

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



POSSE

Nº 0343

I

Evolução Histórica



EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro

1999

347.251
A474p
3. tir.
v. 1
ex. 1 NEMP

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA

Nº 576690 DATA

14.04.03

1ª edição – 1985

1ª edição – 2ª tiragem

1ª edição – 3ª tiragem – 1999

© Copyright

José Carlos Moreira Alves

Gerente de Produção

Cesar Lourenço Caneca

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

A479p	Alves, José Carlos Moreira. Posse, 1: evolução histórica / José Carlos Moreira Alves. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.
	Bibliografia.
	1. Posse (Direito) 2. Posse (Direito) – Brasil. I. Título
84-0275	CDU – 347.251 347.251 (81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, af compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º, 2º e 7º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tel: (021) 533-5537 – Fax: (021) 533-4752

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br>

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

***A Evany, com
a minha gratidão.***

ex 1
Nemp

Capítulo VII

A POSSE NO ANTIGO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO ATÉ O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL

SUMÁRIO: 50. Os elementos de que se formou o direito ibérico medieval. 51. Os princípios possessórios nos primórdios do direito português. 52. O renascimento do direito romano justinianeu em Portugal. 53. A disciplina da posse no tempo das Ordenações — do século XV ao XIX. 54. A posse no Brasil, após a independência — a *Consolidação das Leis Civis*. 55. O *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS. 56. Os Projetos de NABUCO DE ARAÚJO e de FELÍCIO DOS SANTOS. 57. A posse no Projeto de COELHO RODRIGUES. 58. O *Direito Civil Brasileiro Recopilado* ou *Nova Consolidação das Leis Civis*. 59. Do Projeto de CLÓVIS BEVILAQUA ao Código Civil brasileiro.

50. *Os elementos de que se formou o direito ibérico medieval*. Estudando o elemento germânico no direito espanhol, sustentou HINOJOSA⁹⁶⁵ que a *Lex Visigothorum*, que representava a vitória do direito romano e da influência eclesiástica sobre o direito costumeiro germânico, em muitos casos não chegou a aplicar-se na prática; e, com a invasão da península ibérica pelos árabes, os costumes germânicos floresceram entre os cristãos independentes, razão por que, nas fontes do direito espanhol dessa época, se encontram institutos jurídicos desconhecidos ou combatidos por aquela *Lex*. Esses costumes — e Portugal, ao lado de Leão e Castela, foi dos herdeiros mais imediatos da tradição germânica⁹⁶⁶ — foram a base do direito

⁹⁶⁵ *El Elemento Germánico en el Derecho Español*, in *Obras*, tomo II (*Estudios de Investigación*), págs. 407 e 409.

⁹⁶⁶ HINOJOSA, ob. cit., pág. 411. Em Portugal, o maior defensor da influência do elemento germânico no direito ibérico peninsular foi TEÓFILO BRAGA, em sua dissertação inaugural *Os Forais, passim* (especialmente, a págs. 75).

consuetudinário reduzido a escrito nos estatutos municipais (foros) até o século XIV.⁹⁶⁷

Essa tese — que vem de FICKER e que se inclina pelo domínio quase total do elemento germânico no direito consuetudinário da península ibérica durante o período da reconquista — já era a dominante antes de HINOJOSA, e, com ele, ganhou ainda mais adeptos. Atualmente, porém, observa-se a tendência de não exagerar quanto a esse domínio, ressaltando-se a influência que o direito ibérico medieval sofreu do direito romano vulgar. Há até ilustres historiadores do direito — como GARCIA GALLO⁹⁶⁸ e ALVARO D'ORS⁹⁶⁹ — que contestam o germanismo do direito ibérico medieval,⁹⁷⁰ parecendo, no entanto,

⁹⁶⁷ HINOJOSA, ob. cit., pág. 410. Sobre os estatutos municipais portugueses (costumes, foros), observa MERÊA, *Resumo das Lições de História do Direito Português feitas no ano letivo de 1924-1925*, pág. 53:

“São infelizmente em pequeno número os “costumes” portugueses que nos restam e que se acham publicados nos *Portugaliae Monumenta Historica (Leges)* e nos *Inéditos de História Portuguesa*. Contêm disposições de origem diversa e diversa antiguidade, tendo sido porém reduzidos a escrito nos séculos XIII e XIV.”

E, no vol. I (*Leges et Consuetudines*), fascículo IV dos *Portugaliae Monumenta Historica*, no prefácio aos “Costumes e Foros ou Direito Consuetudinário Municipal”, pág. 741, lê-se:

“Apesar, porém, de ser diminuto o número dos monumentos de direito civil municipal que nos restam, nem por isso eles deixam de ter pertencido a uma vasta porção do território habitado nos primórdios da monarquia.”

⁹⁶⁸ *Manual de Historia del Derecho Español*, I (*El Origen y la Evolucion del Derecho*), n.º 131, pág. 64.

⁹⁶⁹ *La Territorialidad del Derecho de los Visigodos*, in *Estudios Visigóticos*, I, págs. 109-110.

