

XXII

A POSSE

Sumário: **142.** Conceito e natureza jurídica da posse. **143.** Elementos da posse. **144.** Modalidades da posse. **145.** Objeto da posse. **145-A.** Composse. **146.** Início da posse. **147.** Permanência e término da posse. **148.** Origem e meios judiciais de proteção possessória. **149.** Posse de direitos.

142. Conceito e natureza jurídica da posse – A posse é o poder de fato, protegido juridicamente, que se exerce sobre uma coisa.¹

Já os romanos a distinguem claramente do direito de propriedade. No Digesto (XLI, 2, 12, 1; e XLIII, 17, 1, 2) leem-se: nihil commune habet proprietas cum possessione (a propriedade nada tem em comum com a posse) e separata esse debet possessio a proprietate (a posse deve ser apartada da propriedade).²

Com efeito, a posse é poder de fato sobre uma coisa; a propriedade é poder de direito. Em geral, posse e propriedade se apresentam reunidas: por via de regra, o proprietário (que tem poder de direito sobre a coisa) é também seu possuidor (tem poder de fato sobre ela). Mas, casos há – e aí a diferença ressalta nítida – em que posse e propriedade estão separadas: alguém se apodera de terreno alheio; o usurpador tem a posse (o poder de fato de utilizar-se da coisa), e o proprietário tem o direito de propriedade sobre o imóvel (o poder de direito sobre ele, o que lhe possibilita intentar contra o possuidor uma ação de reivindicação, para que lhe seja restituído o poder de fato sobre o terreno).

É certo que muitos autores (assim, por exemplo, Ihering e Lenz)³ consideram a posse um direito – embora diferente do direito de propriedade –, e a enquadram, em geral, entre os direitos reais. Reputam-na um direito, porque, partindo de diferentes conceitos de direito subjetivo, entendem que a posse neles se inclui. Ihering define o direito subjetivo como o interesse juridicamente protegido; ora, a posse é um interesse, e como é protegida juridicamente – por meio, como veremos adiante, dos interditos possessórios –, é ela, para Ihering, um direito. E direito real, pois essa proteção se estende erga omnes (contra qualquer pessoa, só cedendo, em regra, diante da ação de reivindicação do proprietário da coisa).

Bonfante,⁴ no entanto, demonstrou, a nosso ver, que a posse é um fato, e não um

direito. Para que de uma relação entre pessoas surja um direito subjetivo, é preciso – acentua Bonfante – que ela seja sempre garantida, e não apenas tolerada; é necessário que a coação se constitua diretamente em defesa dessa relação, e não somente decorra ex occasione (por ocasião) da tutela de uma outra relação. A posse é apenas tolerada, e só é defendida ex occasione, tanto assim que somente é tutelada contra lesões determinadas, e, em tais hipóteses, o possuidor é protegido até contra o proprietário.⁵ Exemplo: se alguém é possuidor de um imóvel e o proprietário dele o expulsa à força, aquele – porque a posse é tutelada contra essa lesão – pode recuperar a posse do imóvel, contra o proprietário dele, por intermédio de um interdito possessório; e o proprietário para reaver, outra vez, a posse sobre seu imóvel tem que intentar contra o possuidor uma ação de reivindicação, contra a qual a posse não é defendida. Por se tratar de defesa ex occasione é que a posse é protegida não por uma ação, mas por um meio extraordinário, que é o interdito possessório.⁶

Os juristas romanos, no período clássico, tiveram a noção exata de que a posse era um fato, tanto assim que salientaram que ela difere da propriedade, e que, em caso de aplicação do postliminium (vide nº 83), o beneficiado por essa ficção readquire os seus direitos, mas, não, a posse, porque ela é um fato (res facti).

Só no período pós-clássico é que – segundo demonstração de Albertario⁷ – surgiu a ideia de que a posse seria um direito; daí, em alguns textos romanos, usar-se, ao aludir-se à contraposição entre posse e propriedade, das expressões ius possessionis (referindo-se à posse) e ius dominii (com relação à propriedade).

143. Elementos da posse⁸ – 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 nas 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.

Até os fins do século XIX, havia, quanto ao corpus, três teorias principais:

a) a dos glosadores: o corpus é o contato material com a coisa, ou são atos simbólicos que representam esse contato;

b) a de Savigny: o corpus é a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la contra agressões de terceiro; e

c) a de Ihering: o corpus é 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.

Quanto ao animus, também a controvérsia data de longe, e, no século XIX, constituía o ponto capital da divergência das concepções de Savigny e de Ihering sobre a posse. Assim:

a) para Savigny, o animus que caracteriza a posse é o animus domini (a intenção de ser proprietário da coisa);

b) para Ihering, o animus nada mais é do que a intenção de deter a coisa (ao que os textos romanos aludem com a expressão *affectio tenendi*); corpus e animus não são elementos independentes: um não pode existir sem o outro, mantendo a mesma relação que há entre a palavra e o pensamento (este se incorpora naquela) – a posse, portanto, não é simples união do corpus e do animus, pois o corpus nada mais é que a exteriorização do animus; assim, o possuidor é aquele que – como acentua Matos Peixoto⁹ – externa (corpus) e conscientemente (animus) trata a coisa como o faria o titular do direito.

Da síntese dessas teorias, verifica-se que, em virtude da diferença de conceituação de cada um dos elementos da posse – primordialmente do animus –, divergem, profundamente, as concepções de Savigny e de Ihering.¹⁰

Essa divergência nasceu da circunstância de que, segundo as fontes romanas, nem todo poder de fato sobre uma coisa era considerado posse devidamente protegida pelo Estado. Mas – e em virtude disso o problema se torna mais complexo –, os textos, inclusive com relação ao poder de fato que não é posse por não ser tutelado pela lei, empregavam a expressão *possessio* acompanhada, ou não, dos adjetivos *ciuilis* e *naturalis*, não atribuídos sistematicamente a essas figuras os mesmos efeitos jurídicos.

Em face disso, era preciso determinar o conteúdo exato de cada uma das expressões *possessio*, *possessio naturalis* e *possessio ciuilis*, bem como caracterizar quando haveria posse (isto é, o poder de fato exercido sobre uma coisa, e devidamente tutelado pelo Estado), e quando existiria, segundo a nomenclatura moderna, detenção (ou seja, o poder de fato exercido sobre uma coisa, sem proteção jurídica).

Savigny entendia que a expressão *possessio ciuilis* indicava a posse que reunia as condições necessárias ao usucapião (*possessio ad usucapionem*); que a palavra *possessio*, desacompanhada de adjetivo, designava a posse protegida pelos interditos (*possessio ad interdicta*); e que a expressão *possessio naturalis* variava de significado conforme fosse empregada em oposição a *possessio ciuilis* (e, então, abrangia tanto a

simples detenção quanto a possessio ad interdicta), ou a possessio (caso em que designava a detenção).

