

POSSE INDIRETA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

JOÃO CESAR GUASPARI PAPAEO
Membro Efetivo do Instituto dos Advogados
Brasileiros. Promotor de Justiça em Goiás.

1. *Digressão Preliminar*

A evidência não pretendemos, com o presente trabalho, apresentar alguma novidade, máxime quando, consoante leciona o Prof. GONDIM NETO, “nenhum instituto jurídico (...) tem merecido maior atenção dos escritores do que a posse”, sendo, adverte aquele Mestre, alvo de inúmeras controvérsias, de sorte que “só uma cousa perdura incontestável, a discrepância das leis e das idéias”.

Vamos seguir no quanto puderem nossas forças a orientação imprimida pelo Prof. GONDIM NETO, em sua esplêndida obra, *Posse Indireta*, sublinhando que ajuizamos a ninguém ser lícito consumir sobre o tema um trabalho sério sem percorrer, detidamente, a obra do Prof. GONDIM NETO, que sem favor ocupa lugar de honra no universo da Literatura Jurídica do Brasil. A memória desse notável mestre dedicamos nosso comedido trabalho.

1.1. *Conceito de posse* — Se o alvo é estudar a posse indireta, parece-nos de todo convir o estabelecimento de algumas considerações a dizerem respeito com a posse.

SERPA LOPES, em bem lançado estudo, examina a etimologia da palavra posse, no que anda certo, pois o étimo é ensejador a que se tenha sempre e de pronto uma idéia a mais ou a menos aproximada daquilo que se pretende abordar. Dois sentidos revelam o *Digesto* e a *Vulgata*, assim: “*Possessio apelata est, ut et Labeo sit, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insist, quam Graeci (detentionem) dicunt*”. (“Denominou-se posse, como diz também Labeão, de *sede*, como se se dissera *posição*, porque naturalmente é mantida por quem nela se acha; a qual chamam os Gregos *detenção*”). Na *Vulgata*, esclarece aquele civilista, em lugar de “*a sedibus, a pedibus et Labeo ait, quasi*

pedum positio". O que se depreende, seja qual for a fonte de eleição, é que a posse espelha um poder material sobre a coisa.

Pois bem; na sua face externa a posse se manifesta como o poder físico sobre uma determinada coisa. Mas, isso apenas, é claro que não basta, inevitando-se o questionamento — o que é posse?

Admite-se que posse e propriedade possuem conceitos vizinhos, fronteiriços. A posse se reveste externamente com as roupagens do domínio, mas este só se corporifica na realidade ao influxo da propriedade, pois apenas o titular da última exerce o primeiro, ao passo que nem sempre a posse é coincidente com o domínio.

Essa subordinação de uma coisa pelo poder de seu possuidor (que tem a *imago domini*), exercido sobre essa e mesma coisa, eis o aspecto contraditório da posse, sobre o qual se debruça, discrepantemente, de acordo com a já apontada lição do Prof. GONDIM NETO, uma coorte de leis, uma falange de idéias.

Esse desencontro deriva do fato de que diante dos aspectos tão *sui generis* da posse os juristas são inevitavelmente levados à perplexidade.

SAVIGNY, definindo-a, leciona que "*touten admettont qu'en est en possession d'une chose lorsqu'on a la possibilité, non-neulement d'en disposer noi-même physiquement, mais encore de la défendre contre toute action étrangère*"; COVIELLO a seu turno diz da posse ser "uma relação de fato da pessoa sobre a coisa, por meio da qual se revela a intenção de exercitar um direito, cuja relação é tutelada pela lei, prescindindo mesmo da existência do direito.

No nosso Direito encontramos no Código Civil uma definição que não é direta, mas sim oblíqua. Diz o art. 485 que "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade". Mostra ela, à nossa ética, que o legislador pátrio vacilou em tomar partido por uma das variadas correntes doutrinárias que à época esplendiam, e nisso pecou duplamente: contra os reclamos melhores do Direito, que é uma Ciência; contra a Lógica, que inaceita definições imprecisas e tortuosas. A crítica tem sido justamente urdida; GONDIM FILHO, de aguda visão jurídica, adjetiva aquela definição de pouco feliz, questionando: quem se lembraria de definir o "proprietário" para chegar à definição de "propriedade"? E vai adiante, asseverando que seria preferível de em lugar de ser estampado que "todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade", fosse o artigo composto assim: "que tem de fato o exercí-

ção”, pois ao Mestre citado resta como intolerável registrar-se “exercício, pleno ou não, de *algum* dos poderes inerentes ao domínio”. E de fato, se ao legislador não importava que fosse tal exercício integral ou não, desnecessário isso consignar, pois, a definição não deve ser discursiva sem necessidade, até mesmo por uma questão *elegantia juris*...

Deriva, disso, que o Direito brasileiro concebe a posse como o exercício pleno ou não de *algum* dos poderes inerentes ao domínio.

Para o Direito italiano, a posse “é *il potere sulla cosa che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale*”, em que sobreleva o *animus possidendi*; o Direito alemão a rotula como “um poder de fato de uma pessoa sobre uma coisa” BGB, art. 854), em que se sublinha a senhoria autônoma como suficiente; o Direito argentino, à nossa visão, reputa a posse um simples fato.

1.2. *Conceito de “corpus” e de “animus”. Savigny. Von Ihering* — A posse se objetiva como integrada por dois elementos, o *corpus*, conjunto de fatos materiais que a exteriorizam, e pelo *animus*, fator intencional a medrar no plano da consciência. Se o *animus*, por sua natureza intelectual, não pode ser apreendido por prova direta, só se o prova por meios indiretos, nos quais está no primeiro escalão o *corpus*, eis que, este provado, presume-se o *animus* e, em passo seguinte, trazidos à luz os dois, tem-se configurada a posse. No campo do Direito Adjetivo é grande a importância do *corpus*, como exemplo na contagem do prazo prescricional e nas ações possessórias em que a anuidade desempenha papel de envergadura.

Na Idade Média os glosadores observaram com rigor as normas do *Digesto*, mas desenganadamente; conceberam o *corpus* como uma relação imediata, restrita, entre a pessoa e a coisa. Nessa perspectiva entendiam-no só sobrevivível nas coisas móveis pela apreensão, e nas imóveis, pela ocupação, ao passo que o *Digesto* apregoava de não indispensável esse contato pessoal.

SAVIGNY corrigiu a ótica errônea dos glosadores, estabelecendo bastar estar a coisa diante da pessoa (condição de presença) e que esta possa, a qualquer momento, da coisa dispor (possibilidade física). Posteriormente, aditando sua concepção, SAVIGNY sublinhou que a condição de presença não era imprescindível, mas quaisquer elementos constituintes da possibilidade física, arquitetando a “teoria da custódia”, aportando situações de que antes não cogitara. Segundo ela, na hipótese de uma pessoa depositar uma coisa na casa de outra, esta adquire a posse ainda que não

estando presente. O fundamento está, asseverava, na intensa ligação que liga a pessoa com o lugar onde exerce o domínio, permitindo ter a custódia e a possibilidade física tão logo no local se encontre.

VON IHERING criticou o sistema de SAVIGNY, objetando, em termos de Direito Romano (onde ambos foram buscar os alicerces de suas posições), que naquele havia uma série de situações em que faltavam a condição de presença e a possibilidade física. Exemplificava com a posse de fundos inacessíveis no inverno, respectivamente àquelas não se podia falar em possibilidade física. Nessa perspectiva VON IHERING negou a necessidade dessas duas condições para que se tivesse o *corpus*, afirmando que este é uma relação entre a pessoa e a coisa que se adapta, se molda às diversas situações da vida. Haverá *corpus* na medida em que a pessoa se comporte segundo a natureza das coisas, a utilização econômica, as práticas do local etc., “como o faria o proprietário”, importando em suma como relevante que o possuidor se conduza relativamente à coisa como se conduziria o proprietário, visto que ele é o proprietário de fato.

Na teoria do *animus* SAVIGNY ocupa lugar de intenso luzir; não que a tenha criado, mas sim por ter sido ele, ao sopro das idéias de KANT, seu mais brilhante expositor. Doutrina SAVIGNY que para haver posse é indispensável o *corpus* realizado pelo agente com a intenção de submeter a coisa ao exercício de um direito de propriedade. Em outras palavras, com ânimo de dono. SAVIGNY batizou tal ânimo de *animus domini*. É necessário que a vontade se projete em um sentido determinado: a intenção de o proprietário dispor da coisa como se fosse seu dono, restando subjacente não reconhecer em outro a propriedade da coisa.