⁹⁷⁰ Favorável à tese dominante é SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Tradicón y derecho visigodos en León y Castilla*, in *Investigaciones y documentos sobre las Instituciones Hispanas*, págs. 114 e segs.

mais exata a posição dos que — assim, VALDEAVELLANO⁹⁷¹ — consideraram que ele foi o resultado de influências diversas: umas, romanas; outras, germânicas; e, finalmente, não poucas decorrentes das circunstâncias económicas e sociais da época.

51. *Os princípios possessórios nos primórdios do direito português.* Nos primórdios do direito português — o período da reconquista (séculos XII e XIII) —, encontram-se nos estatutos municipais (foros) princípios, em matéria possessória, que exis-

⁹⁷¹ *La Limitación de la Acción Reivindicatoria de los Bienes Muebles en el Derecho Español Medieval, in Estudios Medievales de Derecho Privado*, pág. 22, continuação da nota 1 da pág. anterior.

VALDEAVELLANO, na nota preliminar a esse livro (págs. 1-2), declara:

“Creio, todavia, que meus trabalhos sobre o direito espanhol medieval mostram, no geral, a inspiração predominantemente germânica das normas jurídico-privadas que neles se estudam e que regularam na Espanha cristã da Idade Média a distinção entre bens móveis e imóveis, a reivindicação mobiliária, a comunidade patrimonial da família, a quota de livre disposição no Direito alto-medieval de Leão e Castela e o carácter originário do penhor imobiliário” (“Creo, sin embargo, que mis trabajos acerca del Derecho español medieval muestran, por lo general, la inspiración predominantemente germánica de las normas jurídico-privadas que en ellos se estudian y que regularon en el España cristiana de la Edad Media la distinción entre bienes muebles e inmuebles, la reivindicación mobiliaria, la comunidad patrimonial de la familia, la cuota de libre disposición en el Derecho alto-medieval de León y Castilla y el carácter originario de la prenda inmobiliaria”).

Por outro lado, acentua MERÊA, *Resumo das Lições de História do Direito Português feitas no ano letivo de 1924-1925*, n.º 29, “d”, pág. 59:

“O germanismo é sem dúvida um veio importante da nossa tradição jurídica, mas é preciso não esquecer que, se uma grande parte das instituições e usos germânicos triunfou, foi porque se encontrou com um direito afim, o direito romano vulgar, sobre um terreno comum, visto ambos derivarem de condições económicas e sociais análogas e se adaptarem igualmente às necessidades das populações e ao seu grau de desenvolvimento.”

tem no direito germânico medieval, e que se afastam dos acolhidos pela legislação romana: ⁹⁷² a inexistência de nítida distinção entre posse e propriedade (e, conseqüentemente, a ausência de ações petitórias contrapostas a ações possessórias); o instituto da *posse de ano e dia*; e a regra *mobilia non habent sequelam* (em matéria de móveis, não há direito de seqüência), traduzida, no direito francês, pelo preceito *meubles n'ont pas de suite*, e correspondente aos brocardos alemães *Hand muss Hand wahren* e *wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn suchen*.⁹⁷³

Para demonstrar a imprecisão, que então existia, na distinção entre posse e propriedade, CABRAL DE MONCADA se utilizou de argumentos que textos de documentos medievais, publicados posteriormente a seus estudos, não confirmaram. Com efeito, depois de, em “*A posse de ano e dia* nos Costumes Municipais Portugueses”, haver observado que a palavra *propriedade*, ou desaparecera na época da reconquista, ou só se formara tardiamente, pois, nos textos medievais portugueses, não foi usada antes do século XIV, e que “o conceito romano de *dominium* dificilmente encontra uma aplicação rigorosa, nessa época, às diferentes situações das pessoas em relação às coisas; e assim como o conceito, igualmente o nome parece ignorado”,⁹⁷⁴ tornou

⁹⁷² Note-se que, no direito romano vulgar (que, na época pós-clássica, é o direito romano vivo, aplicado na prática, adaptado às necessidades da vida, em face do direito elaborado, técnico, que é o direito oficial — o direito escrito —, estando para este como o latim vulgar está para o latim literário), a *possessio* e a *Gewere* apresentam várias semelhanças, postas em relevo por LEVY, *West Roman Vulgar Law — The Law of Property*, págs. 96 a 99.

CABRAL DE MONCADA (A “*posse de ano e dia*” nos *Costumes municipais portugueses*, in *Estudos de História do Direito*, vol. I, pág. 250, continuação da nota 1 da pág. 249) admite que é “possível pensar que já no direito romano vulgar das províncias a posse, como instituto jurídico, tivesse a mesma natureza e função que lhe atribuímos no direito consuetudinário da Idade-Média”.

⁹⁷³ Sobre esses princípios, vide VALDEAVELLANO, *La Limitación de la Acción Reivindicatoria de los Bienes Muebles en el Derecho Español Medieval, in Estudios Medievales de Derecho Privado*, pág. 33.

⁹⁷⁴ Pág. 245, nota 2.

