proprietário da coisa geralmente é o possuidor, "mas, desde o momento que a propriedade e a posse se separam, o contraste produz-se imediatamente com tal evidência que não pode passar despercebido, nem sequer ao leigo"²¹.

Assim, casos em que a posse e a propriedade se separam, como nos casos de locação de imóvel, exigem, de homens comuns, assumir que existem direitos para o possuidor muito parecidos com o do proprietário, mas que evidentemente não são iguais. A sociedade não assume o locatário como proprietário do imóvel, mas assume a existência de direitos sobre a propriedade em poder de exercício atribuído ao mesmo locatário, que os exerce como se fosse

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 63.

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. III. 11ª Ed. Atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. 1959. p. 5.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 48.

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 245.

²⁰ IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Tradução de Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004.

²¹ *Ibidem*, p. 7.

proprietário, mas sem o ser. Nem por isso a sociedade fica confusa sobre à imagem passada pelo locatário em relação ao locador proprietário, porque, como dito, o contraste de direitos é nítido até aos mais simplórios dos homens.

Mesmo diante de tal conclusão, - de que, em certas situações, se torna evidente à sociedade a distinção entre posse e propriedade - é o Direito mesmo que deve ter cara a noção de posse distintamente da noção de propriedade.

Tanto Savigny, quanto Jhering utilizam-se das expressões *animus*, como elemento subjetivo e *possessio corpore* ou *corpus*, como elemento objetivo, identificando-os como os dois elementos formadores da posse. É como afirma Darcy Bessone em seu estudo sobre a posse: "Admitem todos, inclusive Savigny e Jhering, que os elementos substanciais da posse são dois: *corpus* e *animus*."²². Apesar de termos empregados de forma compartilhada, os dois teóricos tinham ideias diferentes sobre o significado de cada um deles. Por isso, explica José Carlos Moreira Alves:

"Dos textos romanos, extrai-se que dois são os elementos da posse: um *elemento objetivo* (a que as fontes aludem com a expressão *possessio corpore*, e a que os autores modernos, desde a Idade Média, denominam, sinteticamente, *corpus*) e um *elemento subjetivo* (a que os textos se referem com a palavra *animus*).

Ocorre, no entanto, que nas fontes não há definição nem do *corpus* nem do *animus*. Daí, os romanistas, desde a Idade Média, terem procurado, com base na aplicações práticas do *corpus* e do *animus* a que se referem os textos, conceituar um e outro. Mas as divergências sobre essas conceituações são profundas."²³

Moreira Alves, debruçando-se sobre as teorias de Jhering e Savigny, enuncia que o *corpus* diz respeito à relação física que se tem com a coisa²⁴. Dentre os elementos constitutivos da posse este é o mais semelhante entre Jhering e Savigny. Para o primeiro teórico, o *corpus* seria, como descreve Moreira Alves, "a relação de fato entre a pessoa e a coisa de acordo com sua destinação econômica; é o procedimento do possuidor, com referência à coisa, igual ao que teria normalmente o titular do respectivo direito."²⁵.

A teoria de Jhering baseava-se na aparência. Era possuidor quem agisse como tal, dando destinação econômica à coisa e contra todos a defendendo. O *animus*, para Jhering, era

²² BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 84.

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 263.

²⁴ *Ibidem*, p. 263.

²⁵ *Ibidem*, p. 263.

o mesmo que *affectio tenendi*, que significa "a consciência de ter a coisa consigo, a vontade de deter a coisa"²⁶. Essa vontade era presumida pela aparência de ter o direito.

Para Savigny, "o *corpus* é a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e defendê-la contra agressões de terceiros"²⁷. Nesse sentido, possuidor seria aquele que demonstrasse poder físico sobre a coisa. Por exemplo, se alguém defendesse um casaco como seu contra um furto, haveria aí a expressão do *corpus* como elemento de posse do casaco. Na teoria subjetiva, apenas o *corpus* não seria suficiente para configuração da posse, restando configurada a detenção.

Já o *animus*, na visão de Savigny, é "a intenção de ser proprietário da coisa"²⁸, o que os romanos designavam *animus domini*, *animus possidendi*, ou ainda *animus rem sibi habendi*.²⁹ A concepção subjetiva, então, dava ao seu elemento subjetivo, *animus domini*, maior correlação e dependência do conceito de propriedade, porque, enquanto a teoria objetiva prega o seu *animus* (chamado de *affectio tenendi*) como vontade de deter, a teoria subjetiva enuncia o mesmo elemento como intenção de ser proprietário. Isso resume a primeira diferença entre *animus domini* (elemento subjetivo da teoria de Savigny) e *affectio tenendi*, o *animus* da teoria de Jhering.

Conforme veremos, Savigny também admitia a presença do *affectio tenendi* como elemento formador da posse, mas esse elemento subjetivo não seria suficiente para configurar posse junto ao *corpus*. Seria necessário ainda a presença de *animus domini* ou *rem sibi habendi*.

A diferença principal da concepção subjetiva ante a teoria objetiva, entretanto, é que nesta, a vontade se presume: o *animus* se presume do *corpus*, ou, como afirmou Moreira Alves, o *corpus* seria a exteriorização do *animus*, sendo que os dois elementos não seriam

²⁶ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 263.

²⁷Ibidem, p. 262.

²⁸Ibidem, p. 263.

²⁹As expressões do latim *animus rem sibi habendi* e *animus possidendi*, que variam de acordo com a história romana, são muito semelhantes em significado ao *animus domini*, se vistos em enfoque da teoria subjetiva de Savigny. Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller. 2002, p. 32; BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 88-90; 103-105; PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em Direito Romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio Rodrigues e C. 1936, p. 200 e ALVES, José Carlos Moreira. Op. Cit. p. 277.

independentes entre si³⁰. Já para Savigny, não há essa presunção advinda da relação entre os dois elementos, porque o *corpus* seria independente do *animus domini*.

A posse na visão de Jhering é direito real, e não um fato, como para os romanos. Assim, esse direito, na visão do primeiro autor, é apenas acionado quando a situação demanda sua proteção (*ex occasione*). Esse é, aliás, representa relevante ponto destacado na doutrina sobre as diferenças entre as teorias de Jhering e Savigny: o primeiro entendia que a posse era direito, ao passo que o segundo defendia a posse como fato. Quem entende a posse como fato deve crer que essa condição, de posse, só perdure enquanto houver relação direta com a coisa possuída. Por isso, se diz que a posse fato é tolerada³¹.

2.2 A interservação possessória e o convalhecimento

A expressão interservação possessória, também denominada *intervertio possessionis* e *mutatio causae possessionis*³² advém do Direito Romano e significa "alteração do título da posse"³³, mudança do caráter da posse. Da regra vigente naquele sistema, se extrai a máxima *nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*: ninguém pode a seu arbítrio mudar a causa de sua posse³⁴. A causa da posse diz respeito ao caráter sob o qual ela é exercida, ou ainda a que título se exerce a posse. Assim, as mudanças da causa, ou do título ou ainda do caráter pelo qual a posse é constituída dizem respeito a interservações possessórias, que representam mitigações a esse mesmo princípio da continuidade do caráter da posse.

A doutrina brasileira trata desse assunto na oportunidade de estudo sobre o caráter da posse, identificando o fenômeno como a alteração do título da relação do possuidor referente à coisa, a mudança da causa da posse.

A interservação não diz respeito ao ânimo, mas sim à causa e ao caráter, como detalharemos a frente. É uma alteração nessa causa, nesse caráter, que pode significar convalhecimento se essa mudança resultou em posse justa e sem outra mácula. Isso porque

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. . *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 263.

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 263.

³² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 85.

³³ BESSONE, Darcy. *Da posse Da posse*. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 110.

³⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1943, p. 47.

convalescimento diz respeito à cura, ao saneamento dos vícios da posse, não a simples mudança de causa ou caráter.

Entre os que cometeram essa confusão, apontam Marcus Vinícius Rios Gonçalves e Carlos Roberto Gonçalves, está Silvio Rodrigues³⁵, por ter chegado à conclusão equivocada sobre a regra da segunda parte do artigo 1.208 do Código Civil de 2002, de que “o legislador permite que a posse **convalesça** dos vícios da violência e da clandestinidade” [grifo nosso]³⁶.

Silvio Rodrigues enuncia a aparente contradição entre o princípio da continuidade do caráter da posse com a regra contida no art. 497 do Código Civil de 1916, com redação transposta para o art. 1.208 do Código de 2002, segundo a qual, não induzem posse "os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade"³⁷.

O ponto fulcral da divergência doutrinária representada pela contraposição do pensamento de Pontes de Miranda, Carlos Roberto Gonçalves e de Marcus Vinícius Rios Gonçalves ao de Silvio Rodrigues começa pela regra do artigo 1.203 do Código Civil, que expressa o princípio da continuidade do caráter da posse: "Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida".

Para Silvio Rodrigues, o referido dispositivo teria presunção *juris tantum*, o que justificaria a regra do art. 1.208 do Código Civil, segundo a qual a clandestinidade e a violência podem convalescer. A precariedade, por outro lado, jamais poderia convalescer, ora porque o legislador não a incluiu na disposição do art. 1.208, ora porque a obrigação de devolução da coisa não cessa.

Rodrigues parte do pressuposto de que o artigo 1.208 do Código Civil trata de convalescimento. O que não é verdade. O dispositivo trata de interversão da causa da posse, porque descreve uma detenção que se transmuda em posse injusta. A modalidade de detenção do artigo 1.208 é a relação a respeito da coisa enquanto durar o esbulho, no caso do vício de violência ou enquanto durar a ignorância do possuidor próprio de que alguém se estabeleceu na coisa, no caso do vício da clandestinidade (senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade).

³⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 90; GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 48.

³⁶RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 29.

³⁷Ibidem, p. 29.

Posta essa explicação - de que artigo 1.208 explicita, pelo menos, duas modalidades de detenção, que representam relações nas quais perdura o próprio ato de violência ou de clandestinidade - compreende-se que a posse injusta pela mácula da clandestinidade ou da violência nasce só quando cessam a *vis* e a *clam*. É como afirma Carlos Roberto Gonçalves para esse caso: "não há convalescimento de posse, mas transmutação de detenção em posse".³⁸

Ainda esclarece Marcus Vinicius Rios Gonçalves que, nesse caso: "O que alguns autores, como Silvio Rodrigues, chamam de convalescimento da posse violenta e clandestina, nada mais é, a nosso ver, que uma substituição de um estado de detenção, por um estado de posse.".

Essa detenção a que alude a segunda parte do artigo 1.208 do Código atual é transitória e etapa necessária ao surgimento da posse violenta e da posse clandestina.

2.2.1 O caráter da posse: definição e modalidades

Seguindo a tendência, o termo caráter da posse também é objeto de confusão terminológica. O imbróglio repousa em sua definição ser (ou não) distinta de outros termos, por vezes utilizados como sinônimos, entre os quais causa da posse ou título da posse; e ainda em saber ao qual termo realmente se refere o princípio da continuidade do caráter da posse e a interservação possessória.

Darcy Bessone, como afirmamos acima, utiliza-se do termo título. Com característica precisão, entretanto, Pontes de Miranda tece considerações sobre o emprego do termo. Primeiramente, o autor define a causa da posse:

*"Causa possessionis é o fato que dá a representação da relação possessória a respeito da coisa; mais do que causa - razão fática da posse; é a maneira pela qual o sistema jurídico preestabelece que se crie a posse, - origo nanciscendae possessionis. De modo que a criação 'injusta' da posse, no sentido do artigo 489, isto é, a posse violenta, ou clandestina, ou precária, é causa possessionis."*³⁹

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 90;

³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 84.

Utilizou Miranda cuidadosamente os termos de sua definição de *causa possessionis*, atentando para o fato de que representa a relação "a respeito da coisa" e não com a coisa. Isso porque Pontes se valeu da noção advinda das teorias sociais, em que a posse representa relação "entre homens a propósito da coisa, não entre o homem e a coisa"⁴⁰. Por isso, nesse trabalho, a não ser no caso do estudo das teorias romanistas, evitamos utilizar a expressão "relação com a coisa" para substituir posse.

Pontes diferencia a *causa possessionis* do caráter da posse. Segundo o autor, mais preciso seria que o artigo 492 do Código Civil de 1916, que representa o princípio da continuidade do caráter da posse - transportado da mesma forma para o artigo 1.203 do Código atual, que enuncia: "Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida" - tivesse falado em causa e caráter da posse.

