

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

I

Nº 0221

(Introdução Histórica)

FORENSE
Rio de Janeiro
1985

Capítulo VI

A POSSE NOS PRINCIPAIS CÓDIGOS MODERNOS

SUMÁRIO: 38. As causas que deram origem aos modernos códigos de direito privado — o jusracionalismo. 39. Os juristas da Escola do Direito Natural e a posse. 40. A posse na concepção de KANT. 41. O reflexo da doutrina possessória europeia nos códigos dos fins do século XVIII e do começo do século XIX. 42. O Código da Prússia (*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* — ALR). 43. O Código Civil da França. 44. O Código Civil da Austria (*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesanten deutschen Erblande* — ABGB). 45. A influência do Código Civil francês no tocante à posse. 46. O Código Civil alemão (*Bürgerliche Gesetzbuch* — BGB). 47. Códigos que seguiram a orientação objetiva que o BGB imprimiu à posse — o Código Civil suíço. 48. O Código Civil italiano de 1942. 49. O Código Civil português de 1967.

38. *As causas que deram origem aos modernos códigos de direito privado.* Os modernos códigos de direito privado começaram a surgir nos fins do século XVIII e no início do século XIX. São o resultado da crise em que se encontrava a legislação positiva da época — o direito comum — e das idéias e dos métodos do jusracionalismo.

A legislação positiva estava em crise pela falta de unidade e de uniformidade das leis civis, quer no território de um Estado, quer em diferentes regiões deste. Era ela constituída de princípios advindos de sistemas diversos, ou seja, do direito romano, do direito germânico, do direito feudal e do direito canônico, com a preponderância do primeiro. Esses elementos díspares — como acentua SOLARI⁷⁶⁷ —, durante a Idade Média (e, por

isso mesmo, se diz que o *particularismo* é uma das características do direito privado medieval), estiveram em contato, mas não se fundiram, coexistindo como fontes de direito privado. Em face, porém, do nascimento do Estado moderno, em que a sociedade passa a ter estrutura monista, em contraposição à pluralista que vinha da Idade Média,⁷⁶⁸ e à medida que se intensificam as relações sociais, criando-se, com o desenvolvimento da indústria e do comércio, novas necessidades econômicas, evidenciavam-se os inconvenientes desse *particularismo jurídico*, e surge o anseio de se dar unidade e uniformidade ao direito privado, eliminando-se as contradições, e alcançando-se, assim, a certeza do direito. Em 1742, MURATORI, no célebre *Dei Diftetti della Giurisprudenza*, criticava a incerteza do direito de sua época, e apresentava como solução a simplificação das leis a ser alcançada pela codificação. No prefácio de sua edição dessa obra, escreveu, a respeito, SOLMI:

“MURATORI havia elogiado VITÓRIO AMEDEU II, que, desde 1729, preparando o novo texto das constituições Régias, se tinha corajosamente oposto às tendências dos compiladores, propensos a reunir, ainda que logicamente, todas as leis do passado, e havia ordenado que, entre as leis antigas, se recolhessem apenas as que devessem, verdadeiramente, ser conservadas, e todas as outras se preterissem, criando, ao invés, para as novas exigências, leis novas.

*Ele ia além, e pedia diretamente a codificação, ou seja, uma série de resoluções adequadas às dificuldades resultantes da prática, resoluções emanadas dos príncipes, as quais pusessem fim a tantas controversias vãs e indicassem a via sadia da jurisprudência.”*⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ Vide, a propósito, BOBBIO, *Il Positivismo Giuridico*, pág. 19.

⁷⁶⁹ “Il Muratori aveva elogiato Vittorio Amedeo II, che, fin dal 1729, preparando il nuovo testo delle Regie costituzioni, si era coraggiosamente opposto alle tendenze dei compilatori, propensi a radunare, sia pur logicamente, tutte le leggi del passato, e aveva ordinato che, tra le antiche leggi, si recogliessero soltanto quelle che fossero vera-

⁷⁶⁷ *Filosofia del Derecho Privado*, I — *La Idea Individual*, trad.

(MILLET, págs. 59 e segs.

Se essa crise conduzia à codificação — a reforma do direito seria o meio de solucioná-la, ainda para aqueles que, como MURATORI,⁷⁷⁰ não encaravam o problema à luz estrita do jusnaturalismo —, a ela tendia, igualmente, por suas idéias e por seus métodos, o jusracionalismo, que, em última análise, era a mesma com que se apresentava o jusnaturalismo nos séculos XVII e XVIII, que correspondem ao pré-iluminismo e ao iluminismo.⁷⁷¹

Com efeito, baseava-se o jusracionalismo na existência de um direito racional, que, por isso mesmo, estava em conformidade com a natureza, propiciando, por si só, a criação de uma sociedade melhor. Esse direito se traduzia, concretamente, num conjunto de proposições axiomáticas que resultavam da razão natural pelo emprego do método dedutivo. E, para poder criar uma sociedade melhor, era mister que o legislador transmittisse essas proposições em normas jurídicas que integrassem codificações que, na precisa observação de WIEACKER,⁷⁷² ao invés de representarem o “último dos frutos de uma antiga tradição jurídica”, fossem entendidas “como pré-projetos de um futuro melhor”.

Em 1672, LEIBNIZ, ainda jovem, elaborara, a pedido do Chanceler do Eleitorado mogunciano VON BOYENBURG, um projeto de código — o *Corpus iuris reconcinatum*.⁷⁷³ Os tempos, no entanto, não estavam maduros para a codificação. Quase um século mais tarde, em 1764, VOLTARE, no *Dictionnaire*

⁷⁷⁰ Cfr. CANNATA, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, II — *Dal Medioevo all'epoca contemporanea*, pág. 117.

⁷⁷¹ A propósito, vide CANNATA, ob. cit., pág. 111.

⁷⁷² *Historia do Direito Privado Moderno*, trad. BOTEHO HESPAÑA, § 19, I, 2, pág. 367.

⁷⁷³ Vide WIEACKER, ob. cit., § 19, I, 1, pág. 366.

mente da conservare e le altre tutte si premettessero, creando invece, per nuove esigenze, leggi nuove.

Egli andava più oltre, e chiedeva a dirittura la codificazione; ossia una serie di risoluzioni adeguate alle difficoltà risultanti dalla pratica, risoluzioni emanate dai principi, le quali potessero fine a tante vane controversie e indicassero la via sanna della giurisprudenza” (pág. 18).

Philosophique, escrevia: “Queréis ter boas leis? Queimai as vossas e fazei novas.”⁷⁷⁴

Não se tratava, porém, de banir as normas jurídicas vindas do direito romano. Os mais notáveis jusnaturalistas — como GRACIO, PUFFENDORF, HENRIQUE e SAMUEL COCCERO, WOLFF — foram, também, grandes conhecedores do direito romano, razão por que, observa KOSCHAKER,⁷⁷⁵ este lhes forneceu a parte material de que se serviram para elaborar os princípios do direito natural. LEIBNIZ já assinalara as relações entre o direito romano e o direito natural, realçando as virtudes dos juristas romanos, mas destacando os defeitos do direito que eles construíam. com a advertência, porém, de que, reduzindo e corrigindo, seria possível descobrirem-se nele os princípios do direito natural.⁷⁷⁶ Essa idéia genial — diz SOLARI⁷⁷⁷ — foi recolhida pelos jusnaturalistas do século XVIII, e concretizada nos códigos dos fins dessa centúria e do início da seguinte. E por ser o direito romano o elemento material de que se serviram os jusnaturalistas para revelarem os princípios do direito natural, que, de outra parte, agia como parâmetro de aferição das normas daquela que mereciam persistir por se coadunarem com os preceitos da razão natural, ambos esses direitos sofreram influência recíproca, o que explica a permanência, no direito privado moderno, de princípios e de institutos jurídicos que de romanos têm apenas a forma, pois sua concepção é jusnaturalista. Daí poder-se dizer que o direito privado moderno herdou dos jusnaturalistas, não somente a sistematização por eles introduzida no terreno jurí-

⁷⁷⁴ “Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en des nouvelles” (apud CANNATA, ob. cit., págs. 119-120). Observa GRESTANO (*Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, pág. 80) que essa foi uma das formulações mais drásticas que se basearam na fé na unidade, na imutabilidade e na autonomia da razão e na sua preeminência sobre a realidade, a qual, no plano político, visou assegurar a todos os homens a independência e a igualdade de direitos.

⁷⁷⁵ *Europa und das Römische Recht*, pág. 252 (*Europa y el Derecho Romano*, trad. CRUZ TEJERRO, pág. 358).

⁷⁷⁶ Vide, a propósito, CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, I — *Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, pág. 347.

⁷⁷⁷ *Filosofia del Derecho Privado*, I — *La Idea Individual*, trad. CALFETI, pág. 75.

direito,⁷⁷⁸ mas também a construção dos conceitos que elaboraram e que deu como resultado, no século XIX, a denominada *jurisprudência dos conceitos*.⁷⁷⁹

39. *Os juristas da Escola do Direito Natural e a posse*. Não têm sido objeto de estudos mais aprofundados os resultados a que os juristas da Escola do Direito Natural chegaram com referência à posse.

Do exame de suas obras, porém, parece ressaltar como sua contribuição mais expressiva a racionalização da posse — com a tendência, inclusive, para apresentá-la como direito —, baseada na enfática vinculação que eles estabeleceram entre ela e a propriedade, a ponto de, em livros dedicados à exposição do direito natural (assim, os *Elementos do Direito da Natureza e das Gentes*, de autoria de HERNÉCIO), as alusões à posse serem feitas, incidentalmente, quando do estudo de aspectos do direito de propriedade.⁷⁸⁰

Examinando a atuação, nesse terreno, dos mais destacados desses juristas, SOLARI observava que GRÓCIO, por conceber o estado

⁷⁷⁸ Sobre o papel dos jusracionalistas na sistematização do direito privado europeu, escreve WIEACKER (*História do Direito Privado Moderno*, trad. BORTOLHO ESPANHA, § 145, V, 2, c, bb, págs. 309-310):

“O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. A jurisprudência europeia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo. Para o jusracionalismo, desde HOBBS e PUFFENDORF, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito positivo, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais.”

⁷⁷⁹ Vide, a propósito, WIEACKER, ob. cit., § 15, V, 2, c, bb, pág. 310.

⁷⁸⁰ Vide HERNÉCIO, *Elementi del Diritto di Natura e delle Genti*, vol. I, trad. PISANI, §§ CCXXXI, CCXLII, CCXCVI e CCCTV, a págs., respectivamente, 124-125, 132, 165 e 167.

O direito da natureza como estado e direito da razão, não podia justificar a posse como instituto autônomo com relação à propriedade, contrapondo-se, até, a esta; pelo direito natural, a posse acompanhava sempre a propriedade, sendo que a separação delas foi introduzida pelo direito positivo, por motivos de conveniência e de utilidade.⁷⁸¹ Nesse mesmo sentido, PUFFENDORF,⁷⁸² por outro lado, salienta ainda SOLARI,⁷⁸³ há, entre os juristas da Escola do Direito Natural, a tendência de racionalizar a posse, transformando-a numa verdadeiro direito. WOLFF, porém, a esse respeito, segue a tradição de que a posse é mais fato do que direito, embora reconheça que dela resulta o *ius possessionis*, que é distinto da propriedade, e cujo fundamento racional consiste na liberdade natural de dispor da coisa *instar domini* (à maneira de proprietário). Aliás, sua definição de posse acentua que é ela a detenção da coisa como se fosse do possuidor (“dentio rei tanquam suae”), esclarecendo, em seguida, que tem posse o que julga ser a coisa sua, ou que queira tê-la como sua por intermédio de outros (“sive quis eam suam esse putet, sive suam esse et ab aliis pro tali haberi velit”); e é o próprio WOLFF que salienta ser essa definição de posse correspondente à de HARMENOPOLU (a posse é a detenção com o *animus dominantis*), de onde se conclui que, para WOLFF, *animus dominantis* e *animus domini* são expressões equivalentes.⁷⁸⁴ Note-se, ademais, que o fundamento racional, com que ele justificava a posse, o levou a considerar que ela existia sempre que se exercesse de fato qualquer espécie de direito, independentemente da natureza de seu objeto.⁷⁸⁵

Essas tendências são manifestas na exposição sistemática da posse que DOMAR faz em *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*. Sustenta ele que a posse é naturalmente ligada à pro-

⁷⁸¹ *Sulla Dottrina del Possesso del Savigny, in Scritti Giuridici dedicati ed offerti a Giampaetro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, I — *Diritto Privato*, pág. 556. Vide, também, *Filosofia del Diritto Privato*, II (*Storicismo e Diritto Privato*), § 7, págs. 60-61).

⁷⁸² Ob. cit., págs. 556 e 61, respectivamente.

⁷⁸³ Ob. cit., págs. 557 e 61, respectivamente.

⁷⁸⁴ Ob. cit., págs. 557, nota 2, e 62, nota 1, respectivamente.

⁷⁸⁵ Ob. cit., págs. 558 e 63, respectivamente.

propriedade, não devendo ser desta separada, embora ambas não se confundam, podendo uma existir sem a outra.⁷⁸⁶ Dessa ligação natural entre a posse e a propriedade resulta, naturalmente, a presunção de que o possuidor é o proprietário.⁷⁸⁷ Por outro lado, salienta Domar que nem toda detenção é posse, mas somente o é aquela de alguém que tem a coisa a título de dono, razão, aliás, por que o usufrutuário e o locatário, por terem posse emprestada, são meros possuidores naturais, ou seja, simples detentores naturais sem o direito de propriedade.⁷⁸⁸ Para ele, posse civil, ou de direito, é a posse do dono; posse natural, ou corpórea, ou de fato, é a simples detenção natural sem o domínio.⁷⁸⁹ A idéia da vinculação da posse à propriedade é tão forte em Domar que, depois de acentuar que o direito da posse não pode ser separado da propriedade, justifica ele a posse do possuidor de boa-fé (o que comprou a coisa de quem não era proprietário), dizendo que este possui, embora não tenha o domínio, porque é considerado como proprietário, e, assim, é tido como possuidor.⁷⁹⁰ Daí definir a posse como “a detenção de uma coisa que aquele que é dono dela, ou creê que o seja, tem em seu poder, ou no de outrem pelo qual ele possui”.⁷⁹¹ E, daí, também, resulta a afirmação de que, “como o uso da posse é exercer o direito de propriedade, tem ela, em si mesma, três coisas: uma justa causa de possuir como dono, a intenção de possuir nessa qualidade, e a detenção”,⁷⁹² afirmação essa que

⁷⁸⁶ *Lib. III, Tit. VII, Sect. I, n.ºs 2 e 13* (*Oeuvres Complètes*, tomo II, págs. 189 e 193).

⁷⁸⁷ *Lib. III, Tit. VII, Sect. I, n.º 13* (*Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 193).

⁷⁸⁸ *Lib. III, Tit. VII* (*Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 185).

⁷⁸⁹ *Lib. III, Tit. VII* (*Oeuvres Complètes*, tomo II, págs. 186-187).

⁷⁹⁰ *Lib. III, Tit. VII* (*Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 186).

⁷⁹¹ “On appelle proprement possession, la détention d'une chose que celui qui en est maître, ou qui a sujet de croire qu'il l'est, tient en sa puissance ou en celle d'un autre par qui il possède” (*Lib. III, Tit. VII, Sect. I, n.º 1* — *Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 188).

⁷⁹² “Comme l'usage de la possession est d'exercer le droit de propriété, elle renferme trois choses, une juste cause de posséder en maître, l'intention de posséder en cette qualité, et la détention” (*Lib. III, Tit. VII, Sect. I, n.º 16* — *Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 201).

conduz a negar tenham posse o possuidor de má-fé e o usurpador, que não só não têm a posse, mas ainda são punidos.⁷⁹³ Advirta-se, por fim, que Domar, além de distinguir, na idéia geral que decorre da palavra posse, um direito (o direito de possuir) e um fato (a detenção atual), estende a posse de direitos a direitos outros que não apenas aos direitos reais limitados.⁷⁹⁴

Como se vê, o método seguido pelos juristas da Escola do Direito Natural — o de chegar aos princípios do direito da natureza com o emprego do material que o direito romano lhes fornecia, para, em seguida, expurgar o direito moderno dos princípios deste que não se ajustassem àquele, ainda quando os mantendo na forma, mas com conteúdo diverso — os cercava nas suas construções racionalistas, que, de certa forma, se condicionavam ao direito romano, o que conduzia, muitas vezes, a resultados insatisfatórios, como os a que chegaram no tocante à posse.