Por outro lado, o que, para Savigny, distinguia a posse da detenção era a circunstância de que, na posse, havia o animus domini (a intenção de ser proprietário), o que não ocorria na detenção. 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 (sequester),¹¹ 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. Para obviar a essa objeção, engendrou Savigny a teoria da posse derivada,¹² segundo a qual o precarista, o credor pignoratício e o depositário de coisa litigiosa teriam uma posse que lhes fora cedida pelo verdadeiro possuidor.¹³

Ihering combateu vibrantemente a concepção de Savigny, procurando demonstrar que ela não se coadunava com os textos, nos quais não se encontrava o menor traço da posse derivada, com a qual tentara Savigny resguardar sua teoria das objeções decorrentes dos casos de posse sem animus domini. Para Ihering, posse e detenção eram constituídos dos mesmos elementos: o corpus e o animus. O que as distinguia era a circunstância de a detenção ser o poder de fato sobre a coisa, ao qual a lei recusava o caráter de posse. Em outras palavras: havia posse sempre que ocorresse a detenção e a lei não lhe tirasse o caráter possessório, negando-lhe a proteção pelos interditos.

A teoria de Savigny é denominada subjetiva porque a distinção entre a posse e a detenção se baseia no elemento subjetivo: a existência, ou não, do animus domini;¹⁴ a teoria de Ihering diz-se objetiva em virtude de essa distinção fundar-se num elemento objetivo: a existência, ou não, de preceito legal que transforme a posse em detenção, por lhe retirar o caráter possessório.

Ihering, para tornar mais clara a diferença entre sua concepção e a de Savigny, as traduziu em fórmulas algébricas. Para facilitar a compreensão, apresentamo-las como o fez Matos Peixoto:¹⁵

I – para Savigny:

$$P = C + A + a$$

$$D = C + A$$

II – para Ihering:

$$P = C + A$$

$$D = C + A - n$$

P é posse; D, detenção; C, corpus em sentido estrito, como elemento puramente material; A, affectio tenendi (isto é, a consciência de ter a coisa consigo, a vontade de deter a coisa); a, animus domini; n, dispositivo legal que transforma a posse em detenção por lhe retirar o caráter possessório.

Analisando-se essas fórmulas, verifica-se:

a) em ambas as teorias – quer na posse, quer na detenção – se encontram os fatores C + A (corpus em sentido estrito mais affectio tenendi);

b) no entanto, na de Savigny, C + A traduz o elemento objetivo¹⁶ (relação material e consciente entre a pessoa e a coisa),¹⁷ ou seja, o corpus em sentido amplo, tanto assim que, além de C + A, é necessária a presença de a (animus domini) para se ter configurada a posse; já na de Ihering C é o elemento objetivo e A (affectio tenendi) é o elemento subjetivo; e

c) na teoria de Savigny, a fórmula da posse difere da fórmula da detenção em virtude de um fator positivo (+ a = animus domini) que existe na posse, e não na detenção; na teoria de Ihering, a diferença decorre de um fator negativo (– n) que compõe a fórmula da detenção, e não a da posse; de onde se conclui que, enquanto a teoria subjetiva parte da detenção (esta se eleva a posse quando existe o animus domini), a teoria objetiva parte da posse (esta desce do degrau em que se encontra, passando a detenção, pela adjunção do elemento diferencial, o fator negativo “n”).

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.

No direito pré-clássico, distinguia-se a senhoria de fato (possessio) da senhoria de direito (potestas, mancipium, dominium),¹⁸ o que não ocorria entre a posse e a detenção. A posse abarcava casos que vieram a ser abrangidos pela detenção quando aquela se estruturou – o que aconteceu no decorrer do período imperial – com base nos elementos objetivo (possessio corpore) e subjetivo (animus possidendi).

No tempo de Cícero,¹⁹ a distinção entre posse e detenção ainda não existe como o demonstra a crítica que Paulo dirige a Quinto Múcio.²⁰ Pégaso,²¹ praefectus urbis na

época de Vespasiano, é o mais antigo jurista, que se conhece, que distinguiu, de modo geral, a detenção da posse. E se vai generalizando o entendimento²² de que foi Labeão quem revelou o animus da posse, pois até ele só se consideravam nela os elementos materiais (senhoria e causae possessionis).

No direito clássico, os juristas romanos distinguiam três espécies de relação de fato entre a pessoa e a coisa:

- a) a possessio naturalis (também designada nos textos por possessio corpore, detentio, esse in possessionem);
- b) a possessio (que os autores modernos denominam possessio ad interdicta); e
- c) a possessio ciuilis.

A possessio naturalis é a simples detenção (relação de fato com a coisa sem a intenção de assenhorar-se dela); têm-na os filii familias, os escravos, os imitados pelo pretor in possessionem de uma coisa para conservá-la, as pessoas que tinham o uso ou a guarda da coisa (o locatário, o depositário, o comodatário, o usufrutuário).

A possessio é aquela em que se conjugam o corpus e o animus possidendi (intenção de assenhorar-se completamente da coisa, tendo sobre ela poder de fato exclusivo e independente), e que é protegida pelos interditos possessórios.

A possessio ciuilis é aquela a que o ius ciuile atribui consequências jurídicas,²³ como a de conduzir à aquisição do direito de propriedade pelo usucapião (vide nº 154, III). Denomina-se também possessio ex iusta causa, porque se funda em uma causa reconhecida pelo ius ciuile – isto é, numa relação com o possuidor anterior, a qual, por si mesma, seria um ato capaz de justificar a aquisição da propriedade.

No direito justiniano, há divergências entre os autores quanto à mudança de terminologia que se operou. Para uns – assim, Albertario²⁴ –, a possessio ciuilis mantém a mesma significação que no direito clássico (é a possessio ex iusta causa); já a expressão possessio naturalis passa a indicar tanto a detenção (possessio naturalis do direito clássico) quanto a possessio (a possessio ad interdicta, na terminologia moderna), sendo sempre protegida pelos interditos possessórios. Segundo outros autores – como Riccobono²⁵ – a possessio naturalis conserva o significado clássico; a noção de possessio ciuilis é que se alarga, abrangendo, também, a possessio (possessio ad interdicta).

Por outro lado, o animus que caracteriza a posse – e que no direito clássico era o animus possidendi – passa a ser, no direito justiniano, o animus domini (intenção de ser proprietário).²⁶

144. Modalidades da posse – A posse, além da distinção possessio – possessio

naturalis – possessio ciuilis (que estudamos no número anterior), apresenta ainda outras modalidades, de que iremos examinar as principais:

- a) possessio bonae fidei e possessio malae fidei (posse de boa-fé e posse de ma-fé);
- b) possessio iusta e possessio iniusta (posse justa e posse injusta); e
- c) possessio ex iusta causa e possessio ex iniusta causa (posse decorrente de causa jurídica e posse decorrente de causa não jurídica).

A expressão possessio bonae fidei é usada nos textos em dois sentidos. Em sentido amplo, é aquela em que o possuidor ignora que esteja lesando o proprietário da coisa. Quanto ao esbulho ou turbação da posse, o possuidor de boa-fé é protegido, pelos interditos possessórios, contra todos, inclusive o proprietário. Mas se perder acidentalmente a coisa, não dispõe ele de meio jurídico para reaver a posse. Se, porém, à posse de boa-fé se unirem os demais requisitos necessários para se adquirir a propriedade por usucapião – é a posse de boa-fé em sentido restrito –, passa ela a ser um verdadeiro direito, pois é protegida, mesmo em caso de perda acidental, pela ação Publiciana.²⁷ Já a possessio malae fidei é aquela em que o possuidor sabe que está lesando o proprietário da coisa, sendo protegida pelos interditos possessórios contra terceiros, mas não dando margem ao usucapião.