IHERING criticando a teoria de SAVIGNY, apostrofa-a de divorciada do Direito Romano, donde foi tirada. Aduzia, em abono de sua crítica, que no Direito Romano o enfiteuta não tinha *animus domini*, eis que reconhecia ao Estado a propriedade e a posse, mas, ainda assim, podia se valer da proteção possessória, ficando claro aguaritar estas pessoas que não desfrutavam da posse. SAVIGNY, em resposta, apresenta a teoria da “posse derivada”, segundo a qual tais pessoas, em verdade eram detentoras, de sorte que recebiam indiretamente do possuidor a posse e a defesa possessória. Diz mais: tendo em mira a finalidade que se persegue com a defesa possessória, resultaria contraproducente exigir-se ao proprietário além da prova do *corpus*, a impossível prova de *animus*. Por terceiro, IHERING se refere às conseqüências que defluiriam de fazer depender apenas do ânimo do agente sua condição de detentor ou possuidor. Extremando, chegar-se-ia ao paradoxo de suceder

que uma pessoa hoje possuidora, amanhã, modificado seu estado de ânimo, apenas quisesse deter, e assim sucessivamente, do que decorreria inaceitável incerteza no Direito.

IHERING cria a teoria da vontade (legislativa). Para ele, ao contrário do que pretende SAVIGNY, a posse e a detenção não se distinguem pelo *animus domini*, pois, há situações em que, mesmo ausente esse ânimo, prevalece a proteção possessória. VON IHERING declara então que sempre que existir proteção possessória existirá posse, pouco importando haver ou não ânimo do dono em tal ou qual sentido de parte do sujeito. Dessa forma, o usufrutuário que goza da proteção possessória, embora a propriedade da coisa é por ele reconhecida como de outro. Para IHERING o *animus* existe na posse, mas não o *animus domini*, e sim o de "ter" a coisa, não significando ele, todavia, a intenção de da coisa apropriar-se. Para IHERING a posse é a regra; assim, sempre que uma pessoa tiver uma coisa sob o seu poder deve-se-lhe garantir proteção possessória. Apenas em casos especiais é que a lei, por considerar desnecessário amparar o proprietário, ou por razões outras de equilíbrio jurídico a tanto se nega, é que se tem a detenção.

O cérebro de IHERING, dotado de precisão matemática, criou em formulação algébrica a diferença entre a sua doutrina e a de SAVIGNY. Assim "x" significa a posse; "y" a detenção; "c" o *corpus*; "a" o *animus*; "á" o *animus domini*; "n" a disposição legal.

Para SAVIGNY, tem-se:
$$"x" = "c" + "a" + "á"$$
$$"y" = "c" + "a",$$

ao passo que para IHERING se tem o seguinte:

$$"x" = "c" + "a"$$
$$"y" = "c" + "a" - "n".$$

Constata-se pois (embora vejamos com reserva a formulação algébrica para argumentação didática na Ciência do Direito), que a posse ("x") de IHERING e a de SAVIGNY diferem pelo elemento "á"; coincidem, porém, ao reputarem necessários os elementos *corpus* e a intenção de ter a coisa. Para IHERING basta o concurso desses dois elementos; para SAVIGNY é indispensável o acréscimo representado pelo *animus domini*. Na detenção, SAVIGNY a reputa preenchida quando aumente o *animus domini*, ao passo que VON IHERING o fato de não ficar assegurada a proteção possessória implica em ser a relação entre a coisa e o sujeito, de mera detenção.

1.3. *Natureza da posse. Savigny. Molitor. Von Ihering. Nosso direito* — Para SAVIGNY a posse é um simples fato. Lastreia-se a posse em circunstâncias exclusivamente materiais, tais a ocupação e a utilização da coisa (*corpus*), representando nada mais que um conjunto de fatos que, desaparecidos, fazem com que também pereça a posse. Aduz, com agudo senso jurídico que deve ser reconhecido, que a posse muitas vezes se consuma de modo violento, o que contraria o Direito, não podendo dessarte ser adjetivado de ato jurídico. Não se pense entretanto, que tal perspectiva queira significar que a posse não tenha efeitos jurídicos. SAVIGNY os admite, pois o fato de ser a posse um fato não impede que as suas conseqüências a façam parecer um direito. Arremate-se dizendo que em endosso de sua tese apresenta a situação que se estampa na ação reivindicatória, na qual ficam em posições antagônicas a propriedade, que é um direito, e a posse, que nada mais é que situação de fato.

MOLITOR, a seu turno, afirmando que em todo direito há um elemento consistente na vontade de um titular aplicada ao objeto desse direito, entende que a posse é um direito. Para MOLITOR não se pode ver a posse apenas pelo *corpus* (conjunto de fatos compondo seus aspectos externos, sua exteriorização), é de mister considerar *pari passu* a vontade de submeter a coisa a tais atos possessórios, que se traduz, em outras palavras e em sùmula, na vontade (*animus*) de possuir. É necessário, pois, que na posse se encontrem os elementos que se mostram hábeis à existência do direito. A natureza deste direito para MOLITOR é pessoal, direito pessoal por não serem possíveis ações persecutórias. Entretanto há que se sublinhar que há direitos reais desprovidos do direito de persecução; todavia, acrescente-se, nem por isso perdem tal condição.

VON IHERING parte de um pressuposto de sua própria autoria, consistente em que todo direito deve ser considerado como um interesse privado agasalhado pela lei. Ora, na posse existem tal interesse e tal proteção, logo o *tout court*, a posse é um direito. Refutando a oposição centrada na argumentação calcada na ação reivindicatória, IHERING leciona que isso não quer significar que a posse seja uma situação de fato, mas que, sim e simplesmente, que a posse é um direito ocupante de escalão inferior ao da propriedade, melhor se diz do domínio. Mas, e diante do argumento que defende, que o usurpador que usando de violência assume a posse não pode ser resguardado pelo direito, eis que esse não abrigará ato contrário ao próprio direito, VON IHERING alça vôo às alturas de brilhante construção, a do “fim não querido pela lei”.

Esgrima, com brilho coruscante, que a lei é norma geral para situações correntes, e que no rastro dessa generalidade, ocorre o sacrifício de não normar certas situações particulares, de sorte que a proteção possessória, em sendo geral, abre seu manto sobre usurpadores, também, pena de se estiolar como norma (que deve ser geral, abstrata), defendendo, por arremate, que a posse é direito real.

O Código Civil Brasileiro trata do assunto sob a rubrica *Do Direito das coisas* (Livro II, da Parte Especial), colocando-o, pois, antes das normas referentes à propriedade e aos demais direitos reais.

CLÓVIS justificou tal posicionamento louvando-se em VON IHERING, que reputa a posse como dizendo respeito ao direito das coisas. Entretanto não acompanhou *in totum*, o seu inspirador, eis que este timbra em entender que a posse deve vir capitulada após a propriedade; justificando assim: a posse é transitória, sendo caminho à propriedade, é um “simples fato” nos casos da ocupação e do percebimento de frutos por parte dos rendeiros; mas, de outra parte, é um “estado” de permanência considerável no caso do usucapião, dando essas como as razões pelas quais se divorciava do pensamento do jurista que adjetivava de “excelso”, caindo na vulgaridade de antecipar a posse à propriedade (CLÓVIS; *Cód. Civ. Brasil., Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. I, p. 66, *apud* SERPA LOPES, *in* obra citada na nossa Bibliografia). O insigne LACERDA DE ALMEIDA defendeu a colocação da matéria na Parte Especial, que mereceu de ASTOLFO REZENDE a observação de que tal posicionamento se acasalava com a concepção canônica da posse.

Quer nos parecer que o posicionamento regulamentar da posse no nosso Código Civil conduz a que se possa asseverar ser tal instituto, para o Direito Brasileiro, direito real.

2. Posse Indireta: Condições

Com a redação do art. 486 do Código Civil, prescrevendo que “quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta”, o Direito Brasileiro sancionou a dicotomia da posse em posse direta e indireta.

