



Murillo Magalhães Carrera

*A distinção entre a formulação subjetivista e objetivista da posse e qual é a
solução adotada pelo código civil português*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(28\)2020.ic-03](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(28)2020.ic-03)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

A distinção entre a formulação subjetivista e objetivista da posse e qual é a solução adotada pelo código civil português

The distinction between the subjectivist and objectivist formulation of possession and what is the solution adopted by the civil code Portuguese

Murillo Magalhães CARRERA¹

RESUMO: O artigo 1251.º do Código Civil dispõe que a posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real. No entendimento tradicional da doutrina portuguesa, a interpretação do mencionado preceito deve ser conjugada com a alínea a) do artigo 1253.º do Código Civil, valendo isto por dizer que o conceito de posse para além de pressupor o exercício de um controlo de facto sobre determinada coisa, prevê ainda que o possuidor atue com a intenção de agir como titular. Nesta medida, a esmagadora da doutrina e jurisprudência portuguesa entendem que o legislador português consagrou no Código Civil uma teoria subjetivista da posse. Em face do exposto, o presente relatório visa contrapor a perspetiva mencionada e abordar uma visão diferente sobre o instituto da posse.

PALAVRAS-CHAVE: Posse; Possuidor; Detenção; Corpus; Animus.

ABSTRACT: Under the terms of Article 1251 of the Civil Code possession is the power that manifests itself when someone acts in a manner corresponding to the exercise of the right to property or another real right. In the traditional understanding of Portuguese doctrine, the interpretation of the aforementioned precept must be combined with paragraph a) of article 1255 of the Civil Code, meaning that the concept of possession in addition to presupposing the exercise of de detention over certain thing, also foresees that the owner acts with the intention of acting as holder. To this extent, the overwhelming majority of Portuguese doctrine and jurisprudence understand that the Portuguese legislator enshrined in the Civil Code a subjectivist theory of possession. In light of the above, this report aims to counter the aforementioned perspective and address a different view of the institute.

KEYWORDS: Possession; Possessor; Detention; Corpus; Animus.

1. Introdução (evolução histórica do instituto da posse)

O primeiro parágrafo do artigo 1140.º do *Codice Civile* estatui que a posse é o poder sobre uma coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real. A isto acresce que em conformidade com o segundo parágrafo do mencionado artigo

¹ Advogado e Doutorando pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

do *Codice Civile* a posse pode ser exercida diretamente pelo próprio, isto é, pelo possuidor ou também através de outrem.

Por seu turno, o Código Civil espanhol distingue – à semelhança do ordenamento jurídico romano – no seu artigo 430.º a posse natural da posse civil. Assim, enquanto a primeira representa o controlo fático sobre uma determinada coisa, a segunda pressupõe que esse controlo seja exercido com a intenção de agir como titular do direito real sobre a coisa.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico português, o artigo 1251.º do Código Civil estatui que a posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real. Ademais, a posse tanto pode ser exercida pessoalmente como por intermédio de outra pessoa, presumindo-se que a posse reside naquele que exercer o poder de facto sobre a coisa, apesar de – também – se presumir que a posse continua em nome de quem a começou, número 1 e 2 do artigo 1252.º e número 2 do artigo 1257.º, ambos do Código Civil.

De resto, o conceito de posse não pode escamotear a alínea a) do artigo 1253.º do Código Civil, na medida em que são havidos como detentores ou possuidores precários aqueles que exercem o poder de facto sem intenção de agir como beneficiários do direito. Dito de outro, o conceito de posse para além de pressupor o exercício do poder de facto sobre determinada coisa, prevê – pelo menos parece prever – ainda que o possuidor atue com a intenção de agir como titular do direito.

Vistas as coisas desta perspetiva, podemos concluir no sentido de que a distinção entre o conceito de posse e simples detenção reside na circunstância de que enquanto para o primeiro é essencial um elemento subjetivo, tradicionalmente designado como *animus*, o segundo contenta-se com o mero controlo fático exercido sobre a coisa, isto é, o *corpus*.

Isto posto, podemos de igual modo concluir – soçobrando dúvidas para o efeito – que através destas prévias considerações, o Código Civil português consagrou uma visão subjetivista da posse, em detrimento das teorias objetivistas. No entanto, estamos em crer que o elemento teleológico que reside por detrás da alínea a) do artigo 1253.º do Código Civil, é bem diferente daquele que se retira de uma interpretação manifestamente literal do preceito em apreço.

Aliás, se a interpretação do mencionado preceito resulta do seu simples teor literal, perguntar-se-á como é que a posição jurídica do mero detentor é protegida através da tutela possessória, quando esta última pressupõe a posse, isto é, o controlo fáctico exercido sobre determinada coisa com a intenção de agir como titular do direito?

E nem se diga que esta opção reside em razões de equidade², pois se a equidade deve ser entendida como “(...) a resposta àquelas perguntas em que está em causa o que é justo ou o que é mais justo”³, muito provavelmente ninguém colocava em causa – ainda para mais após a publicação do decreto lei número 1/2020 de 09 de janeiro que consagrou o direito real de habitação duradoura – a natureza real do direito de arrendamento.

Em face do exposto, e no que a matéria em apreço concerne, resta-nos – para efeitos do presente capítulo – apenas concluir no sentido de que concordamos irremediavelmente com o entendimento que sufraga uma conceção da posse cujo conceito pressupõe a reunião de dois elementos, designadamente o *corpus* – o controlo fáctico da coisa – e o *animus* – a intenção de agir como titular do direito de propriedade ou outro direito real. Contudo, daqui não se deve retirar que perfilhamos da teoria, esmagadoramente dominante na doutrina portuguesa, segundo a qual o Código Civil português adotou uma teoria subjetivista acerca da posse.

Por outra banda, a natureza da posse tem sido desde os tempos da escola dos comentadores objeto de um aceso debate doutrinal. Nesta exata medida, questiona-se se o instituto da posse deve ser considerado como um facto ou, inversamente, um direito.

Antes de mais, permita-se aqui o parêntesis para penitenciarmo-nos pela nossa escassez de ousadia de enveredarmos por um caminho através do qual se possa determinar com a necessária clarividência e precisão o momento histórico em que surgiu o instituto da posse, na medida em que o percurso sobre um tal trilho para além de se apresentar imensuravelmente difícil é ainda perigoso. Não obstante, e sem prejuízo da nossa falta de ousadia, parece-nos que coube ao ordenamento jurídico romano a árdua tarefa de disciplinar

² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, volume III, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987, pág. 5 e 6.