40. *A posse na concepção de KANT.* Coube principalmente a KANT, inclusive no que diz respeito à posse, desvincular-se das tradições jurídicas romanísticas.

Estudando o papel de KANT na história do direito, VILLEY assim destaca a contribuição do genial filósofo para o direito moderno:

“A construção do direito moderno estava ainda, nos autores da Escola do direito natural, carregada de materiais romanos. Talvez porque KANT dispusesse de uma particular liberdade com relação à tradição romana — liberdade com base na ignorância —, dá ele ao novo edifício um estilo finalmente puro. Em verdade, ele se afasta da linguagem romana, tenta tornar conhecidos termos novos (assim os do “meu e do teu externos”, ou

⁷⁹³ *Lib. III, Tit. VII, Sect. III, n.º 7* (*Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 206).

⁷⁹⁴ *Lib. III, Tit. VII, Sect. I, n.º 5*, (*Oeuvres Complètes*, tomo II, pág. 190).

non sibi habendi,⁸²² pois é ele o que se exige para a posse que mais se aproxima da detenção — a posse imperfeita —, a qual, apesar de não apresentar o *animus domini* que é o elemento subjetivo da posse perfeita, é igualmente posse.

Amplíssima, também, a extensão dada pelo Código da Prússia à proteção possessória, que alcança o simples detentor, irretidamente, no que diz respeito à possibilidade de reintegração por causa de esbulho por ele sofrido, e o tutela, nos demais casos, contra todos que não aquele que é o possuidor em cujo nome ele detém a coisa.

Silenciou, por fim, o ALR quanto à admissibilidade, no sistema jurídico prussiano, do princípio germânico da transmissão automática da posse ao herdeiro (a *saissime* do direito francês). A prática forense manifestou-se no sentido de que não foi ele acolhido pelo Código, prevalecendo a regra romana de que a morte do possuidor acarreta a perda da posse, sendo mister que o herdeiro, para tornar-se possuidor, adquirira a posse da herança.⁸²³

43. *O Código Civil da França*. Com características bem diversas se apresenta o Código Civil da França.

Foi ele fruto da Revolução Francesa. Na Constituição de 3 de setembro de 1791, lê-se na parte final de seu título primeiro, relativo às disposições fundamentais por ela garantidas: "Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume" ("Far-se-á um Código de leis civis comuns a todo o Reino"). A aspiração dessa unificação foi repetida no art. 85 da Constituição de 24 de junho de 1793: "Le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République" ("O código das leis civis e criminais é uniforme para toda a República"). Já a 9 de agosto de 1793, por encargo da Convenção Nacional, CAMBACÉRÈS lhe apresentava, em nome da Comissão de Legislação, um pro-

jecto de Código Civil, com 719 artigos que se distribuíam por três livros (o quarto — referente às ações — não chegou a ser redigido), que se ocupavam, respectivamente, do estado das pessoas, dos bens e dos contratos, divisão que se inspirava nas Institutas de JUSTINIANO. Foi ele, todavia, recusado pela Convenção Nacional, motivo por que, no ano seguinte, o mesmo CAMBACÉRÈS apresentava, ainda em nome da Comissão de Legislação, um novo projeto, que, em verdade, era uma abreviação do primeiro, contendo, apenas, 295 artigos, o que motivou a crítica de que ele seria antes uma tábua de matérias do que propriamente um Código Civil. Também esse projeto não teve êxito. CAMBACÉRÈS, contudo, não desistiu e, em 1795, apresentou um terceiro projeto ao Conselho dos Quinhentos, projeto esse com 1.104 artigos, observada a divisão: "das pessoas", "dos bens" e "das obrigações". Não chegou ele sequer a ser discutido. Cinco anos depois, JACQUEMINOT, em nome da Secção de Legislação, apresenta à Comissão Legislativa do Conselho dos Quinhentos um projeto inacabado, e que, também, não foi objeto de discussão. O quinto projeto é que deveria transformar-se no Código Civil francês. Resultou ele do trabalho de uma comissão constituída de quatro juristas — TRONCHET, seu presidente, BIGOT DE PRÉAMENEU, MALEVILLE e PORTALIS —, e nomeada pelo decreto consular de 13 de agosto de 1800. Em quatro meses esse projeto foi redigido, e, depois de várias vicissitudes, superadas pela firme disposição de NAPOLEÃO BONAPARTE (que, inclusive, teve participação ativa nas reuniões em que ele foi debatido), deu origem às 36 leis que foram promulgadas sucessivamente, e, afinal, reunidas num corpo único pela lei de 21 de março de 1804.⁸²⁴

⁸²² Nesse sentido, KOCH, ob. cit., pág. 317, nota 3.

⁸²³ Cfe. DENNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, erster Band — Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*, § 151, 3. pag. 348.

⁸²⁴ Sobre a elaboração do Código Civil francês, vide, entre outros, VALETTE, *De la Durée Persistante de l'ensemble du Droit Civil Français pendant et depuis la Révolution de 1789*, in *Mélanges de Droit, de Jurisprudence et de Législation*, tomo I, págs. 443 a 489; SOREL, *Introduction, in le Code Civil — 1804/1904 — Livre du Centenaire*, tomo I, págs. XVII a XXIX; PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, n.ºs 70 e segs., págs. 26 e segs.; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, tomo I, §§ 8 a 10, págs. 19 a 25; e SOLARI, *Filosofia del Derecho Privado — I — La Idea Individual*, trad. CALETTI, págs. 183 e segs.

Analisando o espírito desse Código, ressaltou SOLARR⁸²⁵ que certos os que o consideram expressão pura e simples da doutrina jusnaturalista; é ele obra essencialmente jurídica e positiva, e “as doutrinas dos jusnaturalistas, se estiveram constantemente presentes aos redatores na forma concreta do direito revolucionário, serviram, as mais das vezes, para modificar, corrigir e integrar a tradição, e não para destruí-la”.⁸²⁶ Anteriormente, em 1870, VALERTE, em memória (“De la Durée Persistante de l'ensemble du Droit Civil Français pendant et depuis la révolution de 1789”)⁸²⁷ lida perante a Academia de Ciências Morais e Políticas, já fizera ampla demonstração de que, apesar do movimento revolucionário, os quatro primeiros projetos — dos quais principalmente os dois últimos haviam fornecido subsídios preciosos para o Código Civil — se tinham mantido, em geral, fiéis às tradições jurídicas francesas:

“Resumindo, vê-se que, ainda nas épocas mais agitadas da Revolução, nosso direito civil permaneceu intacto no seu conjunto, salvo as modificações assinaladas mais acima, que os acontecimentos políticos tornaram ou pareciam tornar necessárias. Os políticos de então, encarregados da grande obra de redação de um Código civil — do qual se prometiam maravilhas para os progressos do futuro —, não fizeram, em geral, senão reduzir a artigos o direito corrente, o direito bem conhecido dos juriconsultos, formado pela experiência e pela lógica dos séculos, e enraizado na consciência e nos hábitos da nação.”⁸²⁸

⁸²⁵ *Filosofia del Derecho Privado* — I — *La Idea Individual*, trad. CAJETTI, págs. 223-224.

⁸²⁶ “...las doctrinas de los jusnaturalistas, si estuvieron constantemente presentes a los redactores en la forma concreta del derecho revolucionario, sirvieron, a lo más, para modificar, corregir e integrar la tradición, y noa para destruirla” (ob. cit., págs. 223-224).

⁸²⁷ *In Mélanges de Droit, de Jurisprudence et de Législation*, tomo I, págs. 443 a 489.

⁸²⁸ “En résumé, on voit que, même aux époques les plus agitées de la Révolution, notre droit civil est demeuré intact dans son ensemble, sauf les modifications signalées plus haut, que les événements politi-

Explica-se, desse modo, a razão por que as fontes principais do Código Civil francês se encontraram no antigo direito romano — especialmente nos costumes de Paris —, no direito romano, nas ordenações reais e nas leis da revolução (estas, no tocante a casamento, pátrio poder, privilégios e hipoteca).⁸²⁹ Deu-se inegável preferência ao direito costumeiro, quando discordante do direito romano. E, como pondera CANNATA,⁸³⁰ há nesse Código como que um retorno ao direito exposto por DOMAT e por FORTIER, destacando-se os princípios tirados dos costumes com o substrato romano devido à obra do último desses dois notáveis juriconsultos.

Ao contrário do que fizera o *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*, o Código Civil francês não trata da posse como instituto autônomo, mas, à semelhança de DOMAT, dela se ocupa, principalmente, no título relativo às prescrições, como causa de que o efeito é a prescrição aquisitiva.⁸³¹ Consoante adverte HUC⁸³² “os redatores do Código civil consideraram, evidentemente, a posse como sendo, antes de tudo, uma presunção da propriedade; é por isso que eles a fize-

⁸²⁹ Cfe. AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, tomo I, § 15, págs. 36-37; e PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, n. 88, pág. 31.

⁸³⁰ *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, II — *Dal Medioevo all'epoca contemporanea*, pág. 133.

⁸³¹ Livro III, título XX, capítulo II, arts. 2.228 a 2.235.

⁸³² “Les rédacteurs du Code civil ont évidemment considéré la possession comme étant, avant tout, une présomption de la propriété; c'est pour cela qu'ils en ont fait la base de la prescription acquiescive en lui consacrant un chapitre dans le titre de la prescription, et qu'ils en ont donné une définition renfermant l'idée d'une détention à titre de propriétaire” (*Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil*, tomo XIV, n.º 342, pág. 427).

ques rendaient ou semblaient rendre nécessaires. Les hommes politiques d'alors, chargés de la grande oeuvre de rédaction d'un Code civil (dont on se promettait des merveilles pour les progrès de l'avenir), n'ont fait, en général, que mettre en articles de droit courant, le droit bien connu par les juriconsultes, formé par l'expérience et la logique des siècles, et enraciné dans la conscience et dans les habitudes de la nation” (ob. cit., pág. 488).

rum a base da prescrição aquisitiva, consagrando-lhe um capítulo no título da prescrição, e lhe deram definição que encerra a idéia de detenção a título de proprietário”. Verificamos, também, que, o Código Civil francês não trata, nesse capítulo ou em outro qualquer, da aquisição, da conservação e da perda da posse. A definição dela se encontra no art. 2.228, onde se lê: “A posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que nós temos ou que nós exercemos por nós mesmos, ou por um outro que a tem ou que a exerce em nosso nome.”⁸³³ É a reprodução — com a adaptação necessária para estendê-lo à posse de direito — do conceito formulado por POTIER, em seu *Traité de la Possession*.⁸³⁴ Como já sucedera, no particular, com o ALR, o Código Civil francês admitiu a posse de direito como posse verdadeira, ao lado da posse da coisa, e não como simples situação assemelhada a esta (*quasi possessio*), omitindo-se, ademais, quanto à extensão a dar-lhe, o que não impediu que se tornasse opinião pacífica a de que se restringia a direitos reais que não o de propriedade, como ocorria no direito anterior, inclusive na obra de POTIER.⁸³⁵ Por outro lado, abandonando a distinção — sustentada ainda por POTIER⁸³⁶ — entre *posse civil*, *posse natural* e *detenção*, distinguindo, apenas, a detenção da posse, com base num *animus* qualificado. Para haver posse é mister que se conjuguem dois elementos: o *corpus* (que é a detenção) e o *animus*; este, genericamente, é o *animus rem sibi habendi*, expressão ampla que abarca tanto o *animus domini*, que é o *animus* da posse da coisa (a intenção de ter a coisa como proprietário), quanto o *animus* da posse de direito (que é a intenção de ter a coisa como titular do direito real limitado correspondente a essa posse). Note-se que, para o Código Civil francês, como não há, nele, os casos que SAVIGNY,

⁸³³ “La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.”

⁸³⁴ N.º 1, in *Oeuvres de POTIER*, ed. Bugnet, tomo IX, pág. 263.

⁸³⁵ Vide, a propósito, WODON, *Traité Théorique et Pratique de la Possession et des Actions Possessoires*, tomo II, n.º 356, pág. 58.

⁸³⁶ *Traité de la Possession*, n.º 6, in *Oeuvres de POTIER*, ed. Bugnet, tomo IX, págs. 269-270.

com relação ao direito romano, incluiu na categoria da *posse derivada* (em que não existia *animus domini*), a expressão *animus rem sibi habendi*, quanto à posse da coisa, é empregada para traduzir o *animus domini*, porquanto a *intenção de ter a coisa para si*, na posse da coisa (que presume o direito de propriedade), significa *intenção de ter a coisa para si como proprietário*, e, quanto à posse de direito, é usada para exprimir a *intenção de ter a coisa para si como titular do direito real limitado correspondente à posse de que se trata*. Daí a razão pela qual há autores que aludem indiferentemente a *animus domini* e a *animus rem sibi habendi*,⁸³⁷ e PLANIOL-RIPPERT-PICARD preferem não usar nenhuma delas, adotando uma definição de *animus* abrangente da posse da coisa e da posse de direito:

“No nosso direito atual, o “animus” não se centra na intenção de se comportar como um proprietário, no “animus domini” propriamente dito, porquanto a posse pode existir em face de direitos reais que não o direito de propriedade, não havendo que distinguir juridicamente a posse das coisas corpóreas e a quase-posse de direitos. Ele deve ser definido: “a intenção de submeter a coisa ao exercício do direito real ao qual correspondem os atos que constituem o corpus.”⁸³⁸

⁸³⁷ Assim, PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, n.º 2.268, pág. 719; e WODON, *Traité Théorique et Pratique de la Possession et des Actions Possessoires*, tomo I, n.º 30, pág. 41.

⁸³⁸ “Dans notre droit actuel, l’“animus” ne se ramène pas à l’intention de se comporter comme un propriétaire, à l’“animus domini” proprement dit, puisque la possession peut exister au regard de droits réels autres que le droit de propriété, et qu’il n’y a pas à distinguer juridiquement la possession des choses corporelles et la quasi-possession des droits. Il doit être défini: “l’intention de soumettre la chose à l’exercice du droit réel auquel correspondent les actes qui constituent le corpus” (*Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo III, n.º 146, págs. 158-159).

MARRY e RAYNAUD (*Droit Civil*, II, 2^{me} volume, n.º 17, pág. 25) conceituam o *animus* como “a vontade de exercer os atos materiais citados anteriormente, na qualidade de proprietário ou de titular de

“Quem não tem esse *animus* é mero detentor, como o locatário, o depositário, o comodatário. Havia, porém, o problema da diffeindade da prova da existência do *animus* — BARON, no final do século chegaria a dizer que é ela impossível de fazer-se —, ⁸³⁹ o que foi resolvido pelo legislador francês com a adoção das presunções estabelecidas nos arts. 2.230, 2.231 e 2.234. O primeiro desses dispositivos (que reza: “Presume-se sempre possuir para si, e a título de proprietário, se não se provar que se começou a possuir para outro”) ⁸⁴⁰ mereceu caloroso elogio de IHERING, que considerou essa norma como salvadora da teoria subjetiva, por afastar a dificuldade que, por séculos, atormentara a prática do direito, ⁸⁴¹ acentuando ele, ainda, que esse art. 2.230 e as duas outras presunções que se acham nos artigos 2.231 e 2.234 (“Art. 2.231. Quando se começou a possuir para outrem, sempre se presume possuir com o mesmo título, se não há prova em contrário”, ⁸⁴² e “Art. 2.234. O possuidor atual, que prova ter possuído anteriormente, se presume haver possuído no período intermediário, salvo prova contrária”), ⁸⁴³ forneciam solução perfeitamente satisfatória para a prova da posse, devendo ser reproduzidos por todas as legislações que preferissem seguir a orientação subjetiva. ⁸⁴⁴ Essas presunções não eram inovações introduzidas pelo legislador gaulês, mas já se encon-

⁸³⁹ Cfe. IHERING, *Der Besitzwille*, pág. 178 (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pág. 154).

⁸⁴⁰ “On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.”

