

Notas ao Codigo Civil

J. A. C.

ACQUISIÇÃO DA POSSE

A aquisição da posse depende em regra do concurso de dois elementos — o *corpus* e o *animus*. O Codigo não é expresso quanto ao *animus*; mas resulta de varias disposições que sem o elemento intencional não se pode adquirir a posse salvo excepções.

Segundo o art. 485 é possuidor aquelle que exerce de facto algum dos poderes inherentes ao dominio. Ora o exercicio do dominio consistindo em actos conscientes, implica por isso mesmo a existencia da vontade.

Entre as disposições que o § Unico do art. 493 manda applicar á aquisição da posse, está o art. 82, o qual exige para a validade do acto juridico *agente capaz*, objecto licito e forma prescripta ou não defesa em lei. A capacidade agente é, pois, necessaria á aquisição da posse, de onde resulta que pelo menos os absolutamente incapazes não podem adquirir a posse por si.

Porque? Sem duvida, porque lhes falta a vontade indispensavel ao estabelecimento da relação possessoria.

Mas essa vontade não é o *animus domini* da doutrina antiga: é apenas o intuito de exercer poder effectivo sobre a cousa. Tem-n'a o que pretende a propriedade da cousa possuida; tem-n'a o usufructuario, o locatario, o credor pignoratício, o depositario...

O segundo requisito necessario á aquisição da posse é o chamado *corpus*, elemento externo, consistente nos actos que trazem para a pessoa a possibilidade de agir materialmente sobre a cousa.

O Codigo dispõe no art. 493, I e II: “Adquiri-se a posse:

I — Pela apprehensão da cousa.

II — Pelo facto de se dispor da cousa.

No n. I a lei tem por objecto a aquisição originaria da posse, isto é, a que se effectua sem o concurso de possuidor anterior. Nesse caso, segundo o Codigo, é essencial a apprehensão, que, como é sabido, reveste modalidades differentes, segundo se trata de cousas moveis ou immoveis.

Apezar da latitude do disposto no § Unico do art. 493 a aquisição originaria ou unilateral da posse não é um acto juridico. Ella pode realizar-se até pela violencia, que é a negação do direito. Seja, por exemplo, o caso expresso do art. 522. O ausente, que, tendo noticia da occupação, se abstem de retomar a cousa, ou tentando recuperal-a, é violentamente repellido, perde a posse, o que quer dizer que o occupante a adquire. Reune essa aquisição todos os requisitos de um acto juridico valido? Tem forma prescripta ou não defesa em lei?

Ninguem ousará affirmal-o.

No n. II do art. 493 — aquisição bilateral ou derivada — bastam á aquisição da posse os factos que dão ao agente a possibilidade de praticar sobre a cousa actos materiaes de utilização. Si o *tradens* tinha realmente a posse e a demittiu de si deixando-a vaga, de modo que o *accipiens* possa servir-se da cousa sem obstaculo, pode dizer-se que elle adquiriu a posse nos termos do n. II do art. 493 (1).

A aquisição bilateral da posse é um acto juridico. São-lhe pois, applicaveis as regras geraes relativas aos actos juridicos, como as que dizem respeito á capacidade, ao direito

(1) Não vale objectar que, emquanto o *accipiens* não pratica actos materiaes sobre a cousa, não se poderá dizer possuidor, ex vi do art. 485. A essencia da posse está, apesar do que diz esse art., na possibilidade de facto de agir sobre a cousa .

de disposição do *tradens* etc. Si bem que a lei imprima character juridico á aquisição bilateral da posse, não dispensa o elemento material — o *corpus*. Um *processus exterior* é sempre necessario, posto que menos energico, menos nitido que o da aquisição unilateral ou originaria.

— Adquiri-se a posse, prescreve mais o art. 493, por qualquer dos modos de aquisição em geral.

Modo de aquisição de que? O Codigo não o diz. Adquiri-se o dominio; adquirem-se direitos reaes sobre cousas alheias; adquirem-se direitos pessoaes...

Pela interpretação que se nos afigura mais generalizada referir-se-ia o art. 493, III aos modos de adquirir o dominio.