³ NEVES, António Castanheira, questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica, Coimbra, 1967, pág. 351.

juridicamente a matéria subjacente ao instituto da posse e de diferenciá-la do direito de propriedade.

Em abono da verdade, não se pode escamotar, que no âmbito do mencionado ordenamento jurídico surgiu ao lado da tradicional *possessio civilis* uma designada *possessio naturalis*, posteriormente também denominada como detenção, cujo domínio de uma coisa não conferia ao seu titular as consequências jurídicas atribuídas à posse.

De todo o modo, do confronto entre as expressões *separata esse debet possessio a proprietate* e *nihil commune habet proprietate cum possessione*, denota-se o cuidado minucioso dos juristas daquele ordenamento em evitar a confusão entre dois institutos – posse e propriedade – que, a vista desarmada, parecem corresponder⁴.

Desta feita, para os glosadores o direito de propriedade correspondia ao *ius utendi et abutendi re sua*⁵, isto é, o direito do proprietário usar e abusar da coisa. Por seu turno, Bártolo definiu o direito de propriedade como o *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*, cuja noção acabou por ser consagrada em vários códigos europeus, designadamente: i) no artigo 1305.º do código civil português; ii) no artigo 348.º do código civil espanhol; e iii) no artigo 544.º do código de Napoleão. Dito de outro modo, “La proprietà (romana) è la signoria eminente tra le varie signorie generali sulla cosa.”⁶

A isto acresce que, numa primeira fase do direito romano, apenas podiam ser titulares do direito de propriedade os cidadãos romanos, os latinos e os peregrinos contemplados com o *ius commercii*⁷.

Quanto ao modo de aquisição deste direito⁸, ele podia resultar de aquisição originária – i) uma *possessio* prolongada durante um certo lapso temporal de uma *res* acompanhada com *iusta causa* e *bona fides*, cuja consequência jurídica levava a aquisição da propriedade mediante *usucapio*; ii) *occupatio*, isto é, a apreensão de uma *res nullius* (coisa sem dono), acompanhada da intenção do possuidor de fazer da coisa sua; iii) *accessio*, *accedere* ou *congiunzione*, a qual resulta da união e incorporação de uma *res*

⁴ JUSTO, Santos, Direito Privado Romano, volume III, reimpressão, Coimbra Editora, 2014, pág. 148.

⁵ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 16.

⁶ Bonfante, Pietro, Corso di diritto romano, II, sezione, 1926, pág. 206 e 207.

⁷ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 23.

⁸ Para melhor desenvolvimento, vide JUSTO, Santos, obra citada, pág. 49 a 99.

com outra; iv) *specificatio*, ou seja, a criação ou transformação, mediante o trabalho humano, de uma matéria numa *res nova*; v) *confusio* ou *commixtio* –, ou derivada – i) *mancipatio*, a qual traduz uma verdadeira compra e venda que se encontrava tipificado no *ius civile*; ii) *in iure cessio*, tratava-se de um ato de natureza processual que se realizava em conformidade com a *legis actio sacramento in rem* e através do qual a propriedade da *res* era transferida; iii) *traditio*.

De resto, e como sucede em qualquer ordenamento jurídico, o direito de propriedade do proprietário sobre a *res* podia ser violado. Em face do exposto, o direito romano conferia ao lesado vários instrumentos legais suscetíveis de tutelar o seu direito de propriedade, sendo que de entre todos destacava-se a *reivindicatio*, através da qual o proprietário peticionava o reconhecimento da sua propriedade sobre a *res* e requeria a sua restituição⁹.

Por outra banda, como bem nos dá conta Santos Justo, o instituto da *possessio* emergiu como “um poder de disposição, de facto, de uma *res* que o possuidor exercia com intenção de lhe pertencer exclusivamente. Não se confunde com o poder de dispor juridicamente (*dominium* ou *proprietas*), embora se considerasse ora uma *imago dominii*, ora uma presunção de propriedade ora, mais modernamente, o estado de facto da propriedade ou sua aparência extrínseca e visível.”¹⁰

Por outras palavras, a *possessio* romana correspondia a uma situação de facto em que o possuidor para além de exercer uma ação direta ou indireta sobre a *res* – respeitada por terceiros –, possuía-a com a intenção de atuar como o seu verdadeiro proprietário. No entanto, urge salientar que apesar da *possessio* de uma *res* consubstanciar numa mera situação de facto, a verdade é que o direito romano conferia a esta realidade determinadas consequências jurídicas.

Desde logo, permitia ao possuidor cuja posse fosse perturbada o recurso aos *interdicta*¹¹ possessórios, que mais não eram do que meios de defesa da posse. Neste contexto, os *interdicta* possessórios encontravam-se divididos em

⁹ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 109.

¹⁰ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 148.

¹¹ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 165.

dois grandes grupos, designadamente os *interdicta retinendae possessionis*¹² e os *interdicta recuperandae possessionis*¹³. Parece-nos que a grande diferença entre os dois grupos residia na circunstância de que enquanto o recurso aos primeiros encontrava o seu fundamento naqueles casos em que se verificou alguma perturbação na *possessio* da *res*, ainda que o possuidor não tivesse ficado dela privado; já os segundos, pressupunha que o esbulho fosse efetivamente consumado.

Dito isto, impõe-se salientar que o recurso aos *interdicta* não visavam o reconhecimento da propriedade sobre a *res*. Vale isto por dizer que naquelas situações em que o possuidor da *res* era ao mesmo tempo o seu proprietário, esta qualidade não o impedia de recorrer aos *interdicta* para reivindicar a sua *possessio*. Aliás, o recurso aos *interdicta* podia revelar-se mais benéfico ao proprietário, na medida em que não tinha de provar a sua propriedade sobre a *res*.

Não obstante, torna-se imperioso mencionar que as consequências jurídicas originadas pela *possessio* não se circunscreviam apenas ao seu modo de proteção, pois em conformidade com aquilo que já foi exposto supra, a *possessio* prolongada de uma *res* durante certo lapso de tempo permitia ao seu possuidor adquirir a sua propriedade através do instituto da *usucapio*, desde que essa *possessio* fosse acompanhada com *iusta causa* e *bona fides*¹⁴.