⁸⁴¹ *Der Besitzwille*, pág. 168 (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pág. 145).

⁸⁴² “Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.”

⁸⁴³ “Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé antérieurement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire.”

⁸⁴⁴ *Der Besitzwille*, pág. 168 (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pág. 145).

um direito real” (“La volonté d'exercer les actes matériels précités en qualité de propriétaire ou de titulaire d'un droit réel”).

travam na obra de juristas anteriores, como DUNOD e D'ARGENTRÉE. ⁸⁴⁵

De outra parte, afastando-se, ainda aqui, do direito romano, manteve o Código Civil francês, exceto com relação às coisas móveis perdidas ou furtadas (art. 2.279), a regra “en fait des meubles possession vaut titre” (“em se tratando de móveis, a posse vale como título”), a que BOURJON, em “Le droit Commun de la France”, publicado em 1747, ajudia, atribuindo-lhe a origem à jurisprudência do *Châtelet de Paris*. ⁸⁴⁶ Já PORTIER — e é essa a opinião ainda hoje dominante — preceituava que, “no nosso direito francês, quando duas partes disputam uma coisa

⁸⁴⁵ Vide, a propósito, TROPLONG, *Droit Civil Explicqué, De la Prescription*, tomo I, n.º 372 (pág. 547), n.º 377 (págs. 549-550) e n.º 421 (pág. 595).

⁸⁴⁶ MARTY e RAYNAUD (*Droit Civil*, tomo II, 2.º vol., n.º 390, pág. 379) transcrevem os trechos mais importantes, a esse respeito, do livro de BOURJON:

“A prescrição não é de nenhuma consideração; ela não pode ser de nenhum uso quanto aos móveis, pois, com relação a tais bens, a simples posse produz todo o efeito de um título perfeito... Seguindo a jurisprudência do *Châtelet*, a posse de um móvel ainda que seja ela de um dia vale como título de propriedade... Duplessis julga que, com boa-fé, são necessários três anos para preservar a propriedade de um móvel e trinta anos quando não há boa-fé. Brodeau é da mesma opinião. Eu sempre vi essa opinião rejeitada no *Châtelet*, onde se tem por máxima que *en fait de meubles la possession vaut titre*, a menos que o imóvel seja furtado” (“La prescription n'est d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'une titre parfait... Suivant la jurisprudence du *Châtelet*, la possession d'un meuble ne fut-elle que d'un jour vaut titre de propriété... Duplessis estime qu'avec bonne foi il faut trois ans pour préserver la propriété d'un meuble et trente ans lorsqu'il n'y a pas bonne foi. Brodeau est du même sentiment. J'ai toujours vu cette opinion rejetée au *Châtelet* où l'on tient pour maxima qu'en fait de meubles la possession vaut titre à moins que le meuble ne soit furtif”).

móvel, entra-se desde logo na questão da propriedade”,⁸⁴⁷ passa-se com que mereceu esta anotação de BUGNET: “Visto que, em se tratando de móveis, a posse vale como título, ou seja, atribui a propriedade, é evidente que o litígio sobre a posse de um móvel se confunde com a questão da propriedade desse mesmo móvel”.⁸⁴⁸ Há autores, porém — como, entre outros, MOLITOR⁸⁴⁹ e WODON⁸⁵⁰ —, que, em virtude dessa regra, sustentam que não há, no direito francês, posse de coisa móvel, pois, como argumenta MOLITOR, se a ação possessória é inaplicável a essa espécie de coisa, não são elas, em consequência, susceptíveis de posse, “no sentido de que não podem haver sobre os móveis um direito de posse separado do direito de propriedade”.⁸⁵¹

Enfim, do direito germânico medieval, por via dos costumes, recolheu a codificação francesa a *saísme* hereditária (*le mort sais le viv*), em favor, na redação primitiva do art. 724 (que era equivalente ao art. 318 do costume de Paris), apenas dos herdeiros legítimos, e depois, por modificação ocorrida em 1896, também dos herdeiros naturais (ou seja, o filho, o pai e a mãe naturais).

⁸⁴⁷ “Dans notre droit français, lorsque deux parties se disputent une chose mobilière, on entre d’abord dans la question de la propriété” (*Traité de la Possession*, n.º 93, in *Oeuvres de POTNIER*, ed. Bugnet, tomo IX, pág. 294).

⁸⁴⁸ “Puisque en fait des meubles la possession vaut titre, c’est-à-dire attribue la propriété, il est évident que le litige sur la possession d’un meuble se confond avec la question de propriété de ce même meuble” (*idem*, págs. 294-295, nota 4).

⁸⁴⁹ *La Possession, la Revendication, la Publiçienne et les Servitudes en Droit Romain avec l’indication des rapports entre la Législation Romaine et le Droit Français*, n.º 87, pág. 160. No n.º 85, pág. 158, MOLITOR cita, no mesmo sentido, CARRÉ, GARNIER, FAVARD DE LANGLADW, CURASSON.

⁸⁵⁰ *Traité Théorique et Pratique de la Possession et des Actions Possessoires*, tomo II, n.º 357, pág. 59.

⁸⁵¹ “En ce sens qu’il ne peut y avoir sur les meubles un droit de possession séparé du droit de propriété” (ob. cit., n.º 87, pág. 160).

Sintetizando, PLANIOL-RIPPERT-PRICARD⁸⁵² dão, como características da posse segundo o Código Civil francês, as três seguintes:

- a) a posse exige a intenção de agir por conta própria, não sendo considerada como posse verdadeira — e sim como detenção —⁸⁵³ a posse para outrem;
- b) confina-se a posse no campo dos direitos reais; e
- c) seu fundamento é a presunção do direito do possuidor, protegendo a lei, em verdade, o direito provável de propriedade — posse da coisa — ou o direito real limitado — posse de direito — cuja existência ela faz supor.

Pelas restrições que o Código Civil gaulês impôs à posse e ao seu objeto, por causa da existência de um *animus* que afastava de seu âmbito até casos que o direito romano nela incluía (como o do credor pignoratício e o do *sequester*) e por causa da rígida limitação a direitos reais, adverte SOLARI⁸⁵⁴ que elas demonstram que seu legislador não a reconhecia como instituto autónomo e só a protegia pelo direito real, verdadeiro ou presumido, que nela se exteriorizava, o que o coloca na trilha dos jusnaturalistas que lhe negavam a autonomia, apartando-o, portanto, da tendência jurídica, que vinha da Idade Média, de considerá-la “como exercício de fato dos direitos em geral, sem limites no objeto, não condicionado à intenção do

⁸⁵² *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo III, n.º 147, pág. 159.

⁸⁵³ TROPLONG (*Droit Civil Expliqué — De la Prescription*, tomo I, n.º 239, págs. 390 e segs.) sustentou que, em face de os arts. 2.230, 2.231 e 2.236 aludirem a *posseder pour autrui* (possuir para outrem), o locatário, o comodatário, o *sequester* e outros em posição semelhante seriam possuidores para o Código Civil francês. Essa opinião, porém, ficou isolada.

⁸⁵⁴ *Sulla Dottrina del Possesso del Savigny, in Scritti Giuridici dedicati ed offerti a Giampaetro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, I — *Diritto Privato*, págs. 561-562.

propriário”.⁸⁵⁵ E essa tendência — conclui SOLARI —⁸⁵⁶ foi retardada pela autoridade e difusão desse Código civil.

44. O Código Civil da Áustria (*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblande* — ABGB). Poucos anos depois de vir à luz o Código Civil francês, foi promulgado o Código Civil austríaco (o ABGB — *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblande*), a 1.º de junho de 1811, havendo entrado em vigor a 1.º de janeiro de 1812.

Também ele resultou de longa e acidentada elaboração.

Após haver fracassado a tentativa de codificação feita em 1709, pelo imperador José I, a imperatriz MARIA TEREZA, em 1753, nomeou uma comissão para elaborar um Código, sob a denominação de *Coder Theresianus*, que estabelecesse um *ius privatum certum et uniuersale* (direito privado certo e universal). Só em 1766 foi concluído esse projeto, fruto, já então, do trabalho de uma outra comissão, na qual se destacou AZZONI; tal projeto, que seguia a sistemática das Institutas de JUSTINIANO e que ocupava oito volumes *in folio*, não foi aprovado pela Imperatriz, que determinou que se fizesse um extrato dele, simplificando, do melhor modo possível, as leis que o integravam, e se recorrendo antes à equidade natural do que ao direito romano. Dessa obra foi encarregado HORREN, ao qual sucedeu, mais tarde, KEES, vindo sua primeira parte — que abarcava apenas o direito das pessoas — a ser promulgada, em 1.º de novembro de 1786, pelo imperador José II, sob a denominação de *Código Josefino* (*Josephinisches Gesetzbuch*). Esse Código, porém, ficou inacabado. Posteriormente, sendo imperador LEOPOLDO II, elaborou-se novo projeto — conhecido como *Urentwurf* (projeto preliminar) —, obra, principalmente, de MARTINI, o grande divulgador, na Áustria, das doutrinas jusnaturalistas. Esse projeto, que é de 1796, a par de ter entrado em vigor, como lei, a princípio na Galizia ocidental (é o WGGB — *Westgalaisches Ge-*

setzbuch), e, depois na Galizia oriental, foi submetido à apreciação de órgãos públicos e das escolas de direito do Império, tendo sido nomeada, ainda, nova comissão para revê-lo, da qual participou, como relator, ZEILER, discípulo de MARTINI e grande admirador de KANT. A revisão se iniciou em dezembro de 1801, e, em dezembro de 1806, se dava por concluído o texto que resultara da primeira leitura daquele projeto; em maio de 1807 começou o reexame desse texto, o que se findou em janeiro de 1808; de novembro de 1809 a janeiro de 1810, procedeu-se à revisão do resultado dessa segunda leitura, chegando-se, então, à redação definitiva do projeto que, depois de passar por algumas vicissitudes, veio, finalmente, a ser promulgado, transformando-se no *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblande* — ABGB.⁸⁵⁷

Esse Código, como o da Prússia — de que, no entanto, difere no conteúdo (adstringe-se ao direito civil), na extensão (integram-no somente 1.502 parágrafos) e na ausência de canuismo —, também sofreu forte influência do jusnaturalismo, mas, como observam FROMOND e RING, “não se pode dizer que o Código austríaco se vincula exclusivamente ao *direito da razão*; ao contrário, é ele mais profundamente impregnado do direito comum, isto é, do direito romano, do que o Código prussiano”,⁸⁵⁸ motivo por que “em realidade, exatamente como o Código Civil francês, o *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* é uma obra de *transacção e de compromisso*, o que explica, ao lado de suas

⁸⁵⁷ Para pormenores, vide VON HARRASOWSKY, *Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechtes*; SCHNY, *Kommentur zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von KRANG, erster Band-erster Halbband*, págs. 3 e segs.; WITTMAYER, *Il Diritto Civile Austriaco, parte prima*, trad. A. GALILEANI, §§ 2 e segs., págs. 2 e segs.; e SOLARI, *Filosofia del Derecho Privado* — I — *La Idea Individual*, trad. CALZETI, págs. 333 e segs.

⁸⁵⁸ “C’est n’est pas à dire que le Code autrichien se rattache exclusivement au droit de la raison; bien au contraire, il est plus profondément imprégné du droit commun, c’est-à-dire romain, que le Code prussien” (*Introduction au Droit Allemand (République Fédérale)*, tome I — *Les fondements*, pág. 10).

⁸⁵⁵ “Come l’esercizio di fatto dei diritti in generale, senza limiti nell’oggetto, non condizionato all’intenzione del proprietario.”

⁸⁵⁶ Ob. cit., pág. 562.

1869), no Código Civil da Colômbia, de 1873; e o da Argentina de 1869).⁸⁸³

46. *O Código Civil alemão (Bürgerliche Gesetzbuch — BGB)*. Dele, porém, se apartaria, mesmo nessa matéria, o Código Civil alemão (*Das Bürgerliche Gesetzbuch — BGB*), elaborado no terceiro quartel do século XIX, quando a teoria de SAVIGNY já havia sido amplamente analisada e as teses de IHERING (inclusive as do *Der Besitzville*, publicado em 1889) alcançavam o apogeu de sua repercussão.

Dois percalços foram as causas principais do retardamento da feitura do Código Civil alemão. O primeiro foi a polémica entre THIBAUT e SAVIGNY,⁸⁸⁴ aquele sustentando a necessidade de uma codificação civil geral para a Alemanha, e este, em conformidade com a tese da Escola histórica no sentido de que o direito nasce do espírito do povo (*Volksgeist*) e, portanto, é basicamente costumeiro, a combatendo apaixonadamente, com o peso de sua enorme autoridade científica.⁸⁸⁵ O segundo decorreu de razão de ordem política: a falta de unidade política da Alemanha, o que só deixou de ocorrer em 1971, quando se criou o Império Alemão, e se começaram, de imediato, os trabalhos de codificação, de que resultaram o Código Penal (1871), os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, e a Lei de Organização Judiciária (todos estes de 1874).

⁸⁸³ Sobre a influência do Código Civil francês no exterior, vide ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, tomo I, págs. 136-179; e AUBÉRY, *France et Allemagne — Le Droit Civil et la Prééminence Juridique*, págs. 25-32.

⁸⁸⁴ Os textos mais significativos dessa polémica foram reunidos por J. STREIN em *Thibaut und Savigny — Ein Programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften* (dessa obra há tradução espanhola de DIAZ GARCIA, *Thibaut y Savigny — La Codificación — Una controversia programática basada en sus obras*).

⁸⁸⁵ FROMONT e RIEG (*Introduction au Droit Allemand — République Fédérale*, I, pág. 71) aventam a seguinte hipótese sobre os motivos profundos que inspiraram a posição de SAVIGNY:

“Em verdade, parece que os motivos profundos que animaram Savigny residiam em sua francofobia, em seu ódio ao Código de Napoleão; depois de cessada a dominação francesa

Em fevereiro de 1874 — logo após ter sido alterada, por lei de 20 de dezembro de 1873, a Constituição imperial alemã, para que se outorgasse ao Império competência para legislar, uniformemente, sobre todo o direito civil —, o *Reichsrat* (Conselho Federal) nomeou uma comissão preparatória (a *Vorkommission*) constituída principalmente por juristas práticos (eram cinco os membros, dos quais se destacava GOLDBACHMAYER, professor de direito em Berlim), que traçou o método e o plano dos trabalhos de codificação do direito civil. Em seguida, o *Barzdestat*, em 2 de julho de 1874, formou nova comissão (mais tarde conhecida como “primeira comissão”) integrada por onze membros, sob a presidência de PAPP, então Presidente do Supremo Tribunal Comercial, entre os quais sobressaíam o romanista WINDSCHEID e o germanista ROTM. A elaboração do projeto se fez em duas etapas: na primeira, que foi concluída no final de 1880, redigiram-se os projetos parciais (o da parte geral, o do direito das obrigações, o do direito das coisas, o do direito de família e o do direito das sucessões), cada qual a cargo de um relator; na segunda, procedeu-se, por parte da Comissão em sua totalidade, ao exame de discussão dos projetos parciais, resultando, daí, o projeto (que, posteriormente, se designou como “Primeiro Projeto”) que veio a ser publicado oficialmente

em 1814, este último havia ficado em vigor nos territórios alemães da margem esquerda do Reno, assim como ele havia sido praticamente introduzido em 1809 no ducado de Bade sob a denominação de *Badisches Landrecht*. Ora, Savigny não ignorava que uma eventual codificação alemã se teria então feito com base no modelo francês, idéia insustentável para esse descendente de Huguenotes...” (“A vrai dire, il semble que les motifs profonds ayant animé Savigny résidaient dans sa francophobie, dans sa haine du Code de Napoléon; après la cessation de la domination française en 1814, ce dernier était resté en vigueur dans les territoires allemands de la rive gauche du Rhin, tout comme il avait été pratiquement introduit en 1809 dans le duché de Bade sous le nom de *Badisches Landrecht*. Or, Savigny n’ignorait pas qu’une éventuelle codification allemande se fût alors opérée sur le modèle français, idée proprement insoutenable pour ce descendant de Huguenots...”).

em 1888,⁸⁸⁶ acompanhado de cinco volumes de exposição de motivos (os *Motives*).⁸⁸⁷

Nesse projeto, a posse e a detenção eram disciplinadas no livro terceiro (*Sachenrecht — Direito das Coisas*), segunda seção (*Besitz und Inhabung — Posse e Detenção*), parágrafos 797 a 825. Seguiu-se, em suas linhas fundamentais, o direito romano como concebido pelos pandectistas alemães. BEKKER⁸⁸⁸ chegou a dizer que a orientação adotada foi a teoria de SAVIGNY, embora o nome do notável jurista não seja citado na exposição de motivos. No tocante à proteção possessória, afastou-se, porém, o projeto, e de modo acentuado, do modelo romano, conferindo-se ampla proteção ao simples detentor. Daí o papel de destaque atribuído à detenção, que, ao invés de ser uma figura secundária, vem colocada, no próprio título da seção que a disciplinava juntamente com a posse, ao lado desta — *Besitz und Inhabung (Posse e Detenção)*. A esse propósito, FLANCK⁸⁸⁹ vai a ponto de afirmar que o projeto colocou a proteção da detenção em lugar da proteção possessória, tutelando o detentor contra qualquer turbacão ou esbulho. E WENDT⁸⁹⁰ acentuou que o pres-

⁸⁸⁶ Ampla notícia da constituição e dos trabalhos dessas comissões se encontra em VERRIUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. §§ 17 e segs., págs. 44 e segs. Vide, também, SAFFLERS, *Introduction à l'étude du Droit Civil Allemand*, págs. 18 e segs.