Todos os modos de adquirir o dominio seriam ao mesmo tempo modos de adquirir a posse; por outros termos, todas as vezes que se adquirisse o dominio sobre uma cousa, ter-se-ia adquirido, *ipso facto*, a posse da mesma. Haveria, pois, tres especies diversas de modos de adquirir a posse das cousas:

- a) a apprehensão,
- b) a disponibilidade da cousa,
- c) os modos de adquirir o dominio.

Assim entendido o n. III do art. 493 vejamos a sua applicabilidade.

Os modos de aquisição do dominio, que pertencem ao quadro do Direito das Cousas constam dos arts. 531-622 do Codigo. Reduzem-se elles aos seguintes:

a) transcrição do titulo de transferencia no registro do immovel; b) accessão; c) usucapião; d) occupação; e) achada do thesouro; f) *especificação*; g) tradição.

A esses modos de adquirir, regulados no Direito das Cousas, cumpre additar os pertencentes a outras secções do Direito Civil, como o direito hereditario (2), o casamento, a sociedade universal, os actos judicarios, etc.

Considerados sob o ponto de vista da posse, os modos

(2) Muito illogicamente collocado pelo Codigo no art. 530 ao lado da transcrição, accessão e usucapião como um modo de adquirir a propriedade sobre immoveis.

de adquirir o dominio agrupam-se em tres classes. Nos da primeira, a aquisição do dominio suppõe posse anteriormente adquirida; nos da 2.^a, adquire-se o dominio com a aquisição da posse, nos da terceira, a aquisição do dominio independe da posse. Estão entre os primeiros, o usucapião, a especificação; entre os segundos a occupação e a tradição; entre os terceiros a accessão, a achada do thesouro, o direito hereditario, o casamento, a sociedade universal (não alludimos ás hypotheses dos arts. 546, 595, 600).

E' facil ver que o n. III do art. 493 não se applica aos casos da primeira classe.

Seria absurdo affirmar que é pela aquisição do dominio no usucapião que se adquire a posse da coisa usucapida. E' o inverso que ocorre. O usucapião é que resulta da posse continuada por um certo lapso de tempo com os requisitos legais. A posse conduz ao dominio e não o dominio á posse.

Na especificação o agente precisa ter a posse da coisa que trabalha.

Nos casos da segunda classe a posse entra como condição da aquisição do dominio.

Assim a occupação é a aquisição da propriedade pela apprehensão de cousas sem dono. A tradição se realiza pela aquisição da posse da coisa com o consentimento do alienante. A nenhuma das duas figuras, portanto, é applicavel o n. III do art. 493.

Os modos de adquirir o dominio da terceira classe, que são aquelles em que se obtem o dominio independentemente da posse, tambem fogem á applicação do art. 493, salvo a transcripção.

Nas hypotheses de accessão dos arts. 537 - 544 a aquisição da propriedade não está vinculada á posse das cousas adquiridas.

O art. 547 presuppõe a posse do terreno naquelle que semeia, planta ou edifica, attribuindo a propriedade das sementes, plantas e construcções a quem não tem a posse de taes

cousas. Não é preciso ter a posse das cousas para adquirir-lhes o dominio por confusão, commistão ou adjuncção. O dono da cousa principal no caso do art. 615 § 2 adquire a propriedade do todo, ainda que as cousas tenham sido ajuntadas por outrem.

Não depende de apprehensão o dominio do inventor sobre a metade do thesouro que achou.

Tambem a aquisição do dominio pelo direito hereditario não depende da posse.

De accordo com o art. 1572 o dominio e a posse da herança transmittem-se desde logo aos herdeiros legitimos e testamentarios. Mas não se infira dahi que haja relação necessaria entre a transmissão da propriedade e a da posse. Os herdeiros adquirem a propriedade das cousas que pertenceram ao defunto, ainda daquellas que não estavam na sua posse, emquanto que só lhes compete a posse que o defunto tinha, não a que elle havia perdido — cf. arts. 495 e 496 (3).

Observações analogas quadram ao casamento e á sociedade universal, como modos de adquirir o dominio.

Resta a transcripção, cuja importancia juridica e social obriga a examinal-a mais detidamente.