Esse preceito foi buscar inspirações no Direito Alemão, no art. 868 do BGB, que consoante aponta CARLOS MELON INFANTE (citado por SERPA LOPES, obra consoante de nossa Bibliografia) estabelece distinção entre posse mediata e posse imediata.

O Código Civil Suíço (art. 920) estabelece com precisão essa dicotomia de posse, explicitando que: ... *Ceux qui possèdent à titre de propriétaire ont une possession originaire, les autres une possession dérivée*. O tratamento dado pelo Ordenamento Suíço nos parece muito lúcido; é que dizendo-se “originária” e “derivada” marca-se bem a qualificação do momento aquisitivo da posse que é precedente ao seu exercício e, mais, que se não pode cogitar de posse indireta sem que, como pressuposto lógico-formal, se tenha a posse direta.

Tem sido axiomaticamente aceito de que a posse não se conforta com a pluralidade de titulares; isso se dá ao embalo do anexim romano de que *plures eundem rem in solidum possidere non possunt*.

Quid ratio então? Como justificar esse bifronte aspecto como desfila em tantos Ordenamentos Jurídicos, inclusive o nosso, o instituto da posse? É que a aplicação da regra, para a qual fazemos particular chamada à locução *in solidum*, se exaure aos casos em que a pluralidade de possuidores persigam a mesma posse sobre uma determinada coisa sob um critério de isonomia quantitativa e qualitativa. Fora disso — argumento contrário aberraria aos melhores indicadores lógicos, acolhidos até pela Física — a “coexistência” de dois ou mais possuidores mostra-se possível, e não contraditória. Essa não-contradição é aceitável, e defensável, desde que cada um admita ao outro um igual e mesmo direito dentro de uma quantificação devida entre eles de modo concreto ou abstrato pela própria natureza das coisas. Temos aí *tout court* a “composseção”, cujos critérios norteadores podem ser buscados no instituto do condomínio, onde cabe mencionar a linearidade horizontal existente e unindo a todos no conjunto total fracionado porém, concreta e abstratamente, conforme o caso, para cada um dos exercentes de “sua” posse.

Mas na posse indireta esse lineamento é vertical e a condicionante de subordinação hierárquica (que na posse e detenção é intensa) assume características mais diluídas. Aponta SERPA LOPES que “o possuidor direto é dotado de uma certa soma de direitos, em consonância com o título jurídico do qual decorre a sua posse. Dispõe dos remédios possessórios não só em face de terceiros como ainda frente ao próprio possuidor indireto, preservando-o qualquer turbação que venha a dele sofrer”.

É oportuno sublinhar que o próprio Código Civil estabelece regras de proteção possessória, *ad exemplum* os arts. 501 e 502. Sobre as Ações Possessórias se verá no número 4 deste trabalho.

Em sede doutrinária parece-nos corrente a exemplificação dessa proteção possessória valendo-se das figuras do locatário

(possuidor direto) e do locador (possuidor indireto): suponha-se que um locador tenha locado um determinado terreno e, posteriormente, na vigência do vínculo locatário, pretenda daquele retirar uma parte. Poderá o locatário, em tal conjuntura, impedir o desígnio do locador, valendo-se de ação possessória própria; em outra hipótese possível, o locatário se endereça a tomar área maior que a locada, caso em que o locador se amparará em remédio possessório bastante para obstar a violência do locatário.

Essa inovação, adjetivada de “benéfica” por SERPA LOPES, mereceu a mesma qualificação de parte do eminente e douto Prof. GONDIM NETO, que em o seu “Posse Indireta”, assim se manifesta: “a posse indireta não é, na realidade, aquilo que as palavras parecem indicar, não é posse como a dos outros possuidores, constitui unicamente uma ficção, que se reduz ao direito de exercer, subsidiariamente, as ações possessórias, para reprimir atos ilegais praticados contra o verdadeiro possuidor. Não vai além a importância da posse indireta. Trata-se, apenas, de proteção possessória em face de terceiros, porquanto, em frente ao outro possuidor, o indireto, se acha suficientemente protegido pela relação jurídica existente entre ambos”.

A nós parece que o ilustre Professor Honorário da Faculdade de Alagoas tem boa parcela de razão, não há dúvida de que entre os possuidores direto e indireto há uma isonomia possessória, sem que ambas as posses se transformem em posses antípodas; ao inverso, parecem até se completarem uma e outra, em sintonia justificadora de uma em relação à outra; o que parece quis acen-tuar o Professor da Faculdade do Recife é a utilidade predomi-nante da posse indireta como proteção possessória *erga omnes*.

Acabamos de referir a um concurso possessório afinado, no qual inexistente colidência ou conflito capaz de fazer desabar o dito concurso. Não há de se contrariar a verificação de que a posse indireta subordina a direta, na verticalização hierárquica a que já nos endereçamos, sendo que a última justificada resta pela primeira, e que ambas gravitam em uma certa órbita de direitos determinados.

É que de meridiano entendimento, pensamos, o fato de que para se entregar alguma coisa, para se transferir alguma coisa é de mister que se a tenha, ao menos sob o pálio jurídico de legitimidade; com isso queremos aduzir primeiro que a posse direta é sempre temporária, e por segundo, que o possuidor indireto deve estar munido de título idôneo, bastante a que, no momento jurídico propício, desnude a sua pretensão de entrega, exaurido que se mostre o lapso temporal de legítima vigência da posse direta. Não se pode, pois, pensar em posse direta sem que a ela se opo-

nha, antecedentemente, posse indireta que desempenha o papel de causa eficiente e necessária da primeira. Mais; não se opera, com a *traditio* da coisa, entrega de duração limitada no tempo, um divórcio absoluto relativamente à coisa de parte do possuidor então indireto, e esse liame precisamente se esteia no fato de que o domínio não se esfumou e não restou inoponível com a superveniência dessas duas pessoas.

Deriva das considerações que foram lançadas a necessidade de se estabelecerem algumas precisões, que sumuladas revelam o quadro seguinte. A posse indireta se personaliza por uma “pretensão válida de entrega” (pretensão chancelada juridicamente pela ordem positiva vigente), de modo tal que a figura do possuidor indireto desponta como aquele a quem corresponde, com exclusividade, a pretensão de entrega, desnecessário que tal pretensão exercida seja por ele próprio, hipótese encontrada nas estipulações a favor de terceiro. Ademais, a posse indireta é passível de uma dosimetria de intensidade hierárquica. Exemplo dessa hierarquização, que é vertical e descendente, está na locação, em que o 1.º locatário, ao sublocar, passa de possuidor direto ao escalão de possuidor indireto de segundo grau. E referimos a “dosimetria” por entendermos que se opera, no exemplo dado, quando o 1.º locatário subloca a coisa, uma condição para ele de possuidor indireto, mas de menor intensidade, e precisamente por não ter ele o domínio e por isso também o *reliquat* que é na verdade apanágio do primeiro (e único) detentor da propriedade da coisa em sua plenitude. E outro caso de tal espécie podemos encontrar na anticrese, numa hipótese assim configurada: garantindo um certo débito, o devedor dá o seu imóvel em anticrese; com isso a posse direta passa ao credor anticrético, mas se o devedor passa à condição de locatário, temos o seguinte panorama: o devedor tem, como proprietário, a posse indireta e como locatário, a posse direta, passando o credor anticrético à condição de possuidor indireto de segundo grau.

E qual o quadro, na posse direta? Primeiro que é um direito derivado, hierarquizado. Exemplo flagrante é o usufruto, em que o proprietário outorgante fica com a posse indireta, deferindo apenas a direta. Segundo, que a posse direta é limhada no tempo e no espaço. E assim é que, por final, transcorrido um certo prazo, a posse direta sucumbe, sendo reabsorvida pelo patrimônio do exercente da pretensão de entrega; é limitada no espaço, e isso em razão de não abarcar todos os direitos integrantes do domínio, de sorte que o possuidor, pelo direito de *reliquat*, tem, concomitante e necessariamente, a plenitude do exercício da “pretensão de restituição”.