Efetivamente, a *usucapio* é um dos institutos mais relevantes que se encontra no ordenamento jurídico romano e, por isso, não nos é possível no âmbito deste trabalho despendar e discorrer sobre as especificidades desta figura com a justeza que lhe é inerente. No entanto, dir-se-á que antes da época Justinianeia existia ao lado da *usucapio* o instituto da *longi temporis praescriptio*¹⁵.

Na verdade, os mencionados institutos desempenhavam a mesma função, isto é, visavam a aquisição da propriedade de uma *res*, sendo que a diferença residia na natureza da *res* em apreço. Assim, a *usucapio* aplicar-se-ia para aquelas situações em que estivesse em causa a aquisição da propriedade

¹² JUSTO, Santos, obra citada, pág. 166 a 168.

¹³ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 168 a 171.

¹⁴ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 73.

¹⁵ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 82.

de uma *res* móvel, de um *fundi* itálico ou de um *fundi* provinciais¹⁶. Por sua vez, a *longi temporis praescriptio* visava a aquisição da propriedade dos restantes *fundi*¹⁷.

Contudo, com Justiniano a *longi temporis praescriptio* foi fundida com a *usucapio*, a qual passou a depender dos seguintes requisitos: i) *possessio* de uma *res* acompanhada da intenção do possuidor de atuar como o seu verdadeiro proprietário, também designada como *possessio civilis*, *possessio bonae fidei* e *possessio ad usucapionem*; ii) a *possessio* da *res* com as especificidades mencionadas durante um lapso de tempo de três anos para as *res* móveis ou de 10 e 20 anos para as *res* imóveis; iii) *res habilis*, ou seja, a qualidade da *res* para ser usucapida; iv) *iusta causa*, na medida em que não é possível adquirir a propriedade da *res* quando se verifique um vício de fundo nessa aquisição, designadamente a falta de qualidade da *res* ser usucapida; e v) *bona fides*¹⁸. Porém, sucede ainda que ao lado desta figura surgiu uma outra *usucapio* extraordinária denominada como *longissimi temporis praescriptio* que conferia ao possuidor da *res* sem *iusta causa* e *bona fides* a possibilidade de contestar a *reivindicatio*, desde que a *possessio* apresentasse uma duração de pelo menos 40 anos¹⁹.

Por último, e no que a natureza da *possessio* diz respeito, sufragamos o entendimento de Bonfante ao sustentar que “Nel diritto romano genuino da natura di fatto del possesso è nettamente e completamente affermata e mantenuta.” Acrescentando mais a frente o mencionado autor que “(...) gli argomenti generali adottati per infirmare questo concetto sono meri superficiali equivoci o sofismi.”²⁰

Ora, para este entendimento concorrem, entre outras, as seguintes circunstâncias: em primeiro lugar, os instrumentos utilizados para a manutenção e restituição da posse para além de apresentarem uma natureza administrativa, visavam a manutenção ou restituição de uma situação de facto; em segundo lugar, o instituto do *ius postliminii* que permitia aos *civis* (cidadão romano) recuperar todos os seus direitos não se aplicava à *possessio*, pois

¹⁶ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 82.

¹⁷ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 82.

¹⁸ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 82 a 88.

¹⁹ JUSTO, Santos, obra citada, pág. 88 e 89.

²⁰ BONFANTE, Pietro, obra citada, pág. 177.

esta era considerada uma *causa facti*; em terceiro lugar, a *possessio*, diversamente daquilo que sucedia com o direito de propriedade, perdia-se pelo simples desinteresse do possuidor pela *res*²¹.

2. Natureza da posse

Em conformidade com o aludido no capítulo precedente, a natureza da posse tem sido objeto de um secular e aceso debate doutrinal, centrando-se a questão na seguinte querela: afinal, é a posse um facto ou um direito?

Desta feita, e no que a matéria em apreço diz respeito, urge salientar com a autoridade necessária que se tem de considerar nestas matérias o entendimento sufragado por Friedrich Carl Von Savigny, cuja opinião vai no sentido de que a posse na sua fase inicial constitui antes de mais um facto ao qual – uma vez verificadas certas circunstâncias – se ligam determinadas consequências jurídicas, designadamente a aquisição da propriedade através da usucapião, bem como a atribuição ao possuidor dos meios de defesa da posse²².

Por conseguinte, Savigny sustenta que a posse para além de ser de acordo com a sua natureza um simples facto, é ainda simultaneamente um direito, isto é, uma garantia jurídica do poder de vontade do indivíduo²³.

Diversamente, Jhering²⁴ escudado no seu entendimento de que o direito subjetivo representa um verdadeiro interesse juridicamente protegido, sustenta que a posse é um direito. Neste mesmíssimo sentido, também Bekker²⁵.

Windscheid²⁶, refuta os argumentos dos mencionados autores e assevera que a posse – no direito romano e alemão – apesar de produzir consequências jurídicas, reveste a natureza de um simples facto, pois a tutela que é conferida ao possuidor não implica o reconhecimento de um qualquer direito, tão-só assenta na proibição do uso da força implícita ao direito.

²¹ Neste mesmíssimo sentido, JUSTO, Santos A., obra citada, pág.154 a 155.

²² SAVIGNY, Friedrich Carl Von, *Treatise of possession or the jus possessionis of the civil law*, translated from the german by Sir. Erskine Perry, sixth edition, Hyperion Press, 1848, pág. 5 a 17.

²³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 17.

²⁴ JUSTO, Santos A., obra citada, pág. 154.

²⁵ JUSTO, Santos A., obra citada, pág. 154.

²⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos Reais*, 7ª edição, Almedina, 2018, pág. 157.

No que a doutrina portuguesa concerne, não podemos deixar de começar por parafrasear a posição de Orlando Carvalho, o qual de forma lapidar assevera que a posse é “(...) um antidireito, algo que é a negação do direito.”²⁷, acrescentando ainda que “(...) [a posse] é meramente uma situação de facto juridicamente relevante, mas não é um direito (...) [não obstante,] ao mesmo tempo que é um antidireito [representa] como que a sombra do direito e uma espécie de germen fecundante do mesmo direito.”²⁸

Ao invés, Henrique Mesquita alude que “(...) a posse é um facto (...) [o qual] é recebido pelo direito que lhe atribui diversos efeitos, independentemente de qualquer indagação sobre a existência, na titularidade do possuidor, do direito real correspondente aos poderes por este exercidos sobre certa coisa.”²⁹ Desta feita, remata o mencionado autor que a posse “(...) pode ser defendida contra actos de turbação ou esbulho mesmo que provenham do titular do direito real possuído (...)”³⁰, e por isso, traduz-se num direito subjetivo de natureza real.