⁸⁸⁷ *Motiv zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (a exposição de motivos sobre a seção concernente à posse e à detenção se acha no volume III (Band III — *Sachenrecht*), págs. 78 a 135).

⁸⁸⁸ *Zur Reform des Besitzrechts, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 30, pág. 240.

⁸⁸⁹ *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, in Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 75, pág. 395.

⁸⁹⁰ *Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt, in Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 74, pág. 137.

No mesmo sentido, SCHWAB, *La Théorie Possessoire Objective*, pág. 65, nota 1.

E — note-se — a justificativa que a exposição de motivos (*Motiv zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche*

suposto da ação possessória passou a ser a detenção, sem que se distinguissem suas causas e sua finalidade.

Como resulta do disposto no § 797, é o elemento subjetivo (a intenção do possuidor de ter a coisa como sua — o *animus domini*) que distingue a posse da detenção:

“A posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa (a detenção) unida à intenção de ter a coisa como sua (vontade da posse).”⁸⁹¹

Disso decorre, como consequência, o preceito contido na primeira parte do parágrafo seguinte, o 798: “A posse de uma coisa só é possível quando o é a propriedade sobre a coisa.”⁸⁹² Goza, no entanto, o simples detentor da mais ampla proteção, inclusive contra o próprio possuidor em cujo nome ele tem a coisa, não se fazendo, pois, a esse respeito, distinção entre a *detenção interessada* (como, por exemplo, a do locatário, que detém a coisa para usar dela em conformidade com o contrato de locação) e a *detenção não-interessada* (assim, exemplificativamente, a do servidor da posse, ou seja, a do que detém a coisa no interesse do possuidor dela) (§§ 814, 815, 819 e 920). Possivelmente por isso, salienta SCHWAB⁸⁹³ que o projeto foi mais longe do que IHERING, que não dava proteção ao *detentor não-interessado*. De outra parte, não aceitou ele a posse de direito como conceito geral, aplicável a todos os direitos e indepen-

⁸⁹¹ “Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seine zu haben (Besitzwille)”. A propósito, vide COSAK, *Das Sachenrecht mit Ausschluss des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, pág. 9.

⁸⁹² “Besitz einer Sache ist nur insoweit möglich, als Eigentum an der Sache möglich ist.”

⁸⁹³ *La Théorie Possessoire Objective*, pág. 7.

Reich, Band III, pág. 119) dá para a manutenção da expressão “Besitzklage” como termo técnico é a de que assim permanecia o projeto em concordância com o Código de Processo Civil.

dele da detenção da coisa,⁸⁹⁴ mas só a admitiu⁸⁹⁵ em termos muito limitados, ao conceder⁸⁹⁶ proteção possessória às servidões prediais e às servidões pessoais limitadas (*beschränkte persönliche Dienstbarkeiten*) desde que inscritas no registro imobiliário, exigência esta que — como observou WENDT —⁸⁹⁷ reduziu, em muito, o valor dessa proteção, porquanto, as mais das vezes, essas servidões estariam tuteladas pela ação petítória em virtude da presunção de direito (§ 826 do projeto) resultante da inscrição no registro imobiliário. Ademais, declara o projeto expressamente que a posse e a detenção não se transmitem automaticamente ao herdeiro (§ 2.052. A posse e a detenção das

⁸⁹⁴ Cfr. Cosack, *Das Sachenrecht mit Ausschluss des besondern Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, pág. 9.

⁸⁹⁵ A respeito, observa SCHWARZ (*La Théorie Possessoire Objective*, pág. 61, nota 1):

“O primeiro projeto tinha suprimido a posse de direito. A posse de direitos, dizia Johow (*Kommission z. Aus. Entwurf eines b. g., III, Sachenrecht*, p. 473 e segs.), é uma expressão contraditória em si mesma. Não se possui um direito, pois a posse é um fato. A palavra *quase posse* era preferível. Ela indicava que não havia posse possível para os direitos do credor, e o legislador a tinha assimilado à posse. O primeiro projeto alemão, portanto, rejeitou a posse de direitos outros que a propriedade e a hipoteca” (“Le premier projet avait supprimé la possession de droit. La possession de droits, disait Johow (*Kommission z. Aus. Entwurf eines b. g., III, Sachenrecht*, p. 473 et suiv.) est une expression contradictoire en soi. On ne possède pas un droit; car la possession est un fait. Le mot quasi-possession valait mieux. Il indiquait qu'il n'y avait de possession possible pour les droits du créancier, la législateur l'avait assimilé à la possession. Le premier projet allemand a donc refusé la possession des droits autres que la propriété et l'hypothèque”).

Note-se que JOHOW foi o redator do projeto inicial sobre o direito das coisas (*vide* VARNHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, § 20, pág. 69).

⁸⁹⁶ §§ 979 e 1.048.

⁸⁹⁷ *Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt, in Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 74, pág. 176.

coisas pertencentes à sucessão não se transmitem por força da lei ao herdeiro”),⁸⁹⁸ princípio que, no entanto, é mitigado pelo contido no § 2.054 (“Quando um terceiro, com relação a uma coisa que estava por ocasião da morte do *de cuius* na posse ou na detenção deste, praticou, antes que o herdeiro se tornasse possuidor ou detentor, um ato que, se a posse ou a detenção se tivesse transmitido ao herdeiro com a abertura da sucessão, se tivesse transmitido ao herdeiro com a abertura da sucessão, teria sido de vias de fato proibidas, ou quando um terceiro obtve a posse ou a detenção dessa coisa antes do herdeiro, tem o herdeiro contra o terceiro os mesmos direitos que teria se se houvesse tornado possuidor ou detentor da coisa com a abertura da sucessão”).⁸⁹⁹ Por fim, permite o projeto, no § 823, a cumulação do petítório com o possessório.⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ § 2.052. “Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörend Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über”.

⁸⁹⁹ “Hat ein Dritter in Ansehung einer Sache, welche bei dem Tode des Erblassers in dessen Besitze oder Inhabung war, bevor der Erbe Besitzer oder Inhaber geworden ist, eine Handlung vorgenommen, welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erbfolge auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde, oder hat ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache vor dem Erben erlangt, so stehen dem Erben gegen den Dritten dieselben Rechte zu, wie wenn der Erbe mit dem Erbfolge Besitzer oder Inhaber der Sache geworden wäre.”

⁹⁰⁰ Para o projeto a posse é um fato e não um direito. A propositio, acentua SCHWARZ (*La Théorie Possessoire Objective*, pág. 52):

“O primeiro projeto supõe sempre que a posse é um fato. O que poderia fazer duvidar disso é a terminologia que ele emprega, mas não convém dar a ela a menor importância.

Os motivos mostram bem a intenção do legislador. Em todas as circunstâncias, eles o afirmaram e jamais viram ali um direito da mesma natureza que as servidões e a propriedade” (“Le premier projet suppose partout que la possession est un fait. Ce qui pourrait seulement en faire douter c'est la terminologie qu'il emploie et il ne faut y attacher la moindre importance. Les motifs montrent bien l'intention du législateur. Dans toutes circonstances, ils l'ont affirmé et jamais ils n'ont vu là un droit, de même nature que les servitudes et la propriété”).

Inovime, porém, foi a oposição que se levantou contra esse projeto, em inúmeros trabalhos de crítica que sobre ele se escreveram, alguns com características panfletárias, como os de GIERKE (*Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1888/1889 — “O Projeto de um Código Civil e o Direito Alemão”, 1888/1889) e de MENGER (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1891 — “O Direito Civil e as Classes Populares Pobres”, 1891). Profligaram-se-lhe, especialmente, o acendrado romanismo, em desfavor dos conceitos do direito germânico,⁹⁰¹ o individualismo e o tecnicismo.

No que concernia à disciplina da posse e da detenção, várias análises contundentes se fizeram em livros e em artigos, como se vê, especialmente, em duas das mais importantes revistas especializadas da época: o *Archiv für die Civilistische Praxis* e os *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, nos volumes correspondentes aos anos seguintes ao da publicação do Projeto. PLANCK⁹⁰² não deixa de observar a *grande indignação* com que se manifestava GIERKE contra a seção do projeto concernente à posse e à detenção.

Já em 1889, no capítulo XIX (“Kritik des bürgerlichen Gesetzbuchs” — *Crítica do Projeto de Código Civil*) do *Der Besitzwille*,⁹⁰³ IHERING analisou, longamente, os dispositivos do

⁹⁰¹ Como observam FROMONT e RARE (*Introduction au Droit Allemand — République Fédérale* — tomo I, pág. 72, nota 78), o projeto chegou a ser chamado, por isso, de “pequeno WINDSCHEID”.

⁹⁰² *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, in Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 75, pág. 393.

⁹⁰³ Págs. 470 a 534. Esse capítulo não foi traduzido por MEUFENBER, no *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, por entender ele que os autores franceses teriam mais interesse na discussão limitada à teoria do *animus domini* — pág. 401; posteriormente, porém, o mesmo MEUFENBER, ao traduzir o Código Civil alemão, nele incluiu, como apêndice (*Code Civil Allemand et Loi d'Introduction*, págs. 711-718), a tradução da parte desse capítulo concernente ao *corpus possessionis*.

A exposição de motivos (*Motiv zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Band III, pág. 80), ao tratar da aquisição da posse, salienta que ela não é designada como um direito em sentido subjetivo (“wird übrigens der Besitz nicht als ein Recht im subjektiven Sinne bezeichnet”).

Projeto quanto à posse e à detenção. Enalteceu-o por haver estendido a proteção possessória aos detentores, e por não ter acolhido a posse derivada. Criticou-o, todavia, em diversos pontos. Observou que, embora distinguisse o possuidor do detentor por ter aquele o *animus domini*, concedera a ambos os mesmos direitos, de onde resultava que para o detentor ser possuidor somente lhe faltava esta denominação. Atacou a acolhida que o Projeto dera à tese de SAVIGNY de que o *corpus*, na posse, fosse o poder de fato, o que não ocorria sequer no direito romano. Quanto à vontade possessória, salientou que, em face da verdadeira equiparação que o projeto fizera do detentor ao possuidor, a adoção da teoria do *animus domini* para caracterizar a posse resultara de “um infeliz compromisso com o direito romano e com as teorias romanistas”,⁹⁰⁴ porquanto normalmente se conservava fiel a eles, mas efetivamente os abandonava. Aliás, a mesma contradição se verificara em dois outros aspectos: o da transferência da posse ao herdeiro e o da relação entre o possuidor e o detentor. Com efeito, o Projeto manteve o princípio do direito romano segundo o qual a posse não se transmite automaticamente ao herdeiro, mas o fez nominalmente, uma vez que, de fato, o tratou como possuidor, pois lhe outorgou, contra o terceiro injustamente na posse da coisa hereditária, os mesmos direitos que teria — e, portanto, a proteção possessória — se houvesse entrado na posse ou na detenção dela no momento mesmo da abertura da sucessão.⁹⁰⁵ Quanto à relação entre o possuidor e o detentor, ao passo que, no direito romano, o possuidor mediato (que é o possuidor) tem todos os direitos do que está imediatamente com a coisa (o detentor), não se concedendo a este qualquer proteção possessória, pelo Projeto, sendo o detentor protegido possessorialmente, este também é, de fato, possuidor, embora não lhe tenha sido dada essa denominação pelo simples apego ao princípio de que ninguém pode possuir sem a intenção de ter a coisa como sua. Por assim proceder, a construção teórica do Projeto acabou

⁹⁰⁴ “Ein unglückliches Compromiss mit dem römischen Recht und der romanistischen Theorie” (*Der Besitzwille*, pág. 498).

⁹⁰⁵ §§ 2.052 e 2.054 do Projeto.

num nominalismo vazio, pois alude a poder de fato em casos em que não há o menor sinal dele; a posse que, praticamente, não é posse; a detenção que, em realidade, é intenção de ter a coisa para si.⁹⁰⁶ Daí, extrairam-se consequências inadmissíveis, como a do dono da casa que, ao voltar de viagem, e se negando a empregada a abrir-lhe a porta, não pode arrombá-la, pois a criada tem poder de fato sobre a habitação, e está protegida possessorialmente por ser detentora. O Código da Prússia não incidiu nessa falha, por haver distinguido entre a *detenção interessada* e *detenção não-interessada*, outorgando a proteção possessória apenas àquela. O direito medieval germânico, antes da recepção do direito romano, não atribuía a *Gewere* aos criados, e o direito romano não concedia posse, com relação às coisas da casa, às crianças, aos empregados, aos servos. Nesses casos, como em outros semelhantes — assim, o carregador em face das malas que transporta, ou quem usa, no teatro, por alguns instantes, o binóculo que lhe foi emprestado —, até o homem comum sabe que não há posse.⁹⁰⁷ O conceito de detenção, com proteção possessória, adotado pelo Projeto foi tão amplo que abarcou tais hipóteses, não se excluindo dele, para privá-las dessa tutela, as detenções que IHERING qualificou de relação de detenção doméstica (*das hausliche Detentionsverhältnisse*), relação de detenção procuratória (*das prokuratorische Detentionsverhältnisse*) e relação de detenção momentânea (*das momentane Detentionsverhältnisse*), conforme dissessem respeito, respectivamente, a coisas de utilização doméstica, a coisas entregues ao detentor para usá-las em benefício do dono (inclusive quando há depósito, mandato ou *locatio conductio operis*), ou a coisas objeto de relação com o detentor por breve espaço de tempo.⁹⁰⁸

⁹⁰⁶ Ob. cit., págs. 502-503.

⁹⁰⁷ Ob. cit., pág. 507.

⁹⁰⁸ Ob. cit., págs. 510 a 518.

BEKKER, mais tarde (*Zur Reform des Besitzrechts, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 30, págs. 251-252), salientava que não podia negar sua total aprovação a essas três categorias de detenção, pois por outro caminho ele chegava, essencialmente, ao mesmo resultado.

Também COSACK,⁹⁰⁹ nesse mesmo ano de 1889, chamou a atenção para as consequências a que conduzia a ampla proteção dada ao detentor. Assim, por exemplo, enquanto se excluía a posse sobre as coisas fora do comércio, o mesmo não ocorria com a detenção, motivo por que, se alguém licitamente se tornasse detentor de coisa dessa natureza (como sucederia se collocasse uma cerca para fechar uma praça pública), seria protegido possessorialmente contra turbação de terceiro, o que — concluía COSACK — “me parece muito errado”.⁹¹⁰ Adenais, salientava ele que o projeto colocava o possuidor, que se privasse da detenção, em posição pior do que a do detentor, pois ficava totalmente sem a possibilidade de valer-se da legítima defesa, e sua proteção possessória derivava da do detentor, o que implicava dizer que o possuidor só a teria se o detentor a tivesse, não a tendo, portanto, quando o detentor consentisse na turbação ou este mesmo a praticasse.⁹¹¹

No ano seguinte — 1890 —, BARON,⁹¹² apreciando o livro de IHERING, terminava o primeiro de seus dois artigos a esse propósito, com o exame das vantagens que do trabalho de IHERING poderia tirar a futura legislação alemã. Para BARON, esta deveria observar dois princípios fundamentais:

- a) em regra, todo o detentor deve gozar de proteção possessória; e
- b) por motivos práticos, a determinados detentores deve ser negada a proteção possessória.