Para distinguirmos a posse iusta da iniusta é preciso levar em consideração a inexistência ou a existência dos vitia possessionis (vícios da posse), que são três: ui (violência), clam (clandestinidade) e precario (precariedade). Posse iusta é aquela que se iniciou sem a ocorrência de um desses três vícios; posse iniusta é aquela cujo início se deu por violência (ui), clandestinidade (clam) ou precariedade (precario). A posse iusta é protegida, pelos interditos possessórios, contra todos, inclusive contra o proprietário (mas cede à ação de reivindicação deste); a posse iniusta só é protegida contra terceiros, e não contra aqueles de quem se adquiriu a posse mediante a utilização de um dos três vitia possessionis.²⁸

A possessio ex iusta causa (ou ex iusto titulo)²⁹ é aquela que, no direito clássico, se funda numa causa iusta, isto é, numa relação com o possuidor anterior que seria, por si mesma, capaz de justificar a aquisição da propriedade (o que não ocorre, em geral, de imediato, pelo fato de o possuidor precedente não ser o proprietário da coisa). A causa, nos textos, é indicada com a preposição pro, e o seu elenco foi feito pelo jurista Paulo (D. XLI, 2, 3, 21); assim, por exemplo, pro donato (posse decorrente de doação), pro legato (resultante de legado), pro emptore (proveniente de compra e venda). A possessio ex iniusta causa é aquela que se funda numa causa iniusta, isto é, capaz de impedir a transferência da propriedade, como, por exemplo, a doação entre cônjuges (vide nº 292, C). É controvertido se no final do direito clássico, ou se somente no direito justiniano, a

possessio ex iusta causa e a possessio ex iniusta causa equivalem à possessio iusta e à possessio iniusta.

145. Objeto da posse – Na época pré-clássica, a posse ou tinha por objeto, de início, coisas, pessoas e direitos, ou era senhoria de fato apenas sobre coisas corpóreas (ager publicus, imóveis privados, e, finalmente, coisas móveis).

No direito clássico, para que uma coisa possa ser objeto de posse, é necessário, em geral, que preencha os seguintes requisitos:

- a) seja in commercio;
- b) seja corpórea; e
- c) tenha individualidade própria.

Em face disso, não podiam ser objeto de posse as coisas extra commercium (e isso é certo com relação às coisas extra commercium diuini iuris, mas, quanto às coisas públicas, apenas as de uso comum é que eram insuscetíveis de posse), nem os elementos constitutivos de um corpus continuum (como, por exemplo, os elementos constitutivos de uma estátua) ou de uma coisa composta (assim, os de um edifício).

Com referência ao requisito de que a coisa seja corpórea, os juristas clássicos acentuavam que possideri autem possunt quae sunt corporalia (podem possuir-se as coisas que são corpóreas)³⁰ e nec possideri intellegitur ius incorporale (nem se compreende que se possua um direito).³¹

No direito justiniano, porém, esse último requisito não mais é observado, pois, ao lado da posse de coisa corpórea, surge a posse de direitos, como se verá mais adiante.³²

145-A. Composse – É hoje opinião corrente a de que a composse – cuja existência, no período clássico, é indubitável – teve como modelo o condomínio.³³ Assim, a mesma coisa podia estar, ao mesmo tempo, na posse de várias pessoas, desde que cada uma delas lhe possuísse uma quota ideal (pars pro indiuiso), e não parte material. O que os romanos não admitiam era a possessio in solidum, ou seja, que várias pessoas possuíssem a mesma coisa sem recíprocas limitações.³⁴

Ademais, além de a parte de cada um dos copossuidores ser representada por quota ideal (pars pro indiuiso), os juristas clássicos exigiam que o animus possidendi de cada um daqueles deveria voltar-se para uma pars certa, o que implica dizer que a parte ideal deveria ser determinada (pars certa pro indiuiso). Essa exigência, porém, deixou de ser feita no direito justiniano;³⁵ nesse período, basta a vontade de possuir, com os outros copossuidores, a coisa por inteiro.³⁶

146. Início da posse – Em regra, os autores, em vez de se utilizarem da denominação início da posse, usam da expressão aquisição da posse. Sendo, no entanto, a posse um fato, é impróprio dizer-se que se adquire a posse, pois os fatos não se adquirem.³⁷ O que há, portanto, é realmente início da posse.³⁸

No período pré-clássico, para que a posse surgisse era necessário que se conjugassem dois elementos objetivos: um de natureza puramente material (a senhoria de fato sobre a coisa) e outro de caráter jurídico (a causa possessionis). Até Labeão, que revelou a existência do elemento subjetivo (o animus), não era este levado em conta.

No direito clássico, a posse se inicia quando se conjugam o corpus e o animus, isto é, quando ocorre um ato material vinculado a uma certa vontade.

Como salientamos anteriormente, para que haja o corpus é preciso que se verifique um ato de apreensão material da coisa; a princípio, é mister que se entre em contato material com a coisa; posteriormente, os juristas – como se vê dos textos romanos – vão espiritualizando esse contato, e admitem, por exemplo, que haja tomada de posse com a simples entrega das chaves de um celeiro, ou que preencha o requisito do corpus aquele que armou a armadilha em que caiu o animal, antes mesmo de saber da existência da presa.

Quanto ao animus, vimos que Savigny entendia que era o animus domini (intenção de ser proprietário), ao passo que Ihering julgava que era a simples affectio tenendi (a consciência de ter a coisa consigo). Modernamente, no entanto, os romanistas são de opinião de que essas duas teorias não levaram em conta, no seu radicalismo, a evolução do direito romano. Assim, no direito clássico, o animus é o animus possidendi (intenção de assenhorear-se completamente da coisa, tendo sobre ela poder de fato exclusivo e independente), intenção essa que não se exige na possessio naturalis (a simples detenção), em que basta o elemento físico (o corpus). Já no direito pós-clássico, a pouco e pouco o animus passa a ser, para a posse, o elemento preponderante, e, no direito justiniano, o animus exigido para a posse é o animus domini (a intenção de ser proprietário).

Por outro lado, demandando a posse a existência de vontade, há certas pessoas que, carecendo dela, não podem iniciar a posse por si mesmas; assim, no direito clássico, o infante e o escravo. No direito justiniano, porém, permitiu-se que o infante, com a auctoritas do tutor, e os infantiae maiores, ainda sem ela, pudessem iniciar a posse. Demais, embora em regra seja o próprio possuidor que inicie por si a posse, admitiu-se, no direito clássico, que o pater familias a iniciasse desde que tivesse conhecimento disso, por intermédio de um filius familias ou de um escravo. E, a partir do tempo dos Severos – até então não era permitido –, os patres familias puderam iniciar a posse sobre uma

coisa por meio de terceiros que não estivessem submetidos, ao seu poder (potestas), mas tivessem a qualidade de seu procurator omnium bonorum (administrador geral de seus bens). No direito justiniano, admitiu-se o início da posse não apenas por um procurator omnium bonorum, mas também por qualquer espécie de representante, e até por um gestor de negócios, desde que houvesse a ratificação da pessoa em favor de quem a posse era iniciada.

É de salientar-se, enfim, que o detentor não pode transformar a detenção em posse sob a alegação de que passou a ter o animus possidendi (assim, um locatário – que era simplesmente detentor da coisa – não podia, por si mesmo, transformar a detenção em posse, alegando que passara a ter o animus possidendi), pois, no direito romano, vigorava a regra de que *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse* (a ninguém é dado, por si, mudar a causa de sua posse).³⁹

147. Permanência e término da posse – Iniciada a posse, ela pode manter-se pelo próprio possuidor, ou por meio de terceiro (corpore alieno), inclusive pessoa estranha à família, como, por exemplo, um locatário.