Por seu turno, Mota Pinto dá-nos conta que “(...) a posse não é mero facto”³¹, na medida em que o “(...) o seu regime revela ser um verdadeiro direito (...) real provisório.”³² Ademais, salienta o referido autor que o instituto da posse “(...) confere um poder sobre uma coisa em face de todos os outros (...) [mas] é um direito real provisório porque a sua protecção só se mantém, ou melhor, cessa, não havendo anteriormente usucapião, perante a acção de reivindicação.”³³

Neste particular, Carvalho Fernandes começa por assegurar que a posse “(...) não pode deixar de ser configurada como uma realidade jurídica”³⁴, concluindo que a sua qualificação como direito subjetivo constitui a solução

²⁷ CARVALHO, Orlando de, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra Editora, 1977, pág. 160.

²⁸ CARVALHO, Orlando de, obra citada, pág. 160.

²⁹ MESQUITA, M. Henrique, *Direitos reais*, Coimbra Editora, 1967, pág. 74 e 75.

³⁰ MESQUITA, M. Henrique, obra citada, pág. 76.

³¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, *Direitos reais*, reimpressão, Almedina, 2007, pág. 214.

³² PINTO, Carlos Alberto da Mota; MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, obra citada, pág. 214.

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, obra citada, pág. 215.

³⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de direitos reais*, 6^o edição, Quid juris, 2009, pág. 282.

adequada, pois trata-se de um “direito real [que] pertence à categoria dos direitos de gozo.”³⁵

No mesmo sentido de Mota Pinto e Carvalho Fernandes, Santos Justo afiança que é “(...) mais acertada a doutrina que considera a posse um direito real de gozo, embora provisório.”³⁶

Outros autores, como é o caso de Armando Triunfante³⁷, sustentam que a posse não apresenta natureza real, desde logo porquanto a posse para além de não onerar qualquer direito real, o possuidor deve restituir a coisa ao titular do direito real quando confrontado com uma ação de restituição.

Com um fundamento diferente, Oliveira de Ascensão após realizar uma breve resenha histórica sobre o instituto da posse, destaca que ao contrário daquilo que sucedia durante a vigência do Código de Seabra, onde o esbulhado podia demandar mediante ação de restituição da posse quer o esbulhador, quer qualquer terceiro para quem o esbulhador houvesse transferido a coisa por qualquer título, na atual redação do Código Civil, a ação de restituição da posse apenas pode ser intentada contra o esbulhador e herdeiros, e ainda contra quem estiver na posse da coisa e tiver conhecimento do esbulho. Assim, no entendimento daquele autor a posse “(...) perdeu a natureza de direito real”³⁸, pois “(...) a defesa da posse funda-se em razões relativas: o possuidor só se pode dirigir contra sujeitos em relação aos quais se verifique um vínculo particular.”³⁹ De resto, acrescenta Oliveira de Ascensão que “(...) há uma razão relativa: ou porque esbulhou, ou porque teve conhecimento do esbulho, ficou constituído naquela situação mais desfavorável”⁴⁰ e, por isso, não sendo a posse oponível *erga omnes* trata-se de um direito relativo.

Menezes Cordeiro, seguindo de perto os ensinamentos de Oliveira de Ascensão, conclui que a posse não é um “(...) verdadeiro direito real de gozo [antes] quando muito, um direito de gozo diferenciado.”⁴¹

³⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, obra citada, pág. 282.

³⁶ JUSTO, Santos, Direitos Reais, 6ª edição, Coimbra Editora, 2019, pág. 191.

³⁷ TRIUNFANTE, Armando, Lições de Direitos Reais, reimpressão, Almedina, 2019, pág. 96 e 97.

³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil - Reais, reimpressão, Coimbra Editora, 2000, pág. 130 e 131.

³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, obra citada, obra citada, pág. 132 e 133.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, obra citada, pág. 135.

⁴¹ CORDEIRO, António Menezes, Direitos reais, Lex Edições Jurídicas, 1993, pág. 159 a 164.

Finalmente, Menezes Leitão assegura que a posse configura “(...) um direito de gozo sem natureza real. (...) o art. 1281, n.º 2, demonstra a ausência de inerência na posse, uma vez que a acção de restituição não pode ser instaurada contra terceiro de boa fé. Por outro lado, ao contrário do que sucede nos direitos reais a tutela possessória não resulta da atribuição prévia de um direito sobre a coisa, surgindo a posteriori em virtude da situação de facto criada, que é o que determina a atribuição dos interditos. (...) Por esse motivo, a posse não pode ser qualificada como um direito real.”⁴²

Isto posto, cumpre tomar posição. Nesta medida, acompanhamos de perto o entendimento sufragado por Friedrich Carl Von Savigny⁴³, segundo o qual a posse deve ser considerada numa fase inicial como um facto, designadamente como um ato de controlo sobre o bem em apreço.

A isto acresce que este controlo por parte do possuidor quando acompanhado da intenção de agir como beneficiário do direito de propriedade ou de outro direito real, para além de conceder àquele primeiro a tutela necessária para fazer valer a sua posição contra atos de turbção e/ou esbulho, poderá acarretar ainda como consequência a aquisição da propriedade dessa mesma coisa através do instituto da usucapião.

No entanto, urge asseverar a par de Savigny⁴⁴ que para efeitos da configuração da posse como direito não releva a circunstância daquela conduzir à aquisição da propriedade através da usucapião, na medida em que neste caso a posse configura um mero elemento da aquisição – originária – da propriedade ou de outro direito real. Vistas as coisas desta perspectiva, para a configuração da posse como direito releva apenas a concessão ao possuidor da tutela possessória.

Com efeito, a posse deve ser entendida no sentido de consubstanciar um simples facto, isto é, uma realidade originariamente concebida como extrajurídica que surge através de uma atuação – tradicionalmente designada como apossamento, emposse ou investidura – sobre a coisa, sendo que este controlo fáctico da coisa quando acompanhado da intenção do possuidor de agir como beneficiário do direito de propriedade ou de outro direito real, implica

⁴² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos reais*, 7ª edição, Almedina, 2018, pág. 159.

⁴³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 17 a 20.