Também afirma o autor que o ordenamento jurídico brasileiro, ao transportar o princípio da continuidade do caráter da posse, faz interpretação larga, ou seja, apesar de utilizar a expressão caráter, não quer dizer caráter em sentido estrito, mas, além deste, faz referência à causa que faz a espécie da posse, às qualidades e aos vícios. Assim, o princípio da continuidade do caráter da posse é presunção, de que:

"A posse adquirida de má-fé presume-se que continuou posse de má-fé; a que foi adquirida de boa-fé presume-se que continuou posse de boa-fé; a que exsurtiu justa, presume-se continuar justa; a que foi adquirida clandestinamente, ou por violência, presume-se que continuou clandestina ou violenta; a que foi precária de início, presume-se continuar precária."⁴¹

A diferença está em que a causa remete à origem da posse (*origo nanciscendae possessionis*), a forma pela qual ela se deu, ou seja, refere-se a uma das modalidades de aquisição da posse; já o caráter diz respeito à atual razão de ser da posse (*ratio obtinendae possessionis*), independente de como foi adquirida. Entretanto, assevera o autor, mesmo que o Código tenha utilizado a palavra caráter, melhor seria que o princípio tivesse utilizado da expressão *causa*, junto ao caráter.⁴²

O mesmo autor ainda insiste: "Viciosa diz-se a posse quanto à sua aquisição"⁴³. Em outras palavras a verificação do vício, característica da posse, observa a origem, a causa da posse e não a razão atual. Assim, mais certo seria referir-se à causa quando tratamos da

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 91.

⁴¹ *Ibidem*, p. 88.

⁴² *Ibidem*, p. 90 e 91.

⁴³ *Ibidem*, p. 152.

interversão possessória e do princípio da continuidade do caráter da posse. A intervenção possessória representa o nascimento de outra posse ou da própria posse, no caso da intervenção da detenção, ou seja, outra causa. Semelhantemente, o princípio da continuidade do caráter da posse é a afirmação de que se presume permanecer a origem, a causa da posse.

Não obstante essa diferenciação parecer insignificante quanto aos efeitos práticos, ou ainda configurar preciosismo desnecessário, os desdobramentos desses conceitos atingem vários mecanismos jurídicos importantes, como a usucapião e as defesas possessórias, podendo mudar as decisões para esses casos. Atento, Pontes de Miranda ainda assevera:

"A propósito, ainda convém advertir que nada justifica que se substitua *causa*, por outra expressão como 'caráter da posse', que J. Th. Schirmer (*Über den Verlust des Besitzes, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess*, 11, 433 s.) propunha."⁴⁴

Mesmo que se utilize a expressão título ao invés de causa ou no lugar de caráter, importante é ter em mente que a relevância, no que diz respeito ao convalidamento, à intervenção possessória e ao princípio da continuidade do caráter da posse, está na origem da posse, precisamente na causa.

A origem, nesse sentido, pode se referir à detenção (*causa detentionis*), ou à própria posse (*causa possessionis*), justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé. É nesse sentido que a expressão caráter da posse será empregada, encerrando o termo na identificação da relação do possuidor em relação à coisa, o que remete à origem, à causa da posse exercida.

Posto isso, a intervenção possessória pode representar, por exemplo, a mudança da detenção em posse, da posse injusta em justa, de boa-fé em má-fé, como as operações inversas.

Uma das engenhosidades romana trazida para o nosso ordenamento jurídico que combate a maldita herança histórica brasileira de má distribuição de terras é a figura da usucapião, que depende, via de regra, da demonstração do bom caráter da posse. O entrosamento entre as variações do caráter da posse e a usucapião é percebido por todo estudo dos Direitos Reais. A verificação do caráter da posse é essencial para declaração da prescrição aquisitiva. Lafayette Pereira, em comentário dirigido ao princípio da continuidade do caráter da posse afirma:

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 84.

"Assim, aquele que, por exemplo possui a coisa como donatário (*pro donato*), não pode a seu arbítrio mudar a causa da posse, dizendo que a possui a título de herdeiro ou de comprador. A citada regra é de uma grande importância nas questões de prescrição aquisitiva."⁴⁵

Não obstante parecer ser algo pequeno a imposição trazida pelo princípio da continuidade do caráter da posse, o mesmo é óbice jurídico para boa parte das ações movidas por quem busca se estabelecer em bem alheio, em casos nos quais o proprietário não entregue a destinação econômica, não dê a função social devida constitucionalmente ao mesmo bem.

As transições da causa da relação do possuidor a respeito de um bem devem ser estudadas em consciência do sistema jurídico formado para o tratamento da posse, que deve se moldar às disposições constitucionais. Dessa forma, é necessário fazer alguns apontamentos sobre a constitucionalização do Direito Civil e as características gerais sobre a posse. Isso não significa dizer que basta sacar um princípio constitucional para rasgar qualquer norma constante do Código Civil. Algumas regras confrontam princípios, mas se amoldam a outros. O mero confronto de uma regra com um princípio não deve significar a revogação constitucional da regra. O convalhecimento da posse precária, por exemplo, pode afrontar a segurança jurídica, mas se reveste da função social da propriedade. Nesses casos, há necessidade de ponderação, objeto de estudo da hermenêutica.

Transmutação do caráter da posse não é convalhecimento. Aliás, o *ánimus* do possuidor muda quando qualquer das posses injustas nasce, nem por isso deixam de ser posses injustas. O convalhecimento diz respeito ao fenômeno que reflete o nascimento de posse justa com origem em posse injusta ou em detenção.

Comunmente a doutrina traz o estudo do caráter da posse junto às modalidades, as classificações que se pode fazer da posse. Várias das modalidades indicam o caráter e a causa da posse. Existem cinco classificações comuns na doutrina para a posse. Discorre-se sobre o desdobramento da posse, sobre a quantidade de titulares, sobre o tempo de posse e sobre boa-fé e a justeza da posse. O caráter da posse diz respeito ao título da relação que remete à coisa. Assim, a posse pode ser direta ou indireta, ser exclusiva ou compartilhada, ser velha ou nova, ser justa ou injusta e pode ser de boa-fé ou de má-fé.

⁴⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1943, p. 47.

2.2.2 O Convalescimento da posse violenta e da posse clandestina

Violenta é aquela posse adquirida através de coação movida contra as defesas da propriedade, típico vício em todos os negócios jurídicos, podendo ser física ou moral⁴⁶. Pode-se dar por ato positivo ou negativo (caso em que alguém faz ser "impossível ao possuidor a posse mesma ou o seu exercício")⁴⁷.

A posse clandestina tem característica de posse adquirida em oculto, "à socapa, às escondidas, com subterfúgios, manhas e ardis"⁴⁸, em impedimento do conhecimento de quem tem interesse na proteção da propriedade, o que é avaliado no momento de obtenção da posse⁴⁹, sem levar em consideração a intenção do possuidor.

O art. 1.208 do Código Civil Brasileiro estabelece a regra pela qual não induzem posse os atos de violência ou de clandestinidade, enquanto durarem tais atos. Carlos Roberto Gonçalves explica que, durante o ato violento ou clandestino há mera detenção⁵⁰. Mas, tão logo findem as ações que configurem violência ou clandestinidade nasce uma posse marcada pela injustiça advinda dos atos pelos quais foi adquirida.

O fenômeno de passagem de detenção em posse injusta é reconhecido como momento de transição necessário para o nascimento da posse violenta ou clandestina. Isso porque os atos de violência e de clandestinidade são sempre atos próprios do detentor, assim não há posse violenta ou clandestina que não seja originada da detenção.

Assim, a transformação da detenção em posse não só é possível, como é ato necessário ao surgimento da posse injusta pela violência ou pela clandestinidade. Nem por isso, a detenção convalesceu, porque, nesse caso, não gerou posse justa. Frise-se mais uma vez aqui, que a mudança do caráter da posse não significa convalescimento. A transição da detenção em posse também não o é. Mas, apenas quando a posse injusta ou a detenção tornam-se posse justa, há convalescimento da posse.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 70.

⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 148.

⁴⁸ Ibidem, p. 149.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 70.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 89-91.

Dessa forma, o convalidamento da posse injusta por violência ou clandestinidade (nascida quando cessado o esbulho, ou quando é conhecida a ocupação) ocorre quando a posse injusta transmuda em posse justa, por qualquer razão, ou, pelo transcurso de certo prazo legal, se transforme em posse *ad usucapionem*⁵¹.

A posse *ad usucapionem* é a que já alcançou requisitos, como transcurso de tempo, necessários para poder transformar-se em propriedade, por meio da ação de usucapião. Esse prazo legal tem termo inicial no nascimento da posse injusta pela cessação da violência ou precariedade. Enquanto não transcorre todo o prazo permanece, se mantida a mesma condição, a posse injusta, dita posse *ad interdicta*, porque pode ser defendida por meio dos interditos possessórios contra outros de pior posse.

Mesmo que de posse injusta ou de má-fé, pode o possuidor ter melhor posse do que terceiros. A posse de má-fé ou injusta não faz frente ao proprietário, mas pode ser alegada contra terceiros. Daí, ser plenamente possível manejar as defesas processuais da posse de má-fé ou injusta, desde que contra terceiros de pior posse. Ao tratar desse ponto específico, Carlos Roberto Gonçalves, tece o seguinte comentário:

"Ainda que viciada, pois, a posse injusta não deixa de ser posse, visto que a sua qualificação é feita em face de determinada pessoa, sendo, portanto, relativa. Será injusta em face do legítimo possuidor. Mesmo viciada, porém, será justa, suscetível de proteção em relação às demais pessoas estranhas ao fato. Assim, a posse obtida clandestinamente, até por furto, é injusta em relação ao legítimo possuidor, mas poderá ser justa em relação a um terceiro que não tenha posse alguma. Para a proteção da posse não importa seja justa ou injusta, em sentido absoluto. Basta que seja justa em relação ao adversário. A tutela é dispensada em atenção à paz social."⁵²

O critério de melhor ou pior posse, hoje, pode ser apurado com certo grau de discricionariedade pelo magistrado. Este dá a palavra final em um conflito de aferição da melhor posse. Mas, adverte Venosa que, na vigência do Código Civil de 1916, a base de análise era o justo título, seguido do tempo de posse. Tanto na vigência do código anterior, quanto no hodierno ordenamento jurídico, a situação pode culminar no sequestro do bem até que seja dirimido o conflito.

O entendimento de que a posse marcada pelos vícios da clandestinidade ou da violência pode convalidar-se é, de maneira geral, tranquilo na doutrina e na jurisprudência. O

⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 78.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 90.

que carece de melhor elucidação é o entendimento exposto, de que a posse injusta pela *vis* e pela *clam* começa da detenção que perdura enquanto não cessarem os atos de injustiça.

3 POSSIBILIDADE DE CONVALESCIMENTO DA POSSE PRECÁRIA. DETENÇÃO E POSSE PRECÁRIA

A discussão sobre o convalidamento da posse precária tem que passar, necessariamente, pela questão de distinção entre a detenção e a posse - e entre aquela e a posse precária. Assim, é necessário distinguir detenção de posse antes de tratar de posse precária e de seu convalidamento. Para tanto, a abordagem sobre permissão e tolerância também são imprescindíveis.

Entretanto, também essa noção configura pontos divergentes nas teorias de Jhering e de Savigny. A solução dada por Jhering é a utilizada em nosso ordenamento jurídico. A detenção é, para Jhering, a posse não protegida pelo Estado, na legislação. Assim, a teoria objetiva exige um fator externo para configuração da detenção: que a legislação exclua determinadas situações da proteção estatal, situações essas que normalmente apontariam para a posse, mas que devem ser tratadas como detenção, por opção do legislador. A teoria objetiva pressupõe que a diferença entre detenção e posse se resolve com a lei. Se houver dispositivo legal descrevendo que determinada conduta - normalmente entendida como configuradora da posse - não é juridicamente protegida, então seria essa situação de mera detenção. Dessa forma, a teoria objetiva advoga que não existe um conceito natural para detenção, esta será aquilo que o legislador determinar que seja.

Nesse mesmo sentido, Moreira Alves afirma que detenção é "o poder de fato exercido sobre uma coisa, sem proteção jurídica"⁵³ e José Carlos de Matos Peixoto afirma que "O germen da distinção entre a posse e a detenção reside no facto de certas relações serem protegidas pelo pretor, mediante os interdictos, ao lado de outras que não merecem essa proteção."⁵⁴

A doutrina brasileira tende a acompanhar essa visão advinda da grande inovação da teoria objetiva de Jhering, que separa a detenção da posse por um elemento externo objetivo (a lei). Assim, o esforço descritivo na doutrina para detenção enumera os casos de detenção em observação ao que a própria lei expressamente excluiu da proteção jurídica direta ou indiretamente.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 264.