No direito clássico, o desaparecimento de um dos dois elementos (o corpus e o animus), ou de ambos, necessários para que a posse se inicie, acarreta o seu término. Assim, termina a posse quando o possuidor abandona a coisa a terceiro; ou perde, contra a sua vontade, o poder de fato sobre a coisa; ou, embora continue a ter contato com a coisa, não mais a quer possuir.

Mas, mesmo no período clássico, os juristas admitiram certas atenuações a esse princípio. Nos casos que se seguem, embora, em verdade, não houvesse o corpus, ou mesmo o animus, não terminava a posse:

- a) a ocupação clandestina do imóvel não acarretava a perda imediata da coisa pelo possuidor;
- b) não terminava a posse se o possuidor se separasse brevemente da coisa;
- c) não ocorria o término imediato da posse quando morria o locatário, por meio de quem o locador possuía;
- d) em se tratando de *saltus hiberni et aestiui*, isto é, pastos que durante uma parte do ano não podiam ser utilizados pelo possuidor, nem por isso terminava a posse;
- e) a loucura do possuidor não ocasionava o término da posse (e, se se tratasse de *possessio civilis*, o lapso de tempo necessário ao usucapião não era interrompido); e
- f) na hipótese de fuga de escravo, não terminava a posse para o possuidor, nem se interrompia o decurso de tempo necessário à aquisição da propriedade por usucapião.

No direito justinianeu, não há apenas atenuações, como no direito clássico, mas, sim, a ideia de que a posse pode conservar-se animo solo (unicamente pelo animus), o que implica a afirmação de que a posse não terminava com a perda, apenas, do corpus. Daí, quando alguém caía prisioneiro de guerra, conservava a posse, ao contrário do que ocorria no direito clássico. No entanto, se uma pessoa fosse desapossada violentamente de uma coisa e se mostrasse impotente para recuperá-la, deixava de ser possuidora.

148. Origem e meios judiciais de proteção possessória – Antes de estudarmos os meios judiciais de proteção da posse, detenhamo-nos um pouco em dois problemas que a eles se prendem, e que têm obtido diferentes soluções dos romanistas:

a) qual o fundamento filosófico da proteção possessória?

b) qual a origem dessa proteção, no direito romano?

Quanto ao primeiro, os textos são omissos. Os juristas romanos não eram dados a abstrações filosóficas. Os romanistas modernos é que fizeram a indagação e a ela respondem de modo diverso. Assim, para salientarmos apenas as opiniões de Savigny e de Ihering, a posse, segundo Savigny, se protege (e isso ocorre até contra o proprietário da coisa) porque incumbe ao Estado coibir a violência, e a turbação da posse é delito contra a própria pessoa do possuidor; já, segundo Ihering, a proteção da posse é apenas um complemento necessário à tutela da propriedade.

Com referência à segunda questão, são duas as principais teorias que procuram explicar a origem da proteção possessória no direito romano.⁴⁰ Ambas concordam num ponto: o de que foi o pretor quem a criou, tanto assim que é ela tutelada pelos interditos. Mas ambas discordam quanto ao motivo que deu margem a que surgisse a proteção possessória. A primeira corrente – que vem de Niehbur,⁴¹ foi defendida por Savigny, e retomada, modernamente, por Albertario – entende que a proteção possessória surgiu para tutelar aqueles que ocupavam o ager publicus; não sendo eles proprietários (o ager publicus, como veremos adiante, não era objeto de propriedade de particulares), não podiam defender-se, com os meios judiciais tuteladores da propriedade, contra os que tentassem turbar-lhes o uso da parcela do ager publicus que lhes fôra concedida. Daí o pretor ter-lhes protegido com os interditos que, posteriormente, se estenderam à tutela da posse em geral. Para a segunda teoria – defendida entre outros por Ihering –, a origem da proteção possessória se acha na faculdade que tinha o pretor de, nas ações de reivindicação, até a sentença final, atribuir a uma das duas partes litigantes a posse provisória da coisa litigiosa, e posse essa que o pretor, se fosse necessário, protegia com os interditos. Vários autores modernos se inclinam para essa segunda solução tendo em vista que muitos institutos jurídicos em Roma surgem graças a incidentes processuais,

bem como o fato de que essa atribuição de posse provisória nas ações de reivindicação é, possivelmente, anterior à existência mesma do *ager publicus*. Nas fontes, porém, não há elementos seguros em favor de nenhuma das duas teses.

Passemos, agora, ao estudo dos meios judiciais de proteção da posse.⁴²

Esses meios variam conforme se trate de *possessio ciuilis*, *possessio ad interdicta* e *possessio naturalis*,⁴³ e conforme o período de evolução do direito romano (direito clássico e direitos pós-clássico e justinianeus).⁴⁴

A) No direito clássico

No direito clássico, a *possessio ciuilis* e a *possessio ad interdicta* eram protegidas por interditos possessórios; já a *possessio naturalis* (a detenção) o era, apenas indiretamente, com a utilização, pelo detentor, da *actio iniuriarum*, pois a turbação da posse era uma iniúria praticada contra a pessoa do detentor.

Analisemos, pois, os interditos possessórios.

Duas são as espécies de interditos que protegem a posse:

a) os *interdicta retinendae possessionis causa* (interditos destinados à conservação da posse); e

b) os *interdicta recipiendae possessionis causa* (interditos que visam à recuperação da posse).

Ambas as espécies apresentam um ponto em comum: resolvem as questões relativas à posse sem se ater ao problema da propriedade, aspectos, aliás, como já vimos, bem distintos no direito romano. Por isso, num interdito possessório pleiteado pelo possuidor contra o proprietário da coisa, este não podia defender-se alegando seu direito de propriedade. Para que o proprietário fizesse valer esse direito precisava mover contra o possuidor uma ação de reivindicação.

Estudemos, separadamente, cada uma dessas duas espécies de interditos possessórios.

1 – Interditos *retinendae possessionis causa*

Os interditos *retinendae possessionis causa* são dois, cada um deles designado com as primeiras palavras com que o Edito do Pretor se lhes referia:

a) o interdito *uti possidetis*; e

b) o interdito *utrubi*.

Ambos esses interditos são proibitórios e duplos: proibitórios, porque o pretor proibia que se fizesse alguma coisa; e duplos, porque essa proibição se dirigia a ambas as partes

– ao possuidor e ao turbador da posse. Mas o interdito *uti possidetis* se destinava à proteção de coisas imóveis; o *utrubi*, à de coisas móveis.

O interdito *uti possidetis* só protegia possuidor cuja posse não fosse violenta, clandestina ou precária.

Quando o possuidor, turbado na sua posse por alguém, requeria ao pretor esse interdito, o magistrado se dirigia às duas partes litigantes, utilizando-se da seguintes fórmula:

“*Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Aduersus ea uim fieri ueto*” (Continuai a possuir o imóvel, de que se trata, como agora o possuí, desde que a posse não seja violenta, não seja clandestina ou não seja precária. Proíbo que se faça violência contra essa decisão).⁴⁵

Ora, como apenas a posse que não era violenta, clandestina ou precária era protegida pelo interdito *uti possidetis*, daí decorria que ele – que, normalmente, era destinado à conservação da posse – podia, excepcionalmente, acarretar a recuperação da posse em favor de quem fora dela esbulhado. Com efeito, se o possuidor *ui*, *clam* ou *precario*, molestado pelo antigo possuidor que ele esbulhara e que tentava recuperar a posse, requeresse ao pretor um interdito *uti possidetis* contra o esbulhado, este poderia opor uma *exceptio uitiosae possessionis* (exceção de posse viciosa), e, demonstrado o vício da posse, recuperaria a coisa.