Esses detentores, segundo IHERING, com base no direito romano, no direito prussiano e em idéias próprias, seriam aqueles

⁹⁰⁹ *Das Sachenrecht mit Ausschluss des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, págs. 8 a 21.

⁹¹⁰ “Mir scheint dies recht verkehrt” (ob. cit., págs. 11-12).

⁹¹¹ Ob. cit., pág. 17.

⁹¹² *Zur Lehre vom Besitzwillen, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 29, págs. 192 e segs.

que se enquadrariam nas suas três categorias de detenção acima referidas, das quais BARON, porém, suprime a segunda (a relação de detenção procuratória).⁹¹³

PLANCK,⁹¹⁴ examinando a seção do Projeto relativa à posse e à detenção, já observara que as mais das críticas a ele se dirigiam à proteção possessória estendida indiscriminadamente à detenção, ao invés de limitá-la aos casos em que o detentor tivesse interesse próprio na coisa. WENDT⁹¹⁵ e MEISCHNER⁹¹⁶ eram alguns desses críticos. HAVIA, contudo, divergência quanto aos detentores que não deveriam gozar da proteção possessória. BARON, como já se viu, afastava deles os que figurassem em relação de detenção procuratória, no que não era seguido pela maioria;⁹¹⁷ STRONAL⁹¹⁸ os restringia aos *detentores dependentes*, categoria que abarcava, das de IHERING, a relação de detenção doméstica (dando-lhe, porém, maior amplitude, para abranger relações de subordinação semelhantes) e, possivelmente, a relação de detenção momentânea.⁹¹⁹

⁹¹³ Ob. cit., pág. 239.

⁹¹⁴ *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 75, pág. 396.

⁹¹⁵ *Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 74, págs. 137 e segs.

⁹¹⁶ *Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, § 22, págs. 76 e segs.

⁹¹⁷ Vide PLANCK, *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 75, pág. 396.

⁹¹⁸ *Zum Besitzrecht des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich — erster Beitrag*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 29, págs. 357 e segs.

⁹¹⁹ Vide, a propósito, BARON, *Noch einmal der Besitzwille*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 30, págs. 219 a 221.

Os ataques, que se fizeram em mais de seiscentos escritos sobre o projeto,⁹²⁰ não foram em vão.⁹²¹

Em 4 de dezembro de 1890, o Conselho Federal (*Bundesrat*) designou uma segunda comissão para rever o projeto, que havia dado margem a inúmeras emendas, reunidas em seis volumes pelo Ministério da Justiça do *Reich*. Essa comissão era composta de dez membros permanentes e de doze não permanentes, sendo não só mais numerosa do que a anterior, como também mais ecletica, porquanto dela não participavam apenas juristas. Seu trabalho se realizou, de início, por meio de projetos parciais, reunidos com redação final, foram apresentados, em outubro de 1895, ao *Bundesrat*. É conhecido como *Segundo Projeto* (*Zweiter Entwurf*), e, em face do primeiro, tem estilo mais claro e simples, revelando maior influência do direito germânico e caráter menos individualista. Após ter sofrido algumas modificações — as de monta se fizeram no tocante ao direito das associações e ao direito internacional privado —, foi ele submetido, em janeiro de 1896, ao *Reichstag* (é o *Terceiro Projeto* — *Dritter Entwurf*), e, com alterações introduzidas por uma comissão de vinte e um membros, foi aprovado pelo Plenário em 1.º de julho de 1896. Sancionado pelo *Bundesrat* a 14 desse mesmo mês, foi promulgado pelo Imperador em 18 de agosto, e publicado oficialmente a 24.8.96. O *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1900.⁹²²

No Código Civil alemão, a posse se encontra disciplinada no livro III (*Sachenrecht* — *Direito das Coisas*), seção primeira

⁹²⁰ Cfe. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, erster Halbband*, § 12, pág. 33.

⁹²¹ É curioso notar que RAOUR DE LA GRASSEIRE, no prefácio de sua tradução do projeto (*Projet de Code Civil Allemand*, págs. VI e VII), publicada em 1893, previa que a segunda comissão — cujos trabalhos haviam começado em 1.º de abril de 1891 — não introduziria modificações importantes no projeto.

⁹²² Vide, a propósito, as pormenorizadas informações que se encontram em ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, erster Halbband*, § 12, págs. 33 a 35.

(*Posse* — *Posse*), §§ 854 a 872. Como observa DERNBURG,⁹²³ o título dessa seção se refere apenas à posse (*Besitz*) — e não também à detenção, *Inhabung*), como o fazia o primeiro projeto —, porque aquela abrangeu a grande maioria dos casos desta. Com efeito, no BGB, para que haja posse se exige, expressamente, apenas o *poder de fato sobre a coisa* (“§ 854. A posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa”),⁹²⁴ sem qualquer referência a elemento subjetivo (*Besitzwille* — vontade possessória).⁹²⁵ Mantêve-se, porém, a distinção entre posse e detenção, caracterizando-se esta pelas hipóteses que BEKKER englobava na categoria a que denominou *servidão da posse*,⁹²⁶ em virtude da relação de dependência do detentor em face do possuidor, configurada no § 855. Os demais casos que o direito romano considerava como sendo de detenção — assim, por exemplo, o do locatário, o do comodatário, o do depositário —, o BGB os inclui na *posse imediata*, que resulta do desdobramento, possível pela espiritualização do poder de fato sobre a coisa, da posse em *posse imediata* e *posse mediata*, nos termos do § 868: “Se alguém possui uma coisa como usufrutuário, credor pignoratício, locatário, arrendatário, depositário ou em virtude de uma relação análoga a essas, pela qual é, temporariamente, autorizado ou obrigado a exercer a posse em face de outrem, é este também possuidor — posse mediata.”⁹²⁷

⁹²³ *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, dritter Band, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens*, § 10, pág. 44.

⁹²⁴ “§ 854. Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.”

⁹²⁵ Nos *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III*, pág. 28, declara-se que as propostas, que deram margem ao § 777 do Segundo Projeto (parágrafo esse que corresponde ao § 854 do BGB), se afastaram terminologicamente do Primeiro, pois denominaram *posse* toda relação de pessoa e coisa a que se concedeu proteção possessória.

⁹²⁶ *Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 34, pág. 21.

⁹²⁷ “Besitze Jemand eine Sache als Niesbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse”.

Admite-se, ademais, a existência de várias posses mediatas, em graus diversos (“§ 871. Se o possuidor mediato se acha, diante de terceiro, numa relação da natureza indicada no § 868, esse terceiro é também considerado possuidor mediato”).⁹²⁸ Tanto o possuidor imediato quanto o possuidor mediato gozam de proteção possessória contra terceiros (§§ 861, 862 e 869), não tendo, porém, o Código Civil alemão resolvido expressamente a questão de saber se eles a têm reciprocamente, nas hipóteses em que um comete contra o outro turbacão ou esbulho.⁹²⁹ De outra parte, leva-se em consideração o *animus domini* para caracterizar a *posse própria* (a *Eigenbesitz*), que é aquela em que o possuidor tem a coisa como sua, e que conduz à propriedade por meio do usucapião), em contraposição à *posse não-própria* (a *Fremdbesitz*), a em que o possuidor não tem a coisa como sua).⁹³⁰ Note-se que a posse imediata é sempre *posse não-própria* (e isso em virtude da própria natureza da relação de que decorre o desdobramento da posse), ao passo que a posse mediata pode ser *própria* ou *não-própria*, conforme o possuidor mediato tenha, ou não, *animus domini*. Acolhe, ainda, o BGB o princípio, do direito germânico, da transmissão automática da posse aos herdeiros, independentemente, pois, de terem, ou não, poder de fato sobre as coisas que integram a herança (“§ 857. A posse se transmite ao herdeiro”);⁹³¹ proclama, como regra geral, a inadmissibilidade de objeções petições contra pretensões possessórias (§ 863); e, quanto à posse de direito, a ela só alude para atribuir proteção possessória a quem, de fato, exercita servidões prediais

⁹²⁸ “§ 871. Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.”

⁹²⁹ *Vide*, a propósito, GONDM NERO, *Posse Indireta*, pág. 159.

⁹³⁰ “§ 872. Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigensitzer” (“§ 872. Quem possui uma coisa como lhe pertencendo é possuidor próprio”).

⁹³¹ “§ 857. Der Besitz geht auf den Erben über.” A propósito, *vide Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, pág. 162.

vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz).”

ou servídeos pessoais limitadas, devidamente inscritas no registro imobiliário (§§ 1.029 e 2.090), ou para admitir a aquisição, por usucapião, de usufruto de coisa móvel (§ 1.033).

Do exame da disciplina da posse no Código Civil alemão, verifica-se, sem maior dificuldade, que têm razão MITTERS-LIEBRUCH,⁹³² quando salientam que há, nela, uma mistura de princípios romanos e germânicos, com preponderância destes. GIERKE, aliás, já o acentuara, no final do século passado, ao advertir que a noção de posse no BGB derivava da *possessio* romana, mas com modificações profundas resultantes da aproximação com a *Gewere*, motivo por que não se levou em consideração o *animus*, e sim, apenas, o aspecto exterior da dominação de fato sobre a coisa.⁹³³ É certo, porém, que não é pacífica, na doutrina germânica, a absoluta prescindibilidade da vontade no que diz respeito à posse, havendo vários autores que sustentam, com diferenças importantes de matiz, a necessidade da existência do *Bestzwill* (vontade possessória).⁹³⁴ A dualidade de raízes da

⁹³² *Deutsches Privatrecht*, pág. 76.

⁹³³ *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich*, pág. 4.

⁹³⁴ Note-se que o que esses autores sustentam é que, para a aquisição da posse, é necessário que o poder de fato sobre a coisa seja querido, não bastando, apenas, a relação material entre a pessoa e a coisa. A respeito, são oportunas estas observações de GOMDIN NETO (*Posse Indireta*, págs. 83 e segs.):

“Ainda que em geral não se admita posse sem vontade, convém salientar que esta não se revela com igual intensidade durante toda existência da relação possessória, isto é, desde o momento de seu nascimento até a extinção.

Para a aquisição da posse, em regra, é necessária uma vontade clara e definida.

Excepcionalmente, sem este requisito, adquirem os herdeiros legítimos e testamentários a posse da herança, logo que se verifica a abertura da sucessão.

Depois do momento inicial, a intenção de possuir apresenta-se sem dúvida, uma menor intensidade, ficando quase sempre relegada para um plano secundário.

Aparecem, então, na pessoa do possuidor, atividades espirituais de naturezas diversas. O possuidor se deleita com a

posse no Código Civil alemão — a *possessio* e a *Gewere* — é, geralmente, reconhecida pelos juristas germânicos.⁹³⁵ O próprio nominalismo em que incidira o Primeiro Projeto — bem caracterizado por IHERING, em sua crítica — foi afastado, em parte, pela adoção do desdobramento da posse em mediata e imediata,

⁹³⁵ Vide, a respeito, VIKTOR BRUNS, *Besitzwerb durch Interessenvertreter*, pág. 37 e nota 1.

beleza de seu jardim e com o aroma das flores, pensa nas árvores que plantou e que em breve lhe darão frutos. Mas, se o sentimento e o pensar prevalecem na pessoa do possuidor, dando a impressão da inexistência atual do ânimo de possuir, isto, de fato, não ocorre, se trata de simples predominância de outras atividades espirituais do sujeito, as quais não impedem, antes pressupõem, a vontade de possuir.

.....
A vontade de possuir perdura até surgir um *animus contrarius* ao possuidor (*ita nulla annititur nisi in qua utrumque in contrarium actum est*).”

Por isso mesmo, WOLFF e RAISER (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, dritter Band — Sachenrecht*, § 10, págs. 38-39) defendem que não se pode constituir poder de fato sobre a coisa sem querer constituí-lo, até porque a posse requer uma relação estável, e, para saber-se se o contato com a coisa é, ou não, estável, é preciso examinar a direção da vontade do que constitui esse contato. Advertem eles, porém, que essa vontade possessória (*Bestzwill*) não precisa de ser uma vontade especialmente determinada, nem juridicamente qualificada.

Nessa linha de orientação, encontram-se, entre outros, WENDT (*Besitz und Besitzwille, in Festschrift der Juristischen Fakultät Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana — consulti a separata desse artigo*), EMDENMANN (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, erste Abteilung — Sachenrecht*, § 34, págs. 174 e segs.), LAST (*Fragen der Besitzlehre, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 63, págs. 93 e segs.), GIERKE (*Deutsches Privatrecht, zweiter Band — Sachenrecht*, § 115, II, pág. 228) e KRASS (*Besitz und Recht*, § 32, págs. 136 e segs.).

Em sentido contrário, negando a necessidade da *Bestzwill*, entre outros: BIERMANN (*Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, págs. 6 e 7), KNIPF (*Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht*, § 15, págs. 91 e segs.), CROME (*System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, dritter Band*, § 345,

o que, como observa BOEHMER,⁹³⁶ era desconhecido do direito romano,⁹³⁷ e se vincula à *ideelle Gewere*. Por outro lado, acenluam WOLFF e RAISER que é germânico o direito do possuidor de empregar a força contra via de fato proibida (§ 859 do BGB).⁹³⁸ Ademais, é inegável que o Código Civil alemão se afastou da teoria subjetiva (adotada pelo Primeiro Projeto em virtude da influência romanista em sua elaboração), eliminando o *animus domini* para caracterizar a posse em geral, e estabelecendo, com a figura da servidão da posse,⁹³⁹ critério legal para distinguir a

⁹³⁶ *Einführung in das Bürgerliche Recht*, § 22, I, pág. 223.

⁹³⁷ Não conseguiu LASR (*Fragen der Besitzlehre, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 63, págs. 98 e segs.) demonstrar que o desdobramento da posse em imediata e mediata derivava do direito romano.

⁹³⁸ *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, dritter Band — Sachenrecht*, § 4, II, 1, pág. 21.

⁹³⁹ § 855 do BGB.

Note-se que observava WESTERMANN (*Sachenrecht*, § 8, I, pág. 54) que o BGB não conhece o conceito de *Gewahrsam*, que é uma relação essencialmente espacial com a coisa; e acenlta que no Código de Processo Civil alemão — o ZPO —, nos §§ 808 e 809, *Gewahrsam* é empregado no sentido de posse imediata.

Por outro lado, WOLFF e RAISER (ob. cit., § 6, V, pág. 29), depois de salientarem que a palavra *Gewahrsam* não é encontrada no BGB, e, no Código Penal alemão (§ 242 em face do § 246), ela não significa posse, mas poder de fato ainda que não seja constituído para um período de tempo longo, acenlham que esse termo, em geral, prescinde da vontade, razão por que quase se traduz numa pura relação de espaço; e acrescentam que o servidor da posse (§ 855 do BGB) tem *Gewahrsam exclusivus* se exerce o poder não só ao lado do dono, mas também em seu lugar, ao passo que tem *Gewahrsam conjunctus* se exerce o poder meramente ao lado do dono.

pág. 31), STROHAL (*Der Sachenbesitz nach dem BGB, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 38, § 7, pág. 66) e SAERLES (*La Théorie Possessoire du Code Civil Allemand*, separata, págs. 12 e segs.; e *La Théorie Possessoire Objective, in De la Possession des Meubles*, págs. 1 e segs.).

posse da detenção.⁹⁴⁰ Nisso, assumiu posição coincidente com a de IHERING, na formulação de sua teoria objetiva diante dos textos romanos,⁹⁴¹ e posição que resultava da reunião, sob a mesma denominação — possuidor —, das hipóteses de possuidor e de detentor com proteção possessória, em face dos casos de detenção, sem essa defesa, definidos — critério de distinção estritamente legal — no referido § 855. As críticas feitas ao Primeiro Projeto e a acolhida de princípios germânicos levantaram-no a tal resultado. E, por causa dessa extensão dada à posse da coisa para efeito de proteção possessória, a posse de direito perdeu, em muito, a importância que tinha para esse mesmo fim, razão por que sua utilização, no BGB, ficou restrita às servidões, admitida, ainda, para permitir a aquisição, por usucapião, de usufruto de coisas móveis.