Cumpre distinguir duas hypotheses:

1 — O alienante estava na posse do immovel alienado. Si elle effectua a entrega real do immovel (4) ou o desocupa, pondo-o á disposição do adquirente (*vacua possessio*), obtem este a posse pelo primeiro ou pelo segundo modo do art. 493 mesmo antes da transcripção do titulo de alienação. Si, porém, o alienante não demitte de si a posse e, continuando a deter o immovel, deixa de entregal-o ao adquirente ou de pol-o á sua disposição, terá a transcripção do titulo a virtude de deslocar a posse, conferindo-a ao adquirente?

(3) Pelo art. 495 transmittem-se a posse aos legatarios do possuidor. Entretanto, segundo o art. 1690 e seu paragraho, o legatario adquire apenas o direito de pedir aos herdeiros instituidos a cousa legada, não podendo entrar por autoridade propria na posse da cousa legada. Do confronto dessas duas disposições parece que a posse attribuida pelo art. 495 aos legatarios é indirecta. V., porém, o art. 1692.

(4) Com apprehensão por parte do adquirente.

O art. 953 do Código Civil portuguez dispõe o seguinte: “A inscrição no registro dum título translativo de propriedade sem condição suspensiva envolve, independentemente dalguma outra formalidade, a transmissão da posse para a pessoa a favor de quem essa inscrição foi feita”.

Entendeu-se, dizem os autores portuguezes, que o registro pelo seu caracter publico tem um valor probante superior ao dos actos isolados e parciaes a que se attribuia o effeito de firmar a posse; por isso prescreve a lei que, uma vez registrado o título translativo da propriedade, reputese transmittida a posse á pessoa em cujo favor se fez o registro.

Parece-nos que no direito brasileiro vigora o mesmo principio *ex vi* do n. III do art. 493, sendo esse um dos casos em que vemos possibilidade de applicar aquella disposição. A transcrição transfere a posse do alienante para o adquirente, ainda que aquelle persevere na detenção do immovel (5). A posse, que *nessas circumstancias* resulta de uma formalidade juridica, não combina com a situação das partes interessadas; seus effeitos verificam-se numa pessoa que ainda não adquiriu poder sobre a cousa, nem mesmo a possibilidade de agir materialmente sobre ella de modo a exercer de facto algumas das faculdades inherentes ao dominio — art. 485. Essa transferencia ideal da posse, como si ella fosse um puro direito, justifica-se sob o ponto de vista pratico, pois a transcrição, como meio de adquirir o dominio sobre immoveis, se avanta á tradição do antigo direito — Ord. liv. 4 tit. VII pr.

Só a transcrição supprime a tradição effectiva do immovel, não sendo sufficiente para isso a declaração de transferencia da posse inserta no título de alienação, quando desacompanhada dos factos pelos quaes se realiza a aquisição da posse de conformidade com os ns. I e II do art. 493 do Código. A propria clausula *constituti*, frequente nas escripturas de alienação, é inoperante. Sem duvida o Co-

(5) Note-se, porém, que, si o alienante se recusa a entregar o immovel com justa causa (*jus retentionis*), não ha violação da posse do adquirente.

digo reconhece expressamente o *constituto possessorio* — art. 494, III e 520, V; mas não sanciona o chamado *constituto abstracto*.

A transferencia da posse pela transcrição está necessariamente ligada á transferencia do dominio. Segue-se que, si for nulla a transcrição ou o acto que lhe serve de base, si a capacidade de agir ou o direito de disposição faltarem ao alienante, em todos esses casos não se dará a transmissão da posse. Esta só pertencerá ao adquirente si concorrerem as condições da aquisição originaria, isto é, si houver efectiva apprehensão do immovel; pois, como já vimos, a aquisição unilateral da posse não é, não pode ser um acto juridico.

2 — Suppõe-se agora que o alienante se acha privado da posse do immovel no momento da transcrição. Fará esta, não obstante, possuidor do immovel o adquirente? Certamente não.

A méra formalidade da transcrição não pode privar da posse, terceiro, estranho ao negocio. Só pela reivindicação poderá o adquirente exigir o immovel do terceiro possuidor.

— Vejamos agora si o n. III do art. 493 é applicavel á posse indirecta, isto é, si a aquisição da posse indirecta pode resultar da aquisição do dominio.