O interdito *utrubi* – que a princípio, segundo parece, só se usava para a conservação da posse de escravo, mas que, no decurso do direito clássico, se estendeu a todas as coisas móveis – não se aplicava também à posse violenta, clandestina ou precária, mas se distinguia do interdito *uti possidetis* em dois pontos:

a) só se destinava à conservação da posse de coisas móveis; e

b) protegia apenas o possuidor que, no ano em curso, tivesse estado mais tempo na posse da coisa (o que não era levado em consideração no interdito *uti possidetis*).

Eis o teor provável da fórmula existente no *Edito Perpétuo*:

“*Utrubi uestrum hic homo, quo de agitur, nec ui nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, uim fieri ueto*” (De onde o escravo, de que se trata, esteve durante maior parte deste ano, sem violência, clandestinidade ou precariedade, proíbo a uma e outra partes façam violência para levar o escravo).⁴⁶

Ora, como o escravo ficava na posse daquele que o possuía a maior parte do ano em que era requerido o interdito *utrubi*, isso quer dizer que esse interdito – embora os autores o incluam entre os *interdicta retinendae possessionis causa* – podia ser usado,

indistintamente, para conservar ou para recuperar a posse. Com efeito, se alguém era possuidor e outrem o turbava na posse da coisa móvel, pelo interdito *utrubi* sua posse seria conservada, pois o outro não chegara a entrar nela; se, porém, o terceiro conseguisse despojar o possuidor da coisa, tornando-se possuidor dela, mesmo sem violência, clandestinidade ou precariedade, o antigo possuidor, se se utilizasse de imediato do interdito *utrubi*, recuperaria a posse, por ter possuído a coisa, no decorrer daquele ano, mais tempo do que o novo possuidor.

2 – Interditos *reciperandae possessionis causa*

Os interditos *reciperandae possessionis causa* eram os três seguintes:

1º – o interdito *unde ui*;

2º – o interdito de precario; e

3º – o interdito *de clandestina possessione*.

O interdito *unde ui* era destinado a reintegrar na posse aquele que dela fora despojado violentamente. Ele era utilizado apenas quando se tratava de imóveis, já que para o desapossamento violento de coisa móvel havia a proteção – como vimos atrás – do interdito *utrubi*.

O interdito *unde ui*, em realidade, se desdobrava em dois interditos, conforme a natureza da violência: se se tratasse de violência comum (*uis cottidiana*), havia, para a recuperação da posse, o interdito de *ui cottidiana*; se se tratasse de violência incomum (*uis armata*), o interdito de *ui armata*.

No interdito de *ui cottidiana*, a fórmula utilizada pelo pretor era a seguinte;

“*Vnde in hoc anno tu illum ui deicisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret quod nec ui nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas*” (O imóvel do qual tu, ou teus escravos, com violência, expulsaste este indivíduo, que o possuía sem violência, ou clandestinidade, ou precariedade com relação a ti, devolve-o a ele, bem como tudo o que aí existia).⁴⁷

Dessa fórmula, extraem-se os seguintes requisitos necessários a que alguém pudesse valer-se, para recuperar a posse, do interdito de *ui cottidiana*:

- a) que o desapossado requeresse o interdito dentro do ano (*in hoc anno*) em que ocorreu a violência;
- b) que se tratasse de imóvel;
- c) que tivesse havido violência – praticada pelo desapossador ou seus escravos – contra o desapossado; e
- d) que o desapossado não tivesse posse violenta, clandestina ou precária com

relação ao desapossador.

Demais, por esse interdito se obtinha não só a recuperação da posse do imóvel, como também de todas as coisas móveis nele existentes.

No interdito de *ui armata*, a fórmula utilizada pelo pretor provavelmente era esta:

“Vnde tu illum ui hominibus coactis armatisue deiecisti aut tua familia, deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas” (Aquele que do imóvel tu, ou teus escravos, violentamente, com homens reunidos em bando ou armados, expulsaste, devolve-o, bem como tudo o que existia ali).⁴⁸

Nessa fórmula observa-se que os requisitos para obter, por esse interdito, a recuperação da posse eram os seguintes:

a) que se tratasse de imóvel;

b) que tivesse havido *uis armata* por parte do desapossador ou de seus escravos.

Portanto, não se exigia que se requeresse esse interdito no ano do desapossamento (não havia prazo para isso) nem que o possuidor desapossado não tivesse posse violenta, clandestina ou precária com relação ao desapossador. E não se exigiam esses dois fatores porque se tratava de violência extraordinária.

A segunda espécie de interdito *reciperandae possessionis causa* era representada pelo interdito de *precario*. O *precarium* era uma convenção pela qual alguém permitia que outrem entrasse, precariamente, na posse de coisa de sua propriedade. A princípio, embora o proprietário pudesse a qualquer momento pedir a restituição da coisa (por isso é que a posse era precária), se o precarista se negasse a devolvê-la, não tinha o proprietário meio jurídico específico para obter, de imediato, a restituição. Em face disso, o pretor criou em favor do proprietário o interdito de *precario*.⁴⁹

A terceira espécie de interdito *reciperandae possessionis causa* era o interdito de *clandestina possessione*. Apenas uma passagem (D. X, 3, 7, 5) alude a esse interdito, e, como o teor do texto é obscuro, autores há que contestam a sua existência no direito romano.⁵⁰ Para os que o admitem, ele servia, mesmo durante o direito clássico, para que o desapossado obtivesse a recuperação da posse de imóvel ocupado clandestinamente por terceiro.

B) No direito pós-clássico e justinianeu

No direito pós-clássico, constituições imperiais⁵¹ vieram combater a violência, inclusive a usada para a autodefesa, estabelecendo penas privadas para os esbulhadores da posse. Delas, a mais célebre foi a editada em 389 d.C., por Valentiniano, Teodósio e Arcádio.⁵² Ainda nesse período, com a implantação da extraordinária *cognitio* e o

consequente desaparecimento do processo formulário, os interditos se transformam em ações comuns (*actiones ex causa interdicti*), que se caracterizam pelo processo rápido e sumário, sendo provisórias as decisões que delas resultam. Por outro lado, nas fontes pós-clássicas, encontra-se a expressão *actio* (ou *interdictum*) *momentariae possessionis*,⁵³ que alguns romanistas⁵⁴ entendem fosse novo remédio possessório concedido a quem estivesse no imóvel na ausência do possuidor, para a proteção provisória até o retorno do ausente, ao passo que outros – e em maior número⁵⁵ – sustentam que essa *actio* nada mais era do que o interdito *unde ui*, que assim passou a ser designado em virtude da assimilação dos interditos pelas ações.⁵⁶

No direito justinianeu, há várias inovações quanto à proteção possessória. Com relação aos interditos *retinendae possessionis causa*, o interdito *utrubi* – por aproximação ao interdito *uti possidetis* – passou a proteger o possuidor, de posse não viciosa, que estava possuindo no momento da turbação, e não, como no direito clássico, o que possuía mais tempo no ano em que ocorrera a turbação. Quanto aos interditos *reciperandae possessionis causa*, houve a fusão dos interditos *de ui cottidiana* e *de ui armata* num só: o interdito *unde ui*, que pôde ser utilizado até um ano depois do desapossamento, e que não admitia, como defesa do desapossador, a *exceptio uitiosae possessionis*, o que vale dizer que o desapossado, por esse interdito, recuperava a posse ainda que a tivesse iniciado por ato de violência, clandestinidade ou precariedade, contra o desapossador. E o interdito de *precario*, no direito justinianeu, segundo parece, nada mais é do que uma ação para pedir a devolução da coisa.