Prosseguimos. Na sistemática dos Ordenamentos Jurídicos que contemplam as duas modalidades de posse, como no Código Civil Brasileiro está enunciado, não há que se cogitar de posse indireta sem que, como pressuposto *necessário*, se constate a posse direta. Outra posição parece-nos não encontraria conforto na Lógica. A posse direta é, à nossa pretensão, adjetiva, *elemento-condição*. O locatário (figura tão generosamente tomada à exemplificação) exerce, como já se viu, uma posse que lhe é particular (direta) e não a do locador (indireta), uma é elemento-condição da outra. O locatário não representa o locador, mas sim exerce direito próprio, devendo, e isso resulta implícito na relação locatícia (que envolve subjacentemente, como se percebe, uma dual relação possessória não conflitante), reconhecer e proteger o direito do locador (em que sobressai, em face do domínio, o direito à restituição no momento apropriado). Aliás, valendo-se dos procedimentos adjetivos de proteção possessória em que, diretamente, o possuidor direto defende direito seu, o faz, refletiva e concomitantemente, direito do possuidor indireto.

GODIM NETO, citando PAULUS e JULIANUS declara poder o possuidor material (indireto) de uma coisa possibilitar a posse (direta) a um outro não era fato estranho ao Direito Romano, eis que *Pignori rem acceptam usu non capimus quia pro alieno possidemus* (L., 13, D. 41, 3, Paulus) e *Qui pignoris causa fundam creditori tradit, in tellegitur possidere* (L. 36, 41, 2 Julianus).

A diferença entre a sistemática tedesco-brasileira e a romana reside em que a primeira outorga a ambos a proteção possessória, ao passo que a segunda ao possuidor indireto defere a faculdade de prosseguir no desenvolvimento do usucapião, reservando ao primeiro (possuidor direto) os demais efeitos da posse, particularmente o centrado no uso dos *interdicta*. A detenção da coisa em certos casos, se aliava, diz o Mestre por primeiro citado, à quase-posse do direito, “como ocorria com o usufrutuário”, atualmente, naqueles Códigos (Brasileiro e Alemão), considerado possuidor direto.

Tem-se como não taxativas as relações referidas no art. 486 do Código Civil Brasileiro. Outra posição nos parece não-recomendável; com efeito, a referência a usufruto, penhor, locação exemplificativas são, basta que se atente à locução “... em casos como o do usufrutuário...” e assim por diante. A *causa possessionis* é o liame entre os possuidores, bastante a constituir para uma a posse direta, e para o outro a indireta; entretanto aquele dispositivo é apenas exemplificativo, abrindo o flanco a que se o aplique em casos semelhantes e, assim, não bastando que se defronte com uma relação jurídica qualquer, pois o *ius restitutionis* não acar-

reta a existência da posse indireta. Veja-se a exemplo o disposto no art. 1.140 do Código Civil Brasileiro, pelo qual o proprietário recupera a coisa via de ação reivindicatória. A exemplificação deixa patente referir-se a casos em que a coisa não pertence ao possuidor direto. Sucede, com freqüência, surgir o direito de restituição à pessoa diversa daquela a quem a coisa deve ser restituída (conforme se apontou em passo antecedente).

É tema de controvérsia a indagação se devem ter, aquelas relações, existência objetiva e validade jurídica. Entre as teorias questionantes no sentido de saber se há posse, nas condições indicadas pelo art. 486 do Código Civil Pátrio (e 868 do Código Alemão), preferimos ficar com a teoria subjetiva, motivando-nos no seguinte: no nosso Direito *prima facie* a leitura do art. 486 leva a se suspeitar nada permitir a sustentação da teoria subjetiva, particularmente nas expressões “quando, por força da obrigação... se exerce...” Todavia não se pode deixar de lado o preceito generalizador insculpido no art. 485, em conjunto com o preceito do art. 493, I, expresso em dizer que a posse se adquire pela apreensão da coisa ou pelo exercício do direito. E essa exegese mais firme nos parece quando consideramos que o locatário, o usufrutuário e outros exercem, de fato, poderes não plenos integrantes do domínio, um derivado em razão de um direito real, e o outro defluente da titularidade de um direito pessoal.

O exercício de fato, limitado na dimensão temporal e também espacial (já apontamos *retro* tais particularidades), das relações jurídicas arroladas pelo art. 486, do Código Civil Brasileiro, estampa, representa, sem dúvida, a exteriorização, a manifestação flagrante da vontade de possuir. Comungamos da opinião de que para o dimensionamento da posse tem decisiva importância o poder do fato. E isso se mostra à claridade ao examinar-se a posse direta e a indireta, correspondente esta, inúmeras vezes, ao direito de propriedade, que é, refere ARNOLDO WALD, “o mais amplo dos direitos reais”. Para nós, as vinculações jurídicas arroladas no art. 486 do nosso Código Civil, exercitadas de fato e temporariamente, exurgem como exteriorizações do *animus possidendi*.

Questiona-se se esse *animus possidendi* (elemento intencional) deve, por imperativo, por necessário estar ao lado do *corpus possessionis*.

A vontade já assumia papel relevante em Roma, e assim se testifica com a seguinte sentença de PAULUS: *Apiscimus possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore* (L. 3, 1, D. 41, 2.); *Quemad modum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in*

contrarium actum est (L. 8, D. 41, 2). Seguiram-lhe os passos ULPIANUS, GAIUS, PAPINIANUS, e por igual os glosadores, pós-glosadores e juristas que lhes sucederam.

No trato da questão SAVIGNY e IHERING, esses dois gigantes da Ciência Jurídica, terçaram argumentos exímios. Para SAVIGNY o *animus possidendi* se individua pela *intentio* de exercitar o direito de propriedade, seja integrado pelo *animus domini*, seja no *animus sibi habendi*; além da posse originária, cujos elementos são a detenção e o *animus domini*, existe ainda uma posse derivada que se lastreia na posse originária de uma outra pessoa. A diferença entre a posse primitiva e a derivada está precisamente no *animus possidendi*; pois, na detenção tomada como parâmetro são elas idênticas; na posse originária o *animus possidendi* é um vero *animus domini*, enquanto que na derivada tem como objeto o *jus possessionis* traido pelo possuidor primitivo. A expressão mais ampla para a noção material da posse é declarar consistente ela na detenção a que se soma o *animus possidendi*, entendível, todavia, diversamente, quer se trate de posse originária, quer se trate de posse derivada. Essa dicotomia não traz em decorrência a existência de diversos direitos de posse; são sempre os mesmos, variáveis apenas os modos de aquisição.

VON IHERING não dispensa a vontade, porém, ao inverso de SAVIGNY, coloca-a num plano secundário, despidendo apresentar qualquer característica específica de que a diferencie da vontade do detentor. *Corpus* e *animus*, seja na posse, seja na detenção, são totalmente idênticos e declara, mais, que o locatário, o depositário, o comodatário, o simples mensageiro têm a intenção de possuir como o possuidor *animo domini*. Qualquer detenção, em regra, constitui posse jurídica; cabe à lei, e apenas a ela, estatuir, excepcionalmente, a existência de simples detenção. Regra, seria a posse; exceção, a detenção. A primeira existirá sempre; a segunda, apenas com a fixação da lei. Desnecessário um “ânimo especial”, eis que o Ordenamento Positivo é que define independentemente das vontades dos interessados.

Para o nosso direito o *animus possidendi* se cristaliza na intenção de exercer as relações jurídicas indicadas na lei como *causae possessionis*. Tratando-se de posse de propriedade temos o *animus domini*; nos demais casos se reclama apenasmente a vontade de exercer de fato o direito ou a relação correspondente. Inexiste a pressuposição de uma opinião *cogitatio juris*; e isto funda-se no princípio de que a intenção de possuir como proprietário não se mescla com a crença de se ter como dono da coisa. Importa apenas que as relações (de direito real ou puramente pessoais), estejam capituladas expressa ou analogicamente nos preceitos do art. 486, pois se *legem habemus... tolita quaestio*.