47. *Códigos que seguiram a orientação objetiva que o BGB imprimiu à posse — o Código Civil suíço.* A orientação objetiva que o BGB imprimiu à posse foi seguida por códigos europeus e latino-americanos, entre os quais os Códigos Cíveis da Suíça, da Turquia, da Grécia, do Brasil, do Peru, do México. Exerceu,

⁹⁴⁰ WOLFF e RAISER (ob. cit., §§ 5 e 6, págs. 25, nota 7, e segs.) sustentam que, ao contrário do que muitos autores supõem, nem todos os casos de detenção admitidos em face do § 854 do BGB se enquadram na servidão da posse (§ 855), como, por exemplo, o de alguém que pede emprestado a seu companheiro de viagem um guia de horários de trem; pode-se — dizem eles — “ser hóspede na *Gewere* alheia, sem ser servidor da posse” (Man kann *Gast in Fremder Gewere* sein, ohne Bestziidienner zu sein”). E acrescentam que o que distingue o servidor da posse dos demais não-possuidores é o fato de que aquele é lícito exercer os direitos de autoproteção do possuidor contra ataques estranhos.

Vide, também, BERGMANN (ob. cit., pág. 11), que observa que, nos casos de detenção momentânea (como o do empréstimo do guia de horários de trem ou de um binóculo durante a apresentação de uma ópera), não há servidão da posse, por inexistir neles dependência social.

⁹⁴¹ Atente-se para que, segundo a teoria de IHERING, tanto a posse quanto a detenção necessitam de um elemento subjetivo (*affectio tenendi*) que é indissolúvelmente ligado ao elemento objetivo; por isso mesmo, esse elemento subjetivo não distingue uma da outra, pois existe, igualmente, em ambas.

48. O *Código Civil italiano de 1942*. Outra, porém, foi a posição assumida pelo *Código Civil italiano de 1942*, que preferiu acolher a teoria subjetiva. As razões dessa preferência foram longamente expostas pelo relator de seu Projeto nessa parte — GINO SEGRÈ⁹⁵³ —, o qual, depois de salientar que o sistema possessorio subjetivo havia sido alvo de vivas críticas em face do próprio direito romano e fora repellido pelo legislador alemão, acentua que, à primeira vista, a teoria objetiva de IHERING e a acolhida pelo BGB podem parecer um progresso, mas, em verdade, não o são, pois não eliminam as dificuldades da teoria subjetiva e lhes acrescentam outras muito graves. Levado às conseqüências lógicas — observa SEGRÈ —, o sistema adotado pelo *Código Civil alemão* conduziria à aquisição da posse por quem dorme, pelo louco, por pessoas em delírio, mas, como de um lado, é difícil de conceber que se possa ter *poder material* dissociado de elemento volitivo do interessado ou de seu representante, e, de outro, é inconveniente atribuir efeitos possessorios à relação de mera contigüidade, a própria doutrina alemã exclui a posse nesses casos,⁹⁵⁴ o que implica exigir, para a posse, um elemento subjetivo. Ademais, prosequere SEGRÈ, as hipóteses de posse que se consideram não abrangidas pela teoria subjetiva (assim, os frutos caídos em terreno vizinho, ou as cartas colocadas em caixa postal) na realidade são por ela abarcadas, porquanto pode reconhecer-se como *animus* a vontade potencial de dominação dirigida a essas coisas; e, nos casos em que até essa vontade potencial falta, é mais lógico que não exista a posse, porque, então, se trata de relação de mera contigüidade ou análoga a ela, não havendo motivo para a proteção possessoria, e não sendo sequer conveniente admitir-se a aquisição da posse, produtora que é de responsabilidades ao lado de vantagens. Se se pode dizer que o sistema subjetivo é defeituoso porque não é possível enumerar todos os objetos aos quais se dirige a vontade possessoria — o que, porém, não

impede uma determinação negativa (a vontade potencial abrange todos os objetos conhecidos ou desconhecidos que se encontram no âmbito do poder de alguém, exceto, por exemplo, os danosos, os ilícitos, os esquecidos pelos visitantes) —, mais danosa, ainda, é a teoria objetiva, da qual decorre que o proprietário da casa que explodiu em virtude de bomba ali colocada por outrem é possuidor desta. Sem o elemento subjetivo não é possível distinguir a posse da coisa da posse de direito, e é artificial o sistema que não admite essa segunda espécie, uma vez que, sendo a posse o fato correspondente ao direito, este poderá ser outro direito real que não apenas o de propriedade. Crítica, também, SEGRÈ a distinção entre posse imediata e posse mediata, que tem por inadequada, uma vez que não leva em consideração a diferença que há entre a posse que alguém tem diretamente sobre a coisa e a que tem outrem em nome daquele. E, depois de salientar que, com as presunções do *Código Civil francês*, se afasta o problema da dificuldade da prova do elemento volitivo que caracteriza a posse — não menos difícil, aliás, é o reconhecimento do poder de fato em si e por si quando não se queira considerar a vontade —, conclui SEGRÈ que a melhor solução é seguir a teoria subjetiva, com algumas atenuações: adoção do princípio *neminem sibi ipsam causam possessoris mutare posse*, não se admitindo sequer que o possuidor, *solo animo*, se transforme em detentor; e da regra segundo a qual a vontade exteriorizada prevalece sobre a vontade interna, embora não se apliquem, a propósito, as normas do negócio jurídico. Essas atenuações — adverte SEGRÈ⁹⁵⁵ — não conduzem a ecletismo reprovável, pois, nesse terreno, nenhum princípio pode acolher-se com suas conseqüências extremas, dadas as necessidades de ordem prática.

Além de adotar, com tais atenuações e por esses motivos, a orientação subjetiva, o *Código Civil italiano de 1942* define a posse⁹⁵⁶ como “o poder sobre a coisa que se manifesta numa atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de

⁹⁵³ *Codice Civile* — *Secondo Libro* — *Cose e Diritti Reali* — *Progetto e Relazione*, págs. 199-243.

⁹⁵⁴ “Il potere sulla cosa non sussiste quando manca una volontà capace di sapere ciò che vuole” (ob. cit., n.º 2, pág. 202).

⁹⁵⁵ Ob. cit., n.º 9, pág. 210.

⁹⁵⁶ Art. 1.140.

outro direito real”,⁹⁵⁷ abarcando, portanto, nesse conceito, a posse da coisa e a posse de direito, restrita esta aos direitos reais limitados. Não distingue a posse em mediata e imediata, mas concede ação de reintegração ao detentor, exceto ao que tenha a coisa em razão de serviço ou de hospitalidade.⁹⁵⁸

49. *O Código Civil português de 1967.* Na esteira do Código Civil italiano encontra-se o Código Civil português de 1967.⁹⁵⁹ Com efeito, embora na conceituação de posse (“art. 1.251.º. Posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”) não se aluda ao elemento volitivo (*animus*), este resulta, inequivocamente, de outros dispositivos, especialmente do art. 1.253, que tem como detentores ou possuidores precários — além dos que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito, bem como dos representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, de todos os que possuem em nome de outrem — os que exercem o poder de fato *sem intenção de agir como beneficiários do direito*. Portanto, para o atual Código Civil português, o *corpus* é a atuação de fato correspondente ao exercício do direito, e o *animus* é a intenção de exercer, como seu titular, direito real sobre a coisa.⁹⁶⁰ De outra parte, ao lado da posse da coisa, admite-se a posse de direito, adstrita esta aos direitos reais

⁹⁵⁷ “Il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.”

⁹⁵⁸ Art. 1.168, 2.ª parte.

⁹⁵⁹ A influência exercida pelo Código Civil italiano sobre o Código Civil português de 1967 é de tal ordem que OLIVEIRA ASCENÇÃO (*Direitos reais*, n.º 141, pág. 298) chega a aludir ao “fascínio que na reforma exerceu o Código Italiano”. Em matéria de posse, ela se manifesta, especialmente, nos arts. 1.251º, 1.252º, 1.254º, 1.256º, 1.260º, 1.265º, 1.270º e 1.281.º (cfe. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, págs. 2 e segs., no comentário a cada um desses dispositivos).

⁹⁶⁰ *Vide*, a propósito, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 57; e OLIVEIRA ASCENÇÃO, *ob. cit.*, n.º 115 e segs., pág. 243 e segs.

limitados susceptíveis de posse.⁹⁶¹ Mantém-se o princípio germinativo — introduzido em Portugal pelo Alvará de 9 de novembro de 1754 — da transmissão automática da posse aos sucessores *mortis causa*.⁹⁶² Quanto à capacidade para adquirir a posse, preceitua o art. 1.266.º: “Podem adquirir posse todos os que têm uso da razão, e ainda os que o não têm, relativamente às coisas susceptíveis de ocupação.” Entre os efeitos da posse, coloca-se o da presunção da titularidade do direito, com a ressalva “exceto se existir, a favor de outrem, presunção fundada em registro anterior ao início da posse”.⁹⁶³ E, em casos expressos (assim, nos arts. 1.037.º, n.º 2, 1.125.º, n.º 2, 1.133.º, n.º 2, e 1.138.º, n.º 2), concede-se ação possessória ao detentor contra terceiro ou até contra o próprio possuidor.⁹⁶⁴

⁹⁶¹ Art. 1.251º, parte final. Observam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (*ob. cit.*, págs. 2 e segs.) que as figuras susceptíveis de posse, no atual direito civil português, são, sem dúvida alguma, a propriedade, o usufruto, o uso e a habitação, o domínio directo e o domínio útil, a enfiteuse, o direito de superfície e as servidões, com os limites e restrições estabelecidos especialmente na lei; por outro lado, esses direitos reais são apenas os que incidem sobre coisas corpóreas; e é discutível — manifestando-se os citados autores pela negativa — se pode haver posse com relação aos direitos reais de garantia.

⁹⁶² Art. 1.256º, que, com a expressão *successores*, abarca os herdeiros legítimos ou testamentários, e, também, os legatários (cfe. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 11).

⁹⁶³ Art. 1.268º, 1.

⁹⁶⁴ Cfe. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 43.

fruição de qualquer espécie de bens, a menos que exista uma relação de direito que exclua ou em virtude da qual a detenção ou fruição se exerça em nome de outrem." Distingue-se, no art. 337, a *posse civil* da *posse natural* ou *corporal*, advertindo-se que aquela, "que se adquire por força da lei, ou é tomada de maneira conforme à lei, independe de detenção", como sucede nos cinco seguintes casos, em que, sem apreensão corporal, adquirem a posse: "a) pela abertura da sucessão legítima ou testamentária quaisquer herdeiros e os legatários de coisa certa; b) o cônjuge, adquirente por força das convenções matrimoniais, pelo fato do casamento; c) pela consumação do casamento, o que se presume desde o dia seguinte a ele, os cônjuges, na falta de contrato antenupcial, sobre os bens que se tornam comuns; d) os consórcios por mero efeito do contrato de sociedade universal; e) o credor no penhor agrícola, considerando-se depositário o devedor". No art. 345, preceitua-se que "na compossessão, ou posse em comum, cada um dos possuidores possui uma parte abstrata e exerce atos possessórios que não excluem a posse dos demais". Permite-se, no art. 348, ao

simples detentor, ainda no caso em que não se presume possuidor, repelir as vias de fato empregadas para fazer cessar a detenção ou a recusa de restituição por motivo de benfeitorias e despesas. No art. 353, não obstante a invocação do Assento de 16 de fevereiro de 1786, tem-se por incabível a exceção de domínio, ainda que provada *in continenti*, e só se admite que o réu intente ação sobre a propriedade, depois de restituída a posse. Já no art. 361 se estabelece que "a quase-posse dos direitos reais e o exercício dos direitos decorrentes dos interditos", e se accentua, em seu parágrafo único, que "o exercício de direitos individuais ou subjetivos, lesado por ato ou decisão das autoridades administrativas da União, autoriza a ação especial do art. 13 da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894".¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸⁵ Como se vê do teor do art. 13 da referida lei, a ação especial ali disciplinada não se enquadra na categoria dos interditos possessórios há prova em contrário (arts. 200.º, 305.º, 316.º, 432.º, 433.º, 434.º, 476.º e outros, Código). Estas presunções dispensam do ônus de prova àquele que as tem em seu favor."

E, por fim, no art. 365, salienta-se que "a força ou estulto e a quase-força não fazem perder a posse", esclarecendo-se que "a ocupação da coisa, estando ausente o possuidor, constitui a quase-força".

59. *Do Projeto de Clóvis Bevilacqua ao Código Civil brasileiro*. Em novembro desse mesmo ano de 1899,¹⁰⁸⁶ concluiu Clóvis BEVILAGUA o Projeto que, vários anos mais tarde, em 1916, viria a transformar-se, com as alterações sofridas no Congresso, no Código Civil brasileiro.

Nas "Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro",¹⁰⁸⁷ com que Clóvis BEVILAGUA apresenta seu projeto — o denominado *Projeto Primitivo* —, salienta ele que, em sua obra, além de abandonar a teoria do *animus possidendi* (como o fizera o BGB), procurara afastar inteiramente — o que não o fizera sequer o Código Civil alemão — o *corpus* no sentido que lhe dava a teoria de SAVIGNY:

"Não há certamente assunto, em todo o direito privado, que tenha mais irresistivelmente cativado a imaginação dos juristas do que o da posse, mas também dificilmente se encontrará outro que mais tenazmente haja resistido à penetração da análise, às elucidações da doutrina.

Se é um fato ou um direito, dissentem os autores; se conceitualmente difere da detenção é objeto de intermináveis discussões; quais os seus elementos constitutivos, dizem por modo diverso os mais conspícuos tratadistas.

Dir-se-ia que nessa região, onde uma certa categoria de direito nos aparece ainda em via de formação, na

¹⁰⁸⁶ Vide exposição de motivos de ERRACIO PESSOA, in *Projeto de Código Civil Brasileiro* — *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. I, pág. 160.

¹⁰⁸⁷ In *Projeto do Código Civil Brasileiro* — *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. I, págs. 31 a 33.

rios, e visa à reparação da lesão de direitos individuais por ato ou decisão das autoridades administrativas da União.

obscura transição do caos para o cosmos, a doutrina toma o aspecto do meio de onde emerge, e reflete sobre os espíritos apenas uma luz dúbia de crepúsculo.

Nenhuma teoria, diz ENDEMANN, apresenta tão grande variedade de opiniões; mas é possível reduzi-las a dois grupos:

a) Teoria subjetiva que se tornou dominante com a obra monumental de SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, segundo a qual é a vontade de possuir para si que origina a posse jurídica, e quem possui por outro é detentor. Assim o representante que não possui por non habet animam possidentis (D. 41, 2, fr. 1 § 20); o locatário também não possui, pois que conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

b) Teoria objetiva inteligentemente fundada por IHERING, principalmente com o seu *Besitzwille* (1889), para a qual a vontade individual é de todo impotente e indiferente. É uma regra de direito objetivo, uma disposição de lei que decide se temos diante de nós a posse ou a detenção.

A teoria de IHERING foi adotada por BARON, PLEBBER, ZOLL, APPLETON, VERMOND e outros.

A doutrina, um momento desorientada pela obra genial de IHERING, pensa DUQUESNE que vai recobrando ânimo e se recusa a seguir o sábio romanista pelas últimas verdades que ele traçara. É certo que, na Alemanha sobretudo, se travou um longo e profundo debate, do qual resultou, porém, o reconhecimento de que se havia dado um valor excessivo ao poder da vontade subjetiva, e se KARLOWA, KUNTZ, BEKKER, DERNBURG na Alemanha, SALEILLES, CUQ, AUDIBERT, o próprio DUQUESNE na França, e ASCOLI na Itália, não aceitam a doutrina de IHERING em sua integridade, estão mais aproximados dele do que de SAVIGNY.