Demais, ao menos no direito justinianeu, a *possessio naturalis* (detenção), que, no direito clássico, não era protegida pelos interditos possessórios, passou a sê-lo em caso de violência.⁵⁷

149. Posse de direitos⁵⁸– Como o possuidor exerce, de fato, sobre uma coisa corpórea os mesmos poderes que, de direito, sobre ela exerce o proprietário (e a essa posse se dá a denominação de *possessio rei* – posse da coisa), o mesmo pode ocorrer com relação a outros direitos sobre a coisa, como, por exemplo, a servidão predial, o usufruto, o uso (e, nesse caso, se diz que há *possessio iuris* – posse de direito). Em verdade, logicamente, toda posse é posse de direito (*possessio iuris*), pois mesmo a *possessio rei* (posse da coisa) nada mais é do que o exercício dos poderes inerentes à propriedade, ou, em outras palavras, a posse do direito de propriedade. Os romanos, no entanto, fizeram a distinção entre a *possessio rei* e a *possessio iuris* (a qual perdura no direito moderno), porque, como identificavam a coisa objeto de direito de propriedade com o próprio direito de propriedade (que, por isso mesmo, se enquadrava entre as coisas corpóreas – vide nº 103, A), distinguiam, de um lado, a posse da coisa (*possessio*

rei, que era o exercício de fato dos poderes inerentes ao direito de propriedade), e, de outro, a posse de direito (possessio iuris, que era o exercício de fato dos poderes inerentes a outros direitos reais que não o de propriedade).

Note-se, ainda, que, à semelhança do que ocorre na possessio rei, em que o possuidor pode ser, ou não, o proprietário da coisa, na possessio iuris o possuidor, também, pode ser, ou não, o titular do direito real (que não o de propriedade) cujos poderes ele exerce. Portanto, por exemplo, o usufrutuário (titular do direito de usufruto – vide o nº 165) que não era no direito romano possuidor da coisa em usufruto, mas simples detentor dela, passou a ser, todavia, quando surgiu a possessio iuris, possuidor do direito de usufruto.

Mas a proteção do exercício de fato dos poderes inerentes a outros direitos sobre a coisa, que não o de propriedade, não é tão espontânea quanto a que ocorre com o exercício de fato dos poderes do direito de propriedade (possessio rei), porquanto:

- a) o fato não tem exterioridade tão característica, como sucede com relação à propriedade; e
- b) é ele menos frequente.

Por isso, em Roma, a posse de direitos somente surgiu depois de longa evolução, na qual é preciso distinguir o período clássico do período justinianeu.

A) No período clássico

Nesse período, a proteção do estado de fato se estende ao direito de usufruto, uso, habitação e às mais importantes espécies de servidões prediais. Mas esse estado de fato não é considerado posse, porquanto até o final do período clássico só se podem possuir as coisas corpóreas, e não as incorpóreas (assim, os iura = direitos).

Para proteger tais estados de fato, foram estendidos a eles, por via útil, os interditos possessórios, o que evidencia que eram protegidos apenas como se fossem posse.⁵⁹

B) No período justinianeu

Na época de Justiniano, o panorama está totalmente modificado. O exercício de fato de qualquer direito real (por exemplo, o exercício de fato do direito de usufruto) é denominado possessio. Ao lado da possessio rei (exercício de fato do direito de propriedade) que vinha do direito clássico como sendo a posse, afirma-se a existência da possessio iuris (exercício de fato de outros direito sobre a coisa, que não o de

propriedade).⁶⁰

É de notar-se, no entanto, que o direito romano, mesmo no período justinianeu, não foi além: a *possessio iuris* se limitou àqueles direitos – e eram os reais limitados – que, no período clássico, o pretor protegia, como vimos, com interditos. Foram o direito intermédio e o moderno que admitiram a *possessio iuris* fora do campo dos direitos reais.⁶¹

¹ São inúmeras as monografias dedicadas à posse. Além das obras clássicas de Savigny (*Das Recht des Besitzes*, 7ª ed. Wien, 1865) e Ihering (*Ueber den Grund des Besitzschutzes*, 2ª ed., Iena, 1869; e *Der Besitzwille*, Iena, 1889), consultem-se, para uma visão de conjunto, Bruns (*Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, 1848 – neudruck, Osnabrück, 1965), Randa (*Der Besitz nach oesterreichischem Rechte*, 4ª ed., Leipzig, 1895), Goldschmidt (*Grundlagen der Besitzlehre*, in *Vermischte Schriften*, erster Band, p. 252 e segs., Berlin, 1901), Kindel (*Die Grundlagen des römischen Besitzrechts*, Berlin, 1883), Bekker (*Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880), Meischeider (*Besitz und Besitzschutz*, Berlin, 1876), Cuq (*Recherches sur la Possession à Rome*, separata, Paris, 1894), Dalmau y de Olivart (*La posesión*, Barcelona, 1884), Saleilles (*La Posesión – elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del Imperio Alemán*, trad. Palencia, Madrid, 1909), Riccobono (*Corso di diritto Romano – Il Possesso – anno accademico 1933/1934*, Roma), Carcaterra (*Possessio – Ricerche di Storia e di Domatica*, Roma, 1938) (há edição anastática de “L’Erma di Bretschneider”, Roma, 1967), e Albertario (*Corso di Diritto Romano – possesso e quasi possesso*, Milano, 1946). Em português, veja-se Edmundo Lins, *Ensaio sobre a posse*, in *Estudos Jurídicos na Cathedra e na Judicatura*, p. 111 e segs., Rio de Janeiro, 1935; e Moreira Alves, *Posse*, vol. I (*Evolução histórica*), pp. 6 a 73, Rio de Janeiro, 1985.

² Vide, ainda, D. XLI, 2, 52, pr.

³ Ampla relação de autores que defendem essa tese se encontra em Dalmau y de Olivart, *La Posesión*, nº 67, p. 89 e segs., Barcelona, 1884.

⁴ Nota à tradução de Fadda e Bensa às *Pandectas de Windscheld* (*Diritto delle Pandette*, vol. V, p. 395 e segs., Torino, 1930), e *Corso di Diritto Romano*, vol. III (*Diritti Reali*), p. 179 e segs., Roma, 1933.

⁵ Tanto isso é verdade que o possuidor que perde acidentalmente a coisa possuída não dispõe de meio de proteção concedido pelo direito para recuperá-la das mãos de terceiro, que dela se tenha apossado. É certo, porém, que, no direito romano, quando à posse de boa-fé se juntavam os demais requisitos para a aquisição da propriedade, o pretor, em caso de perda acidental da posse da coisa, concedia ao possuidor, para recuperá-la, a *actio Publiciana*. Mas, como salienta Albertario (*Corso di Diritto Romano – possesso e quasi possesso*, p. 50, Milano, 1946), essa posse é um verdadeiro direito, razão por que é estudada no capítulo relativo ao direito de propriedade (vide o capítulo XXIII, nota 9).