⁴⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 21.

irremediavelmente a produção de certas consequências jurídicas, designadamente a tutela possessória e, por isso, a posse deve ser considerada também como um direito.

Estas considerações não esgotam a matéria subjacente à natureza da posse, pois se a posse é simultaneamente um facto e um direito, permanece a questão de se saber que direito é este. Ora, no que a mencionada questão diz respeito, parece-nos evidente que a posse é antes de mais um direito subjetivo, ou seja, constitui um poder ou faculdade atribuída pela ordem jurídica ao seu titular, traduzida na possibilidade de exigir ou de pretender de outrem um determinado comportamento e ainda o poder de produzir unilateralmente efeitos jurídicos na esfera de um terceiro⁴⁵.

Por outro lado, os direitos subjetivos encontram-se agrupados em dois grandes grupos: i) os direitos absolutos que são oponíveis *erga omnes*; ii) os direitos relativos, cujos efeitos são produzidos apenas entre as partes.⁴⁶ Aqui chegados, pensamos que ressaltam pelo menos três razões para considerarmos como mais acertada aquela doutrina que sufraga do entendimento de que a posse é um direito de natureza relativa.

Antes de mais, não podemos ignorar como bem nos dá conta Menezes Cordeiro o elemento histórico que reside por de trás da tutela possessória, pois no âmbito do direito romano esta tutela não era conferida através das *actiones in rem*, isto é, processos judiciais cujo objeto incidia sobre direitos reais, mas antes pelas *interdicta possessionis*, que pelo menos numa fase embrionária do direito romano mais não eram do que simples procedimentos administrativos⁴⁷.

Outrossim, também não podemos ignorar que em conformidade com o disposto no número 2 do artigo 1281.º do Código Civil, a ação de restituição da posse pode ser intentada pelo esbulhado ou pelos seus herdeiros, mas apenas contra o esbulhador e respetivo herdeiros ou contra quem esteja na posse da coisa desde que – e na medida em que – este tenha conhecimento do esbulho. Vale isto por dizer que a tutela possessória não assenta numa conceção de carácter absoluto, pois para além de lhe faltar a oponibilidade *erga omnes*,

⁴⁵ HORSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, A parte Geral do Código Civil Português, 2ª edição totalmente revista e atualizada, Almedina, 2019, pág. 53.

⁴⁶ HORSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, obra citada, pág. 51.

⁴⁷ JUSTO, Santos, Direito Privado Romano, volume III, reimpressão, Coimbra Editora, 2014, pág. 165.

carece ainda de uma característica subjacente a qualquer direito real, designadamente a inerência e, por isso, a posse não pode ser configurada como um direito real.

Ora, no que a esta matéria diz respeito, cumpre salientar que José Luís Bonifácio Ramos⁴⁸ insurge-se contra o mencionado entendimento, pois de acordo com a opinião do autor o que está em causa no artigo 1281.º do Código Civil é uma simples proteção de terceiros de boa fé que também existe nos termos do artigo 291.º do Código Civil e no número 2 do artigo 17.º do Código de Registo Predial, sem que por isso ninguém se lembre de questionar ou referir que nesses casos a propriedade de um adquirente, que não regista, deixa de ter inerência ou sequela.

Pese embora reconhecermos o mérito da posição do autor, importa determo-nos neste ponto para tecer as seguintes considerações: em primeiro lugar, em conformidade com o número 4 do artigo 5.º do Código do Registo Predial, terceiros para efeitos de registo são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si. Vale isto por dizer que a relação prejudicial que o número 2 do artigo 17.º do Código de Registo Predial visa aquilatar não apresenta qualquer semelhança com as situações típicas que se enquadram no âmbito do número 2 do artigo 1281.º do Código Civil.

Em segundo lugar, e no que a proteção de terceiros de boa fé conferida pelo artigo 291.º do Código Civil diz respeito, de facto a questão não pode ser colocada nos termos expostos pelo mencionado autor, pois enquanto que o mencionado preceito legal estatui uma exceção à proteção do terceiro, designadamente aquela prevista no seu número 2, já o número 2 do artigo 1281.º do Código simplesmente limita-se a excluir quaisquer possibilidades do possuidor originário vir a reaver a sua posse naqueles casos em que o terceiro possuidor desconheça o esbulho⁴⁹.

Por fim, pensamos que a natureza da posse repudia à própria ideia do direito, porquanto a posse é mais das vezes fruto do dolo, da violência e da injustiça. Desta feita, apraz advertir que ao Estado compete a administração e a realização da justiça penal, sendo que a função do Direito Penal é

⁴⁸ RAMOS, José Luís Bonifácio, Manual de Direitos Reais, AAFDL Editora, 2007, pág. 203 e 204.

⁴⁹ Ao possuidor originário resta apenas reagir mediante ação de reivindicação da propriedade com todas as dificuldades inerentes à prova dos factos.

precisamente a de proteção – subsidiária – de bens jurídicos. Com efeito, soçobram quaisquer justificações que fundamentam a aquisição de um direito – ainda para mais de natureza absoluta – quando este possa encontrar o seu fundamento numa conduta suscetível de consubstanciar a prática de um ilícito criminal, pois se é verdade que não existe uma definição material do conceito de crime, também não deixa de ser verdade que a sua definição encontra-se intrinsecamente ligada ao conceito de bem jurídico, que, por seu turno, reporta-se àquele conjunto de valores entendidos como essenciais para o pleno desenvolvimento do mandato existencial dos membros de uma determinada comunidade e, por este motivo, mas não só por ele, adquirem dignidade penal.

Ora, em abono da verdade, o legislador atento a esta situação consagrou no artigo 1297.º que se a posse tiver sido constituída com violência ou tomada ocultamente, os prazos da usucapião só começam a contar-se desde que cesse a violência ou a posse se torne pública. A isto acresce, como bem nos dá conta Pires de Lima e Antunes varela que a razão do artigo 1297.º do Código Civil reside “(...) na necessidade de aproximar o mais possível a posse *ad usucapionem* de um estado de facto que tenha a aparência do direito, e tal não acontece numa posse viciada.”⁵⁰

A propósito da cessação da violência, De Martino escreveu que “cessado o estado de violência, nada impede que o possuidor que foi esbulhado aja para a restituição da sua posse e se não o faz, é porque acabou por tolerar que a coisa seja pacificamente possuída pelo esbulhador.”⁵¹

O entendimento do mencionado autor deve ser completado no sentido de que a cessação da violência não representa uma simples questão de facto, pois o esbulhador pode cessar a violência empregue, mas ainda assim continuar a praticar novos atos de violência para se manter na posse, como será o caso do esbulhador ameaçar o esbulhado ou membro da sua família com a prática de crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de agir judicialmente contra o esbulhador.