CABRAL DE MONCADA mais preciso o seu pensamento, em “O Tempo e o Trastempo nos Costumes Municipais Portugueses”, onde se fixou na tese de que “a expressão *propriedade* teve uma formação assaz tardia na nossa língua, não a conhecendo nós nos documentos, antes do século XIV”,⁹⁷⁵ e sustentou que “pouco se empregando nos documentos latinos do século XI a expressão *dominium*, não existindo ainda a palavra *propriedade* e antes empregando-se quase sempre a expressão *iur*, para significar, ora o mesmo que aquela, ora situações jurídicas semelhantes, como a posse em nome próprio e até a posse em nome alheio, todas essas noções, assim como os termos que as exprimiam, eram assaz vacilantes, incertas e entre si confundíveis”⁹⁷⁶ Ademais, em “O Tempo e o Trastempo nos Costumes Municipais Portugueses”, afirmou CABRAL MONCADA que era “impossível concluir do exame dos poucos documentos conhecidos, relativos a questões de propriedade no nosso mais antigo direito (sécs. XI e XII), a existência de qualquer tempo de posse que habilitasse o possuidor a julgar-se, ou a ser julgãdo, só por ele, pura e simplesmente, como proprietário”,⁹⁷⁷ e, tendo em vista que, em documentos dos séculos XI a XIII relativos a litígios judiciais sobre propriedade de bens de raiz, os réus alegavam posse até de oitenta anos, não como fundamento de seu domínio, mas apenas como circunstância que reforçava o direito que sustentavam, conclui que, assim, não se poderia “fugir à impressão de que uma verdadeira usucapião ou prescrição aquisitiva, no sentido romano deste instituto, era coisa que devia achar-se sensivelmente obliterada e muito fora das idéias jurídicas daquele tempo”.⁹⁷⁸ Esses argumentos, no entanto, não procedem. Já MERÊA⁹⁷⁹ observou que CABRAL DE MONCADA foi longe demais ao negar, em absoluto, o emprego da palavra *propriedade* em textos anteriores ao século XIV, pois “podem apontar-se exem-

⁹⁷⁵ *In Estudos de História do Direito*, vol. II, pág. 15, nota 1.

⁹⁷⁶ Pág. 16, continuação da nota 1 da pág. 15.

⁹⁷⁷ Pág. 5.

⁹⁷⁸ Págs. 8-9.

⁹⁷⁹ *Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, pág. 193, continuação da nota 68 da pág. 192.

plos dos séculos IX e seguintes nos quais figura a palavra *proprietas*”. Aliás, da leitura de documentos, dos séculos XII e XIII, da Chancelaria de Afonso Henriques e do Cartulário Baio-Ferrado do Mosteiro de Grijó, ou de origem vária, relativos à concessão de enfiteuse, verifica-se que, nesse período, não era raro o emprego da palavra *dominium* no sentido de propriedade,⁹⁸⁰ e, também, que, no século XIII, se empregavam as expressões *proprietas* e *propriedade*.⁹⁸¹ Por outro lado, BRAGA DA CRUZ,⁹⁸² com relação à persistência, no período da reconquista (séculos XII e XIII), da prescrição decorrente da posse de trinta anos, admitida na *Lex Visigothorum*, que a acolhera do direito romano, assim se manifestou contra CABRAL DE MONCADA:

“Não é difícil hoje, vinte anos volvidos — sobretudo com o auxílio dos cartulários leoneses que se tornaram de consulta acessível —, encontrar exemplos numerosos

⁹⁸⁰ Assim, por exemplo, nos documentos 41, 85, 99, 103, 109, 119, 131, 143, 211 e 249 (págs. 54, 114, 138, 143, 155, 171, 190, 206, 315 e 374) do vol. I — *Documentos da Chancelaria de Afonso Henriques — Das Chancelarias Medievais Portuguesas*, publicado por ABIAH ELISABETH REUTER; nos documentos 9, 10, 24, 27, 34, 35, 113, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 191, 193, 195, 196, 199, 201, 203, 204, 206, 216, 221, 272, 273, 283, 284, 287, 299 e 300 (págs. 20, 21, 35, 38, 45, 46, 109, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 179, 181, 183, 184, 186, 188, 190, 191, 193, 200, 205, 243, 252, 253, 255, 264 e 265) publicados por ROBERT DURAND em *Le Cartulaire Baio-Ferrado du Monastère de Grijó (XI^e-XIII^e siècles)*, e documento 147 (pág. 308) publicado por ALMEIDA COSTA em *Origem da Enfiteuse no Direito Português*.

⁹⁸¹ No documento 212 (pág. 358), de 29 de janeiro de 1292, publicado por ALMEIDA COSTA em *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, lê-se: “E non ne possades vender nem alhear nem herdar hy parente nem propinquo nem estrayo nem nenhũa outra pessoa ecclesiastica ou segral mays depos vossa morte devesse a volver aa PROPRIEDADE do nosso moesteyro cum toda melhoria e benffeytoria sen nenhũa outra caston”; e no documento 213 (pág. 359, *ibidem*), de 14 de setembro de 1292, declara-se: “... et sit nobis licitum per nos predictam uineam ad ius et PROPRIETATEM et possessionem nostri monasterio reuocare sine aliqua contradictione”.