⁶ Cf. Albertario, *Corso di Diritto Romano – Possesso e Quasi Possesso*, p. 41 e segs., Milano, 1946.

⁷ *Corso di Diritto Romano – possesso e quasi possesso*, p. 40 e segs., Milano, 1946. Salienta Albertario que as duas teses (*posse-fato* e *posse-direito*), inconciliáveis no terreno dogmático, se conciliam no campo histórico: no direito clássico, a posse era um fato; no direito justinianeu, um direito.

⁸ Sobre essa matéria, vide o amplo trabalho de Matos Peixoto, *Corpus e animus na posse em direito romano*, Rio de Janeiro, 1936.

⁹ *Corpus e animus na posse em direito romano*, p. 221, Rio de Janeiro, 1936.

¹⁰ Aprofundada análise da teoria de Ihering se encontra em Kuntze, *Zur Besitzlehre. Für Wider Rudolf von Ihering*, Leipzig 1890.

¹¹ Nicosia (*La Pretesa possessio del sequestratario*, in *Cunabula Iuris* (*Studi Storico Giuridici per Gerardo Broggin*), pp. 277/278, Milano, 2002) sustenta que os únicos textos que se pretende que atestam a posse do sequester (D. 41, 2,

39 e D. 16, 3, 17, 1) não a atestam, pois o primeiro nada contém a respeito e o segundo, na frase em que se afirma que o sequester possui, é incoerente quanto ao que é dito no mesmo texto, sendo que essa frase era originariamente negativa, e provavelmente a forma afirmativa resultou de equívoco do amanuense que transcreveu nam em vez de nec.

12 A denominação posse derivada é de Savigny; Brinz (Lehrbuch der Pandekten, I, 2ª ed., § 139, p. 518, Erlangen, 1873) propôs, em lugar dela, a expressão posse fiduciária (anvertrauter Besitz). Foi Rosshirt o primeiro autor a combater a posse derivada, em artigo ("Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasi possessio") publicado no vol. VIII do Archiv für die civilistische Praxis, p. 1 e segs.

13 Nessas hipóteses, entendiam os juristas romanos (D. 41, 2, 15, 5; 41, 2, 36; 41, 2, 3, 5; 41, 3, 16) que se cindia a relação possessória, e, assim, por exemplo, o devedor pignoratício ficava com a possessio ad usucapionem (posse para completar o usucapião), ao passo que ao credor pignoratício era atribuída a posse para os demais efeitos (possessio ad reliquas causas). A propósito, vide Gondim Neto, Posse indireta, p. 22 e segs., Recife, 1943.

14 Outros autores, embora sigam a teoria subjetiva, procuram evitar as objeções ao animus domini, caracterizando diversamente o animus que distinguiria a posse da detenção. Assim, ao lado da concepção do animus domini, surgiram as teses do animus sibi habendi ou possidenti (intenção de exercer dominação sobre a coisa); e a teoria causal (em que o animus é determinado pelo ato de que se origina a posse, isto é, pela causa da posse). Sobre essas teorias, vide Matos Peixoto, Corpus e animus na posse em direito romano, p. 20, e passim, Rio de Janeiro, 1936.

15 Corpus e animus na posse em direito romano, p. 223, Rio de Janeiro, 1936.

16 Portanto, se a relação entre a pessoa e a coisa for inconsciente, não há sequer detenção, pois não se configura o corpus em sentido amplo.

17 Corpus em sentido estrito é a relação puramente material com a coisa; corpus em sentido amplo é sinônimo de detenção (a propósito, vide Matos Peixoto, ob. cit., p. 222, nota 540, Rio de Janeiro, 1936).

18 Em sentido contrário, porém, Maschi, Il Diritto Romano, I, p. 450, Milano, 1966.

19 Conforme Cuq, Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire, nº 33, p. 48, Paris, 1894.

20 D. 41, 2, 3, 23.

21 D. 6, 1, 9.

22 Nesse sentido, entre outros, Bozza, Il Possesso – parte prima, nº 24, p. 24, Napoli, 1936; Kaser, Eigentum und Besitz in älteren Römischen Recht, § 39, p. 328, nota 30, Köln-Graz, 1956; e Maschi, Il Diritto Romano, I, pp. 436, 458, 478, 479 e 480, Milano, 1966. Cannata ("L'animo possidere" nel Diritto, in Studia et Documenta Historiae et Iuris, 26 (1960), p. 71 e segs.), nega, porém, que o animus, ao menos até Paul, constituísse elemento da posse.

23 Note-se que os interditos possessórios não decorrem do ius civile, mas, sim, do ius honorarium.

24 A propósito, vide Albertario, Corso di Diritto Romano, possesso e quasi possesso, p. 66 e segs., Milano, 1946.

25 Corso di Diritto Romano – Il Possesso – anno accademico 1933/1934, p. 41, Roma, sem data.

26 Cf. Albertario, ob. cit., p. 27; e Monier, Manuel Élémentaire de Droit Romain, I, 6ª ed., nº 280, p. 391.

27 Cf. Albertario, ob. cit., p. 50. Vide, adiante, capítulo XXIII, nota 9.

28 Nas fontes nem sempre se empregam as expressões possessio iusta e possessio iniusta no sentido exposto no texto. Vide, a propósito, Albertario, ob. cit., p. 50 e segs., onde se analisa a provável alteração de sentido que sofreram esses termos ao longo da evolução do direito romano; e Moreira Alves, Posse, vol. I (Evolução Histórica), pp. 43 e 44, Rio de Janeiro, 1985.

29 Como acentua Albertario, Corso di Diritto Romano – Possesso e Quasi Possesso, p. 55, Milano, 1946, a denominação possessio ex iusto titulo é preferida no período justiniano.

30 D. XLI, 2, 3, pr.

31 D. XLI, 3, 4, 26.

32 Em verdade, porém, o que distingue a posse da coisa da posse de direito não é o seu objeto, mas o seu conteúdo: os poderes que o possuidor exerce sobre a coisa (mais amplos, no caso de posse da coisa; menos amplos, no caso de posse de direitos), como se verá adiante, no nº 149. A distinção entre ambas pelo seu objeto é feita no direito romano, por causa da inclusão – que nele se fazia – dos direitos na categoria das res incorporales.

- 33 Assim, entre outros, Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4a edição, nº 249, p. 244, Milano, 1953; Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, § 120, p. 866; Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, III, pp. 220-221, Roma, 1933.
- 34 D. XLI, 2, 3, 5: plures eandem rem in solidum possidere non possunt. A propósito, vide Wolf, *Des Mitbesitz nach dem B.G.B.*, in *Iherings Jahrbücher*, vol. XLIV, p. 152.
- 35 Isso decorre da interpolação – atualmente admitida pela generalidade dos romanistas – contida no D. 41, 3, 32, 2 (as palavras tidas como interpoladas são mera subtilitate).
- 36 Conforme Segrè, *Possesso "pro indiuiso" e azione de divisione tra compossessori*, in *Scritti Giuridici*, IV, pp. 524-525, Roma, 1939.
- 37 Um dos argumentos utilizados por Lenz (*Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen*, p. 96, Berlin, 1860) para provar que a posse é um direito, e não um fato, é justamente o de que o fato não se adquire. Mas, evidentemente, não se pode demonstrar a natureza jurídica de um instituto com base numa impropriedade de expressão.
- 38 Vide, a propósito, Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 396, nota 1. Note-se, ainda, que se lê no D. 41, 2, 44, pr.: "... an confestim possidere inciperet..." e "... interiri possessionem".
- 39 D. XLI, 2, 3, 19. Sobre essa regra, vide Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, 2ª ed., § 120, pp. 864-865, nota 1.
- 40 Não são, portanto, as únicas. Jobbé-Duval (*Études sur l'Histoire de la Procédure Civile chez les Romains*, I, p. 423 e segs., Paris, 1896), por exemplo, entende que – ao contrário do que sustenta Ihering – os interditos possessórios surgiram não como providência preparatória da legis actio sacramenti in rem, mas, sim, para substituir essa actio, quando os litigantes estivessem de acordo com a substituição, por causa das vantagens que os interditos ofereciam: a delimitação do debate a uma questão determinada, o que implicava tornar a prova mais fácil.
- 41 *Histoire Romaine*, tomo III, trad. Golbéry, p. 200 e segs., Paris, 1834.
- 42 A propósito, vide, entre outros Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, 1874 (há tradução para o espanhol: *Las Acciones Posesorias del Derecho Romano y del Actual*, trad. Carlos G. Roth, Córdoba, 1952).
- 43 De há muito se discute se, nas relações entre os copossuidores, se admitia a utilização dos interditos possessórios. Os autores mais antigos em geral se manifestavam pela afirmativa. Modernamente, porém, Albertario (*Corso di Diritto Romano – Possesso e Quasi Possesso*, p. 87, Milano, 1946) e Bozza (*Il Possesso – parte prima*, p. 207, Napoli, 1936) sustentam que a afirmativa é verdadeira para o direito justinianeus, mas não para o período clássico.
- 44 No direito pré-clássico, já existiam interditos possessórios, como resulta de passagem de Plauto (*Stichus*, 5, 4, 14 e 5, 9, onde há alusão ao interdito utrubí), de Terêncio (*Eunuchus*, 2, 3, 37, em que se encontra referência à fórmula *ui uel clam uel precario*), de Cícero (*Pro Tullio*, 19, 44, *Pro caecina*, 13, 33, 16, 45 e 17, 49, as quais mostram que os interditos *unde ui* e *uti possidetis* já eram, no tempo do orador, muito antigos). A *Lex Agraria* de 111 a.C. (II, 18-19) se refere ao interdito *unde ui*.
- 45 Vide Festo, *De uerborum significatione*, libri XX, *verbete possessio*. No *Edito Perpétuo*, elaborado por Sálvio Juliano, essa fórmula foi redigida de modo mais conciso: "*Vti eas aedes, quibus de agitur nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto*" ("Proíbo que se impeça por violência que continueis possuindo a casa de que se trata tal como a possuís sem violência, nem clandestinidade, nem precariedade, um do outro") (D. XLIII, 17, 1, pr.). Vide, a propósito, Huvelin, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, I, p. 475 e segs.
- 46 Vide Riccobono, *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, I (Leges, 2ª ed., nº 264, p. 385).
- 47 Vide Riccobono, *ob. cit.*, nº 245-a, p. 370.
- 48 Vide Riccobono, *ob. cit.*, nº 245-b, p. 379.
- 49 Fórmula em Riccobono, *ob. cit.*, nº 258, p. 384. Vários autores (vide a respeito Randa, *Der Besitz nach österreichische Rechte*, 4ª ed., § 7º, p. 214, Leipzig, 1895) negam que esse interdito tivesse caráter possessório. Para os que sustentam que se tratava de interdito possessório, a recusa do precarista à restituição transforma sua posse em viciosa, podendo o que a deu em precário – e que havia ficado simplesmente com a *possessio ad usucapionem* – reintegrar-se, por meio desse interdito, na posse plena da coisa (cf. Betti, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, 2ª ed., p. 417, nota 76).
- 50 Entre outros, Kniep, *Vacua Possessio*, erster Band, pp. 375 e 470 e segs., Iena, 1886; e Ubbelohde, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Helfeld ein Commentar begründet von D. Christian Friedrich von Glück, fünfter Theil*, § 1.848, nº 8, p. 64 e segs., Erlangen, 1896. Weiss (*Istitutionen des römischen Privatrechts*, 2ª ed., § 39, p. 154) observa que não se sabe se existiu o *interdictum de clandestina possessione*.

- 51 C. III, 39,4; C. IV, 3, lei única, § 3º; C. VIII, 4, 7 (vide nº 154, I, i).
- 52 C. Th. IV, 22, 3; e C. VIII, 4, 7.
- 53 C. VIII, 5, 1; e C. VIII, 4, 8. A propósito, vide Malafosse, *L'interdit Momentariae Possessionis*, Toulouse, 1947 (há edição anastática de "L'Erma di Bretschneider", Roma, 1967).
- 54 Entre outros, Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, I, nº 283, p. 395; e Giffard, *Précis de Droit Romain*, I, nº 580, p. 345.
- 55 Assim, Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, p. 84 e segs., Weimar, 1874; Kniep, *Vacua Possessio*, § 67, p. 428, Iena, 1886; Ruffini, *L'Actio Spolii*, p. 53 e segs., Torino, 1889; Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, § 32, p. 318, München, 1925 (*Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. R. Orestano, § 32, p. 327, Milano, 1938).
- 56 Em estudo mais recente ("Possessio" "Possessor" "Possidere" nelle Fonti Giuridiche del Basso Impero Romano, p. 91 e segs., Milano, 1962), Cannata observa que a natureza e o alcance da actio (ou interdictum) momentariae e possessionis dão margem a uma série de problemas ainda hoje não resolvidos, embora seja certo o caráter provisório de sua proteção.
- 57 D. 43, 16, 1, 9, interpolado como o demonstra Riccobono, *Le mie colpe*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. II-L, 1947, pp. 41-42. Sobre a defesa possessória estendida à detenção, no direito pos-clássico, vide, também, Antonio d'Emilia, *Intorno alla configurazione del possesso romano e bizantino (Sintesi storico-domatica)*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, p. 535, Milano, 1953.
- 58 Sobre a posse de direitos no direito romano, vide Carcaterra, *Il Possesso dei Diritti nel Diritto Romano*, Milano, 1942; Manlio Sargenti, *Appunti sulla Quasi possessio e la Possessio*, in *Scritti in Onore di Contardo Ferrini Pubblicati in Occasione della sua Beatificazione*, vol. II, pp. 226 e 254, Milano, 1947; e Albertario, *Corso di Diritto Romano (Possesso e Quasi Possesso)*, Milano, 1946.
- 59 Em alguns textos clássicos, encontra-se a expressão quasi possessio (assim, em Gaio, *Inst.*, IV, 139, onde Albertario - *Corso di Diritto Romano, Possesso e Quasi Possesso*, p. 193, Milano, 1946 – pretende seja um glosema) para aludir a essas situações de fato.
- 60 Daí – o que não ocorria no período clássico – poderem esses direitos ser objeto de traditio, de usucapio.
- 61 Vide, a propósito, Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 404 e segs. É certo que, nas fontes, se encontram expressões como possessio libertatis, possessio ciuitatis, mas a tais situações de fato não se atribuíam qualquer efeito ou proteção jurídica; assim, não se aplicava a esses estados de fato o usucapião, nem se concediam, para protegê-los, interditos possessórios.