⁵⁰ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, obra citada, pág. 77 e 78.

⁵¹ DE MARTINO, citação retirada de Lima, Pires de; Varela, Antunes, obra citada, pág. 78.

Portanto, o que está em causa é – sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorre o esbulhador – aferir quando cessaram os efeitos da violência exercida sobre o esbulhado. Finalmente, repugna a noção mais elementar de justiça aquelas hipóteses em que o esbulhado simplesmente não atua contra o esbulhador com receio de sofrer represálias e, ainda assim, este último possa vir a adquirir um direito absoluto.

Em suma, a posse é constituída por dois elementos: i) *corpus*, traduzido no exercício de um poder de facto sobre determinada coisa; ii) *animus possidendi*, isto é, um elemento subjetivo caracterizado pela intenção do possuidor exercer ou agir como titular do direito correspondente àquele poder de facto. Portanto, a distinção entre posse e simples detenção assenta na circunstância de que enquanto para o primeiro é essencial o elemento subjetivo o segundo contenta-se com o mero controlo fáctico sobre a coisa, ou seja, com o *corpus*.

3. Formulação subjetivista (Savigny) e objetivista (Jhering)

O estudo e a compreensão do instituto da posse encontram-se intrinsecamente ligados à pessoa de Friedrich Carl Von Savigny, mais concretamente à sua monumental obra designada como *Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*, a qual teve o mérito de desmembrar o instituto da posse em três grandes grupos, a saber, a *possessio*, a *possessio civilis* e a *possessio naturalis*. Isto posto, como bem salienta o mencionado autor, o trabalho mais árduo e importante com o qual se deparou durante a realização da sua obra prende-se em estabelecer de forma clara as diferenças entre estes três grupos⁵².

Neste sentido, Savigny⁵³ alude com a autoridade necessária que se tem de considerar nestas matérias que a posse pressupõe a simples ou mera detenção, isto é, o controlo ou domínio fáctico sobre a coisa, designado como *corpus*, cuja relação – factual – não representa um conceito jurídico.

Vale isto por dizer que para o referido autor a detenção é essencial à posse, o que, a título de exemplo, o navegador detém em relação ao seu

⁵² SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 39.

⁵³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 39 e 40.

barco, mas já não em relação à água em que navega. A isto acresce que a detenção da coisa tem que colocar o seu possuidor numa posição que lhe permite – a ele exclusivamente – exercer a posse ao seu bel-prazer, isto é, comportar-se como o seu verdadeiro e legítimo proprietário.⁵⁴

Sucedo, porém, que esta detenção não implica necessariamente a apreensão física – entendida no seu sentido literal – da coisa, pois “o contacto corporal não é de todo necessário para a aquisição da posse, basta ter o objeto no local diante dos olhos de alguém.”⁵⁵

Por outro lado, Savigny considera que a posse, em conformidade com a sua noção original, isto é, o controlo fáctico exercido sobre a coisa, é um simples facto, pois a sua aquisição não depende de quaisquer regras do *Jus Civile* ou *Jus Gentium*, mas é um facto ao qual se ligam determinadas consequências jurídicas e, por isso, a posse é simultaneamente um facto de acordo com a sua natureza e um direito em relação às consequências jurídicas provocadas, pois estas encontram-se intrinsecamente ligadas ao facto que lhes deu origem.⁵⁶

No entanto, Savigny alude que a detenção de uma coisa, ou seja, o controlo fáctico exercido sobre ela, também denominado como *corpus*, apenas poderá originar a posse e, por isso, produzir consequências jurídicas, desde que revista determinadas qualidades, designadamente a intenção do possuidor de agir como proprietário da coisa, isto é, o *animus possidendi* que deve ser interpretado como um *animus domini*. O animus, representa um elemento subjetivo, isto é, um ato de consciencialização acompanhado da vontade do possuidor agir sobre a coisa como o seu verdadeiro proprietário – *animus domini*⁵⁷.

Com efeito, aquelas situações em que o detentor exerce o direito de propriedade em nome de outrem não podem ser consideradas como posse, pois para além de se verificar tão-só um *animus detinendi*, o detentor exerce a posse apenas em *nomine alieno*, em vez de *nomine proprio*, o qual pressupõe o respetivo *animus possidendi*, e, por isso, ao detentor não é atribuído a tutela possessória, como será o caso do locatário.

⁵⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 142.

⁵⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 148.

⁵⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 17.

⁵⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 178.

Neste contexto, o autor conclui no sentido de que apenas a posse que reúna àquelas duas qualidades e/ou elementos é que se apresenta suscetível de desencadear as consequências jurídicas inerentes ao instituto da posse, nomeadamente a aquisição da propriedade através da usucapião – *possessio civilis* – e a tutela possessória – *simplex possessio*. Contudo, acrescenta ainda o autor que a aquisição da propriedade através da *possessio civilis* não configura um direito, na medida em que se trata somente de uma forma de aquisição da propriedade, pelo que a configuração da posse enquanto direito assenta apenas na atribuição da tutela possessória.

Em face do exposto, Savigny questiona a natureza deste direito e começa por afirmar que esta questão pode ser discutida, sem prejudicar a arrumação de todo o sistema dos direitos civis, o que interferiria com o âmbito da sua investigação e, conclui no sentido de que a posse pertence ao direito das obrigações⁵⁸, pois a tutela possessória encontrava o seu fundamento na prática de um facto ilícito, designadamente o esbulho ou a turbação e, por esse motivo, a posse constitui uma *obligatio ex maleficio*.⁵⁹

A doutrina de Savigny sofre um forte revés quando admite a existência de posse no penhor de coisas suscetível de fundamentar a tutela possessória. Por conseguinte, o autor admite que nestas situações o credor pignoratício não possui o *animus domini* exigível à posse, visto que não atua como o verdadeiro proprietário da coisa empenhada, mas como se verificou aquando da constituição do penhor uma alienação do *ius possessionis* por parte do devedor sem a transferência da propriedade, constituiu-se uma posse derivada⁶⁰ através da qual o *animus domini* é aquele que se verificava no alienante. Por seu turno, nos casos do precarista e do sequestratário o autor fundamenta a tutela possessória com base no mesmo argumento, no entanto, admite simultaneamente uma anomalia da tutela possessória.