3. Casos de Posse Indireta

No Direito Brasileiro desponta, ao compasso do art. 486 do Código Civil, que são pressupostos da posse indireta, primeiro um possuidor direto, e em segundo uma relação jurídica entre o possuidor direto e o possuidor indireto, ou, em outras palavras, que exista “um possuidor”, e que este consinta, no desenvolver de uma dada relação jurídica, deferir a alguém a posse, corporificando, então, uma posse direta e uma posse indireta. Decorre desta colocação que, numa etapa conseqüente de análise, se verifique a posse indireta depende da vontade de ambos os possuidores, de um “em ato” e do outro “em potência”, ou seja entre o *tradens* e o *accipiens*, eis que é na entrega da coisa que se completa e se possibilita juridicamente a posse direta e a indireta. Exemplos bem lúcidos de tal se estratificam na locação e no comodato. Anote-se ainda, consoante já se referiu em passo deste trabalho, que não se pode descartar a hipótese, plenamente acobertada juridicamente, de o possuidor direto, em uma certa relação jurídica, transferir a posse direta (adredeamente recebida de um então possuidor direto que passou à condição de possuidor indireto) a um terceiro que vem participar de um verdadeiro composto relacional jurídico, caso em que se terá na verdade um possuidor direto e dois possuidores indiretos (de primeiro e segundo escalão, ou melhor de primeiro e segundo grau).

Adotaremos, conforme já tivemos azo de declinar, o mesmo critério expositivo enlaçado pelo Prof. GONDIM NETO na obra já identificada, qual seja o de por primeiro examinar os casos expressos na Lei Civil e, após, os casos análogos. Assim:

Sabe-se que o *usufruto* é direito real sobre coisa alheia. *Jus in re*, era de conhecimento dos romanos, incluído, naquele Direito, entre as *servitutes personarum*. A posse, sendo de direito, somada à detenção da coisa, era coroada por defesa, representada esta nos *interdicta*.

Ao enfoque analógico ficam surpreendidos o *uso* e a *habitação*, em análise última, usufrutos restritos; para os beneficiários do uso e da habitação se defere uma posse direta, aos outorgantes, uma posse indireta.

No *penhor* o panorama oferecido pelo Direito Romano oferecia-se de forma a que o devedor pignoratício persistia no usucapião, ao passo que a credor ficava assegurada a utilização dos interditos possessórios. De tal forma o devedor pignoratício tinha a posse *ad usucapionem tantum*, e o credor *ad omnes reliquas causas*. Em tal sistemática, o credor pignoratício (simples titular de direito real sobre coisa alheia) tinha a posse da coisa acobertada por

proteção representada na *possessio ad interdicta*. SAVIGNY interpretava tais casos como de posse derivada, pois via uma cessão do *ius possessionis* feita pelo devedor ao credor. O modelo civil brasileiro comanda uma posse indireta ao devedor pignoratício, e uma posse direta ao credor.

Posição semelhante à do credor pignoratício flagra-se na figura do devedor anticrético. Na *anticrese*, o devedor entrega ao credor um bem imóvel cedendo-lhe o direito de percebimento dos frutos para pagamento da dívida. A anticrese tem regime regente autônomo, e malgrado possa estar vinculada à hipoteca é por seu regime que se estabelece e se desata. Constituída a anticrese, o devedor escala a posição de possuidor indireto, assomando o credor a de possuidor direto. Idêntico critério se constata no direito de retenção, *ad exemplum* os casos referidos no art. 776 do Código Civil, entre os quais pode ser identificado o hospedeiro como possuidor direto, o hóspede (cuja bagagem restou depositada) como possuidor indireto.

Nos *contratos locatícios*, na locação de coisas, figura já bem explorada no curso deste trabalho, encontramos a exemplificação mais requisitada para ilustrar a posse direta e a posse indireta. A posse, em casos tais, deflui *ex vi contracti*, sendo pois sua geratriz uma relação obrigacional. Para o Direito Romano os locatários eram detentores; IHERING explicita que tal detenção se originava da particular situação do *pater familias*, detentor que era, na clara acepção da palavra, dos filhos e dos clientes. Assim os interdictos eram privativos do *pater*, pois todos os demais na casa lhe eram subordinados. Inquilino era quem, numa situação evidente de dependência, habitava, na mesma morada, com o seu proprietário, sendo intuitivo que não lhe acudia qualquer proteção possessória. Posteriormente, sabe-se, desenvolvida Roma, a falta de moradias se tornou fato grave, e as relações locatícias certamente assumiram outra feição. No Direito Brasileiro o locador tem a posse indireta, e o inquilino a posse direta, com a possibilidade de graduação de que falamos em mais de um momento.

Vamos examinar, com um pouco mais de atenção, os institutos da enfiteuse e do mandato.

É vasto o campo em que medra a *enfiteuse*. Em Roma predominava a opinião de que o contrato de aforamento era de ordem locatícia. A superfície e a enfiteuse eram, no Direito Romano, direitos reais de grande amplitude; ao titular da enfiteuse assegurava-se ação de restituição, a *vindicatio utilis*, em tudo semelhante à *rei vindicatio*. Mais; ao enfiteuta eram resguardadas ações que *in genere* acudiam ao proprietário, tais como a confes-

sória, a *comuni dividundo*, a *finium regundorum*. É muito douta a seguinte lição de GONDIM NETO: "Os glosadores, por causa disso, chamavam o enfiteuta de *dominus utilis*. O adjetivo *utilis*, entretanto, em vez de ser entendido no sentido próprio de análogo, foi interpretado como se referindo ao gozo do bem, donde a esdrúxula denominação de *dominium utile*, empregada para significar direitos reais de gozo muito amplo, particularmente a enfiteuse, em oposição à verdadeira propriedade que se chamou de *dominium directum*. A transcrição é oportuna, demonstra o porquê de certas impropriedades terminológicas, prosperantes no tempo e consagradas em estatutos como o nosso Código Civil (art. 678).

Pelo art. 679 da Lei Civil Brasileira "o contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege". Para nós, *data venia*, a redação do artigo é pouco feliz. Mistura no corpo do artigo institutos que obviamente (ele mesmo o diz) são autônomos. Se a enfiteuse "é perpétua" (ser perpétua é condição necessária), parece-nos desastrado mencionar-se uma enfiteuse "temporária"; sucumbe ao crivo lógico do princípio da contradição, melhormente, do princípio da não-contradição. Direito é ciência, não se conforta, pois, com dubiedades sentenciais. No arrendamento há à evidência posse direta e posse indireta. Na enfiteuse, não! É que o tratamento normativo dado pelo Código Civil ao instituto da enfiteuse não se acasala, em a nossa opinião (e buscamos excelente companhia para isso afirmar!), com o tratamento expresso no art. 486, que conseqüência um antagonismo pelo qual não se pode cogitar a aplicação ao enfiteuta (que por condição necessária tem o "domínio útil" perpétuo) dos princípios limbadores da posse direta e da posse indireta.

Examinemos a figura do *comodato*. No Direito Romano encontrava-se o *commodatum* e o *precarium*; ao primeiro rotulava-se como simples detenção e ao segundo, posse de coisa *ad interdicta*. A figura do *precarium* perdeu-se no tempo e desapareceu do Direito Moderno.

O comodato é conceituado em nosso Direito Civil como "o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis" (art. 1.248). Examinando-o no plano das duas modalidades de posse, é consignável uma posse direta deferida ao comodatário e uma posse indireta estabelecida ao comodante.

Endereçando-nos ao *depósito voluntário* (já referimos à modalidade coercitiva, p. 14, *in principium*), encontramos o Código Civil assim o definindo em seu art. 1.265: "Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até

que o depositante o reclame". Assumem, pois, depositário e depositante as posições, respectivamente, de possuidor direto e possuidor indireto. Caso outro de gênese de posse direta e indireta identifica-se no contrato de *transporte*.

Passemos agora, e por último, ao exame da *representação*. Entende-se que se opera representação quando alguém consuma ato jurídico em nome de outro, com efeitos imediatos e diretos para este. Sua destinação jurídica é a de praticar e consumir ato jurídico ou o exercício de direito subjetivo. A representação pode ser voluntária ou legal; a primeira deriva da vontade do representado, a segunda dimana de disposição legal.

Em Roma, salvante poucas exceções, foi princípio regente não se admitir a representação, e isso bem se testifica se lembrarmos da regra brocárdica de que *nemo alteri stipulari potest*.

Salvante tratando-se de função ou atividade *intuitu personae* e por isso indelegável, o Direito Moderno acolheu e desenvolveu à sociedade o instituto da representação, admitindo-a voluntária, estabelecendo-a obrigatória em casos definidos em lei.