O Código Civil alemão reflete essa transação da doutrina que procura conciliar duas opiniões extremadas, dois pontos de vista inteiramente diferentes. Assim é

que, se abandonou a teoria do animus possidendi, desmantelada pela crítica sagaz e erudita de IHERING, ateu-se-se ainda ao corpus. "O código concede a proteção possessória, dizem os Motivos, a fim de conservar a paz jurídica sem distinguir se a posse repousa sobre uma relação jurídica real ou obrigacional, nem se se possui como proprietário ou não, e isto se conforma com o Landrecht prussiano e com o código saxônico". Mas conviria também, prossequindo nesse bom caminho, pôr de lado o corpus da teoria savignyana. Foi o que tentou realizar o atual Projeto de código civil brasileiro.

"Será obra dos legisladores futuros, dizia MEULENARE ao comentar esta parte do código civil alemão, colocar definitivamente o corpus da teoria savignyana entre as curiosidades históricas". Será desta vez satisfeito o voto formulado pelo distinto tradutor do preclaro jurista tedesco a quem se deve a transformação da teoria da posse?"¹⁰⁸⁸

E conclui:

"Como quer que seja, a noção de posse contida nos arts. 565 e 601 do Projeto é extraída da doutrina de IHERING."¹⁰⁸⁹

Defende, em seguida, o desdobramento da posse em direta e indireta (essas duas posses podem perfeitamente coexistir, porque diferente é o objeto da relação jurídica nas duas hipó-

¹⁰⁸⁸ *In Projeto do Código Civil Brasileiro — Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, págs. 31-32. Observe que PERÜGER, a que alude GIOVVIS BEVIAQUA no texto transcrito (o que repete no "Em Defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro, pág. 108), deve ser PERÜGER (ou PERÜGER, que no entanto, não é citado por DUQUESNE (*Distinction de la Possessio et de la Detention en Droit Romain*, págs. 194-196), de onde, inequivocamente, BEVIAQUA recolheu essas informações.

¹⁰⁸⁹ Ob. cit., pág. 32.

Levy¹⁰⁹⁰ observando que tal doutrina já estava vitoriosa entre os modernos civilistas, e recebera consagração legislativa de códigos como o de Zurich e o da Alemanha, tendo sido aceita pelo projeto de Coelho Rodrigues. Quanto à posse de direitos, anota que o projeto não seguiu nem a orientação do Código Civil alemão (que “pôs de lado a noção de posse dos direitos, pela consideração de o simples exercício de um direito não ser base segura para determinar o estado de fato necessário à noção de posse, e de haver quebra do princípio de que todo o direito sobre imóveis deve ser registrado, desde que se protegesse a posse de bens de raiz não registrados e se admitisse a usucapião a respeito deles”),¹⁰⁹¹ nem a extensão que lhe atribui o direito canônico, mas adotou “uma linha intermediária, compreendendo no conceito de posse todos os direitos reais, com exclusão, naturalmente, da hipoteca, pois que ela não importa a detenção do bem vinculado à garantia do pagamento”.¹⁰⁹² E acrescenta: “Embora a palavra posse seja empregada em referência a outras relações jurídicas (posse de estado, por exemplo), seu emprego não traduz senão uma analogia a que não corresponde uma identidade jurídica, pois não se tem em vista nem a manifestação exterior da propriedade, nem os interditos, mas uma relação de fato representando-se sob uma forma externamente apreciável”.¹⁰⁹³ Ao finalizar suas observações sobre a posse, esclarece, quanto à natureza desta, que:

“*Aceita a noção que IHERING nos dá, a posse é, por certo, direito; mas reconhecemos que um direito de natureza especial. Antes conviria dizer, é a manifestação de um direito real.*”¹⁰⁹⁴

No Projeto *Primitivo*, a posse vem disciplinada no título I do livro segundo (“Direito das Coisas”), arts. 565 a 601. Quatro

são os capítulos que compõem esse título: I — *noção da posse*; II — *da proteção possessória*; III — *dos direitos do possuidor em relação aos frutos e às benfeitorias*; e IV — *da perda da posse*. No capítulo I, conceitua-se indiretamente a posse, na primeira parte do art. 565 (“Considera-se possuidor todo aquele que se acha em situação de fato correspondente ao exercício pleno ou limitado da propriedade”), e, na segunda parte desse mesmo dispositivo, se declara que “a relação possessória pode ser criada ou exercida por meio de representante”; distingue-se a posse direta da posse indireta (art. 566); caracteriza-se a detenção como sendo a servidão da posse (art. 567); estabelece-se a transmissão da posse aos herdeiros, desde o momento da morte do possuidor e “nas mesmas condições em que este a exercia” (art. 569); o caracterizam-se a posse viciosa e a posse legítima (arts. 570 e 571), presumindo-se a boa-fé do possuidor, enquanto não se provar o contrário (art. 573). No capítulo II, disciplina-se a proteção possessória judicial e extrajudicial, já se admitindo, embora de forma restrita, a alegação de domínio (art. 582, onde, após declarar-se que “a turbacão e o esbulho da posse não se justificam por se dizerem fundados em domínio ou em outro direito”, se ressalva: “Todavia não se deve julgar a posse em favor daquele a quem se mostra, evidentemente, não pertencer a propriedade”), e a tutela possessória de um possuidor contra outro (art. 586: “Um possuidor não pode impor, a outro, limites ao exercício legítimo da posse comum, mas pode recorrer aos meios tutelares da posse contra a turbacão ou esbulho que esse outro lhe faça sofrer”). No capítulo III, trata-se dos direitos do possuidor de boa e de má fé em relação aos frutos e às benfeitorias. E, finalmente, no capítulo IV, que é integrado por um único artigo (o 601), caracteriza-se a perda da posse em termos genéricos (“Perde-se a posse das coisas desde que elas não se acham mais em posição conforme ao modo pelo qual o proprietário costumava utilizá-las. Perde-se a posse dos direitos reais desde que cessa a possibilidade de exercê-los”), dos quais ressalta a distinção entre posse de coisa e posse de direito, esta restrita, inequivocamente, aos direitos reais limitados.

¹⁰⁹⁰ Ob. cit., pág. 32.

¹⁰⁹¹ Ob. cit., pág. 33.

¹⁰⁹² Ob. cit., pág. 33.

¹⁰⁹³ Ob. cit., pág. 33.

¹⁰⁹⁴ Ob. cit., pág. 33.

Esse projeto, antes de ser encaminhado pelo Governo ao Congresso Nacional, foi submetido a uma comissão revisora, sob a presidência do então Ministro da Justiça, EPIRÁCIO PESSOA, e composta pelos Drs. OLEGÁRIO HERCULANO D'ÁQUINO E CASTRO, JOAQUIM DA COSTA BARRADAS, AMPHILOPIO BOTELHO FREIRE DE CARVALHO, FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA e JOÃO EVANGELISTA SAYAÃO DE BUIHÕES CARVALHO. Do trabalho dessa Comissão — o qual se desdobrou em duas séries de reuniões, a primeira das quais iniciada a 29 de março de 1900, sendo que da segunda participou CLOVIS BEVILAQUA — resultou o *Projeto Revisão*, que introduziu, no primitivo, várias modificações, especialmente quanto à disciplina da posse. É muito elucidativo o exame da atividade da comissão para compreender-se a razão por que veio o Código Civil a afastar-se, em certos pontos, da orientação objetiva da teoria de IHERING que BEVILAQUA seguira de perto. Da leitura das atas de 22.^a e 23.^a reuniões da primeira série,¹⁰⁹⁵ verifica-se que foi BARRADAS quem apresentou substitutos para o título referente à posse, no qual essa matéria se distribuiu por cinco capítulos (I — *da posse e sua classificação*; II — *da aquisição da posse*; III — *dos efeitos da posse*; IV — *da perda da posse*; V — *da proteção possessória*), onde figuram várias alterações substanciais, inclusive decorrentes de acréscimo, como a qualificação de posse justa, a conceituação de posse de boa fé, a presunção *inuris tantum* da continuação da posse com o mesmo caráter com que foi adquirida, a successão e a accessão da posse. O mais importante, porém, é que esse substitutivo, que reproduzia vários artigos do Código Civil português de 1867,¹⁰⁹⁶ seguia, como este, a teoria subjetiva. Assim, distinguia, na conceituação da posse, o *corpus* e o *animus rem sibi habendi* (“É possuidor o que tiver a disponibilidade física de uma coisa ou a possibilidade do exercício de um direito com a intenção de possuí-los como próprios”); caracterizava, como possuidores *ad interdicta*, o enfiteuta, o credor pignora-

fício e o anticresista (“Este código reputa possuidor o enfiteuta e o credor pignoratício e o anticresista para garantir seus direitos por meio das ações possessórias”); acentuava que a diferença entre posse e detenção se fazia pela inexistência nesta das condições exigidas para aquela (“O que possuir a coisa ou exercer o direito fora das condições dos dois artigos antecedentes, é mero detentor em nome e por conta de outro”);¹⁰⁹⁷ discriminava os casos de aquisição da posse (“Adquire-se a posse pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito, por ficar a coisa e direito à nossa disposição, ou pelos atos legais estabelecidos para a aquisição em geral”), excluindo-se deles os atos facultativos ou de mera tolerância, bem como os violentos ou clandestinos antes de cessada a violência ou a clandestinidade;

¹⁰⁹⁷ Lê-se na ata da 23.^a reunião, realizada a 11 de junho de 1900, presentes o Dr. EPIRÁCIO PESSOA e os membros da comissão Drs. OLEGÁRIO HERCULANO D'ÁQUINO E CASTRO, JOAQUIM DA COSTA BARRADAS e FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA:

“Passando-se a analisar este substitutivo do Dr. Barradas, relativamente ao capítulo I, o Dr. Lacerda, de acordo com o Código alemão (arts. 854 e seguintes), com o de Zurich (arts. 64 e seguintes) e com o projeto Coelho Rodrigues (arts. 1.328 e seguintes), aceita a noção dada pelo autor do projeto, no art. 565, menos quanto à redação, que substituiria assim:

“Todo aquele que exerce no próprio interesse um poder de fato sobre uma coisa é possuidor.”

Assim entenderia a posse jurídica ao depositário, ao locatário ou rendeiro, com o elemento *animus sibi habendi*, sem se entrar na apreensão de saber se — na qualidade de proprietário ou de simples possuidor.

O Dr. Barradas combate as idéias do seu colega, mostrando-se em desacordo com a noção do Código Civil alemão, a respeito da posse, a qual é mui lata e se acha em oposição ao nosso direito, que exclui o locatário e todos quantos possuem em nome alheio.

O Dr. Olegário admite os dois primeiros artigos do substitutivo, menos quanto às expressões: — “Coisas e direitos susceptíveis de apropriação — porque, em seu modo de pensar, a posse só tem por objeto as coisas susceptíveis de domínio e os direitos reais dele derivados, ou, como se enunciou o projeto Felício dos Santos, coisas que podem ser objeto de

¹⁰⁹⁵ *Atas dos Trabalhos da Comissão Revisora do Projeto de Código Civil Brasileiro elaborado pelo Dr. Clovis Bevilacqua*, págs. 147 a 155.

¹⁰⁹⁶ Por exemplo, e às vezes com ligeiras alterações de forma: o § 1.^o do art. 474 e os arts. 482, 484, 488, 490 e 494.

“CIRCUNSTÂNCIA, também, as hipóteses em que ocorria a perda da posse da coisa (“A posse perde-se: 1.º, pelo abandono; 2.º, pela cessão a outrem por título oneroso ou gratuito; 3.º, pela destruição ou perda da coisa ou por ter sido esta posta fora do comércio; 4.º, pela posse de outrem, ainda contra a vontade do antigo possuidor, se este não foi mantido ou restituído em tempo devido; 5.º, pelo constituto possessório”) e da posse dos direitos (“A posse dos direitos perde-se desde que se torne impossível o seu exercício, e pelo não uso deles até que prescrevam”), acentuando, no entanto, que “só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, se abstem de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”. Ademais, acolhia o princípio “en fait de meubles possession vaut titre” (“Não se tratando de uma universa-

propriedade, sendo que a palavra *appropriação* se presta a interpretações duvidosas.

Convindo o Dr. Barradas em emendar nesse sentido a sua proposta, e sendo vencido o Dr. Lacerda, fica o art. 565 alterado pela forma seguinte:

“É possuidor o que tiver a disponibilidade física de uma coisa ou a possibilidade do exercício de um direito com a intenção de possuí-los como próprios.

Esta posse pode ser exercida pelo próprio titular ou por outro, em seu nome.

Parágrafo único. Só poderão ser objeto da posse coisas ou direitos suscetíveis de domínio ou ônus reais dele desmembrados.”

Art. 566. (É aceito o substitutivo do Dr. Barradas, acrescentando o Dr. Lacerda — o anticresista).

“Este código reputa possuidor o enfiteuta e o credor pignoratício e o anticresista somente para garantir seus direitos por meio das ações possessórias.”

Art. 567. (Aceito o substitutivo, contra o voto do Dr. Lacerda, que prefere o projeto).

“O que possuir a coisa ou exercer o direito fora das condições dos dois artigos antecedentes, é mero detentor em nome e por conta de outro.”

.....
 (Atas dos Trabalhos da Comissão Revisora do Projeto de Código Civil Brasileiro elaborado pelo Dr. Clóvis Beviláqua, págs. 149-150).

idade, a posse das coisas móveis e dos títulos ao portador produz, a favor de terceiros que os adquiriram de boa fé, os efeitos do título. Todavia, aquele que tiver perdido a coisa móvel ou o título ao portador ou aquele a qual foram furtados, pode reavê-los da pessoa em cuja mão se acharem, salvo a esta o direito regressivo contra quem lh'os transferiu”; e, em parágrafo único, acrescentava: “Sendo objeto comprado em leilão público, feita ou mercada, o dono que pretender sua restituição é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou”. Esses preceitos se mantiveram, sem maiores alterações, apesar do debate entre Barradas e Lacerda de Almeida, na primeira série de reuniões. O mesmo não ocorreu na segunda série, com a presença de Clóvis Beviláqua, quando caíram as emendas substitutivas aos arts. 565 e 567 do *Projeto Primário*, dispositivos esses (referentes ao conceito da posse, ao seu desdobramento em direta e indireta, e à configuração da detenção como servidão da posse) incompatíveis com a teoria subjetiva.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁸ Isso ocorreu na 5.ª reunião da 2.ª série, realizada a 23 de agosto de 1900, sob a presidência de Errico Pessoa, e com a participação de Clóvis Beviláqua. Lê-se em sua ata, no tocante à posse:

“LIVRO II — DIREITO DAS COISAS

TÍTULO I — DA POSSE — CAPÍTULO I — DA

POSSE E SUA CLASSIFICAÇÃO

Foram rejeitadas, contra os votos dos Drs. Olegário e Barradas, as emendas sob n.ºs 604 a 606, restabelecidos assim os arts. 565 a 567; suprimida a 2.ª parte do art. 565.

Capítulo II — Da aquisição da posse.

Na emenda n.º 516 eliminaram-se as palavras: — e objetos. Prevaleram as emendas ao Capítulo III — Dos efeitos da posse.

No Capítulo IV — Da perda da posse, diga-se na emenda n.º 639 — A posse das coisas perde-se.

Na emenda n.º 640: — “A posse dos direitos perde-se desde que se torne impossível o seu exercício, ou pelo não uso durante tanto tempo quanto necessário para a prescrição.”

Foi com essa disciplina da posse — arts. 576 a 613 — que se enviou o *Projeto Revisão* ao Congresso Nacional, em 17 de novembro de 1900.

Iniciou-se, então, sua longa tramitação pelas duas Casas do Poder Legislativo.

Em 26 de julho de 1901, foi nomeada, na Câmara dos Deputados, Comissão Especial para dar parecer sobre o projeto de Código Civil. Coube ao deputado LUIZ DOMINGUES manifestar-se sobre os arts. 576 a 745, concernentes à posse e à propriedade. Nesse parecer,¹⁰⁰⁹ datado de 14 de setembro de 1901, propôs a alteração do art. 576 para esta: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou limitado de alguns dos poderes inerentes ao domínio”. E, com relação ao art. 607, suprimiu a oração condicional “se não lhe for pago o valor”. A isso se reduziram as modificações na disciplina da posse feitas por esse documento.