⁹⁸² *A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval*, in *Obras Esparsas*, vol. I (*Estudos de História do Direito — Direito Antigo*), pág. 271.

e concludentes de que a prescrição de trinta anos, consagrada no Código Visigótico, continua a ser uma instituição bem viva através de toda a Reconquista, podendo afirmar-se afoitamente que a teoria romana da prescrição aquisitiva, trazida até nós, no séc. XIII, pela recepção do direito justinianeu, só constitui novidade quanto às prescrições de 3, 10, 20 e 40 anos; quanto à prescrição de trinta anos, a nova corrente não fez mais do que vir corroborar a tradição jurídica visigótica, que se manteve ainda em pleno vigor nesse momento.

Numa palavra, portanto: — Não é exato — como o sr. dr. MONCADA julgou poder inferir dos escassos elementos de que dispunha — que se tivesse perdido, no direito da Reconquista, a idéia de que a posse pode justificar, só por si, a aquisição do direito de propriedade.”

A existência da imprecisão no distinguir a posse da propriedade resulta, no direito português do período da reconquista, do relevo, nele, do instituto da *posse de ano e dia* que corresponde, inequivocamente, à *rechte Gewere* do direito germânico medieval, e que só é compatível com sistemas jurídicos, como este último, em que não há separação nítida entre a posse e a propriedade, mas, ao contrário, esta como que se confunde com aquela, que a faz presumir. Por isso mesmo, há substancial diferença, quando se confrontam os sistemas romano e germânico (e deste se aproxima o direito português dos séculos XII e XIII) no tocante à proteção judicial da propriedade: naquele, a propriedade é tutelada pela *rei vindicatio* (ação petitória, porque o autor alega ser proprietário e se dispõe a provar a existência de seu direito contra o réu que injustamente possui a coisa), ao passo que a posse, em si mesma, é protegida pelas ações possessórias, onde não se discute o direito de propriedade, mas, apenas, a posse; neste, a ação petitória e a ação possessória se confundem numa ação (a *Immobiliarklage*, que é a ação imobiliária germânica, com acentuado caráter criminal, e à qual corresponde, embora sem apresentar todas as suas características, a ação imobiliária do direito português desse período, a

demanda de bens de raiz), e isso porque, nesta, como observa MERÊA,⁹⁸³ seu centro de gravidade não está no ataque do reivindicante que alega o direito de propriedade, mas, sim, na *Gewere* em que consiste a defesa do réu contra a acusação, por parte do autor, de que ele possui injustamente, razão por que acentua aquele ilustre jurista português:

“Ao réu compete provar (jurar ou firmar) que a sua posse é justa, que não há razão para a acusação, e, portanto, para alterar o statu quo. Por isso ele é convidado a mostrar donde deriva a sua Gewere, o que na maioria dos casos se faz chamando à autoria o possuidor anterior.

Ora ao cabo de algum tempo (em regra um ano) essa prova torna-se desnecessária, por se entender que o silêncio do interessado redundava em benefício do possuidor; desde então basta que este mostre que possui a coisa legitimamente há mais de um ano à vista do demandante e sem que ele o contrariasse. Feito isso, a posse simples (Gewere) torna-se uma posse definitiva (rechte Gewere), o possuidor fica tendo uma posição inatacável, não sendo lícito tentar a prova de que a propriedade lhe não pertence.”⁹⁸⁴

Em virtude desse mecanismo, a *rechte Gewere* (a que corresponde a *posse de ano e dia*) é sucedânea do usucapião do direito romano, e talvez por isso os estatutos municipais portugueses — que, com poucas exceções, aludem a essa espécie de posse —⁹⁸⁵ são inteiramente omissos sobre a prescrição aquisitiva.⁹⁸⁶

⁹⁸³ Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, págs. 190-191.

⁹⁸⁴ *Idem*, pág. 191.

⁹⁸⁵ Vide, a propósito, GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, tomo VI, pág. 149.

⁹⁸⁶ Cfe. MERÊA, *Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, pág. 182, nota 46.

A *posse de ano e dia* só diz respeito a coisas imóveis. Originária do direito franco,⁹⁸⁷ havendo penetrado, no século XI, nas cidades da Península Ibérica próximas dos Pirineus (já se encontra nos *fueros* de Sobrarbe, de Jaca e de Santa Maria de Alquézar, todos da segunda metade do século XI) e se generalizado no decorrer do século XII (aparece, nos meados dessa centúria, em Portugal, nos forais das colônias francas da Estremadura),⁹⁸⁸ essa posse, que, como já se acentuou, corresponde à *Rechte Gewere*, se caracteriza pelo fato de que quem possui, com base em aquisição legítima, uma coisa imóvel por ano e dia (é esse o prazo mais comum, admitindo-se, porém, outros prazos também curtos),⁹⁸⁹ pública e pacificamente, passa a ter, com referência à coisa, posição privilegiada em face de terceiros. Divergem, porém, os autores quanto à natureza dessa posição. Não é sustentável, no entanto — como o demonstram os mais eminentes historiadores do direito português —⁹⁹⁰ a tese de GAMA BARROS,⁹⁹¹ que pretendia que tal posse, embora desvinculada da *usucapio* romana, conduzia, como esta, à proprie-

⁹⁸⁷ Cfe. CABRAL DE MONCADA, O “Tempo” e o “Trastempo” nos Costumes Municipais Portugueses, in *Estudos de História do Direito*, vol. II, pág. 51; BRAGA DA CRUZ, A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXV, págs. 17 e segs.; e ALAS, DE BUEN e RAMOS, *De la Usucapión*, n.º 47, pág. 56.

⁹⁸⁸ Cfe. BRAGA DA CRUZ, ob. cit., pág. 19.

⁹⁸⁹ Esse prazo de ano e dia, que deu nome a essa posse por ser, mais comumente, o exigido para que ela produza os seus efeitos, foi — no dizer de BRAGA DA CRUZ, ob. cit., pág. 5 — “objeto duma predileção especial por parte do direito foraleiro” e “se encontra consagrado (sobretudo nos *fueros* de Aragão e da Navarra) a propósito dos mais diversos casos em que a produção de efeitos de um ano ou dum fato jurídico fica dependente do decurso de um certo lapso de tempo”.

⁹⁹⁰ Assim, CABRAL DE MONCADA, A “Posse de Ano e Dia” nos Costumes Municipais Portugueses, in *Estudos de História do Direito*, vol. I, págs. 231 e segs.; BRAGA DA CRUZ, A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval, in *Obras Esparsas*, vol. I — *Estudos de História do Direito — Direito Antigo*, págs. 267 e segs.; e MERÊA, *Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, págs. 182 e segs.

⁹⁹¹ Ob. cit., tomo VI, págs. 138 e segs.

dade. Já CABRAL DE MONCADA⁹⁹² demonstrou que os estatutos municipais não declaram que o possuidor em nome próprio, decorrido ano e dia, se torna proprietário da coisa imóvel, mas usam da expressão *non respondeat*, com referência à ação que é intentada pelo antigo possuidor, expressão essa que, para o mesmo CABRAL DE MONCADA, significa que o réu deixa de ter obrigação de responder (*non respondeat*, isto é, não conteste com razões, fazendo prova) a quem propõe a ação para reavê-la, o que implica dizer que é aquele dispensado de provar a legitimidade de sua posse, invertendo-se, assim, o ônus da prova que incumbe ao autor e reivindicante,⁹⁹³ razão por que conclui o citado autor que a *posse de ano e dia* não era modo de aquisição da propriedade, mas

“... condição de revigoração jurídico desta última (posse), uma como manifestação de um estado ou posição que se presumiam legítimos, completando, senão suprimindo, a prova dessa legitimidade. A posse de “ano e dia” seria, com efeito, uma sólida presunção do direito do possuidor, cuja mais importante vantagem consistiria para ele na inversão dos princípios medievais relativos ao ônus, dispensando-o de a prestar e pondo esta a cargo dos terceiros que o demandassem.”⁹⁹⁴

Essa interpretação, todavia, foi combatida por BRAGA DA CRUZ e por MERÊA. Entende o primeiro que a *posse de ano e dia*, no direito hispânico medieval, não acarreta o domínio por usucapião, nem é simples posse reforçada, ficando em aberto a questão da propriedade; para ele,

“É antes uma figura sui generis, difícil de comparar com qualquer figura jurídica dos direitos modernos, que se situa mais no campo do direito processual do que

⁹⁹² A “Posse de Ano e Dia” nos Costumes Municipais Portugueses, in *Estudos de História do Direito*, vol. I, págs. 231 e segs.

⁹⁹³ *Idem*, págs. 251-252.

⁹⁹⁴ Ob. cit., págs. 259-260.

*no campo dos direitos reais. É um simples prazo de caducidade da ação reivindicatória, mas duma caducidade concebida de forma muito especial, pois só afeta os direitos daqueles que estavam em condições materiais e jurídicas de agir e que não o fizeram por simples desleixo ou indiferença”;*⁹⁹⁵

e arremata:

*“Não há dúvida de que a sua posição jurídica, como posição defensiva, equivale, na maioria dos casos, à posição dum verdadeiro titular do direito de propriedade, visto que a sua situação de possuidor privilegiado é bastante, na generalidade dos casos, para fazer paralisar a ação reivindicatória, que, contra ele, for intentada.”*⁹⁹⁶

Algo diversa é a tese de MERÊA⁹⁹⁷ — e é ela a que se nos afigura a mais bem fundamentada em face dos textos —, segundo a qual a *posse de ano e dia* não é instituto do tipo do usucapião, sendo antes reforço ou consolidação da posição jurídica do possuidor, à semelhança da *rechte Gewere*; quando esse prazo decorria, não havia propriamente caducidade da ação de reivindicação,⁹⁹⁸ mas o possuidor, embora não se tornasse proprietário, ficava em posição praticamente equivalente à deste, pois sua posse passava a ser invulnerável, exceto em relação às pessoas que não haviam podido agir, como sucedia com os ausentes e os menores.

⁹⁹⁵ Ob. cit., pág. 27.

⁹⁹⁶ Ob. cit., *ibidem*.

⁹⁹⁷ *Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, págs. 163 e segs.

⁹⁹⁸ Anteriormente, MERÊA, no *Resumo das Lições de História do Direito Português feitas no ano letivo de 1924-1925*, pág. 92, nota 1, acentuava:

“Segundo os costumes portugueses que restam, incluindo neles os foros dos concelhos de Cima-Coa, a posse do prédio durante um ano, sem impugnação e não deixando de o cultivar o povoador, tornava nula a ação para o reivindicar.”

Bem diversa era a disciplina, nesse mesmo período da reconquista (séculos XII e XIII), da posse de coisa móvel. É opinião dominante⁹⁹⁹ a de que o princípio *mobilia non habent sequelam* vigorou, em Portugal, nos séculos XII e XIII. É provável que sua origem também seja franca.¹⁰⁰⁰ Por ele, como observa BRAGA DA CRUZ, “a posse dos bens móveis legitima desde logo a sua aquisição, desde que o possuidor consiga demonstrar, quando essa posse for contestada, que os bens não foram perdidos nem roubados”.¹⁰⁰¹ Limita-se, assim — ao contrário do que ocorria no direito romano —, a reivindicação mobiliária, pois quem tinha a coisa móvel, se a perdera involuntariamente (por extravio, furto ou roubo), podia reavê-la de qualquer um por meio da *demande de haver móvel*,¹⁰⁰² que corresponde ao *Dritterhandverfahren*, mais conhecido por *Anefangsklage*, do direito germânico medieval; caso, porém, houvesse transferido voluntariamente a posse a outrem (assim, por exemplo, por a haver emprestado ou empenhado), se este se recusasse a devolvê-la, tinha aquele apenas ação pessoal para obter a restituição da coisa móvel ou a indenização correspondente, e se ela já

⁹⁹⁹ Entre outros, MERÊA, *Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo I, págs. 1 e segs. BRAGA DA CRUZ, *A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval*, in *Obras Esparsas*, vol. I, 1.ª parte — *Estudos de História do Direito — Direito Antigo*, pág. 261; VALDEAVELLANO, *La Limitación de la Acción Reivindicatoria de los Bienes Muebles en el Derecho Español Medieval*, in *Estudios Medievales de Derecho Privado*, págs. 47 e segs.

¹⁰⁰⁰ MERÊA, ob. cit., pág. 11, nota 20, escreve a propósito:

“Pode bem ser que se trate de uma importação franca. Embora não exista, a favor desta hipótese, o conjunto de circunstâncias que a tornam provável para o instituto da “posse de ano e dia”, é muito digno de notar que ambas as instituições se encontram no foro de Logroño do ano 1095, o qual, como ensina Muñoz (*Coleccion*, pág. 334), foi quase o foro geral dos povos da Rioja e Províncias Vascongadas.”

¹⁰⁰¹ Ob. cit., vol. I, pág. 261.

¹⁰⁰² Essa denominação é a adotada por MERÊA, *Os Limites da Reivindicação Mobiliária no Direito Medieval*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo I, pág. 31, nota 56.

houvesse sido transferida a terceiro, a posse deste terceiro, estivesse ou não de boa fé, era inatacável, quer por ação pessoal, quer por *demandam de haver móvel*. O princípio *mobiliam non habent sequelam*, no direito germânico medieval, se achava intimamente ligado à *Gewere* — lembre-se que, nesse sistema jurídico, não havia nítida distinção entre posse e propriedade, nem, portanto, entre reivindicação e ação possessória —,¹⁰⁰³ e

¹⁰⁰³ A respeito, escreve VALDEAVELLANO (*Compra a desconocidos y compra en el Mercado en el Derecho español medieval, in Estudios Medievales de Derecho Privado*, pág. 251:

“A diferença do Direito romano, os direitos populares germânicos desconheciam, como é sabido, uma ação reivindicatória dos bens — móveis ou imóveis —, que, como a *rei vindicatio* romana, emanasse do direito de propriedade e facultasse, em todos os casos, ao proprietário reclamar a restituição de sua coisa, sem limitação alguma, quando dita coisa se achava na posse de outro. No Direito germânico, com efeito, a proteção da propriedade coincidia com a proteção possessória, e a ação reivindicatória dominical se confundia, sobretudo no que dizia respeito aos bens móveis, com a proteção da *Gewere* ou posse germânica; era, pois, uma ação emanada desta enquanto se entendia por *Gewere* (= *uestidura*) a forma externa que aparentemente revestia um direito real e que podia ser a do exercício de um poder efetivo sobre a coisa, como a detenção material da mesma ou a participação em seu rendimento econômico, ou a de um direito de exercer esse poder, que se fundamentava na publicidade do ato constitutivo do direito real de que se tratasse” (“A diferencia del Derecho romano, los derechos populares germánicos desconocieron, como es sabido, una acción reivindicatoria de los bienes —, muebles o inmuebles —, que, al modo de la *rei vindicatio* romana, emanase del derecho de propiedad y facultase en todos los casos al propietario para reclamar la restitución de su cosa, sin limitación alguna, cuando dicha cosa se hallaba en la posesión de otro. En el Derecho Germánico, en efecto, la protección de la propiedad coincidía con la protección posesoria, y la acción reivindicatoria dominical se confundía, sobre todo por lo que afectaba a los bienes muebles, con la protección de la *Gewere* o posesión germánica; era, pues, una acción emanada de ésta en cuanto se entendía por *Gewere* (= *uestidura*) la forma externa que aparentemente revestia un derecho real

tem recebido diferentes explicações,¹⁰⁰⁴ das quais a atualmente mais seguida é a *teoria da publicidade* desenvolvida por MEYER:¹⁰⁰⁵ a *Gewere* era uma forma de publicidade do direito sobre a coisa, e, em se tratando de móvel, ela só se manifestava pela detenção física, que era a forma exterior e aparente do direito sobre coisa dessa natureza, razão por que, se sua perda fosse voluntária, não poderia seu titular reavê-la pela *Anefangsklage*.

52. *O renascimento do direito romano justiniano em Portugal*. Esse panorama, quer com relação a imóveis, quer com referência a móveis, se modifica com o renascimento do direito romano justiniano em Portugal, o que ocorre na segunda metade do século XIII.¹⁰⁰⁶

No correr dos tempos que se seguem, as concepções germânicas então existentes no direito português, ou desaparecem, ou, por influência dos elementos romano e canônico, se desvirtuam. Mas, isso se dá de forma lenta, e, muitas vezes, fragmentária e imprecisa.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ Vide VALDEAVELLANO, ob. cit., págs. 34 a 36.

¹⁰⁰⁵ *Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht*, págs. 1 e segs.

¹⁰⁰⁶ A propósito, MELO FREIRE, *Historiae Iuris Civilis Lusitani Liber Singularis*, § LXII, pág. 52; SECCO, *Manual Histórico de Direito Romano*, págs. 47 e segs.; HINOJOSA, *Historia del Derecho Romano*, vol. II, § 148, págs. 292 e segs.; e MATOS PEIXOTO, *Curso de Direito Romano — Parte Introdutória e Geral*, n.º 91, pág. 170.

¹⁰⁰⁷ A propósito, escreve CABRAL DE MONCADA (*O “Tempo” e o “Trastempo” nos Costumes municipais portugueses, in Estudos de História do Direito*, vol. II, pág. 27, nota 1):

“Um exemplo do modo fragmentário e por vezes impreciso com que as novas idéias jurídicas romanas foram recebidas na legislação dos concelhos, pode ver-se nas disposições de Gravão quanto ao *trastempo*, que já acima foram reproduzi-

y que podía ser la del ejercicio de un poder efectivo sobre la cosa, como la tenencia material de la misma o la participación en su rendimiento económico, o la de un derecho a ejercer ese poder, que se fundamentaba en la publicidad del acto constitutivo del derecho real de que se tratase”).

Em linhas gerais, observa MERÊA¹⁰⁰⁸ que a ação do romanismo, no tocante à posse, se faz sentir quanto a certos prazos de prescrição, à exigência da boa-fé, à distinção explícita da posse e da propriedade, ao reconhecimento de verdadeira prescrição aquisitiva no sentido romano (*usucapio, praescriptio*).

A distinção explícita entre posse e propriedade já se encontra em documento de 1306,¹⁰⁰⁹ em que a Coroa, em demanda com o Convento d'Entre Ambol-os Rios, em face de terceiro que alegava que a metade dos bens sobre os quais se litigava lhe pertencia por ser herdeiro de sua avó, desistia "de todo o direito que eu auya e deuya a auer nos diretos herdamentos também da POSSE como da PROPRIEDADE". O reconhecimento de que posse e propriedade eram nitidamente distintas facilitava a acolhida dos princípios romanos relativos à prescrição aquisitiva. Aliás — e CABRAL DE MONCADA o negou apenas por não dispor, quando escreveu, de documentos que, posteriormente foram divulgados —, a prescrição de trinta anos consagrada pela *Lex Visigothorum* perdurou durante o período da reconquista, como

¹⁰⁰⁸ Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, págs. 193-194.

¹⁰⁰⁹ A respeito, vide GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, tomo VI, pág. 154, nota 2.

das. Estes Costumes, adotando a prescrição dos dez anos, referem-se a ela, não como uma prescrição aquisitiva da propriedade, mas como uma prescrição extintiva do direito do proprietário perante o possuidor, usando uma terminologia parecida com a dos Costumes do norte em matéria de prescrição de ano e dia: — "... se a depois demandar non li respondam se a antes não demandou; quer dizer: depois de dez anos, o proprietário ficará sem ação contra o possuidor. Mas nós sabemos que nesse tempo já a posse de dez anos servia de base, não apenas a uma prescrição extintiva (lei de D. DINIS nas *Ord. Afons.*, IV, 108, 2 e 3), senão também a uma verdadeira prescrição aquisitiva, como se viu dos documentos dos séculos XIII e XIV, sendo portanto quase certo que este *trastempo* de Gravão, apesar do modo como está regulado, não pode também significar outra coisa."

já o salientou BRAGA DA CRUZ.¹⁰¹⁰ Em textos a partir da segunda metade do século XIII, há as expressões *tempo* e *trastempo*, para significar, respectivamente, a prescrição aquisitiva por dez anos, e a por trinta ou quarenta anos.¹⁰¹¹ *Trastempar*, nos textos da época, quer dizer *adquirir pelo tempo*.¹⁰¹²

No que concerne à *posse de ano e dia*, seu destino assim é descrito por BRAGA DA CRUZ:¹⁰¹³

"Quando o direito romano renascido começa a divulgar-se na nossa Península, no decurso do séc. XIII, e começa a divulgar-se, com ele, a teoria justinianéa da prescrição aquisitiva, a posse de ano e dia deixa de ser interpretada no seu sentido tradicional.