No que tange ao princípio do *agere alieno nomine* ser defeso, princípio que guarda intimidade com o lema de que *res inter alios facta tertius nec nocet nec prodest*, tem medrado controvérsia se aplicável à posse.

O dissídio doutrinário gravita ao redor de se fixar se o mandante (considerada a representação mediata e a imediata) adquire a posse em razão de ato do mandatário, operando este seja em nome próprio ou do mandante. Nossa posição é no sentido de que devem prevalecer, gerado conflito, as disposições referentes à posse, eis que são normas especiais que devem ser eleitas desde uma hierarquia normativa positiva; as normas referentes à representação, ainda que especiais enquanto versando e regulando a representação, assumem, em matéria envolvendo posse, cunho apenas subsidiário, prestando-se à exegese apenas como de critério analógico.

GONDIM NETO, citando PRZIRILLA, oferece três hipóteses assim apresentadas:

1.^a — um mandatário adquire por compra um quadro, declinando que o faz para o mandante, correspondendo tal agir à vontade do agente; irrelevantes as circunstâncias de a intenção ser expressa ou tácita, o mandante adquire de imediato posse e propriedade;

2.^a — nas mesmas circunstâncias há a compra, apenas que de fato o mandatário tem a intenção de adquirir para si próprio; obrando à evidência com reserva mental, o resultado é o mesmo, pois é pressuposto da representação que o agente obre em nome

alheio, “não podendo, além disso, ser tomada em consideração uma vontade que não foi exteriorizada, simples reserva mental, sem valor jurídico”. Apenas, *en passant*, declaramos encarar com reserva a colocação sobre “reserva mental”, eis que, se pode não ter “valor jurídico”, tem, seguramente, “efeitos jurídicos” (não se ignora que a reserva mental, que é simulação unilateral, conseqüência vício do ato jurídico capaz de nulificação deste);

3.^a — o mandatário compra o quadro para si próprio. A nossa ótica, acompanhando o autor por segundo acima citado, aquele adquire o domínio e a posse, podendo, é verdade, a espécie vir a se reduzir em perdas e danos em virtude de representação infiel. Apenas ato especial e específico comportaria uma transmissão de posse e propriedade ao representado, em que seria questionável o aparecimento de uma outra relação jurídica, desvinculada daquela primeira, representação. Cogitável a figura do *constitutum possessorium*, mas se aponta “injusta a idéia de que o representado pudesse adquirir a posse e a propriedade por meio de um constituto antecipado”, mas entendemos com REGEL SBERGER (citado na obra a que tanto já nos referimos), que ainda assim, o constituto não fica substituído; a obrigação advinda do próprio contrato é que, *ipso facto*, deve ser exaurida.

Tudo parece depender dos princípios eleitos sobre a posse. O agir do mandatário tem um norte procedimental derivado precisamente da causa da tradição, ou seja, do que ficou convencionado na representação. Quer nos parecer que aos contraentes é lícito, dentro do princípio da liberdade de contratar (com as reservas de todo bem sabidas), da forma que melhor consulte a seus interesses. A tradição pode se operar de diversos modos e assim direcionar a posse e propriedade, sem interferência da inexecução da obrigação, cuja responsabilização se questiona em outro terreno.

No Direito Pátrio é possível a dupla representação: uma, a de alguém que contrata em nome de outro; outra, a de quem, representando mediatamente, age a fim de favorecer interesse alheio, malgrado em nome próprio. Assim estabelece o art. 1.288 do Código Civil: “opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses”.

A representação, em nosso Direito, é característica diretora do mandato. O poder de representação é determinante dos limites de responsabilidade contratual, e assim de interesse é para terceiros. Há no mandato, além dele propriamente dito que é, sem dúvida, poder, um outro, que é o poder de representação.

Mas, se há no mandato *in se* uma certa e determinada relação jurídica entre representante e representado, entre mandante e mandatário, essa não se confunde com as relações estabelecidas com terceiros em virtude da representação, na qual certos e determinados poderes, e também deveres, são deferidos, quer por vontade de ambos os partícipes da relação, quer por vontade expressa da lei.

No que diz particularmente à posse (diversamente no sucedível nos demais atos obrigacionais de aquisição), o mandatário, a um tempo que estratifica a favor do mandante uma posse indireta, proporciona a si próprio (e a vontade na hipótese não parece desempenhar nenhum papel de relevância, a não ser o de cumprir o mandato) a posse direta. Dilui essa interpretação, ajuizamos, bem claramente do que prescreve o art. 486 do nosso Código Civil.

É intuitivo que se alguém age em nome de outrem, desvestido porém de representação, a posse não é de imediato transferida a esse outrem, que se completa, ou, melhor, se consuma *a posteriori* com a ratificação. Em cada caso deverá ser examinada a globalidade do ato do dito representante, pois é possível verificar-se uma tal situação de que a *traditio* se opere com uma outra relação jurídica (independente); de qualquer sorte, seja o concerto a que chegarem as partes, não dirá ela respeito a quem contratou com o representante, eis que à evidência se trata de *res inter alios*. Sublinhável de resto que a posse do representado, indireta que é, encontra resguardo no modelo civil brasileiro.

Outra hipótese a ser pesada é aquela em que o mandatário age sem representação. Nessa, o mandante não adquire a posse indireta, mas sim um direito pessoal contra o mandatário.

Em síntese, o representado assume a posição de possuidor indireto ainda que não avisado (*adquiritur etiam ignorati*), sem que tal circunstância queira significar inexistência de vontade; é que a vontade desempenha papel diretor, pois, *ignoranti possessio non acquiritur*, e o que se quer realçar é que, existente a vinculação mandatária, a posse se soluciona imediatamente com o simples ato de apreensão de parte do representante, ainda que não tenha ciência de tal o mandante.

Questão que está a merecer alguma atenção é a pertinente à ratificação.

Com efeito, diante das disposições contidas no inciso III, do art. 494, do Código Civil, que reza: "A posse pode ser adquirida: I — *omissis*; II — *omissis*; III — por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação; IV — *omissis*, e aquela regra estabelecida no art. 1.343, que diz: "A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos

os efeitos do mandato.” Diante da gestão de negócio, é sabido que o ato do gestor, para frutificar a favor daquele por quem foi praticado, necessita da ratificação deste; a equiparação ao mandato, com efeito retroativo, é a regra geral. Assim, em sendo norma geral, capitaneia a faculdade expressa no art. 494, inciso III, no que diz respeito a efeitos.

Se o representante deve ser capaz, ou seja, deve ter idoneidade jurídica para manifestar a vontade em tal ou qual sentido, o mesmo não sucede com o mensageiro. Este agindo, não consuma ato jurídico, mas sim é veículo de uma manifestação de vontade do contratante; já o representante, não, pois sua vontade manifesta produz efeitos jurídicos e, por isso, livre deve ser, incontaminada por quaisquer vícios (tendes à nulificação do ato jurídico). *Mutatis mutandi*, pode o representante valer-se, como o mandante, de um *nuntius* para veicular uma manifestação de vontade.

Em verdade é necessário que o representante manifeste um querer definido e próprio, que é reclamo de ordem objetiva, dizendo respeito à forma de expressão do seu assentimento. Há que se entender de forma a que caiba, na análise do procedimento do representante, o brocardo *in medius virtus*, ou seja, não se diga que o nuncio mecanicamente só repita a vontade do contratante e nem seja sempre o representante investido de poderes de inteiro largos para decidir a respeito da solução do negócio a que foi incumbido.

É claro, via de regra, o procurador desfruta de faculdade generosamente outorgada para decidir sobre como deva consumir um certo negócio, o que dá margem a que se distinga do mero nuncio. O ponto nevrálgico da questão está menos no conteúdo do mandato, que na forma por que aparece diante do outro contratante, que “pode exteriorizar uma simples declaração de outrem ou expressar uma própria manifestação de vontade em nome do mandante”. Sucede que muitas vezes o mensageiro oferece uma mensagem tão detalhada que não deixa margem de descrição; em outras, vem ele investido de uma certa autonomia de eleição. Resta a se dizer, em resumo, que a maior ou menor faixa de autonomia de tais mensageiros, os princípios aplicáveis a respeito deles, repercutem em se tratando de posse, eis que o proceder do agente pode assumir relevância jurídica, sejam eles receptores ou transmissores, redundando na conclusão de um ato jurídico em nome alheio, ou, então, sob outra e diversa perspectiva, serem reduzidos a simples instrumento.