Em suma, podemos agrupar a teoria formulada por Savigny através da seguinte ordem de ideias: i) a detenção é essencial à posse; ii) a detenção, entendida como o controlo fáctico exercido sobre determinada coisa – *corpus* – quando acompanhada de um elemento subjetivo – *animus* –, mormente a

⁵⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 21.

⁵⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 22.

⁶⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, obra citada, pág. 205 a 224.

intenção do possuidor agir como verdadeiro proprietário da coisa origina a posse; iii) a posse, na sua noção original é um facto, na medida em que apenas exige o controlo sobre a coisa, mas quando acompanhada daquele elemento subjetivo produz determinadas consequências jurídicas, designadamente a aquisição da propriedade – *possessio civilis* – e a tutela possessória – simples *possessio* – e, por este último motivo, é simultaneamente um direito; iv) todas as outras situações em que a posse não produz quaisquer efeitos jurídicos, Savigny denomina como *possessio naturalis*; v) a distinção entre detenção e posse, reside na circunstância de que enquanto nesta última o possuidor da coisa atua como o seu verdadeiro proprietário, na primeira o detentor exerce apenas um controlo fáctico sobre aquela coisa.

Posteriormente, Jhering na sua obra intitulada *Der Besitzwille* veio a formular uma doutrina oposta à de Savigny.

Desta feita, o mencionado autor com base num fundamento de que aos direitos reais não importa qualquer intenção subjetiva, nomeadamente a vontade, começa por afirmar que a intenção ou vontade do possuidor de agir como proprietário da coisa, isto é, com o respetivo *animus possidendi*, não é suficiente para que se possa estabelecer com a necessária precisão a distinção entre posse e detenção⁶¹.

Na realidade, o autor não refuta a importância da vontade ou intenção, mas entende que a esta encontra-se implicitamente consagrada no domínio da coisa⁶². Vale isto por dizer que no entendimento da teoria objetivista formulada e desenvolvida por Jhering o *animus possidendi* encontra-se incorporado no *corpus* e ambos não podem ser considerados de modo autónomo ou isoladamente, na medida em que a existência de um encontra-se dependente da presença do outro.

Por outras palavras, quem exerce um controlo fáctico sobre determinada coisa detém simultaneamente a intenção de se comportar como o verdadeiro proprietário daquela coisa e, por sua vez, quem se comporta como proprietário de uma coisa, também possuiu o domínio fáctico sobre ela.

Por conseguinte, Jhering para além de defender um sistema vincadamente objetivista em que se deve atender ao próprio poder que o

⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, obra citada, pág. 109.

⁶² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, obra citada, pág. 110 e 111.

possuidor exerce sobre a coisa, salienta – fiel a sua conceção de que o direito subjetivo representa um interesse juridicamente protegido – que essencial para a posse é existir um interesse que a lei disciplina através da tutela possessória e, por isso, a relação possessória deve ser vista como um interesse do possuidor sobre a coisa. Assim, podemos afirmar que para esta teoria toda a detenção em princípio conduz à posse, sendo que a desqualificação da posse, depende apenas da posição do detentor não ser protegida pela tutela possessória ou da lei determinar o contrário.

Isto posto, para Jhering são havidos como detentores o locatário, comodatário, depositário e mandatário, pois a sua posição não é protegida através da tutela possessória. Em sentido inverso, o autor considera que o credor pignoratício, sequestratário e precarista, como beneficiam daquela tutela, devem ser considerados como possuidores.

Jhering tentou explicar a distinção entre a sua teoria e a de Savigny mediante o recurso a fórmulas algébricas, assim se considerarmos o X = a posse; o Y = a detenção; o C = a *corpus*; o A = a *animus*; α = ao *animus possidendi* que deve ser considerado um *animus domini*; e N = a disposição legal que exclui a tutela possessória; eis que temos os seguintes resultados:

Savigny:

$$X = A + \alpha + c$$

$$Y = A + C$$

Jhering:

$$X = A + C$$

$$Y = A + C - N$$

Em abono da verdade, não se pode escamotear que a fórmula algébrica criada e desenvolvida por Jhering apesar de amplamente divulgada não retrata fidedignamente o pensamento de Savigny, pois – como vimos – este autor não admite a existência de qualquer forma ou manifestação de *animus* na detenção.

Em face do exposto podemos agrupar a teoria de Jhering através da seguinte ordem de ideias: i) a detenção em princípio conduz à posse, porquanto quem exerce do domínio de facto sobre a coisa, detém simultaneamente a vontade ou intenção de agir como o seu verdadeiro proprietário; ii) o *corpus* e o *animus*, ao contrário da teoria subjetivista, não podem ser considerados isoladamente; iii) a desqualificação da posse

encontra-se intrinsecamente ligada à tutela possessória, pois se esta não for atribuída pelo ordenamento jurídico, a posse configura apenas uma situação de mera detenção; iv) o mesmo sucede quando a lei determine quais são as situações em que não existe posse.

I.4. Conclusão (a posição adotada pelo código civil português)

Aqui chegados, não podemos escamotear que a doutrina e a jurisprudência portuguesa maioritária defendem que o artigo 1251.º do Código Civil adotou uma conceção subjetivista da posse. A este propósito é bastante elucidativo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ao concluir na sua súmula que “O contrato promessa de compra e venda não é susceptível, só por si, de transmitir a posse ao promitente comprador. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o corpus possessório, mas não adquire o animus possidendi, ficando, pois, numa situação de mero detentor ou possuidor precário.”⁶³

Neste mesmíssimo sentido, o acórdão do Tribunal de Coimbra alude que “Como é sabido, o nosso código civil acolheu a concepção subjectivista da posse proposta por Savigny, segundo a qual a posse integra dois elementos que entre si intercedem numa relação de interdependência mútua: o elemento material corpus e o elemento psicológico animus.”⁶⁴

Vale isto por dizer que no entendimento da jurisprudência portuguesa o instituto da posse pressupõe a reunião de dois elementos, designadamente o *corpus* e o *animus*. Todavia, os mencionados elementos devem ser compreendidos de forma isolada, isto é, autónoma. Dito por outras palavras, a existência do *corpus* na esfera jurídica do indivíduo não implica que este detenha o *animus*, sendo que o inverso também é verdade e, por isso, o pensamento jurisprudencial refuta a teoria ou a concepção objetivista sufragada por Jhering.

⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de fevereiro de 2019, processo número: 1565/15.8T8VFR.P1.S2 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8dd45ab5ab46e4b0802583a6004c020c?OpenDocument> [consultado pela última vez em 16 de junho de 2020]

⁶⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de janeiro de 2019, processo número: 202/11.4TBIDN.C2 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/0dc84972fe34bb82802583af005a7e68?OpenDocument> [consultado pela última vez em 16 de junho de 2020]

De igual modo, Pires de Lima e Antunes Varela asseveram com a autoridade necessária que se tem de considerar nestas matérias que “(...) o nosso legislador não aceitou a concepção objectiva da posse, consagrada em alguns códigos estrangeiros (cfr. por ex., o § 854 do Código alemão, segundo o qual a posse sobre uma coisa se adquire pela obtenção do poder de facto).”⁶⁵

Diversamente, Menezes Leitão sustenta que “Há uma parte da doutrina que qualifica a lei portuguesa como objectivista, na esteira de Jhering. Como justificação para essa posição, sustenta-se que, além de prever expressamente uma definição de posse em que não se faz referência ao animus (art. 1251º), refere no art. 1253º as situações que considera não corresponderem à posse, mas antes à mera detenção, o que corresponde precisamente à teoria objectivista”⁶⁶

Ora, apesar de subscrevermos o entendimento do mencionado autor, impõe-se, contudo, fazer uma correção, pois – em conformidade com o que vimos no capítulo precedente – a doutrina formulada por Jhering não rejeita o *animus* como elemento essencial à posse, pelo contrário, afirma perentoriamente que o instituto da posse comporta a reunião do *corpus* e do *animus*, mas acrescenta que o controlo fáctico – *corpus* – exercido sobre determinada coisa encontra-se intrinsecamente ligada à intenção – *animus* – do possuidor de se comportar como o seu verdadeiro proprietário.

Isto posto, acompanhamos de perto as teorias de Savigny e de Jhering ao concluírem no sentido de que a posse pressupõe a reunião de dois requisitos e/ou elementos, designadamente o *corpus* e o *animus*.

No entanto, entendemos que os mencionados requisitos e/ou elementos não podem ser considerados de forma isolada ou autónoma, pois a intenção subjacente ao possuidor de se comportar como verdadeiro proprietário da coisa ou de outro direito real pressupõe que aquele exerça sobre ela um determinado controlo fáctico, o qual – como vimos – não necessita de se traduzir numa apreensão necessariamente física.

Por outro lado, o artigo 1251.º do Código Civil ao estabelecer a noção de posse não exige a intenção do possuidor de se comportar como titular do

⁶⁵ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, obra citada, pág. 5.

⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, obra citada, pág. 112.

direito de propriedade ou de outro direito real, pois contenta-se com uma atuação correspondente ao exercício dos mencionados direitos.

Deste modo, urge salientar a par de Jhering que na perspetiva do artigo 1251.º do Código Civil essencial para a posse é tão-só existir um interesse que a lei entende disciplinar mediante a respetiva tutela possessória e, por conseguinte, para que se verifique a desqualificação ou descaraterização da posse para simples detenção, basta que a posse do detentor não seja protegida pela tutela possessória ou simplesmente que a lei determine o contrário.

Vale isto por dizer que a alínea a) do artigo 1253.º do Código Civil – bem como as restantes – deve ser interpretada em conformidade com o sentido mencionado no parágrafo anterior, isto é, como um simples caso em que a lei determina o contrário – em que a lei exclui a existência da posse – e não como uma formulação subjetivista da posse; e que corresponde àquelas situações em que se verifica um certo exercício de poderes de facto sobre determinada coisa, mas ao qual a lei não confere qualquer forma de tutela possessória, como sucede – a título de exemplo – no caso do hóspede no contrato de hospedagem ou ao titular do direito real de habitação periódica⁶⁷, tudo em conformidade com a teoria objetivista da posse.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira de, *Direito Civil - Reais*, 5º edição, Coimbra Editora, 2012.

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, II, Sezione, 1926.

CARVALHO, Orlando de, *Direito das Coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra Editora, 1977.

CORDEIRO, António Menezes, *Direitos Reais*, Lex Edições Jurídicas, 1993.

COSTA, Salvador da, *Os Incidentes de Instância*, 10º edição atualizada e ampliada, Almedina, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime*, 2º edição, 2º reimpressão, Coimbra Editora, 2012.

⁶⁷ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, obra citada, pág. 115.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, Lições de Direitos Reais, 6º edição atualizada e revista, Quid Juris, 2009.

FREITAS, José Lebre de, A Ação Executiva, À luz do Código de Processo Civil de 2013, 6º edição, Coimbra Editora, 2014.

GONÇALVES, Marco Carvalho, Lições de Processo Civil Executivo, 2º edição revista e aumentada, Almedina, 2018.

HORSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, A Parte Geral do Código Civil Português, 2º edição totalmente revista e atualizada, Almedina, 2019.

JUSTO, Santos, Direito Privado Romano, Volume III, reimpressão, Coimbra Editora, 2014.

JUSTO, Santos, Direitos Reais, 6º edição, Coimbra Editora, 2019.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, Volume III, 2º edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direitos Reais, 7º edição, Almedina, 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume I, 15.º edição, Almedina, 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume II, 11º edição, Almedina, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume III, 12.º edição, Almedina, 2018.

MESQUITA, M. Henrique, Direitos Reais, Coimbra Editora, 1967.

NEVES, António Castanheira, Questão-de-Facto, Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade: Ensaio de Uma Reposição Crítica, Coimbra, 1967.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; Moreira, Álvaro; Fraga, Carlos, Direitos Reais, reimpressão, Almedina, 2007.

RAMOS, José Luís Bonifácio, Manual de Direitos Reais, AAFDL Editora, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von, Treatise of Possession or The Jus Possessionis of The Civil Law, translated from the German by Sir. Erskine Perry, sixth edition, Hyperion Press, 1848.

TRIUNFANTE, Armando, Lições de Direitos Reais, reimpressão, Almedina, 2019.

Data de submissão do artigo: 09/04/2020

Data de aprovação do artigo: 25/11/2020

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt