

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Civil da Universidade de São Paulo. Livre docente de Direito Civil e Romano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor na Universidade de Brasília.

POSSE

Nº 2460

CAMPOS SCAFF E PEÑA

(Introdução Histórica)

FORENSE
Rio de Janeiro
1985

Capítulo I

RAZÕES DAS DIFICULDADES DO ESTUDO DA POSSE

SUMÁRIO: 1. Os componentes históricos da teoria da posse.
2. Os percalços em face do Código Civil brasileiro. 3. Sistema de exposição.

1. *Os componentes históricos da teoria da posse.* Poucas matérias há, em direito, que tenham dado margem a tantas controvérsias como a posse. Sua bibliografia é amplíssima, e constante a afirmação dos embaraços de seu estudo.

Não é difícil apurar as razões dos percalços.

Se limitarmos a análise à posse no direito romano, verificaremos, sem demasiado esforço, que eles decorrem, principalmente, da variação do conceito desta no tempo — do que resulta a contradição de textos de épocas diversas reunidos no *Corpus Iuris Civilis* —, e de soluções de ordem prática dificilmente conciliáveis com uma concepção rígida, e explicáveis, muitas vezes, por motivos de natureza histórica nem sempre facilmente perceptíveis. Acrescente-se, ainda, a divergência de opinião entre juriconsultos da mesma época, mais atentos às necessidades sociais do que ao encadeamento estritamente lógico de um sistema. Por isso, nos meados deste século, um dos grandes romanistas italianos — EMILIO ALBERTARIO — abria seu *Corso di Diritto Romano* — *Possesso e Quasi Possesso*, com estas palavras: "O único ponto pacífico na controvertida teoria possessória pode dizer-se que seja o paralelismo entre a posse e a propriedade".¹ Observação que, pouco adiante, reforçava: "Além deste ponto, o acordo não existe."²

1 "Il solo punto pacifico nella controversa teoria possessoria si può dire che sia il parallelismo fra il possesso e la proprietà" (ob. cit., § 1, pag. 5).

2 "Oltre questo punto, l'accordo non esiste" (ob. cit., § 2, pag. 5).

Mas a disciplina da posse no mundo moderno não se assenta exclusivamente no direito romano. Ela sofreu, também, influência, maior ou menor, do instituto correspondente no direito germânico medieval — a *Gewere* — e do conceito de posse plasmado, embora com base nos textos romanos, pelos canonistas. Resultou, portanto, da combinação de elementos históricos heterogêneos, que se mesclaram por motivos de ordem étnica (costumes dos povos bárbaros que invadiram o Império Romano do Ocidente), religiosa (a influência do direito canônico sobre o direito laico) e cultural (a recepção do direito romano na Europa, no período compreendido entre os séculos XIII e XV). As doutrinas medievais e as dos juristas práticos dos séculos XVI a XVIII não puderam ser infensas, até em decorrência da necessidade de se disciplinarem interesses sociais desconhecidos dos romanos, a esses elementos que vieram justapor-se aos princípios que se encontravam no *Corpus Iuris Civilis*. E a reação dos Cultos, dos Elegantes e da Escola Histórica Alemã, com seus estudos voltados para as fontes romanas, não foi suficiente para impedir que as codificações modernas incorporassem princípios advindos do direito germânico medieval e do canônico, que destoavam da concepção possessória romana.

Por outro lado, a doutrina moderna da posse, como observou CASTAN TOBEÑAS,³ nem sempre tem guardado correspondência com os diferentes direitos positivos, porque sofreu vigorosa influência dos dois mais célebres autores que, com vistas ao direito romano, trataram da posse no século XIX — SAVIGNY e IHERING —, ao passo que parte das codificações modernas (entre elas o Código Civil francês) se elaborou independentemente das teorias de ambos.

2. Os percalços em face do Código Civil brasileiro. No Brasil, a mesma dificuldade existe. Embora o projeto de Clóvis

³ *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, pág. 400.

BEVILÁQUA tenha procurado ser fiel à tese de IHERING,⁴ foi ele visivelmente influenciado pelo Código Civil alemão, onde há princípios germânicos que não se conciliam com a concepção romana de posse. Ademais, esse projeto foi modificado, parcialmente, pela comissão revisora, antes de ser enviado ao Congresso Nacional, ocasião em que se introduziram preceitos que mais se ajustam à teoria de SAVIGNY do que à de IHERING.⁵ Daí, mesclarem-se, no Código Civil brasileiro, princípios romanos, germânicos e canônicos (os dois últimos por influência do BGB e da tradição do direito anterior), observando-se, além disso, que nem sempre é ele coerente com os novos princípios que

⁴ Vide CLÓVIS BEVILÁQUA, *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro, in Projeto do Código Civil Brasileiro — Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. I, p. 31 a 33. E, ao comentar o artigo 485 do Código Civil brasileiro (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. III, pág. 5), escreve Clóvis: "O Código Civil Brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Ihering sobre a posse."

GONDIM FILHO (*A Posse no Código Civil, in Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXXI) sustenta, porém, que "como quer que seja, ou se queira entender, não me parece que a doutrina de Ihering tenha exercido a menor influência em nossa codificação" (págs. 107-108). Em seu entender (pág. 105), "o art. 485 do Cód. Civil reproduz conscente ou inconscientemente um pensamento de SAVIGNY que descobre na posse o exercício da propriedade, um estado de fato ao qual corresponde um estado jurídico que é a propriedade ("Direito de posse", págs. 26, 192 e 504)".

⁵ O próprio CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. III, p. 49), ao comentar o artigo 520, cuja redação não é a do Projeto primitivo, observa: "No Código ainda se nota a influência da doutrina de SAVIGNY, que aliás, permitiria também uma síntese".

Salienta, por outro lado, PONTES DE MIRANDA (*Fontes e Evolução do Direito Brasileiro*, n.º 115, pág. 209):

"A doutrina era extraída de R. VON IHERING e BEVILÁQUA queria afastar-se do próprio espírito de transação que caracteriza o BGB. Longe estava, neste ponto, de ser obra perfeita o Projeto, mas as alterações, que sofreu, deformaram a construção. Dos trinta e nove artigos de que se compõe o capítulo, dezessete foram incluídos depois."

adotou (como, por exemplo, a introdução do desdobramento da posse em direta e indireta e a manutenção da posse de direitos reais com todos os seus efeitos).⁶

Esses fatos explicam a razão por que, quando se pretende estudar a posse em determinado sistema jurídico — e esse é o nosso objetivo no tocante ao direito brasileiro —, não se pode construir teoria estritamente lógica, em que se estabeleça, como premissa, concepção unitária de posse, e dela se extraíam consequências inelutáveis.

No direito civil brasileiro, à semelhança do que ocorre nos demais direitos positivos, há orientações gerais que não devem ser obscurecidas pelas exceções, que são inegáveis, mas que não têm o condão de, por simples amor à lógica, servir-lhes de negativa.

3. *Sistema de exposição.* Para se ter idéia mais precisa da heterogeneidade dos elementos em que se estribam as codificações modernas no tocante à posse, examinaremos, nos capítulos que se seguem, a concepção possessória romana,⁷ a germânica

⁶ GÖRGM NETO (*Posse Indireta*, págs. 5-6) acentua:

"Não tenho, devo logo dizer, admiração alguma pelo trabalho científico de nosso Codificador em matéria de posse, onde, restringindo-me ao tema escolhido, e deixando de parte, assim, outras grosseiras incongruências, só descubro a inconvéniente e incompleta trasladação de doutrinas arcaicas corporificadas no Código germânico."

⁷ Deixam-se de lado o direito grego e o direito da Ásia ocidental antiga, por não haverem tido qualquer influência sobre a teoria possessória moderna.

Sobre a posse no direito grego, continua dominante a tese de que, nele, não se conheceu posse distinta da propriedade. A propósito, em obra recentíssima — *Diritto Greco Antico*, págs. 212-213 —, escreve BISCARDI:

"Com efeito, podemos afirmar, em princípio, que os atenienses não conheciam uma defesa da posse em si mesma, ou seja, da posse considerada independentemente do *ius possidendi*: o que equivale, de outra parte — como já se frisou

nica e a canônica, bem como as teorias que se elaboraram a partir da Idade Média, a formação dos códigos atuais, e o panorama possessório no nosso direito, até o advento do Código Civil.

(*supra*, § 5) —, à falta da noção de propriedade como um *quid iuris* logicamente separável da posse.

A posse na Grécia não foi jamais tutelada como tal, mas só enquanto sustentada por um título; e objeto de tutela, portanto, são apenas os direitos subjetivos, e não aquele estado de fato, cuja defesa no direito romano e no moderno atinge sua culminância quando o possuidor é protegido contra quem tem direito à posse e a tutela do título vai de encontro à tutela do estado de fato.

Não podemos, todavia, negar que no direito ático existem meios de defesa que, se não são concebidos como forma de proteção possessória, lhe ocupam, na prática, o lugar" ("In linea di principio, infatti, possiamo ben affermare che gli Ateniesi non conoscevano una difesa del possesso in sé, ovverossia del possesso considerato indipendentemente dallo *ius possidendi*: il che equivale, d'altra parte — come si è già sottolineato (*supra*, § 5) — alla mancanza della nozione di proprietà come un *quid iuris* logicamente separabile dal possesso. Difatti, il possesso in Grecia non è mai tutelato in quanto tale, ma solo in quanto sorretto da un titolo: e oggetto di tutela pertanto sono solo i diritti soggettivi, e non quello stato di fatto, la cui difesa in diritto romano e moderno raggiunge il suo acme allorché il possessore è protetto contro chi ha diritto al possesso e la tutela del titolo urta contro la tutela dello stato di fatto. Tuttavia non possiamo negare che nel diritto attico esistono dei mezzi di difesa che, se non sono concepiti come forme di tutela possessoria, ne tengono in pratica il posto").

Vide, ainda, a respeito da posse no direito grego, BEAUCHET (*Histoire du Droit Privé de la République Athénienne, Le Droit de Propriété*, III, págs. 99 e 101) e o verbete *Possesso*, de autoria de Ugo ENRICO PAOLI, atualizado por EVA CANTARELLA, no *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, págs. 322-323 (com ampla indicação bibliográfica).

Quanto à posse nos direitos da Ásia ocidental antiga, vide ANTONIO D'EMILIA, *Lezioni di Diritto Bizantino*, II, *Parte Speciale* — *Il Possesso*, págs. 3-4.