Por derradeiro, é de ser examinada a figura do portador. Vejamos, logo de saída, a prescrição contida no art. 487, do Código Civil: “Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de

dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento “de ordens ou instruções suas.”

Trata-se, como de saída se pode observar, da figura do preposto, o empregado, o subordinado a outrem por uma relação empregatícia ou por disposição outra estatutária. O portador enviado por alguém a fim de trazer algum objeto comprado ou locado, transforma, de pronto, o enviante possuidor pleno na primeira hipótese e possuidor direto, na segunda. A figura do mensageiro não assume qualquer outra natureza jurídica senão a circunscrita à de mero mensageiro, variando, isso sim, a de quem mandou, no primeiro caso, proprietário e, no segundo, locador. Esses mensageiros não adquirem, com a sua atividade, posse para si, mas sim para aqueles de quem dependem, econômica ou hierarquicamente. Assim, se envio o meu secretário a buscar flores no jardim de minha casa de campo, para as oferecer a um amigo, este tem logo a posse plena de tais flores, ao passo que o mensageiro posse de nenhuma espécie terá.

4. Posse Indireta e Processo

Pertinentes nos parecem, de início, algumas considerações sobre posse justa e injusta, precária, clandestina, de boa e má fé, eis que guardam pontes de contato com as questões que se resolvem por via judiciária. Justa é a posse que nasce de um ato lícito; é a que não está contaminada por violência, clandestinidade ou abuso de confiança (*vi clam aut precario*). Injusta é a que se corporifica ao compasso do uso da força, do arbítrio, ao arrepio da vontade do vero possuidor. Clandestina é a constituída às ocultas, a escamoteada, para a qual não se quer despertar a atenção. Precária a que se funda e tem por causa um abuso de confiança, por parte de quem tenha recebido a coisa para restituir e a tanto se esquivava, observando a ausência de um *animus permnendi* com a coisa.

Vias de defesa para as hipóteses de abuso, de ilicitude na posse são as ações de manutenção de posse, as de reintegração de posse.

Posse de boa fé é aquela em que o possuidor, por erro, enganado pensa que lhe seja legítima; a de má fé a que, ao inverso, tem o possuidor consciência da sua ilegitimidade. A propósito dispõe o art. 490 do Código Civil: “é de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”, deduz-se que, tomando ciência o possuidor de tais impedimentos, e persistindo nessa posse, transforma-se ela em posse de má fé.

Outro aspecto a merecer referência é a hipótese do conflito oriundo da circunstância de se apresentarem dois possuidores se reputando legítimos sobre determinada e certa coisa. O conflito se resolve com as ações de manutenção e reintegração de posse, sendo de referir-se a disposição do art. 507 do Código Civil: “na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor está mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor posse a que se fundar em justo título; na falta de títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.”

Dispõe assim o possuidor de direito de proteção para afastar o esbulhador, restaurando-se a posse no *statu quo ante*.

A proteção judicial à posse legítima acautela e restaura o direito tanto do possuidor direto quanto o do possuidor indireto. O possuidor direto tem a seu alcance o uso de todas as ações possessórias e além do mais o da legítima defesa (assim institui o art. 502, do Código Civil: “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo. Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”); ao possuidor indireto ficam-lhe ao alcance as ações de manutenção e reintegração. Diante de quaisquer ações turbativas à posse é palmar o legítimo interesse do possuidor indireto em assegurar, *in integrum*, o exercício e a conservação dela, resguardando inclusive a própria existência física da coisa. Elucidativas a respeito as disposições seguintes do Código Civil: “Art. 1.192. O locatário é obrigado: I — *omissis*; II — *omissis*; III — A levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito (art. 1.191); IV — *omissis*”. “Art. 1.191. O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham, ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.” Exemplo outro de que o possuidor indireto pode estar *in iudicium* postulando está no inciso II, do art. 1.189, do Código Civil: “O locador é obrigado: I — *omissis*; II — A garantir-lhe (ao locatário), durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa” (a inserção entre parênteses é nossa).

A posse indireta, no Código Civil Brasileiro está, como se sabe, explicitada nos arts. 486 e 621 (prescrevendo esse que: “Se a coisa alienada estiver na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indireta pela cessão que lhe fizer o alienante de seu direito à restituição da coisa. Parágrafo único. Nos casos deste artigo e do antecedente, parte final (art. 620: “O domínio das coisas não se trans-

fere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675)”, a aquisição da posse indireta equivale à tradição.” (A intercalação entre parênteses é nossa.) Mas, indaga-se, onde está ela protegida? A mingua de disposição expressa há que se endereçar a atenção aos princípios gerais, que indiferentemente se prestam à aplicação tanto para a posse direta quanto para a posse indireta. Assim: “Art. 499. O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho”. Art. 501: “O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o seguro da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito”.

Sucedendo o possuidor direto tomar a iniciativa de acionar os dispositivos protetionais da posse, é de boa mente reconhecer a desnecessidade de o possuidor indireto assumir idêntico procedimento, malgrado, note-se bem, inibido não fique a agir, não se lhe é oponível qualquer impedimento de agir *in iudicium*, eis que seu interesse é dotado de autonomia e incondicionado ao agir ou deixar de agir do possuidor direto. Não se olvide, todavia, que o possuidor indireto tem, em alguns casos, obrigação de agir em garantia da posse do possuidor direto (art. 1.189, II), por *sponte sua* ou acionado que seja pelo possuidor direto (cf. art. 1.192, III).

Da espoliação possessória resultam, via de regra, prejuízos que devem ser indenizados. A propósito declara o art. 503 do Código Civil: “O possuidor mantenido, ou reintegrado, na posse, tem direito à indenização dos prejuízos sofridos, operando-se a reintegração à custa do esbulhador, no mesmo lugar de esbulho”.

Em via processual, não estabelecida desde logo a indenização, esta se numerifica em concreto em liquidação de sentença.

É de questionar se ao possuidor indireto cabe também a legítima defesa. A pergunta respondemos sim. E o nosso entendimento é condicionado, na sua afirmatividade, à circunstância de omitir-se o possuidor direto ou por lhe faltar legitimidade por já extinta a relação jurídica. É de aplicação a nosso juízo o art. 502, do Código Civil, pois *upi lex non distinguit nec nos distinguere debemur*, pesada a circunstância que a Lei Civil, já o dissemos, não estabelece distinções entre possuidor direto e indireto, expressamente, no tangente às medidas de proteção possessória.

É nosso pensamento que o possuidor indireto possa vir *in iudicium* voluntariamente, desde que tenha e demonstre interesse jurídico. Assim asseveramos tendo em mira o art. 50 do Código de Processo Civil: “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-

-la". Igualmente ajuizamos que o possuidor indireto poderá intervir, *ad excludendum*, na forma do art. 56, do Código de Processo Civil: "Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos."

Finalmente, queremos apontar o seguinte. Sabe-se que o detentor da coisa, possuindo-a em nome de terceiro, pode, processualmente, desviar a ação intentada contra si em chamando o verdadeiro possuidor, contra o qual, então, deverá correr a causa. É palmar, na linha que estamos seguindo no tema, que o possuidor indireto será nomeado à autoria. Nomeação à autoria, não se ignora, é o chamamento que o detentor da coisa faz, *in iudicium*, do possuidor ou proprietário, a fim de afastar de si as consequências da lide. Assim estampa o art. 62, da Lei Adjetiva Civil: "Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor".

5. A Posse como Exercício de um Direito

A posse, já se examinou isso, apresenta, como quadro composto, um titular da relação possessória, e uma coisa (o seu objeto), que, além de um requisito de licitude, deve, por necessária, ser bastante à submissão de uma relação possessória.

O divórcio a medrar na doutrina consiste no exame da possibilidade ou não de a posse espraiar-se aos direitos pessoais, à abstratividade de uma relação jurídica. Em tal embate de idéias, duas correntes se antipodam, e de forma irreconciliável. Uma é a corrente romanista; a outra, a corrente inspirada nas idéias canônicas. Aos romanos confortava a visão da posse predominantemente sob um aspecto corpóreo, poder de fato exercido sobre uma coisa. SAVIGNY não se afastou muito dessa perspectiva. Em particular os doutrinadores romanistas cingem o objeto da posse aos elementos corpóreos (*corporis possessio*), nisso incluindo também os direitos reais compreendidos na *possessio iuris* ou *quasi possessio*.