⁵⁴ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em Direito Romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio Rodrigues e C. 1936, p. 144

Atento a esta orientação, o Código Civil de 2002 começa a definir em seu art. 1.198 uma das situações que revelam quem é detentor, como aquele que depende de outro e possui um bem em nome deste, recebendo deste ordens. Esse dispositivo legal tem origem no § 855 do Código Civil Alemão⁵⁵. A esses detentores dá-se o nome de fâmulos da posse (ou de servidores da posse), que participam de uma situação denominada detenção subordinada. A doutrina cita como exemplo desse tipo de detenção a relação dos caseiros para com o imóvel que guardam em nome do proprietário.

No caso específico da detenção subordinada, própria dos fâmulos, o Conselho da Justiça Federal, assentou, através do enunciado nº 301, da IV Jornada de Direito Civil, que "É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios"⁵⁶. Esse é um caso de intervenção possessória em que não há, inicialmente, posse. Esta apenas surge pelo poder de exercício de algum atributo da propriedade em nome próprio do até então detentor.

Por mais que se confunda e se insista em estender a sua abrangência, o enunciado nº 301 é especialmente voltado para a detenção do artigo 1.198 do Código Civil, dos fâmulos da posse. Por isso, enuncia, como condição, o rompimento da subordinação.

A detenção subordinada, entretanto, não encerra os casos os quais a legislação optou por configurar detenção. Carlos Roberto Gonçalves aponta para outros dois dispositivos do Código Civil Brasileiro que descrevem situação de detenção: os artigos 1.208 e 1.224⁵⁷, que enunciam:

"Art. 1.208. 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.

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

O art. 1.208 impede o configuração de posse advinda de atos de mera tolerância ou permissão e também de atos violentos ou clandestinos, se não antes de cessar a violência ou clandestinidade.

⁵⁵ PONTES, Tito Lívio. *Da posse: prática, doutrina, jurisprudência e legislação*; atualizado por Camargo Sobrinho, Mário de. 3ª ed. São Paulo: Interlex. 2002, p. 62.

⁵⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Enunciado 301. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/>>.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 64-66.

Da primeira parte do artigo 1.208 do Código Civil se extrai que os atos de mera permissão ou de mera tolerância não geram posse. Daí dizer-se que tais atos são, na verdade, de mera detenção⁵⁸. Da última parte do art. 1.208 do Código Civil exprime-se que, na duração da violência ou clandestinidade, não há posse, mas mera detenção. Essa situação configura a detenção independente. Terminada a situação de violência ou de clandestinidade, começa a posse, uma posse injusta (posse violenta ou posse clandestina) até que convesça, como, por exemplo, pelo decurso do prazo para usucapir.

Já o art. 1.224 do Código Civil enuncia não perder a posse aquele que não tem conhecimento do esbulho praticado por outrem, desde que, quando conhecer a situação, retome a coisa, ou então seja impedido de retomá-la. Então, há para o esbulhador, enquanto durar a situação de ignorância do esbulhado, mera detenção.

Para Savigny, diferentemente do que se demonstrou até aqui, o *animus domini*, ou seja, a vontade de ter a coisa é a chave para se diferenciar a posse da detenção. Se faltar esse elemento subjetivo, não há posse, mas sim detenção. Assim, na teoria subjetiva, há detenção quando ausente o *animus* do possuidor.

Pode-se concluir desse raciocínio, construído pela análise das teorias subjetiva e objetiva da posse, que a posse para Savigny era igual à detenção mais o *animus domini*. Já para Jhering, a detenção e a posse são basicamente iguais, com a diferença de que na detenção há a subtração do caráter de posse por um dispositivo legal. Para exemplificar essa conclusão já enunciada nos estudos de Jhering, José Carlos de Matos Peixoto desenha fórmula algébrica retirada da teoria objetiva:

"Jhering recorre a formulas algébricas para traduzir mais claramente a diferença entre a sua teoria e a de Savigny.

Designa-se a posse por P, a detenção por D, o *corpus* (justaposição local) por C, a *affectio tenendi* do detentor segundo a theoria de Savigny por A, por a o *animus domini* dessa mesma theoria, e por n a disposição legislativa que, segundo a theoria objectiva, denega a posse a certas relações.

De acordo com essas indicações, a fórmula para a theoria de Savigny será:

$$P = C + A + a$$

$$D = C + A$$

A formula da theoria objectiva será:

⁵⁸ Entre os vários doutrinadores que apontam para tal conclusão está GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 65.

$$P = C + A$$

$$D = C + A - n^{59}$$

A *affectio tenendi* (A), ou ainda, *affectio possidendi* são termos retirados do Direito Romano, que, essencialmente, designam a mesma coisa: o elemento subjetivo que indica a consciência da detenção, que se presume do elemento objetivo *corpus*. A esse elemento (A), ainda foram atribuídas as nomenclaturas *intellectus possidendi* ou *intellectus tenendi*. A presença da *affectio tenendi* é a caracterização do *animus* presumido da teoria objetiva, é vontade de deter, não de possuir para si.⁶⁰

Assim, não há distinção de posse e detenção para Jhering, a não ser pela exclusão externa de dispositivo normativo (n). Já o *animus domini* (a) é o elemento subjetivo que denota vontade de possuir, necessário para configurar a posse na teoria subjetiva, junto a consciência de possuir, *affectio tenendi* (A), e ao *corpus* (C).

A definição de detenção é especialmente controvertida nas teorias objetiva e subjetiva da posse quando se trata do desdobramento da posse. Silvio de Salvo Venosa começa seu estudo de classificação da posse através de influência da teoria da posse derivada de Savigny: a posse direta e a posse indireta⁶¹.

O desdobramento da posse em direta ou indireta advém da lei. Quando não há fato jurígeno estabelecendo a divisão da posse, então esta será tratada de forma convencional. Os casos a que se referia o Código Civil como capazes de gerar o desdobramento da posse são exemplificados, estando dispostos de forma não exaustiva no artigo 1.196. Podemos citar o contrato de aluguel, que resulta na posse direta do locatário, por estar no poder físico da coisa; e na posse indireta do locador, que, apesar de não utilizar o bem como o faz o locatário, não perdeu o vínculo de posse com o mesmo bem.

Vale dizer que, segundo Venosa⁶², não são as normas específicas sobre os direitos reais as únicas a se valerem do instituto do desdobramento da posse. Também outras normas de áreas distintas do Código Civil, como as regras de sucessões e de família produzem situações jurídicas em que se tem, de um lado, o possuidor direto e, de outro lado, o possuidor indireto. Para reproduzir um exemplo, observe-se o regime jurídico para o inventariante, na

⁵⁹PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em Direito Romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio Rodrigues e C. 1936, p. 223.

⁶⁰Ibidem, p. 226-229.

⁶¹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 59.

⁶²Ibidem, p. 60.

sucessão. Não obstante o art. 1.784 do Código Civil estabelecer que aos herdeiros imediatamente se transfira a posse dos bens do espólio (princípio da *saisine*), o art. 990 do Código de Processo Civil também garante ao inventariante a posse sobre os bens no inventário. Não se trata de uma antinomia, mas de uma bipartição na posse, entendendo-se que os herdeiros legítimos e testamentários são possuidores indiretos, e o possuidor direto é o inventariante.

Segundo Venosa, a doutrina, em geral, aponta que as teorias subjetiva e objetiva da posse não se harmonizam com o desdobramento da posse⁶³. Na teoria objetiva, essa falha em explicar a posse desdobrada decorreria da exigência "de exterioridade do domínio, o que não ocorre com o locador, nu-proprietário, depositante, porque não se apresentam eles ostensivamente perante a sociedade como titulares do direito real"⁶⁴.

O próprio autor rebate o argumento trazido da doutrina ao afirmar que a ideia da sociedade em relação aos possuidores indiretos é de que exercem sim os atributos da propriedade e não perdem o vínculo com a coisa:

"A nosso ver, de certa forma, também não atenta frontalmente contra a teoria de Jhering, porque, sem muito esforço, no seio da sociedade, aflora ao conhecimento do leigo a relação de locação, usufruto e depósito, por exemplo, levando-se em conta que tanto locador como nu-proprietário e depositante não se despojam completamente da relação de fato com a coisa entregue por certo tempo e por determinado fato jurídico a um possuidor imediato."⁶⁵

Dessa forma, verifica-se o dissenso entre os doutrinadores brasileiros sobre a compatibilidade da teoria objetiva com o instituto do desdobramento da posse, especificamente no que toca a posse indireta. Certa é a exposta posição de Venosa, que reconhece a aparência dos possuidores indiretos como legítimos possuidores perante à sociedade.

A discordância, porém, não se detém na teoria objetiva. Como dito, a doutrina também aponta a incompatibilidade da teoria subjetiva com o instituto do desdobramento da posse. O argumento, nesse caso, é o de que os possuidores diretos seriam meros detentores para Savigny. Isso porque a ausência de *animus domini*, "pela própria natureza da relação contratual envolvida"⁶⁶, impediria o reconhecimento de posse - argumenta Venosa. A teoria

⁶³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 63.

⁶⁴Ibidem, p. 63.

⁶⁵Ibidem, p. 63.

⁶⁶Ibidem, p. 63.

subjetiva da conceituação de posse apontaria a posse direta como mera detenção, por falta do elemento subjetivo. Em mesmo raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves, em referência à teoria de Savigny, afirma:

"Esta situação do locatário, do comodatário, do depositário etc., que apenas detêm a coisa, mas não possuem, porque lhes falta a intenção de possuí-la como própria. O título, em virtude do qual a detêm, implica o reconhecimento do direito de terceira pessoa."⁶⁷

A divergência, nesse ponto, é encontrada em Moreira Alves, na afirmação de que Savigny reconheceu que a inclusão das situações de posse direta como detenção não combinava com a proteção jurídica dada pelo Estado Romano às mesmas situações, pois, em se tratando de detenção, não poderiam ser gerados efeitos jurídicos, como ocorre com a posse. Por isso, a afirmação de que a teoria subjetiva falhou em relação à posse desdobrada:

"Mas, o próprio Savigny verificou que existiam casos em que, segundo os textos romanos, havia posse, apesar da inexistência do *animus domini*. Assim, eram possuidores, para o direito romano, o precarista, o credor pignoratício e o depositário de coisa litigiosa, os quais possuíam sem ter *animus domini*, e que, portanto, deveriam logicamente ser detentores, como o eram, por exemplo, o locatário, o depositário, o comodatário, o usufrutuário."⁶⁸

Reconhecendo a falha de sua teoria, Savigny elaborou o instituto da posse derivada para explicar que o caso dos possuidores diretos também configurava situação possessória, por força do pacto entre estes e os possuidores indiretos, que cediam parcela de sua posse. Sim, "A denominação posse derivada é de Savigny"⁶⁹. Então, a afirmação da doutrina de que a teoria subjetiva não se harmoniza com a posse direta apenas é verdadeira em relação ao viés principal da teoria, posto que o próprio autor dessa concepção excepcionou o caso da posse desdobrada.

Dessa forma, a teoria objetiva explica, em sua essência, a separação da detenção e da posse. Mas, a teoria subjetiva depende do instituto do desmembramento da posse para explicar a separação da detenção da posse, porque faltaria *animus* ao possuidor direto, o que faria ser este mero detentor.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 64-66.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p. 264.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 264. (ver nota de rodapé nº 11).

Importante frisar que Savigny não quis dar *status* de detenção à posse direta, pois reconhecia a proteção jurídica estatal necessária a essas relações de posse desdobrada, que decorriam de contratos, da livre vontade.

Doravante, rejeitar-se-á a doutrina que prega a posse direta e a posse precária como detenção, o que até mesmo soa como inadequado.

A posse precária é aquela adquirida numa relação de confiança, de que o bem entregue ao possuidor direto será devolvido em algum momento, mas que acaba sendo objeto de resistência do possuidor direto em restituir, por ter intervertido a causa de sua posse. Em outras palavras, o vício da precariedade é a característica da posse obtida em abuso de confiança, na quebra de relação de fideiúcia. Venosa, representando o pensamento da doutrina brasileira, afirma que, ordinariamente, a posse imediata (direta) é precária⁷⁰.

Nesse ponto, importante e precisa é a definição de Pontes de Miranda, segundo quem, a "posse adquirida precariamente é a que resulta de se ter feito posse própria a posse direta, ou superior outra posse mediata intercalar, ou posse a simples tença ou serviço da posse. De regra, há, à origem, abuso de confiança."⁷¹.

Observe-se que o nascimento da posse precária representa mecanismo jurídico sofisticado, à medida que exige que a posse direta, de um único ou de um outro possuidor direto da mesma coisa (superior posse mediata intercalar), seja transmudada em posse própria; ou, ainda, que uma detenção se transforme em posse. A posse mediata intercalar diz respeito à posse desdobrada mais de uma vez, sucessivamente.

Em sequência ao estudo da posse paralela, ou desdobrada, Venosa aplica-se na explicação do fenômeno da composses. Para isso, um paralelo é traçado com a figura do condomínio. Assim, como é possível que mais de uma pessoa seja proprietária de determinado bem, o que traduz o significado de condomínio, também é possível que a posse de um único bem indivisível seja exercida por mais de uma pessoa simultaneamente.

⁷⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 63.

⁷¹MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, 149.

A compossa pode ser *pro diviso*, se os compossuidores exercem "poderes apenas sobre uma parte definida da coisa"⁷². Denomina-se *pro indiviso* a compossa que só pode ser exercida pelo conjunto de compossuidores sobre a totalidade da coisa.

Cabe salientar que a compossa pode acontecer simultaneamente ao fenômeno da posse derivada. No caso de isso acontecer, haveria, pelo menos, dois possuidores diretos ou dois possuidores indiretos. Por exemplo, os herdeiros durante o inventário são todos possuidores indiretos (caso um terceiro seja o inventariante). Assim, os herdeiros têm posse compartilhada e indireta: ocorre simultaneamente a compossa e a posse derivada.

A compossa finda pela vontade ou pela insubsistência da circunstância que a gerou.

Algo interessante há no processo de nascimento da posse precária. Enquanto os outros vícios, de violência e de clandestinidade, nascem da detenção, a posse precária nasce de posse justa. Esta é exercida pelo possuidor direto que exerce posse justa enquanto não é devidamente interpelado pelo possuidor indireto a devolver a coisa. No momento em que o possuidor direto recusa-se a restituir a coisa ao possuidor indireto nasce a posse precária: uma posse injusta que necessariamente se origina da posse justa.

Sobre o tema, Arnold Wald leciona:

"A posse, que até aquele momento era justa, pois baseada na relação jurídica, passa *ipso facto* a ser legítima, em virtude de abuso de confiança do possuidor, que praticou verdadeira apropriação indébita, caracterizada pelo dolo superveniente."⁷³

É por isso que o mesmo autor afirma: "Supõe-se, no vício da precariedade, o ter-se mudado a causa da posse (*Nemo sibi ipse causam possessiones mutare potest*)", máxima que representa o princípio da continuidade do caráter da posse. A posse precária exige a ocorrência de interservação possessória em sua origem, o que é uma afronta a esse mesmo princípio, insculpido em nosso ordenamento jurídico:

"se alguém em quem o possuidor confiou, se faz possuidor, há posse, mas viciosa (*mutatio causae possessionis* ou substituição da *causa possessionis* à *causa detentionis*, com ofensa ao princípio *Nemo ipsi sibi causam possessionis mutare potest*"⁷⁴

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 68.

⁷³ WALD, Arnold. *Direito Civil: Direito da coisas, vol. 4*. 12 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 68.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 85.

A doutrina brasileira exemplifica os casos de posse precária com as situações do locatário, que toma imóvel com intenção de posterior restituição ao locador⁷⁵, mas resiste devolver o imóvel no tempo oportuno.

Esse mecanismo não é observado à risca. Marcos Vinicius Rios Gonçalves atenta para o fato de que a posse identificada como precária às vezes é tida por aquela posse que ainda não resultou em abuso da confiança no possuidor direto, como a posse do locatário, ou, como deveria, pode se referir à posse injusta, marcada pela recusa na devolução do bem confiado⁷⁶. Foi como Venosa procedeu, já mostramos acima, para definir o vício da precariedade, afirmando que a posse mediata seria, ordinariamente, precária. Antes da posse precária, entretanto, existe posse justa daquele que recebe a coisa com ânimo de posterior devolução. É só a partir do momento em que há recusa de restituição que se configura o abuso de confiança, portanto a mácula da precariedade.

O certo é denominar posse precária apenas a posse injusta pela recusa de devolução da coisa, e não a posse justa do possuidor direto que tem parte da posse cedida do possuidor indireto por força de contrato.

Além disso, existe ainda outra confusão no meio desse emaranhado terminológico sobre posse precária que precisamos desembaraçar. Sobre esse ponto, Pontes de Miranda alerta para que:

"Quanto à precariedade, é preciso ter-se todo cuidado com o emprego do adjetivo 'precaria': *precarium* e posse precária não são o mesmo; quando se fala de posse precária, já se afirma que há posse, isto é, que, a despeito da situação que tinha a pessoa, em relação ao possuidor, a posse se estabeleceu. Assim, se A emprestou a B o terreno, e esse dele tomou posse, como seu, praticando, portanto, atos que exorbitam do conteúdo do comodato, a posse de B é precária em relação a A."⁷⁷

A precariedade em si, ou *precarium* não é posse precária. Em outras palavras, "Não se deve confundir a posse precária em si mesma considerada com a posse a título precário, isto é, o vício da posse com uma situação contratual de dependência"⁷⁸. A relação denominada *precarium* (do precarista) não traduz posse, por ser sensível demais para gerar relevância

⁷⁵ Cf. (v. g.) GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 89 e RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 29.

⁷⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 45.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 84.

⁷⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2012, p. 88.

jurídica, como a relação entre o leitor e um livro na biblioteca. Já a posse precária (do possuidor precário) é posse injusta, marcada pela recusa em devolver o bem entregue em fidúcia.

A posse precária, a que o Código Civil faz referência, é posse, enquanto o *precarium* diz respeito à situação na qual não há poder fático suficiente para gerar relevância jurídica (posse), portanto, diz respeito a casos de detenção. Por isso, afirma-se, com toda propriedade, que o precarista não é possuidor⁷⁹, mas o possuidor precário o é.

Ressalte-se que o mesmo raciocínio utilizado na compreensão de posse violenta e de posse clandestina não é compatível com a posse precária. A *vis* em si é configurada durante o esbulho contra as resistências da posse, a *clam* pode ser observada enquanto não tomar conhecimento o possuidor do esbulho, mas não existe esse momento em relação ao *precarium*, não existe meio termo, ou seja, o processo de nascimento da posse precária não inclui uma fase em que observamos a precariedade puramente, como nos outros vícios. A posse justa do possuidor direto passa a ser injusta pela recusa, imediatamente, sem que precise haver um processo para a tomada da posse, já que a posse já estava anteriormente estabelecida. Pontes de Miranda nos trouxe, então, mais um termo que diz respeito à detenção, a que se atribuiu o nome *precarium* (relação fática sem relevância jurídica), mas que, frise-se, não é a precariedade que origina a posse precária em si.

Sistematizando: o termo posse precária pode dizer respeito à própria posse direta (justa), ou, como deve ser, pode referir-se à posse injusta marcada pela recusa em devolver o bem. Já *precarium* não diz respeito ao vício da precariedade que origina a posse precária em si, mas é relativo ao fenômeno situado fora do processo de configuração da posse injusta por precariedade.

Daí, podemos acrescentar à noção de detenção: esta não decorre puramente do critério objetivo de Jhering (lei), mas também de relações fáticas a respeito da coisa que são insignificantes ao mundo jurídico (*precarium*). Mais um ponto obscuro.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 117.

3.1 Posse precária e atos de mera permissão ou tolerância

Esbarrando nesse último problema - de que a formação da posse precária não passa por um meio termo em que pode ser observado o vício em si mesmo, como na violência e clandestinidade - a tese de Silvio Rodrigues afirma que a posse precária não convalesce. O primeiro argumento para sustentação disso é de que a obrigação de devolver a coisa jamais cessa⁸⁰.

Isso porque, o legislador, segundo o autor, reagiu naturalmente ao excluir a posse precária da regra do artigo 1.208 do Código Civil.

Muitos são os que concordaram e aceitaram esse argumento, entre os quais, sem razão, Rogério Marrone de Castro Sampaio e João Baptista de Mello Souza Neto, para quem:

"Importante lembrar, como ressaltado anteriormente, que, embora ambos os integrantes da relação jurídica sejam considerados possuidores, jamais o possuidor direto poderá invocar sua posse direta para adquirir o bem por usucapião, à medida que, nessa condição, jamais possui com ânimo de dono. [...]

Nos termos do disposto no art. 1.208 do Código Civil de 2002, constata-se que o vício da violência e o da clandestinidade são passíveis de saneamento, assim que cessada a violência ou clandestinidade. É insanável, contudo, o vício da precariedade."⁸¹

Enquanto dura a violência ou a clandestinidade, há detenção. Então, se trouxermos o mesmo raciocínio, incautamente: enquanto durasse a precariedade, haveria apenas detenção e, como a obrigação de devolver a coisa, que configura a precariedade, não cessa, haveria perpetuação da detenção até que a coisa fosse devolvida.

Esse primeiro raciocínio é errado, porque a posse precária, como dissemos, nasce de posse justa e, *a posteriori*, se torna injusta pela interversão possessória do possuidor direto, que passa a possuir como possuidor próprio. Assim, não haveria sentido em tratar a posse precária como se tratam as posses violentas e clandestinas, não porque a posse precária não mereça chance de convalescer, mas porque a sua formação é diferente. O *precarium* não perdura como a *vis* e a *clam*, porque, como já trouxemos do ensinamento de Pontes de Miranda, quando falamos em posse precária, nesse caso, já há posse.

⁸⁰ RODRIGUES, Silvio. . *Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 29.

⁸¹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro; SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas. 2005. pp. 41 e 42.

Se a mesma lógica da regra contida no art. 1.208 do Código Civil fosse aplicada ao caso da posse precária, enquanto durasse o ato de resistência a entrega do bem, haveria mera detenção. Esse momento, entretanto, não é concreto, podendo ser concebido no mundo das ideias apenas abstratamente.

O significado da expressão "senão depois de cessarem", relativamente aos atos de violência e clandestinidade, quer dizer, no caso da violência, enquanto não for mansa a posse e, no caso da clandestinidade, enquanto não for pública a posse. Assim os atos de violência e clandestinidade são atos de detenção enquanto durarem.

Diante disso, surge a dúvida: o esbulho que origina a posse precária também é detenção enquanto o ato durar?

A resposta se encontra na própria origem da posse precária: a interservação possessória. A posse precária se origina de uma posse justa. Assim, a coisa já está em poder do precarista quando se torna possuidor injusto, não há processo de tomada da coisa, como ocorre na origem da posse clandestina ou violenta. Por isso, Marcos Vinícius Rios Gonçalves⁸² afirma, com apoio de Carlos Roberto Gonçalves⁸³, que esse momento de transição próprio das posses adquiridas com violência e clandestinidade não ocorre com a posse precária.

Neste ponto, há interessante esclarecimento descrito em parte da doutrina: recusar restituir a coisa é violentar a posse, é esbulhar a coisa. Nesse sentido, Tito Lívio Pontes afirma que "negar a restituição da posse, a quem de direito, é violentá-la"⁸⁴. Também Carlos Roberto Gonçalves afirma:

"O que o legislador chama de precariedade é, em realidade, a inversão manifesta do ânimo do possuidor precário, que passa a não mais reconhecer os direitos do possuidor anterior (indireto). Configura-se, nessa hipótese, o esbulho."⁸⁵

Apesar de a recusa em restituir a coisa configurar esbulho, este ato não é como o que origina a posse clandestina ou a posse violenta. O esbulho que origina a posse precária é diferente e recebeu tratamento distinto pelo legislador, porque é ato que advém de relação de confiança, na qual o possuidor direto tinha obrigação de devolver a coisa ao possuidor

⁸² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 61.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 91.

⁸⁴ PONTES, Tito Lívio. *Da posse: prática, doutrina, jurisprudência e legislação*; atualizado por Camargo Sobrinho, Mário de. 3ª ed. São Paulo: Interlex. 2002, p. 71.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 91.

indireto. Esse tratamento distinto dado pelo legislador não impede que a posse precária convesça, apenas reconhece que a mudança do caráter da posse, nesse caso, é diferente.

O esbulho que origina a posse precária, então, nada mais seria do que a recusa daquele possuidor direto que tem a obrigação de devolver a coisa ao possuidor indireto. Como essa mudança apenas se materializa com a recusa e a coisa já está em mão do possuidor direto, não há detenção no processo de origem da posse precária, ao contrário do que ocorre com a posse injusta por violência ou por clandestinidade.

Aí está um problema conceitual. A própria definição de posse precária se ergueu com bases subjetivas, porque, se diz na doutrina, como visto, que o objeto da mudança configuradora da posse precária é o *animus*. Porém, a mesma doutrina, como veremos na oportunidade de estudo sobre as diferenças de perspectiva da justiça e da boa-fé, afirma - sem ressalvas diretamente expressas - que a viciosidade é averiguada objetivamente, enquanto a má-fé se percebe subjetivamente. Ora, se há consenso de que o vício está em plano objetivo, a configuração da posse marcada por precariedade não deveria depender da mudança do *animus*, mas deveria ser entendida a partir da recusa na devolução do bem, objetivamente. Por isso, dissemos, com base na doutrina mais atenta, que a intervenção possessória é mudança da causa e do caráter e não a mudança do *animus*.

Existe ainda um segundo argumento para sustentar que a posse precária não convesce jamais, tese essa pregada por Silvio Rodrigues: o artigo 1.208 do Código Civil não expressou diretamente a precariedade como ato de detenção, mas incluiu nos conceitos de atos de mera permissão ou de mera tolerância a posse precária. Em outras palavras, a ideia é de que os atos de mera tolerância e de mera permissão - que, por força do art. 1.208 do Código Civil, não geram posse - seriam a própria posse precária ou, no mínimo, a incluiriam em seus conceitos.

Assumindo isso como verdade, então, como a legislação definiu a tolerância e a permissão como casos de detenção, a posse precária também o seria. Silvio Rodrigues é confesso defensor dessa ideia, afirmando que o conceito de tolerância ou de permissão "decerto, abrange a posse precária"⁸⁶.

A tolerância e a permissão, entretanto, não se confundem com a precariedade. A tolerância não se mistura com a posse precária, porque "o possuidor não cede parcela alguma

⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 29.

do seu direito ao exercitante do ato"⁸⁷. Assim, se torna fácil distinguir entre a tolerância e a precariedade. Ora, o possuidor precário recebeu do possuidor indireto, mesmo que com limites, o direito de usar e gozar da coisa, portanto, parcela do seu direito.

A dificuldade está em diferenciar permissão de precariedade, pois a permissão é ato jurídico em que o possuidor autoriza outro a utilizar a coisa. Sobre o tema, Marcus Vinícius Gonçalves expõe:

"A tolerância consiste no ato de ser indulgente para com, consentir tacitamente, enquanto a permissão é ato de dar liberdade, poder ou licença para. [...] [Na tolerância,] O possuidor não cede parcela alguma do seu direito ao exercitante do ato, que não excede os limites da faculdade. Já a permissão, pressupõe um consentimento expresso do possuidor, uma licença, uma faculdade concedida, revogável *ad nuttum* pelo concedente.

[...]

Embora se reconheça que os atos de permissão e tolerância têm uma grande analogia com a posse precária, não se pode confundi-los. Diferem em que o precário pressupõe uma relação jurídica válida e contratual de desdobramento da posse, em direta e indireta. Nos casos de permissão ou tolerância, não chega a haver desmembramento da posse, que resta íntegra nas mãos do que permite ou tolera."⁸⁸

Assim, o supracitado autor difere a permissão da precariedade, pelo que nesta há posse, desdobrada, mas, naquela não há. Em suma, o esforço do autor resulta no pensamento de que: (1) a permissão é detenção porque a lei a descreve como tal (artigo 1.208 do CC); (2) a precariedade advém do desdobramento da posse e de uma relação contratual; (3) a permissão não comporta o desdobramento da posse, esta deve permanecer íntegra nas mãos de quem permite ou tolera; (4) logo, a permissão não inclui a precariedade.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves explica que, nesse caso:

"[...] o esbulho decorre não da retirada da coisa, do poder de fato do esbulhado, mas da inversão de animus daquele que já detinha a coisa consigo. O possuidor precário já tinha a posse da coisa, e posse justa. Com a inversão do animus, pela recusa em devolver a coisa, a posse do precário, então justa, transfigura-se em injusta, sem uma fase intermediária de transição. Daí o equívoco em dizer-se que há convalescimento da violência e clandestinidade, mas não da precariedade."⁸⁹

Também Venosa não concorda com essa visão de que a posse precária se mistura aos conceitos de detenção por permissão ou tolerância:

⁸⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 40.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 46.

"Essa posse precária não se confunde com a situação descrita no art. 497 (novo, art. 1.208):

'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 clandestinidade.'

Na posse precária, há sempre um ato de outorga por parte de um possuidor a outro. Nos atos de tolerância ou permissão citados no dispositivo, essa relação de ato ou negócio jurídico não ocorre."⁹⁰

Vejamos que, mesmo que se diferencie conceitualmente precariedade de permissão, há que se admitir que a legislação é silente sobre a precariedade ser ou não detenção, como a permissão e a tolerância são. Não há regra escrita segundo a qual a precariedade não induz posse. O que se criou foram argumentos doutrinários sobre este sistema jurídico silente a respeito do convalescimento da precariedade.

3.2 Posse precária e detenção subordinada

Além da diferença de detenção (advinda de permissão ou tolerância) e posse precária, esta figura ainda é comparada na doutrina à detenção subordinada, própria dos fâmulos da posse.

Caio Mário da Silva Pereira, afirma que "a posse precária é a do fâmulos da posse (Besitzdiener)", estabelecendo conceito de que tanto o fâmulos, quanto o possuidor precário (o mesmo, para o autor) recebem a coisa com o dever de restituir⁹¹, mas incorrem em abuso de confiança.

Esse pensamento representa mais um engodo na doutrina e na jurisprudência, de confusão entre a detenção do fâmulos com a posse precária. Caio Mário ignora em seu trabalho que Silvio de Salvo Venosa orientou-se em sentido totalmente contrário, como se pode observar:

"Por outro lado, não temos que confundir as hipóteses de posse direta ou indireta com a conceituação e compreensão de fâmulos da posse do art. 487 (novo, art. 1.198), situação por nós já enfocada no Capítulo 3. O fâmulos é

⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 71.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições de Direito Civil, volume IV, direitos reais*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 23.

mero agente instrumental da posse, que exerce a situação de fato em nome de outrem ou por ordem deste."⁹²

Pontes de Miranda enxergava claramente a distinção entre a detenção subordinada e a posse direta, afirmando que havendo dúvida entre os dois caracteres, - se a situação fática trata de posse direta ou de detenção do fâmulo - prevaleceria o caráter de posse imediata⁹³.

Já conceituamos os dois institutos, posse precária e detenção subordinada, pelo que podemos afirmar que o conceito de posse precária não cabe no de detenção subordinada. Há casos, como bem observou Pontes de Miranda, em que a posse direta (que pode se tornar precária) se confunde com a detenção do fâmulo. A confusão não permanece, porque, nesse caso, prevalece a indicação de que se trata de posse direta.

3.3 A regra de intersversão do artigo 1.208 do Código Civil

Já tratamos da regra da primeira parte do artigo 1.208, no que diz respeito à distinção de detenção correspondente à tolerância, à permissão e à posse precária. Quanto à segunda parte do mesmo artigo, está enfrentado o primeiro aspecto do argumento de que o legislador estaria se referindo ao convalhecimento no art. 1.208, quando, na verdade, se referiu a intersversão da detenção típica da *clam* e da *vis* em si mesmas (enquanto perdurarem).

Mas, ainda resta enfrentar outro aspecto do argumento utilizado pela doutrina para reforçar a tese que repousa na afirmação de que o legislador escolheu não permitir o convalhecimento da posse precária, diferentemente do que escolheu para a posse violenta e clandestina.

A afirmação de Silvio Rodrigues ao artigo 1.208 de que o dispositivo seria autorizador do convalhecimento, vista isoladamente, não está totalmente errada, porque, no fim, a posse injusta que nasce da detenção pode convaler em justa. Mas, não foi essa a intenção do autor, não é esse o entendimento retirado de sua afirmação.

Esse pressuposto, de que o dispositivo 1.208 trata de convalhecimento, revela o raciocínio de que se há referência expressa para o convalhecimento da posse clandestina ou

⁹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 64.

⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 116.

violenta e, por opção do legislador nada se falou sobre precariedade, então a intenção da lei é que não possa a posse precária convalescer. Tanto é assim, que o mesmo raciocínio continua e Rodrigues acaba por afirmar: "Todavia, enquanto o legislador permite que a posse **convalesça** dos vícios da violência e da clandestinidade, silencia no que diz respeito à posse precária."⁹⁴.

A tradução desse raciocínio é a seguinte: se o dispositivo 1.208 trata de permitir convalidação e o faz para a violência e para a clandestinidade, então, optou-se por ser silente quanto à precariedade. O legislador queria, no fundo, vedar o convalidação da posse precária. Ora, essa interpretação é demasiado extensiva, posto que o art. 497 ou 1.208 (Código Civil de 2002) só não trataram da posse precária, porque, como já explicamos, a posse precária nasce de forma muito diversa se comparada com o nascimento dos outros vícios.

Não faria sentido dizer que enquanto durar a precariedade haveria detenção (e que cessado esse vício nasceria posse injusta) porque a posse precária nasce de posse já justa; porque a coisa já está em poder do possuidor quando do nascimento da injustiça; e, principalmente, porque o esbulho que caracteriza a posse precária não é ato material, mas uma mudança no plano abstrato pela recusa do possuidor direto.

O silêncio em relação à precariedade é simplesmente porque não há como se falar em perdurar ato abstrato de intervenção da causa que configura o vício da precariedade. Por isso Marcus Vinicius Gonçalves afirma que, mesmo que as posses clandestina e violenta nasçam da substituição de detenção por posse injusta, "Tal substituição não ocorre nas hipóteses de precariedade, porquanto neste não há a fase transitória de detenção"⁹⁵.

3.4 Posse de força velha e convalidação

A este ponto, já é importante frisar que não se está explicitando uma simples briga de comadres. A grande confusão doutrinária é óbice para o entendimento e superação do mecanismo jurídico relacionado à posse.

Mais uma divergência conceitual soma-se aos problemas terminológicos já traçados, para piorar o emaranhado cipal que é a distinção de posse da detenção. Marcus Vinicius Rios

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 29.

⁹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 46.

Gonçalves ainda aponta outro problema na teoria de Silvio Rodrigues⁹⁶: a defesa de que, após ano e dia, depois de cessadas a violência e a precariedade, a posse obtida com esses vícios convalesce.

Tal prazo, entretanto, apenas tem efeito para concessão de liminar nas ações de reintegração e manutenção de posse regidas pelo procedimento especial, por força do art. 924 e 928 do CPC, que enunciam:

"Art. 924. 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. 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."

Os dispositivos legais supramencionados não estabelecem permissão para o nascimento de posse justa (se passados ano e dia), conforme interpreta Silvio Rodrigues, apenas autoriza procedimento especial com concessão de liminar a depender de como estiver instruída a petição inicial.

A questão é relevante no que tange à modalidade da posse aferida em relação ao tempo da posse, que pode ser de força velha ou força nova. Hoje, o marco temporal de diferença entre a posse nova e a velha é enunciado no artigo 924 do Código de Processo Civil. É de mais de ano e dia a posse velha, mantendo-se o entendimento trazido pelo Código Civil de 1916.

A defesa processual da posse de força nova tem prerrogativas interessantes. Se o esbulho ou turbação ocorreu há menos de ano e dia (força nova), o juiz deve, liminarmente, *inaudita altera pars*, por força do artigo 928 do Código de Processo Civil, emitir o mandado para defesa da posse, sem sequer ouvir o réu, caso esteja bem instruída a petição inicial.

Caso a posse de quem esbulhou ou turbou tenha se iniciado há mais tempo (força velha), o rito para defesa da posse será o ordinário, afastada a concessão de liminar do referido dispositivo. Refletindo sobre o porquê do prazo estabelecido, Venosa tece o seguinte

⁹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, p. 58 e 59.

comentário: "Mostra-se obscura na origem dos tempos a fixação desse marco divisor temporal. Há notícia de que o prazo estaria relacionado com o plantio e as colheitas"⁹⁷.

Interessante e oportuno ressaltar que mesmo a ação possessória baseada em posse velha, excluída do procedimento especial, pode receber decisão liminar em antecipação da tutela, conforme a regra do artigo 273 do Código de Processo Civil, no procedimento ordinário. Isso restou claro na jurisprudência quando do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial 1194649/RJ⁹⁸, oportunidade em que os ministros acordaram reformar decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que afastava a incidência da antecipação de tutela em caso ação possessória lastreada em posse velha.

⁹⁷VENOSA, Sílvio de Salvo *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 78.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1194649/RJ. Ementa: [...]. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Data de julgamento: 12/06/2012. Data de publicação no DJE: 21/06/2012.

4 REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Algo muito interessante ocorre no lidar dos tribunais com o ordenamento jurídico brasileiro sobre posse, que representa contrariedade à afirmação, majoritária na doutrina, como dissemos no início, de que, com exceção da usucapião⁹⁹, o fenômeno possessório no Brasil é guiado pela concepção objetiva de Jhering. Isso porque os magistrados - percebe-se na larga jurisprudência - procuram o *animus domini* usado por Savigny para verificar existência de posse. É uma contradição que tem base no que temos demonstrado: a confusão terminológica.

4.1 Justiça e boa-fé: incidência das teorias objetiva e subjetiva

São os artigos 1.201 a 1.202 que definem no Código Civil Brasileiro quem será o possuidor de boa-fé:

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

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

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

Observemos que o fato de o possuidor ignorar ou não condição obstatante da posse é o elemento central para definição legal de boa-fé. Ignorância é termo que nos remete à análise psíquica do sujeito. Por isso, Venosa combate quem afirma ser a definição de posse de boa-fé uma definição objetiva. Na verdade, a aferição da boa-fé na posse sempre passará por análise da vontade do sujeito:

"Embora existam críticos desses dispositivos que sustentam que o legislador criou aspecto objetivo à conceituação de boa-fé na posse, **as dicções legais fazem o caso concreto depender sempre do exame da vontade do possuidor**. Nesses termos, temos que examinar, **no caso sob testilha**, se o

⁹⁹ Não se ignora a influência das teorias sociais da posse que, como enfatizamos das observações de Pontes de Miranda, alteram a noção de posse, que passa a remeter relação do indivíduo (com a sociedade) em razão da coisa, e não com a coisa.

possuidor **ignora o vício da posse**. Em seguida, concluiremos cessada a boa-fé no momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente."[grifo nosso]¹⁰⁰

Neste ponto, - da análise da vontade do possuidor, quanto a sua boa-fé - Venosa nos remete às mesmas reflexões tecidas quando do estudo dos vícios do negócio jurídico, mais especificamente, do erro. O erro, como vício, pode recair tanto sobre o direito, quanto sobre situação fática. O erro de direito só pode ser alegado, na visão do autor em estudo, quando a sua indicação não ferir norma pública ou cogente. Explica Venosa:

"A problemática levanta-se em razão do princípio pelo qual *a ninguém é lícito desconhecer a lei*. [...]

Assim como defendemos na obra de Teoria Geral, em matéria de posse, não se configurará a posse de boa-fé quando a ignorância derivar de circunstâncias facilmente perceptíveis pelo comum dos homens. Também ali concluímos que, em determinadas circunstâncias, o erro (e também a ignorância) de direito, de lei não cogente, pode caracterizar posse de boa-fé, enquanto não alertado ou não ficar ciente o possuidor."¹⁰¹

O erro sobre situação fática, na legislação italiana, é de averiguação objetiva. Considera-se que a partir da citação no processo de reivindicação há configuração da má-fé na posse. Para nosso ordenamento jurídico, a citação pode ou não marcar a má-fé, ou seja, pode ou não configurar a situação de não ignorância do obstáculo à posse. Ocorre que os dispositivos legais trazidos a nossa análise mostram claramente que não se pode fugir da consideração da relação psíquica do possuidor para afirmar a má-fé. Em outras palavras, mesmo que o possuidor seja citado em processo de reivindicação, pode restar a convicção razoável do sujeito de que é legítimo possuidor.

A má-fé, entretanto, não pode ser afastada apenas pela configuração da ignorância. Na visão de Venosa, não se pode atribuir boa-fé ao possuidor que foi passivo ao ponto de não procurar informações essenciais a qualquer imóvel, por exemplo, a titularidade registrada. O possuidor que não demonstra o mínimo, para o homem médio, de cautela na aquisição, tem posse de má-fé.

A aferição da boa-fé na posse não apenas passa pelo elemento ignorância, mas também a legislação refere-se ao justo título como gerador de presunção de boa-fé. O justo título, na visão de Venosa, é não só o documento, mas qualquer fato gerador da posse, que seria plenamente capaz de transferir o domínio se não eivado de vício. Assim, se um

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 72.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 73.

documento de procuração é forjado para que um tutor venda os bens do menor, como se maior fosse, o título gerado seria um justo título, posto que, se não houvesse a falsificação da procuração, seria plenamente capaz de gerar a transferência da propriedade. Nas palavras de Venosa:

"Nosso ordenamento faz presumir a boa-fé decorrente de *justo título*. Dispões o parágrafo único do artigo 490 (novo, art. 1.201):

'O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite essa presunção.'

Justo título é empregado nesse dispositivo não como documento ou instrumento, pois esse é o sentido mais usual, mas como fato gerador do qual a posse deriva. O exame desse fato jurígeno diz respeito à aptidão para gerar efeitos possessórios. Assim, por exemplo, a jurisprudência tem sufragado o correto entendimento de que a concubina tem justo título na posse de bens comuns do casal, quando do falecimento do companheiro [...]"¹⁰²

O artigo 1.201 do Código Civil, nesse sentido, afirma que o justo título presume a boa-fé. Os únicos casos em que a presunção é suprimida, pelo mesmo dispositivo, são aqueles nos quais a própria lei traz impedimento expresso ou há prova em contrário.

Cabe ressaltar ainda que a importância prática de se definir a boa-fé na posse é a incidência em casos de usucapião, direito de resistência e regramento de propriedade de frutos e de benfeitorias. Já a definição de posse justa e de posse injusta é importante para ações que versam sobre a defesa da posse. Os artigos 1.214 a 1.222 do Código Civil tratam dos frutos e benfeitorias da coisa e os artigos 1.238 a 1.244 do mesmo Código tratam da usucapião. Em todo o regramento de benfeitorias e frutos da coisa, bem como em relação à usucapião, faz-se referência à boa-fé como requisito, ou ao justo título, base da presunção da boa-fé.

Como são definições distintas, a posse justa não necessariamente será de boa-fé, nem a posse injusta será sempre de má-fé. Pode ocorrer de um possuidor ter adquirido a coisa de quem, por violência, clandestinidade, ou precariedade, - ou seja, em injustiça - a tomou e, ainda assim, ter boa-fé, por ignorar ou não conhecer o obstáculo. Também pode ocorrer de não haver clandestinidade, precariedade ou violência na posse e, ainda assim, ser esta de má-fé, pois existiria outro obstáculo à posse não ignorado por quem possuía. Nos termos do ensinamento de Venosa:

"Nem sempre se confundem os conceitos de posse justa e posse de boa-fé. Um possuidor de boa-fé pode ter posse injusta, se adquiriu a coisa de quem, por sua vez, a obteve com violência, clandestinidade e precariedade. Embora

¹⁰²VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 75.

esteja de boa-fé o adquirente, essa posse é injusta porque apresenta um dos vícios originários já examinados. Também é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária."¹⁰³

Há quem discorde desse posicionamento, ao afirmar que a posse injusta apenas pode ser de má-fé, posto que é imperativa a presunção de que o possuidor injusto esteja de má-fé:

"Vale lembrar que somente a posse injusta comporta situações de boa-fé e de má-fé, uma vez que o possuidor injusto é, por força do próprio fato, um possuidor de má-fé. Por isso, a má-fé está contida na posse justa.

Quanto à posse justa, não se pode dizer que o possuidor seja um possuidor de boa-fé, pois, caso assim se admita, há que se considerar também que o possuidor possa encontrar-se de má-fé."¹⁰⁴

O melhor entendimento é o expresso por último. Isso porque só pode existir má-fé se o possuidor não ignorou algum obstáculo à posse. Mas, os impedimentos, os obstáculos à constituição da posse não são outros se não os que se resumem na própria violência, precariedade ou clandestinidade (que tornam a posse injusta). Assim, é possível que a posse injusta seja de boa-fé, porque o possuidor ignorou a injustiça, ou de má-fé, porque o possuidor não ignorou o vício. Mas, a posse de má-fé somente pode ser injusta, porque o conceito de má-fé é atrelado, dependente do conceito do vício (que configuram injustiça).

O fato de existirem outros vícios que não a violência, a precariedade e a clandestinidade - como existe o vício, apontado pela doutrina, próprio de quem esbulha a céu aberto sem incorrer em clandestinidade, violência ou precariedade¹⁰⁵ - não influencia nesse raciocínio. Isso porque a má-fé não está atrelada ao conceito dos vícios de *vis, clam e precarium*, especificamente. A má-fé é, segunda o ordenamento jurídico, ignorância de vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa, quaisquer que sejam.

A justiça na posse é aferida objetivamente, pelo que se pode afirmar: não interessa a vontade, a intenção, mas o ato praticado como a lei descreveu como maculador da posse. Assim, enquanto a boa-fé exige averiguar ignorância, vontade ou intenção a injustiça depende apenas de verificação da ocorrência de suporte fático ao mundo jurídico. Pontes de Miranda esclarece muito bem essa incidência da concepção objetiva para aferição de vício e da concepção subjetiva para aferição de boa-fé:

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 76.

¹⁰⁴ AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A posse e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 49 e 50.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998, pp. 52 e 53.

"É preciso não se confundir posse injusta com posse de má-fé, nem a posse justa com a posse de boa-fé. A posse justa é *ex iusta causa*, o que se passa no mundo fático, objetivamente; a posse de boa-fé é a de quem se crê possuidor *ex iusta causa*, ainda que não no seja, - o que ocorre no mundo fático, mas subjetivamente. A posse injusta é *ex iniusta causa*. Na jurisprudência há confusões graves." [grifo nosso]¹⁰⁶.

O plano para a apuração da injustiça, que diz respeito à classificação da posse como justa ou injusta - ressalte-se - é objetivo, entendido como critério da conformidade com a lei. Todas as decisões aqui analisadas buscaram o elemento *animus domini* para representar a mudança da posse precária em posse própria. Esse mix de perspectivas já era percebido por Pontes de Miranda na jurisprudência, pelo que alertou para confusões graves na jurisprudência.

O art. 1.200 do Código Civil prescreve que a posse justa não pode ser nem clandestina, nem violenta e nem precária. Apenas basta para confirmação da viciosidade, que se verifique a ocorrência desses vícios, objetivamente, como acentuou Venosa:

"A justiça ou injustiça da posse é conceito de exame objetivo. Não se confunde com a posse de boa ou de má-fé, que exigem exame subjetivo, ou seja, exame da vontade do agente. Para sabermos se uma posse é justa, não há necessidade de recorrer à análise da intenção da pessoa. A posse pode ser injusta e o possuidor ignorar o vício."¹⁰⁷

Pontes de Miranda ainda reitera: violência não depende de intenção de haver posse para si ou afirmá-la; clandestinidade não depende da intenção de esconder a posse.¹⁰⁸ Ocorre que a doutrina representada pela visão de Silvio Rodrigues e a prática já alastrada por toda jurisprudência brasileira acabaram por retirar a perspectiva objetiva quando o vício em questão é o da precariedade. Isso porque, sempre que se fala em precariedade, já se consagrou, procura-se por ato externo que demonstre *animus domini*; em não o tendo, a jurisprudência trata a posse precária como detenção e pronto.

O convalidamento da posse precária já é admitido tranquilamente, como será demonstrado, a depender de exteriorizações inequívocas de que o possuidor passou a ter *animus domini*. As posses violenta e clandestina, entretanto, não passam pela mesma análise para apuração do convalidamento. Uma posse clandestina ou violenta pode perdurar até que se cumpra o prazo para uma das modalidades adequada de usucapião, convalidando em fim, sem sequer se questionar o surgimento de *animus* no processo.

¹⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001, p. 147.

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002, p. 67.

¹⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. Op. Cit. pp. 148 e 149.

A interservação possessória deve ser objetivamente analisada porque se volta à *causa possessionis*, não é interservação do *animus*, mas da causa, que é *origo nanciscendae possessionis* e também se refere, como dissemos, ao caráter. O caráter e a causa dizem respeito à viciosidade ou não da posse, entre outras características, que, como vimos, devem, em sua maioria, ser analisadas de maneira objetiva. Incide sobre a análise da interservação possessória (e, portanto, do convalhecimento), como foi dito para averiguação da viciosidade, a concepção objetiva, com uma exceção apenas: a característica que diz respeito à presença de boa-fé ou má-fé. A boa-fé na relação a respeito da coisa deve ser analisada, como também já explicamos, subjetivamente.

Dessa forma, uma parte do caráter deve ser constatada objetivamente e, posteriormente, outra parte deve ser analisada subjetivamente. A ordem da análise, primeiro objetivamente e, depois, subjetivamente, decorre de que, como já se explicitou, a boa-fé é a não ignorância do vício. Então, a existência do vício é, necessariamente, passo primeiro à análise da ignorância, porque a viciosidade é o próprio objeto da ignorância.