Prescreve o art. 620 do Codigo: “O dominio das cousas não se transfere pelos contractos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmittente continua a possuir pelo constituto possessorio”. E o art. 621: “*Si a coisa alienada* estiver na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indirecta pela cessão que lhe fizer o alienante de seu direito á restituição da coisa. § Unico. Nos casos deste artigo e do antecedente parte final, a aquisição da posse indirecta equivale á tradição”.

Pelos principios do Codigo o constituto possessorio é um meio de adquirir a posse indirecta. O alienante, salvo nas hypotheses raras em que pode ter applicação o art. 520, V, não perde a posse da coisa alienada, visto que passa a detel-a como possuidor directo. O adquirente obtem a pos-

se indirecta por força dos actos juridicos, um dos quaes lhe transfere a propriedade da cousa, o outro deixa esta em poder do alienante em seu proprio interesse, como na locação, na reserva do usufructo, etc. E', como se vê, uma aquisição meramente juridica independente de actos externos praticados sobre a cousa.

O art. 621 suppõe o alienante possuidor indirecto da cousa. A posse de terceiro, de que fala a lei, é a posse directa. Com a cessão do seu direito á restituição da cousa, transfere o alienante ao adquirente a posse indirecta. Sem entrarmos na questão de saber si a transmissão da posse indirecta está indissolavelmente ligada á transferencia do dominio sobre a cousa, notaremos que no caso do art. 621 a cessão do dominio envolve a cessão da posse (6).

Offerecem-nos, portanto, o art. 620, 2.^a parte, e o art. 621, duas applicações do art. 493, III, por outros termos, dois casos em que se adquire a posse (indirecta) por força da aquisição do dominio sobre a cousa.

As mercadorias representadas por titulos fornecem-nos outro campo de applicação do citado n.º III do art. 493. Com effeito, segundo se deduz dos preceitos do Codice Civil combinados com as leis sobre titulos representativos de mercadorias, a aquisição dos conhecimentos de transporte ou de deposito confere a posse indirecta das mercadorias, cuja posse directa compete ás empresas de transporte ou aos armazens geraes. O endosso do *warrant*, separado do conhecimento de deposito, attribue tambem ao endossatario a posse indirecta das mercadorias depositadas. E' possivel a existencia de duas posses indirectas sobre a mesma cousa.

— Conclue-se do exposto que os modos de adquirir o dominio só envolvem a aquisição da posse no caso da transcripção alliada a certas circumstancias e nas referidas hy-

(6) Não se objecte que dá-se aqui o mesmo processo da aquisição do dominio pela tradição de facto, isto é, que se adquire o dominio pela aquisição da posse indirecta. Nos termos da lei a posse indirecta transfere-se com a transferencia do dominio do alienante para o adquirente. A tradição do art. 621 § Unico é um consecratario legal dessa transmissão da posse.

potheses de aquisição de posse indirecta. Os termos geraes do n. III do art. 493 — por *qualquer* dos modos de aquisição *em geral* — vão muito além dos verdadeiros principios da legislação; salvo si se entender que foi intuito do legislador brasileiro conferir aos adquirentes do dominio a posse das cousas adquiridas que estavam em poder de terceiros no momento da aquisição, como nos casos de accessão, herança e outros.

Ninguém, ao que sabemos, se lembrou de dar ao Codigo Civil tal interpretação.

Concebem-se a posse com o facto (*corpus e animus*), a posse sem o facto, a posse contra o facto. A posse com o facto é o caso normal e geral — ns. I e II do art. 493. A posse sem o facto — por ex. a que se transfere por successão hereditaria, arts. 495 e 1592 — tem character excepcional. A posse contra o facto, quer dizer uma aquisição meramente ideal da posse, contraria á situação real, dar as vantagens da posse á A, quando é B que detem effectivamente a cousa como sua, isto só mediante o concurso de muito especiaes circumstancias poder-se-a admittir. Uma legislação que desligasse a instituição possessoria da realidade dos factos seria uma causa permanente de perturbações. A posse juridica seria, então, não uma protecção da personalidade ou o complemento da protecção da propriedade, e sim um principio subversivo.

Observa-se uma graduação nos tres modos de adquirir a posse constantes do art. 493. O primeiro basea-se no acto incisivo da apprehensão. Ao segundo basta o accordo de vontades unido á possibilidade do adquirente exercer, de facto, o imperio sobre a cousa. O terceiro não requer nenhuma relação constitutiva do elemento material da posse, pois attribue o effeito de produzi-la aos modos de adquirir um puro direito. Si não se interpretar restrictamente o terceiro dispositivo, será necessario cancellar varias disposições do Codigo, mais do que isso, será necessario alterar todo o systema legislativo em materia de posse. Como conciliar o art. 493, III, entendido segundo a sua letra, com o

conceito da posse exarado no art. 485: “E’ possuidor quem exerce *de facto* algum dos poderes...”?

— E’ possível ampliar o n. III do art. 493 á aquisição dos direitos reaes sobre cousas alheias? Pode resultar a posse da aquisição desses direitos?

Segundo o art. 674 são direitos reaes, além da propriedade: I — A emphyteuse. II — As servidões. III — O usufructo. IV — O uso. V — A habitação. VI — As rendas expressamente constituídas sobre immoveis. VII — O penhor. VIII — A antichrese. IX — A hypotheca.

“Os direitos reaes sobre cousas moveis, quando constituídos ou transmittidos por actos entre vivos, preceitua o art. 675, só se adquirem com a tradição”.

“Os direitos reaes sobre immoveis constituídos ou transmittidos por actos entre vivos (7), diz o art. 676, só se adquirem depois da transcripção, ou da inscripção, no registro de immoveis, dos referidos titulos, salvo os casos expressos neste Codigo”.

Examinando-se a aquisição dos direitos reaes em confronto com a aquisição da posse, chega-se ás conclusões seguintes:

A hypotheca obviamente não induz posse.

No exercicio das servidões dá-se a posse de direitos, materia estranha a este estudo em que só se cogita da posse de cousas.

Os outros direitos reaes (menos as rendas sobre immoveis) estão ligados á posse da cousa. Quanto ao penhor, existe a disposição especial do art. 768, exigindo a tradição effectiva. A aquisição do usufructo e do uso sobre moveis depende da tradição (art. 675), a qual se perfaz por qualquer dos modos do art. 493, I e II. A emphyteuse, o usufructo e o uso de immoveis, a habitação e a antichrese adquirem-se mediante a transcripção.

(7) Dispõe o art. 238 do decr. n. 18542, de 24 de Dezembro de 1928: “Serão sujeitos á transcripção no livro 4 todas as constituições de direitos reaes reconhecidos por lei, quer entre vivos, quer *causa mortis* para valerem contra terceiros e permittirem a disponibilidade”.

Cabem aqui as considerações retro expendidas sobre a transcrição dos actos translativos do dominio. A transcrição daquelles direitos reaes acarreta a posse directa nas mesmas condições em que o registro dos actos translativos do dominio opera a transferencia da posse do alienante para o adquirente.

— A aquisição de direitos pessoaes não origina a posse.

Si se considerassem os contractos em si mesmos como causas de aquisição da posse, onde iria parar o principio — *traditionibus non nudis pactis, dominia transferuntur* —, ao qual o Codigo é fiel? O dominio das cousas não se transfere pelos contractos antes da transcrição ou tradição, isto é, antes que o adquirente seja investido da posse da cousa (8).

— Como se vê pela nossa exposição, a posse de cousas resulta:

a) da apprehensão e do facto de se poder dispor da cousa;

b) do decreto da lei, nos casos de herança, casamento, sociedade universal...;

c) da aquisição do dominio pela transcrição, pelo constituto possessorio (quanto a moveis), pela aquisição do direito do alienante á restituição da cousa.

Temos na letra *a*), os modos geraes de aquisição da posse; na letra *b*), casos constantes de especiaes disposições de lei; na letra *c*), além da transcrição, casos de aquisição da posse indirecta.

E como estes ultimos são objecto de prescrição particular do proprio Codigo e da lei commercial, segue-se que a terceira parte do art. 493 deve ser substituida por uma disposição peculiar á transcrição, analogo ao art. 953 do Codigo Civil portuguez.

N. da R.: — Respeitada a ortografia do autor.

(8) Todavia o proprietario, que perdeu a posse da cousa, poderá alienal-a ou ceder a outrem a acção de reivindicção (actos distinctos), não dependendo, nesses casos, da tradição a transferencia do direito.