A exclusão dos direitos pessoais como objeto de posse é capitaneada pela assertiva de não se mostrarem aptos a serem protegidos pela proteção possessória; os romanos, acrescenta essa posição, malgrado tenham alargado a idéia de posse a certos direitos, em particular às servidões, o fizeram reservadamente e reputando-os distantes da verdadeira posse.

A seu turno, a concepção canonista timbra na "subjetivação" da posse, afastando-a, e assim "espiritualizando-a" e "desmate-

rializando-a”, da visão material, real, perceptível sensorialmente que o Direito Romano perfilhava. O afastamento é concomitante a um alargamento, enlaçante este dos direitos pessoais. É que, segundo a concepção canônica sobre o objeto da posse, todos os direitos se manifestam por sinais aparentes, ou seja, se exteriorizam e são exteriorizáveis, concebível seu exercício abstraído de sua titularidade; em conseqüência inexistente óbice a que sejam amparados por remédios possessórios, eis que é destinação da posse não resguardar as coisas mas sim proteger os direitos.

Na história de nosso Direito, empolgados se manifestaram juristas de grande quilate por uma e outra corrente, RUI BARBOSA, enamorado da corrente canonista, CLÓVIS BEVILAQUA, esposando uma tese mais restritiva.

Verifica-se da conceituação de posse, à obliqua sorvida no exame do art. 485 do Código Civil, a tendência do legislador pátrio de impender para a corrente romanista.

Vejamos em resumo o que apregoam os arautos da corrente pela qual a posse deve ser dilatada aos direitos pessoais. Assim: o art. 485 do Código Civil refere ao exercício pleno ou não de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou *propriedade*, ficando então ali incluídos os direitos pessoais, desde que se parta de uma ótica de que a noção de propriedade ultrapassa de *per si* um objetivo que vai além das coisas corpóreas; ter o art. 488 (“Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.”), referências à sociedade a atos possessórios exercitáveis pelos que “estiverem no gozo do mesmo direito”; de igual resultado do art. 490 (“É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito, possuído”), em que se sublinha como condição da posse de boa fé ignorar o possuidor vício ou obstáculo impeditores à aquisição da coisa, ou *do direito possuído*; a referência do art. 206 do Código Civil (“Na dúvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados”) e o disposto no Decreto-Lei 7.485/45 (dispondo sobre a prova do casamento nas habilitações aos benefícios do seguro social), em que se fazem expressas referências à posse do estado de casado, à posse do estado de cônjuges, à posse do estado de filho.

Merece referência aqui o belo estudo, judiciosamente coroado por citações de doutrinadores de peso, do Prof. GONDIM NETO (*in obra referida*). Citando, com particular felicidade, KRUCKMANN, aporta aquele que foi o fundador e primeiro presidente da Acade-

mia Nacional de Direito: “Não existe posse de coisa, toda posse é, apenas, posse de direito, sendo a posse de coisa limitada ou ilimitada posse da propriedade. Posse não é o estado do exercício de fato, ao contrário, é a possibilidade juridicamente reconhecida de exercer, de qualquer modo, determinado direito. Quem tem a possibilidade juridicamente reconhecida de agir sobre a coisa, tem a possibilidade juridicamente reconhecida de exercer a propriedade; quem tem a possibilidade juridicamente reconhecida de exercer um direito, tem a posse deste direito”. E acrescenta, em um certo passo, GONDIM NETO: “Exercício de um direito é a realização prática de seu conteúdo. Consiste, portanto, no fato de se fazerem valer as faculdades jurídicas que ele contém, as quais podem ser simples ou plúrimas”; e em outro passo coloca com precisão de que “a posse do credor pignoratício é também posse de um direito, o direito de reter a coisa a título de garantia”.

Se, como diz GONDIM NETO, “o art. 486 do Código Civil Brasileiro é apenas uma fórmula errônea, pela qual, praticamente, se admitiu a posse da propriedade, dos direitos reais, de certos direitos pessoais e de alguns devedores”, se, à luz da Ciência do Direito, a argumentação dessa corrente é respeitabilíssima e se, consoante nos parece indisfarçável (sem que isso represente uma crítica nossa à criação pelo Direito Pátrio das posses diretas e indiretas), medrou o legislador brasileiro em terreno doutrinário de modo a deixar subjacente, insita, uma certa vacilação, como se estivesse a servir a dois senhores ao mesmo tempo; a verdade é que parece estar a vingar a corrente excludente, aquela refratária à admissão da posse como abarcante também dos direitos pessoais.

A corrente que acabamos de examinar, rebateu Clóvis assim: o vocábulo “propriedade” constava no projeto primitivo de sua autoria, sem que isso designasse intento de ingresso à corrente dos que ampliam a posse aos direitos pessoais; no Código não se encontra qualquer outro dispositivo pelo qual se deduza a extensão da posse àqueles direitos, eis que os arts. 488, 490 e 493, I, referem-se apenas a “direitos reais”; a propriedade, e por igual os seus desmembramentos, são direitos reais; os direitos pessoais jamais foram desmembrados do domínio.

6. Conclusões

Do estudo que fizemos, fatigante ao leitor, reconhecemos, apresentamos *brevitatis causa*, as seguintes conclusões: 1. O Direito Brasileiro consagra a posse (colocando-a na rubrica do Direito das Coisas, para isso louvando-se em VON IHERING), definindo-a, no art.

485, de forma oblíqua; 2. Consagra duas modalidades de posse: a posse direta e a posse indireta; 3. A redação definidora da posse indireta está estampada no art. 486; 4. A posse direta é condição necessária à indireta, sendo esta portanto uma posse derivada, ao passo que a direta, na adjetivação que elegemos, é elemento-condição; 5. Que tal concurso possessório não é conflitante; 6. As *causae possessionis* alistadas no art. 486 prestam-se “para revelar a natureza da posse pelo conhecimento da relação jurídica correspondente”; 7. Que a posse indireta se personaliza numa “pretensão válida de entrega”; 8. Para o dimensionamento da posse tem decisiva importância o poder de fato; 9. São casos em que se manifesta a posse indireta: o usufruto, o uso e a habitação; o penhor, a anticrese; os contratos locatícios; a enfiteuse; o mandato, a representação; o comodato, o depósito e o contrato de transporte; 10. A posse se apresenta sob variadas modalidades: justa e injusta; clandestina, precária; de boa e má fé; 11. Há proteção judicial à posse legítima; 12. Que a proteção possessória à posse indireta rege-se, no Código Civil, por princípios gerais; 13. A defesa da posse indireta é reconhecida, e não apenas pelas ações possessórias, mas também pela legítima defesa; 14. O possuidor indireto vai a juízo como autor, como terceiro interveniente, como chamado à autoria; 15. No tangente a ampliar a posse como enlaçante dos direitos pessoais, esgrimam argumentos em prol e contra duas correntes doutrinárias: a romanista e a canônica; 16. No Direito Brasileiro, embora se possam reconhecer lacunas por onde podem adentrar argumentos da teoria canônica, prevaleceu a romanista.

7. Bibliografia

- 1 FERREIRA, PINTO — *Posse, Ação Possessória e Usucapião*, Edição Saraiva, São Paulo, 1980.
- 2 GONDIM NETO, Joaquim Guedes Corrêa — *Posse indireta*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio, 1972.
- 3 CEJAS, Horacio E. e BLISS, Horacio W. — *Nociones de derecho civil*, Libreria Editorial “Ciencias Economicas”, Buenos Aires, 1953.
- 4 IHERING, Rudolf Von — *Theoria simplificada da posse*. O volume de nossa propriedade não registra edição, editora, local e data.
- 5 LIMA, João Franzen de — *Curso de direito civil brasileiro*, 2.^a ed., Forense, Rio, 1961.
- 6 LOPES, Manoel Maria de Serpa — *Curso de direito civil*, vol. VI, Freitas Bastos, Rio, 1960.
- 7 MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de direito civil*, 8.^a ed., Saraiva, São Paulo, 1972.
- 8 PACHECO, José da Silva — *Direito processual civil*, Saraiva, São Paulo, 1976.