Com bases nos pareceres parciais, deu-se nova redação ao projeto, a qual foi apresentada, a 11 de janeiro de 1902, à Comissão Especial. Nela, a posse vem disciplinada nos arts. 494 a 531. Do confronto desse texto com o do projeto revisado, verifica-se que as modificações foram, em geral, de forma (assim, as introduzidas nos arts. 494, 502, II, 503, 504, 506, 513, 515 e 527, correspondentes, no projeto revisado, aos arts. 576, 584, 2.º, 585, 586, 588, 595, 597 e 609), havendo, apenas, uma de fundo: a introdução de um parágrafo único (“O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior à turbacão ou esbulho”) no art. 531 (ou 613 do projeto revisado). Note-se que, nessa redação final, foi acolhida a emenda proposta por LUIZ DOMINGUES.

1009 Código Civil Brasileiro — *Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. II, págs. 864 a 867.

Capítulo V — *Proteção possessória.*

Substitui a emenda” (*Atas dos Trabalhos da Comissão Revisora do Projeto de Código Civil Brasileiro elaborado por GLÓVIO BEVILÁQUA*, pág. 407).

MINGUES ao art. 576 do *Projeto Revisão*, não o sendo, porém, a supressão, por ele defendida, no art. 607.

No parecer final da Comissão Especial, entre as proposições a que se reduziram “os pontos em que o Projeto indubitavelmente adianta e melhora a legislação vigente”, encontra-se esta, que é a 22.ª:

“Regulou-se a teoria da posse, tomando por base a doutrina de Ihering.”¹¹⁰⁰

Com esse parecer, datado de 18 de janeiro de 1902, foi apresentado pela Comissão Especial o projeto de Código Civil por ela adotado. A posse está aí regulada nos arts. 492 a 529. Entre a redação dele e a anterior há ligeiras modificações formais, nos arts. 500, 501 e 529 (que correspondem aos arts. 502, 503 e 531).

O projeto que sobe ao Senado é o Projeto da Câmara, n.º 1, de 1902, onde a posse aparece regulada nos arts. 491 a 528, e a única alteração, em face do projeto adotado pela Comissão Especial, é a do art. 526, *caput* (correspondente ao art. 527, *caput*). Essa modificação, porém, é de substância. Com efeito, enquanto o art. 527, *caput*, do projeto acolhido pela Comissão Especial rezava:

“Não se tratando de universalidade, a posse das coisas móveis e dos títulos ao portador, produz, a favor de terceiro que a adquiriram de boa fé, os efeitos de título. Todavia, aquele que tiver perdido coisa móvel ou título ao portador, ou aquele a quem forem furtações, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu.”

e, portanto, adotava o princípio “en fait de meubles, possession vaut titre”, o art. 526, *caput*, do Projeto da Câmara, n.º 1, de 1902, eliminando a primeira parte do dispositivo, não acolhia aquele princípio, ficando assim redigido:

1100 Projeto de Código Civil Brasileiro — *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VIII, pág. 40.

"Aquele que tiver perdido coisa móvel ou título ao portador, ou aquele a quem forem furtados, pode reaver-las da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu."

No Senado, foram aprovadas várias emendas ao Projeto da Câmara. Todas, menos uma, advêm do parecer apresentado, em 3 de abril de 1902, por RUI BARBOSA, membro da Comissão Especial do Senado, e introduzem alterações meramente de redação.¹¹⁰¹ A única emenda de fundo, aprovada na Sessão de 18 de dezembro de 1912, foi a que suprimiu do art. 511 do Projeto da Câmara ("Não obsta à manutenção ou reintegração da posse, a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio") sua segunda parte ("Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio"). Essa emenda supressiva foi defendida pela Comissão Especial do Senado, com estas palavras: "Pensa a Comissão que, assim procedendo, obedeceu ao critério dos autores do projeto que acei-

¹¹⁰⁰ Atente-se, porém, para o fato de que, ao haver RUI BARBOSA acrescentado ao art. 491 — relativo ao conceito de possuidor (é o dispositivo correspondente ao art. 485 do Código Civil) — as expressões finais "ou propriedade", sem fazer qualquer comentário, deu margem a que se invocasse esse acréscimo como favorável à tese de que o Código Civil brasileiro admitiria a posse de direitos pessoais. A propósito, vide, entre outros, JORGE AMERICANO (*Teses de Concurso* — I — *Dos Direitos que se exteriorizam pela posse* — II — *Do Compromisso de Venda de Imóveis*, n.ºs 33 e 34, págs. 71 e segs.).

E de notar-se a observação de AZEVEDO MARQUES (*A Ação Possessória no Código Civil Brasileiro*, n.º 18, págs. 28-29):

"Ora, o Senador Rui Barbosa cogitava somente da *forma* (ele o diz na pág. 25 do parecer: "não trato aqui senão dela"); e ele não podia ter em mente modificar o fundo do texto, fazendo uma singular exceção ao objetivo do seu brilhante parecer cuja única tese era (ele ainda o diz) "que a redação do projeto necessita impreterivelmente de uma revisão". (Parecer, pág. 5)."

taram a teoria objetiva de IHERING, repelindo a de SAVIGNY, sobre posse, o que se verifica da leitura dos artigos referentes a esse instituto, como dos pareceres do ex-Deputado LUIZ DOMINGUES e de CRÓVIS, pág. 32, do 1.º volume, indo além do Código Alemão. Aceita, pois a teoria objetiva, a eliminação da 2.ª parte do art. 511 (hoje art. 505) se impunha, porquanto, no seu conceito, posse é a exterioridade da propriedade".¹¹⁰² Não foi ela, todavia, remetida à Câmara quando se lhe restituíu o projeto devidamente emendado.¹¹⁰³ É certo que o Deputado JUVENAL LAMARTINE, um dos membros da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, ao emitir, em 30 de janeiro de 1913, seu parecer parcial (que abrangeu as emendas concernentes à posse) se referiu a ela, para manifestar-se contrariamente, por entender que o dispositivo supresso era, em verdade, corolário da teoria de IHERING.¹¹⁰⁴ O parecer, porém, da Comissão Especial, de que foi relator geral o deputado ADOLPHO GORDO, só alude

¹¹⁰² *Apud* ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. VII (*Do Direito das Coisas*), n.º 79, pág. 209.

¹¹⁰³ A propósito, vide ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. VII (*Do Direito das Coisas*), n.º 79, pág. 210.

¹¹⁰⁴ *Anaes da Câmara dos Deputados (Convocação extraordinária de 2 de abril de 1913)*, vol. II, págs. 97-98.

ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. VIII (*Do Direito das Coisas*), n.º 79, pág. 211, assim explica a razão por que JUVENAL LAMARTINE tomou conhecimento da emenda do Senado, não o tendo feito, porém, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados:

"Uma prova ainda de que o Senado aprovou aquela emenda é que um dos membros da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o Deputado Juvenal Lamartine, emitiu sobre ela parecer, que vem anexo ao parecer do relator geral, a págs. 106-107 do referido suplemento do Diário do Congresso Nacional, de 10 de abril de 1913. Mas, parecer foi esse de que a Comissão não tomou conhecimento, porque na lista das emendas havia sido ela omitida, sendo de supor que aquele deputado haja calcado o seu parecer, orientando-se pelo publicado no *Diário do Congresso*, de 22 de setembro do ano antecedente, que contém o Parecer do Senado, com as respectivas emendas. Isto é de presumir, porquanto o seu Parecer é datado da cidade de Natal, em 30 de janeiro de 1913,

das emendas 490 a 512, nenhuma das quais diz respeito àquela supressão, e apenas as abarca ao pronunciar-se no sentido de serem aceitas. Assim, o texto originário desse dispositivo, cuja segunda parte fora retirada pelo Senado, não se havendo manifestado a Câmara dos Deputados a propósito, veio a figurar, integralmente, no Código Civil brasileiro que entrou em vigor a 1.º de janeiro de 1917.¹¹⁰⁵

¹¹⁰⁵ Daí a controvérsia sobre a validade da segunda parte do art. 505 do Código Civil. A esse respeito, *vide*, entre outros, ASTOLPHO REZENDE, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. VII (*Do Direito das Coisas*), n.º 79, págs. 210-211; VIEIRA FERREIRA, *O Código Civil Anotado*, págs. LXII e LXIII; HERSTIRO DE SOUZA, *Da Posse*, in *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXXV (1927), págs. 383-384; e NESTOR DIÓGENES, *O Art. 505 do Código Civil (Compatibilidade das ações petórias com as ações possessórias)*, págs. 11 e 12.

NESTOR DIÓGENES (ob. cit., pág. 12), em contraposição a ASTOLPHO REZENDE, VIEIRA FERREIRA e HERSTIRO DE SOUZA, sustenta que "sobre não estar devida e regularmente apurado o incidente legislativo a que se faz referência, o fato é que a Câmara tacitamente aceitou o dispositivo", motivo por que "seria assim temerário erigir-se aquele incidente em fundamento para se negar existência à segunda parte do art. 505".

Note-se que, já em 12 de dezembro de 1917, EPRITÁCIO PESSOA (*Pareres Legislativos — 1914/1918 —*, págs. 252-254), ao emitir parecer sem número, na Comissão de Justiça e Legislação do Senado, sobre o projeto da Câmara dos Deputados que corrigia o texto do Código Civil, se manifestava, rejeitando a emenda supressiva da parte final do art. 505 (e que fora apresentada por João Luís Alves), pela manutenção dela, com esta argumentação:

"Efetivamente a Câmara não se manifestou sobre a emenda do Senado; mas não se manifestou, porque, como confessa o Sr. João Luís Alves, essa emenda não lhe foi enviada, o que quer dizer que o Senado devolveu o Projeto nesta parte — *sem* e foi elaborado ali, para onde já havia seguido, como ele próprio declara."

Essa presunção parece corresponder à realidade, até porque JUVENAL LAMARTINE, em seu parecer (*Anaes da Câmara dos Deputados — Convocação extraordinária de 2 de abril de 1913*, vol. II, pág. 97), transcreve a justificativa da emenda do Senado, tirando-a do "parecer do Diário do Congresso, de 22 de setembro de 1912."

Essa, a gênese dos arts. 485 a 523 que disciplinam, nesse Código, a posse e a detenção.

Neles, como se evidenciará no segundo volume deste livro, convivem, na harmonia natural dos inconciliáveis, princípios da posse romana, da posse canônica e da *Genere*. Desta resulta a norma contida na primeira parte do art. 496 ("O sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor"), que

emenda alguma. O Projeto seguiu daí por diante os trâmites que devia seguir, como projeto não emendado, e convertem-se em lei. Há no fato, sem dúvida, uma irregularidade, *devida a omissão do Senado*; mais grave, porém, seria agora a pretexto de restabelecer a verdade e em atenção ao voto desta casa do Congresso, suprir o trecho em questão, porque então teríamos não mais um projeto mas uma lei alterada pelo voto exclusivo de uma das Câmaras, sem a audiência constitucional da outra.

Com efeito, a aprovação da emenda do Sr. João Luís Alves importaria afirmar que o texto *autêntico* do Código, *tal como o votou o Congresso*, não compreende a segunda parte do art. 505. Ora, eis aí uma asserção contrária à verdade, porque a supressão da segunda parte do art. 505 não foi aprovada pelo Congresso, *mas só pelo Senado*, e não sabemos se essa supressão seria aceita pela Câmara ou se, rejeitada por esta, teria o assentimento de dois terços dos senadores.

A doutrina e a jurisprudência já se firmaram no sentido de que as irregularidades na formação da lei não acarretam a sua nulidade. Até aí não vai a ação do Poder Judiciário. O direito dos tribunais nesta matéria consiste apenas em verificar se a lei foi votada pelo Congresso e sancionada, promulgada e publicada pelo Presidente. Se o foi, eles são obrigados a cumpri-la.

Ora, no caso que nos ocupa, todas estas condições se realizaram, ocorrendo ainda a circunstância de que a votação posterior do Projeto no Senado, que não insistiu na sua emenda e não deu sequer pela ausência dela, sanou a irregularidade ora denunciada."

Apesar das manifestações pela invalidade da segunda parte do art. 505 do Código Civil, prevaleceu o entendimento contrário, havendo o Supremo Tribunal Federal fixado o seu sentido na súmula 487: "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for disputada."

se prende à do art. 1.572 ("Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários"), e que aberra da noção romana de posse, como já havia observado MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA — LOBÃO —, ¹¹⁰⁶ ao dizer que "nenhuma das definições que excogitaram os D.D. e que se encontram, é apta a compreender a posse estatutária transferida por lei (entre nós o Alvará de 9 de novembro de 1754), que com efeitos de natural, se adquire ao absente, ao ignorante, ao pupilo, ao existente no útero da mãe que não podem ter tal *animus* e *afecto de reter a coisa como sua*". A adoção desse preceito está a demonstrar, por si só, que o Código Civil brasileiro não seguiu integralmente IHERING, que, embora influenciado por concepções advenientes da *Genewere*, visou a explicar, em face dos textos, a *possessio* romana, que jamais admitiu transmissão dessa natureza. O mesmo sucede com o desdobramento da posse em direta e indireta, previsto no art. 486, cuja fonte imediata foi o § 868 do BGB, mas que tem origem — segundo forte corrente doutrinária — na distinção entre a *Eigengewere* (ou *Obergewere*) e a *beschränkte Gewere* (ou *Untergewere*), distinção essa estranha aos romanos. O que o Código Civil brasileiro acolheu da teoria de IHERING foi a orientação objetiva, por ele propugnada, de que decorrem estes princípios: a noção de posse como aparência do direito; a interdependência de seus elementos objetivo e subjetivo, à maneira da vinculação indissolúvel da idéia à palavra; e a lei como elemento distintivo da posse e da detenção, considerada esta como posse degradada, só existente, por isso mesmo, nos casos expressos em dispositivo legal. ¹¹⁰⁷ Por vezes, porém, fazem-se, em nosso Código, concessões à teoria subjetiva, que inspirou o substitutivo de BARRADAS e que remanesce em artigos que dele se originaram. Ademais, nem sempre a codificação brasileira segue o modelo que escolheu até as suas últimas conseqüências;

¹¹⁰⁶ *Notas do Uso Prático e Críticas (Notas a Melo)*, parte III, págs. 69-70.

¹¹⁰⁷ São casos de detenção, no Código Civil brasileiro, os previstos nos arts. 487 (que alude ao servidor da posse, e que corresponde ao § 855 do BGB), 497, 520, III (*in fine*), e 522.

assim, embora haja acolhido o desdobramento da posse, se afasta do BGB, ao manter a posse dos direitos reais inclusive para o fim de tutelá-la genericamente por meio dos interditos possessórios, o que, aliás, decorria necessariamente da circunstância de não haver adotado o conceito de posse do BGB (*poder de fato sobre a coisa* — *thatssächliche Gewalt über die Sache*), mas de ter aderido à concepção canônica — que se acosta à teoria da aparência do direito, e cujo germe já se encontra no direito Justiniano — de que a posse é o exercício de um direito, e, portanto, ocorre quer se trate do exercício da propriedade (*possessio rei*), quer se trate do exercício de outro direito (*possessio iuris*), que — segundo a doutrina nacional hoje prevalente — é apenas direito real limitado que não o de hipoteca, rejeitada, portanto, a extensão que lhe deram os canonistas medievais.

É essa heterogeneidade de princípios — encontrável nos diversos códigos civis modernos — que, como já acentuamos, dificulta, sobremodo, a construção dogmática da posse à luz de cada um deles. No Brasil, a dificuldade cresce pela frequência de elementos contrastantes entre si, dada a diversidade de origens, com os quais se teceu a disciplina da posse. Por isso, a necessidade de distingui-los, para que se possa construir a dogmática da posse com base nos preceitos fundamentais que se ajustam, caracterizando-se os inadapáveis como exceções que se explicam por sua gênese. Querer proceder de outra forma, na tentativa de conciliar princípios contraditórios pelo simples ideal de unitarismo lógico, é pretender solucionar problema análogo ao da quadratura do círculo. Poder-se-á negar que o conceito de posse, no Código Civil brasileiro, é o exercício de fato de um direito, porque ele não abarca a hipótese do herdeiro que, por ignorar que se lhe transmitiu automaticamente a posse dos bens do *de cuius*, não se comporta com relação a estes como titular de qualquer direito? A exceção não destrói a regra; apenas comprova que, no terreno jurídico, a lógica se submete à realidade que a ela resiste.