Algumas modalidades de usucapião dependem da presença de boa-fé na relação possessória. É claro, que, como a análise da boa-fé é subjetiva, posto que se busca saber sobre a ignorância ou não do vício, certo é que se deve procurar presença de *animus domini*. A averiguação de boa-fé, entretanto, não é primeiro passo na análise. Antes, é necessário averiguar se o vício existe ou não, isso é verificado, frise-se, de maneira objetiva.

O problema é que a prática jurídica misturou os dois modos de análise, utilizando de perspectiva subjetiva (procura por *animus domini*) para averiguar o próprio vício da precariedade.

Analisaremos adiante um artigo de magistrado com mesma temática de nosso trabalho, além de acórdãos de apelação cível, originados de ação de usucapião, envolvendo a posse precária. A seleção das decisões procurou paradigmas para os problemas aqui demonstrados e encontrados em todo judiciário brasileiro.

Podem ser citadas, como exemplo inicial dessa construção diferenciada para a análise da posse precária, na jurisprudência, as considerações do professor José Augusto Lourenço

dos Santos, à época delas, Juiz de Direito, em artigo com objeto de estudo na possibilidade de intersubstituição da posse precária para posse *ad usucapionem*¹⁰⁹.

O autor admite que o atual Código "adotou a teoria objetiva de Jhering", e que, por isso, a condição de possuidor deve ser avaliada pela teoria da aparência e a detenção é o que o legislador escolheu ser. Mas, termina por equivaler posse precária e detenção, o que seria razoável e mais coerente se essa afirmação decorresse da interpretação de posse precária como abrangida no conceito de ato de tolerância ou de permissão, o que o autor começa admitindo. Ocorre que o autor se utiliza ainda de outro argumento, de que posse precária é posse sem *animus domini* - o que é a detenção para Savigny - e que o convalidamento da posse precária depende do surgimento do *animus domini*¹¹⁰.

Assim, evidencia-se a confusão primeira, quanto à perspectiva possessória adotada: o magistrado diz utilizar raciocínio de Jhering, mas argumenta com a teoria de Savigny.

Há ainda outros problemas que podem ser retirados do texto, que se insiste em demonstrar, tão só porque representam as mesmas confusões presentes nas decisões emanadas do Judiciário brasileiro. Outro ponto, então, é que o autor equiva a posse precária e a detenção subordinada, dos fêmulos da posse, a que alude o artigo 1.198 do Código de 2002¹¹¹. Isso seria duvidoso, mesmo se foco de análise se detivesse aos próprios limites adotados pelo magistrado, que, como Silvio Rodrigues, afirmou que a posse precária é detenção por estar incluída no conceito de tolerância ou permissão.

Dessa análise, pode-se concluir que, ora o autor não adotou critério de distinção, ora não percebeu a confusão estabelecida entre detenção subordinada, posse precária e detenção por tolerância ou permissão.

Veja-se ainda que as mesmas ideias se repetem no Judiciário brasileiro, em Tribunais de Justiça, como o do Distrito Federal e Territórios, de onde se extrai decisão que admite: "tratando-se de bem de natureza pública, a posse é precária", ao passo que também afirma que a "área pública é insuscetível de ascendência possessória por particulares. O poder de fato

¹⁰⁹ SANTOS, José Augusto Lourenço dos. A transformação da posse precária em posse *ad usucapionem* pela inversão no título da posse. *Revista do Instituto Direito Brasileiro. Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*. Ano 1, nº 09, p. 5523-5531. 2012, p. 5526. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_09_5523_5531.pdf>. Acesso em 22/09/2013.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 5523 e 5529.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 5527

sobre ela exercido decorre de mera tolerância do Poder Público.". Assim, afirma-se que há posse precária, equivalendo essa posse à mera tolerância. Por isso, afirma-se que o caso trata, na verdade, de "simples detenção"¹¹².

Ainda se considere outra decisão do mesmo Tribunal, que toma a posse precária por "aquela que era justa e se converteu em injustiça", o que está certo. Porém, a decisão confunde os critérios para averiguação de posse precária com os requisitos para verificação de detenção por permissão. Isso porque se afirma que, no caso dos autos, a posse não iniciou justa, e, portanto, não haveria mera permissão¹¹³. Isso é o mesmo que a admissão de total equivalência e imbricação entre os requisitos para averiguação da permissão e da posse precária.

Da mesma forma acontece no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja decisão afirma ser a posse precária igual a ato de mera tolerância ou permissão e guia-se em consideração ao artigo 1.208 do Código Civil¹¹⁴; também no Tribunal de justiça de Minas Gerais, de onde se retira que a posse é precária porque "carece de *animus domini*", além de incorrer na mesma equivalência entre tolerância, permissão e posse precária¹¹⁵.

¹¹²DISTRITO FEDERAL. Tribunal de justiça. Quarta Turma Cível. Ap. C.: 20090610004822 DF 0002305-55.2009.8.07.0006. Ementa: Oposição. Reintegração de posse. Bem público. Posse precária. Autorização. Não comprovada. Descabimento. 1. Em se tratando de bem de natureza pública, há de se classificar a posse como precária. Não comprovando os oponentes que possuem "a melhor posse" exercida em imóvel de propriedade da união, é improcedente o pedido que fizeram em oposição em reintegração de posse. 2. Recurso dos oponentes desprovido. Relator: Antoninho Lopes. Data de Julgamento: 02/10/2013, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/05/2014 . Pág.: 202.

¹¹³DISTRITO FEDERAL. Tribunal de justiça. Terceira Turma Cível. Ap. C.: 20110710233577 DF 0022835-09.2011.8.07.0007. Ementa: Direito Processual Civil. Apelação cível. Interdito proibitório. Condomínio. Reforma. Estacionamento rotativo. Cobrança. Posse precária. 1. O fechamento do estacionamento rotativo e o início da reforma obstarão o exercício de posse, dificultando o acesso ao condomínio. 2. Instalado o condomínio, qualquer alteração de área comum exige a concordância unânime dos condôminos, nos termos da convenção. 3. A posse precária é aquela que era justa e deixou de ser. Assim, a posse dos condôminos do edifício não pode ser considerada precária. 4. Recurso desprovido. Relator: Mario-Zam Belmiro, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/11/2013. Pág.: 90.

¹¹⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70045688405. Ementa: Reintegração de posse. Imóvel pertencente a autarquia estadual. SHP. Posse precária e temporária. No caso, a autarquia demonstrou os requisitos do art. 927 do CPC, a autorizar a ação de reintegração de posse. Apelo desprovido. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 30/01/2013.

¹¹⁵MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. Ap. C.: 10400990013510001. Usucapião extraordinária. Requisitos não comprovados. Ausência de *animus domini*. Posse precária. Permissão. Sentença mantida. Descarta-se a aquisição imobiliária por meio da usucapião se a parte permanece no imóvel rural por permissão e tolerância do proprietário da área, configurando, assim, precária sua posse, o que impede a pretensão recursal. Relator: Moacyr Lobato. Data de Julgamento: 03/06/2014. Data de Publicação: 10/06/2014.

Ainda se vê o mesmo no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul¹¹⁶; de São Paulo¹¹⁷, entre os muitos outros exemplos na jurisprudência brasileira.

Em consagração da perspectiva subjetiva em relação ao vício possessório da precariedade, o Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado, nº 237, da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual:

"É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*"¹¹⁸.

Ora, diferentemente do já citado enunciado nº 301, da IV Jornada de Direito Civil, a situação descrita no enunciado supramencionado trata da possibilidade de convalhecimento da posse precária (do possuidor direto) - não a do servidor da posse - desde que seja demonstrado ato inequívoco de oposição. Esse ato, por fim, serve para caracterizar *animus domini*.

Essa construção, que começou sem base, acabou virando regra difícil de contestar, posto que difundida e arraigada em todo o Brasil, na doutrina e na jurisprudência. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que a posse inicialmente precária, exercida por dezessete anos ininterruptos, gerou atos que comprovam a existência de *animus domini* e, portanto, autorizadores da intervenção da posse injusta em posse própria justa, o que permite a operacionalização da usucapião. Conforme se depreende do acórdão de apelação a que agora analisamos:

"Em que pese as alegações da empresa ré que os autores detinham a posse a título precário, submetida a contrato de compra e venda, decorridos mais de

¹¹⁶ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. AG. R.: 00015436220058120031 MS 0001543-62.2005.8.12.0031. Agravo regimental em apelação cível - interdito proibitório - posse decorrente de permissão ou tolerância - posse precária - decisão mantida - recurso não provido. A Ação de interdito proibitório tutela a posse como situação de fato. Todavia, o êxito do pleito só deve ser concedido àquele que comprove, dentre outros requisitos, o exercício legítimo da posse sobre o bem (art. 932 do CPC). Restando assentado que a posse decorrente de permissão ou tolerância é a mesma qualificada como precária, não servindo para tutelar a pretensão dos interditos possessório. Evidenciada a melhor posse dos demandados, merece amparo o pedido reintegratório formulado em contestação, ponderado o caráter dúplice da defesa interdital. Relator: Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Data de Julgamento: 18/12/2012, Data de Publicação: 09/01/2013.

¹¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara de Direito Privado. APL: 185644320078260564 SP 0018564-43.2007.8.26.0564. Apelação reintegração de posse exceção de domínio posse precária. - Código Civil que repete a teoria do Código de 1916 em que a posse é situação fática (art. 1.196);- Inadmitida nas ações possessórias (art. 926 e ss. do CPC) a alegação de domínio ("exceptio domini" art. 1.210, parágrafo 2º);- Manutenção da sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos art. 252 do RITJSP;- Com relação à posse precária, inexistente o ânimo de domínio, porque a precariedade nunca cessa e jamais produzirá efeitos jurídicos àquele que a mantém em nome de terceiro, como no caso do locatário, do depositário e do comodatário; RECURSO NÃO PROVIDO. Relator: Maria Lúcia Pizzotti. Data de Julgamento: 05/11/2012. Data de Publicação: 30/11/2012.

¹¹⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Enunciado 237. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/>>

17 anos, sem nenhuma oposição, transmudou-se o caráter originário da posse, passando de não própria para própria. Aplicável na espécie o fenômeno da transmutação da posse, admitido no artigo 1.203 do Novo Código Civil."¹¹⁹

O certo seria que a jurisprudência utilizasse a análise de concepção objetiva para verificação da precariedade. Ou seja, que não se procurasse por *animus domini*, mas se buscasse a ocorrência da precariedade por se constatar que se trata de posse desdobrada, com quebra de confiança pelo possuidor direto que recusa a devolver a coisa, por, presumidamente, achar de si mesmo ser possuidor próprio. O certo seria não confundir a posse precária com detenção, porque não há essa previsão no ordenamento jurídico. A existência de *animus* de dono deveria, no máximo, ser presumida do ato da recusa.

Mesmo diante dessa constatação, a solução para o problema terminológico não pode desconsiderar a construção do raciocínio já formado e largamente utilizado, mesmo que se tenha demonstrado ser infundado. Assim, não se pode iludir-se a ponto de crer que, de uma hora para a outra, o pensamento baseado em grandes doutrinadores vai se adequar às conceituações de posse precária e de detenção, de intersessão e de convalescimento, guiadas pela concepção objetiva e social.

A preocupação em relação à posse já não pode ser tão rigidamente voltada aos conceitos e teoria abstrata. A constitucionalização do Direito Civil e a operação da função social da propriedade, exigem um pensamento mais pragmático em relação à posse, que procure a eficácia da função social da propriedade na posse.

4.2 A constitucionalização do Direito Civil: necessidade de uma visão pragmática

Sobre o fenômeno da constitucionalização, cabe, brevemente, apontar que este era a ideia reinante entre os que fizeram surgir o novo Código Civil. A elaboração do atual Código Civil, orientada pelo professor Miguel Reale, foi lastreada por três princípios: a Eticidade, a

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70042460972. Apelação cível. Usucapião (bens imóveis). Ação de usucapião especial urbano. Posse decorrente de promessa de compra e venda e contrato de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca transmutada em posse com ânimo de dono. Requisitos do art. 183 da constituição federal devidamente demonstrados. Apelação desprovida. Maioria. Relator: Pedro Celso Dal. Pra. Julgado em 30/06/2011.

Sociabilidade e a Operabilidade. O segundo princípio, a Sociabilidade, garantiu a elaboração das normas civis em reconhecimento da função social.

Assim, Miguel Reale afirma:

“no caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.”¹²⁰

Esse princípio vem a calhar no contexto brasileiro. A herança histórica do Brasil carrega um grave problema de distribuição de terra. Desde o império, o país apresenta uma rígida concentração de terras, que permanece até hoje. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE afirma que desde 1985 até o ano de 2006, 43% da área de estabelecimentos agropecuários era ocupada por grandes fazendas de mais de 1.000 hectares. Por outro lado, as pequenas propriedades rurais, com até 10 hectares, ocupavam 2,7% da área em produção agrícola¹²¹. Não inconsequentemente, a Constituição Federal de 1988 promoveu mecanismos de reforma agrária, tendo como pedra angular a função social da propriedade.

A constitucionalização do Direito Civil é o fenômeno que consiste na elevação de todas as normas civis à verificação de validade no plano constitucional. Em outras palavras, a validade de todo arcabouço normativo de direito privado é analisada com base nos princípios constitucionais.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹²² escreve sobre o tema, apontando uma divisão histórica importante deflagrada pela constitucionalização: tradicionalmente e durante muito tempo, o Direito Civil se interpretava totalmente autônoma e preponderantemente em relação ao Direito Constitucional. O regulamento da vida privada antecede muito ao nascimento da Constituição e, por isso, era costume ter o Direito Civil como a base interpretativa dos demais direitos, inclusive o Constitucional.

Apesar de aparente paradoxo, como afirma Paulo Lôbo, a constitucionalização do Direito Civil não é impedida por se tratar de dois ramos do direito, um público e outro

¹²⁰ REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil/2>>. Acesso em 05/03/2014.

¹²¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Agro 2006: IBGE revela retrato do Brasil agrário**. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?idnoticia=1464&t=censo-agro-2006-ibge-revela-retrato-brasil-agrario&view=noticia>>.

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <<http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>>. Acesso em 05/03/2014.

privado. A constitucionalização não pode, contudo, ser confundida com o fenômeno da publicização. Este fenômeno consiste no processo de autonomia de diversos braços do Direito Civil, como o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho.

Interessante notar que o tratamento da posse e da propriedade não apenas deve seguir o raciocínio dos princípios constitucionais, como a Constituição Federal dedica tratamento especial para as questões, ao estabelecer uma série de garantias e proteções. No caso específico do tratamento da propriedade, os princípios constitucionais não servem como limites à interpretação das normas sobre o tema, como são os orientadores da construção do que se entende por posse e propriedade. É por meio do princípio da função social da propriedade que todas as características da posse devem ser entendidas. A constitucionalização do Código Civil implica entender o caráter da posse e a transformação do seu caráter como mecanismos de atendimento da função social.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin¹²³ afirma que é necessário “reconstitucionalizar” o Código Civil, através de uma “releitura principiológica”. Isso ocorreu em relação à possibilidade de convalidação da posse precária, mesmo que por um caminho tortuoso. Demonstramos que a releitura principiológica nem seria necessária se mais atentamente fosse observado o ordenamento jurídico brasileiro.

A confusão aqui demonstrada já está instalada na doutrina e jurisprudência brasileiras. Ainda assim, criou-se um mecanismo capaz de dar vazão à função social da propriedade, ante o convalidação da posse precária através da demonstração de atos inequívocos da mudança da causa da posse (ou do *animus* do possuidor, como, erroneamente, muito se afirma). Vendo por esse ângulo mais pragmático, mesmo que não se tenha admitido o convalidação da posse precária pelo caminho que entendemos ser o que realmente o ordenamento jurídico brasileiro traçou; ainda assim, por caminho diverso, terminou-se por admitir o convalidação, o que satisfaz à função social da propriedade pela permissão de operação efetiva da usucapião.

¹²³ FACHIN, Luis Edson. *A “reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de dez desafios*. 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 a 07/10/2004.

5 CONCLUSÃO

Todos os autores de textos dedicados ao estudo da posse citados nesse trabalho reconhecem o que aqui, como alguns, designamos confusão terminológica. A confusão tem proporções tamanhas nas doutrinas a respeito de posse, que quase todos os temas tratados na abordagem da relação possessória são controversos.

A confusão instalada começa desde as definições de posse nas teorias clássicas romanistas e alcança as possibilidades de transição do caráter da posse. As principais teorias romanistas, a objetiva e a subjetiva, em seu início, já deflagram a bola de neve hoje armada, porque se referiram a termos retirados de documentos compilados em janela temporal amplíssima, de toda a história romana desde a idade média.

A confusão terminológica é um problema que, se ignorado, obstaculiza a formação de novos estudos, por tornar mais difícil a pesquisa e própria produção literária. Não só isso, o dissenso atinge a interpretação normativa que se utiliza dos termos tratados na doutrina possessória.

Os reflexos da confusão terminológica também atingem a jurisprudência que largamente se vale de expressões advindas do Direito Romano para distinguir tipos de posse e a detenção. Os próprios elementos formadores da posse não têm conceituação precisa, nem para a teoria subjetiva, nem para objetiva, de onde pode se extrair que, a depender do ponto de vista adotado, *animus domini* é o mesmo que *animus rem sibi habendi*.

Tantos são os instrumentos normativos que remetem ao caráter da posse. A própria interversão possessória remete ao instituto. Também o princípio da continuidade do caráter da posse e o convalescimento dependem da definição de caráter da posse para serem compreendidos. A confusão terminológica, no entanto, atinge essa figura, o que decorre da necessidade de se separar *causa possessionis*, título da posse e caráter, ou trata-los, como alguns, de uma só coisa.

Importante, nesse ponto, é que a *intervertio possessionis* remete à causa e ao caráter, da mesma forma o princípio da continuidade do caráter da posse remete tanto à caráter quanto à causa, ou ainda, substituindo os dois termos, o título da posse. A *causa possessionis* é verificada na origem da formação da posse, referindo-se à uma forma de aquisição da posse.

Outra lacuna fechada é a de que detenção não se confunde com posse precária. A confusão neste ponto é tamanha que, das cinco formas exploradas de detenção (detenção típica dos atos de violência e clandestinidade, enquanto não cessarem; detenção advinda de mera permissão; detenção por tolerância; detenção dos fâmulos da posse e detenção por não haver relevância jurídica na relação à respeito da coisa); todas se confundem com posse precária a depender do doutrinador analisado.

A confusão maior é a do argumento de que a posse precária não convalesce por ser tolerância, ou por ser permissão, ou ainda por não ser citada na regra do artigo 1.208 do Código Civil. Isso também resolvemos, com apoio da melhor doutrina, da mais atenta. Em todos esses casos a solução teve base no manejo e entendimento maduros do conceito sofisticado de posse precária, que nasce numa relação de fidúcia gerada do desdobramento da posse, em quebra dessa mesma confiança pela mudança na causa possessória, de possuidor inicialmente justo e direto para possuidor em nome próprio. A interservação possessória, no caso da posse precária, não muda uma detenção (como ocorre com as posses violenta e precária) em posse injusta, mas muda uma posse justa em injusta, sem ponto intermediário de detenção.

Ainda se solucionou outro ranço doutrinário, de que, para o atual ordenamento jurídico, o prazo processual de ano e dia representa lapso capaz de purgar o vício da posse violenta e da posse clandestina, mas não o da posse precária. O que não faz sentido, porque o prazo de ano e dia apenas autoriza a proteção de procedimento especial e, conforme a instrução da petição inicial, a concessão *initio litis e inaudita altera pars* da liminar.

Por fim, com base na constitucionalidade do Direito Civil, finalizamos a análise com a seleção de sete acórdãos modelos, de tribunais de quatro grandes estados brasileiros, além do Distrito Federal. Não só os acórdãos foram escolhidos como paradigmas das decisões para os semelhantes casos nos Tribunais de Justiça de todo País, mas também um artigo de um magistrado preocupado com o mesmo objeto deste trabalho de conclusão de curso.

Findada a análise de todas as divergências que configuram a problemática, está claro que, se visto seriamente, como o fez Pontes de Miranda, o ordenamento jurídico permite que a posse precária convalesça. Isso porque a posse precária é uma posse injusta como as posses violenta e clandestina, com singular nascimento, que não retira sua condição de posse injusta. Sendo a posse precária posse injusta; e por não haver regra que impeça seu convalhecimento (não o faz o artigo 1.208, provou-se); o mesmo que ocorre às posses clandestina e violenta -

que podem convaler, mesmo sem alteração da relação por acordo, se passado o prazo e cumpridos os demais requisitos para ocorrência de usucapião - deve ocorrer com a posse precária.

A análise jurisprudencial revelou, entretanto, a confusão em utilizar a perspectiva objetiva para interpretar o fenômeno da viciosidade da posse. A análise subjetiva é necessária nas ações de usucapião, porque, muitas vezes, a modalidade de prescrição aquisitiva depende de averiguação da boa-fé, que, como vimos, é de construção subjetiva. Isso não quer dizer que a análise da viciosidade possa se dar por qualquer critério subjetivo, quando essa verificação deveria ser inteiramente objetiva, da mesma forma que se construiu o ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo assim, o caminho errado e tortuoso já profundamente instalado na doutrina, que tornou verdade uma teoria sem bases firmes - em que a posse se mistura à detenção e é verificada por critérios subjetivos - acabou encontrando forma de melhor garantir a eficiência do princípio da função social da propriedade. Mesmo com tantos problemas, estabeleceu-se forma de posse precária, que seja transmutada por atos exteriores inequívocos de mudança do *animus* (não mais da causa).

Assim, acabou-se por consagrar outra exceção à incidência da teoria objetiva de Jhering, no que concerne à formação da posse, além da aferição da boa-fé. A posse precária passou a ser posse desprovida de *animus domini*, como a detenção de Savigny.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Reais*. 5ª. Lisboa: Coimbra editora. 2000.
- BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva. 1996.
- BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. III. 11ª Ed. Atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. 1959. p. 5.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Enunciado 237. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/>>. Acesso em 21/04/2014.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Agro 2006: IBGE revela retrato do Brasil agrário. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?idnoticia=1464&t=censo-agro-2006-ibge-revela-retrato-brasil-agrario&view=noticia>>. Acesso em 25/02/2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1194649/RJ. Ementa: [...]. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Data de julgamento: 12/06/2012. Data de publicação no DJE: 21/06/2012.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de justiça. Terceira Turma Cível. APC: 20110710233577 DF 0022835-09.2011.8.07.0007. Ementa: [...]. Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 23/10/2013. Data de publicação no DJE: 19/11/2013, p. 90.
- _____. Tribunal de justiça. Quarta Turma Cível. APC: 20090610004822 DF 0002305-55.2009.8.07.0006. Ementa: [...]. Relator: Antoninho Lopes. Data de Julgamento: 02/10/2013. Data de publicação no DJE: 05/05/2014, p. 202.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller. 2002.
- FACHIN, Luis Edson. *A “reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de dez desafios*. 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 a 07/10/2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Tradução de Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. AGR: 00015436220058120031 MS 0001543-62.2005.8.12.0031. Ementa: [...]. Relator: Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. Data de Julgamento: 18/12/2012. Data de Publicação: 09/01/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. AC: 10400990013510001. Ementa [...]. Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 03/06/2014. Data de Publicação: 10/06/2014.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller. 2001.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 4: direito das coisas*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em Direito Romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio Rodrigues e C. 1936.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume IV, direitos reais*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

_____, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

PONTES, Tito Lívio. *Da posse: prática, doutrina, jurisprudência e legislação*; atualizado por CAMARGO SOBRINHO, Mário de. 3ª ed. São Paulo: Interlex. 2002.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil/2>>. Acesso em 24/09/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70042460972. Ementa: [...]. Relator: Pedro Celso Dal. Pra, Julgado em 30/06/2011.

_____. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70045688405. Ementa: [...]. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 30/01/2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil. Introducción e parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión*. V. 1. Traduzido por Ramón Serrano Suñer e José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Reus S.A. 1929, p. 779. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1121>>. Acesso em 09/09/2014.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro; SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas. 2005.

SANTOS, José Augusto Lourenço dos. A transformação da posse precária em posse ad usucapionem pela inversão no título da posse. *Revista do Instituto Direito Brasileiro. Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*. Ano 1, nº 09, p. 5523-5531. 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_09_5523_5531.pdf>. Acesso em 22/09/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara de Direito Privado. APL: 185644320078260564 SP 0018564-43.2007.8.26.0564. Ementa [...]. Relator: Maria Lúcia Pizzotti. Data de Julgamento: 05/11/2012. Data de Publicação: 30/11/2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., v.5. São Paulo: Atlas S.A. 2002.

WALD, Arnold. *Direito Civil: Direito das coisas, vol. 4*. 12ª ed., reformulada. São Paulo: Saraiva. 2009.