Forma-se em torno dela, uma atmosfera de grande incompreensão. As fontes falam da posse de ano e dia, ao lado dos longos prazos de posse exigidos pelo direito justinianeu para a prescrição aquisitiva, e não sabem dizer-nos, ao certo, qual é o lugar que deve ser atribuído à velha instituição, dentro do novo quadro jurídico em que pretendem encaixá-la.

E é só relativamente tarde que esta situação confusa se esclarece. A tendência dominante começa a ser, a partir de certo momento, a de considerar a posse de ano e dia uma posse prescrita, ou seja, uma posse que não conduz à propriedade e que não faz caducar sequer a ação de reivindicação, mas que dá ao possuidor o direito de recorrer à proteção interdital.

E nesse sentido — através duma evolução que seria impossível descrever aqui —, que a posse de ano e dia consegue projetar-se ao longo de toda a história do

¹⁰¹⁰ A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval, in *Obras Esparsas*, vol. I, 1.^a parte — *Estudos de História do Direito — Direito Antigo*, pág. 271.

¹⁰¹¹ Cfe. CABRAL DE MONCADA, ob. cit., pág. 19, nota 1.

¹⁰¹² Cfe. CABRAL DE MONCADA, ob. cit., págs. 20-21. VITERBO (*Elucidário*, vol. II, pág. 615) dá *prescrever* como um dos significados de *trastempar*.

¹⁰¹³ Ob. cit., págs. 285-286.

*direito português até os nossos dias, deixando marcada ainda a sua presença no art. 489 do nosso Código Civil: "Se a posse tiver durado por mais de um ano, será o possuidor sumariamente mantido ou restituído, enquanto não for convencido na questão da propriedade."*¹⁰¹⁴

Admite MERÊA,¹⁰¹⁵ com base em textos invocados por CABRAL DE MONCADA,¹⁰¹⁶ que, em Portugal, as últimas referências à *posse de ano e dia*, com as características que apresentava no período da reconquista, são do século XIV. Deles o mais significativo é uma carta de D. DINIS, de 1315, na qual ordena às Justiças do Reino que mantivessem o concelho do Porto na posse de certos terrenos e coisas, objeto de demanda entre ele e o bispo, que, revel, os deixara por mais de ano e dia na posse do referido concelho, posse essa em que este fora imitado pelo Tribunal do Rei por causa da revelia do adversário; nessa carta, lê-se: "E hora domjngos johanes e Jcham deguarda, procuradores do dito concelho, ueherom amym e disseronme que passaua per ano e dia e muyto mais que estaua em posse o dito concelho em logo de revellya das ditas cousas, como dito he, e queo dito bispo e cabido per ssy nem per outrem nom quyserom viynr purgar a revellya assy como he uso e costume da minha corte. E que pois o ano e dia era passado de direito e de costume ficauam pcr verdadeyros possuydores. E porque verdadeyros possuydores eram, pedironme que eu lhes desse uma carta para todallas minhas justiças que os manteuessem e defendessem em a dita posse. E eu ... mando a cadahuns de vós ... que esta minha carta uirdes que os mantenhades na posse das ditas cousas... e non soffrades a nenhum que lhes faça mal nem

¹⁰¹⁴ O Código Civil português a que se refere BRAGA DA CRUZ é a de 1867.

¹⁰¹⁵ Sobre a Posse de Ano e Dia no Direito dos Foros, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II, pág. 194.

¹⁰¹⁶ O "Tempo" e o "Trastempo" nos Costumes Municipais Portugueses, in *Estudos de História do Direito*, vol. II, págs. 2-3 (continuação da nota 2 da pág. 1) e 36, nota 1.

força sobrellas". O efeito da *posse de ano e dia* ainda é o da *rechte Gewere*.¹⁰¹⁷

Por outro lado, e à semelhança do que ocorreu na França — onde, até o século XIII, não se conheceram as ações possessórias —, em Portugal, a primeira alusão a ação verdadeiramente possessória correspondente aos interditos *retinendae possessionis causa e recuperandae possessionis causa* se acha numa lei de AFONSO III dos meados do século XIII, reproduzida nos *Portugaliae Monumenta Historica*,¹⁰¹⁸ e incluída no título 52 do livro III das Ordenações Afonsinas, tendo sido, posteriormente, confirmada e simplificada por lei de AFONSO IV, que também se encontra nas referidas Ordenações (livro III, título 53). Daí dizer CABRAL DE MONCADA:¹⁰¹⁹

"... no nosso direito, as ações possessórias intentáveis dentro de ano e dia e (relacionada com elas) a tutela da mesma posse de ano e dia, como verdadeira posse processualmente defendível, remontam ao tempo de AFONSO III, nos meados do século XIII, donde passaram para as Ord. Afons. III, 52 e 53, para as Man. III, 36, para as Filíp. III, 48, e para o Cód. Civil, arts. 482.º, n.º 4,

¹⁰¹⁷ A propósito, observa CABRAL DE MONCADA (ob. cit., pág. 3, final da nota que nela se encontra):

"Além disso, este documento de 1315 tem ainda o excepcional interesse de nos mostrar talvez um caso de posse absolutamente idêntica à *rechte Gewere* do direito alemão: o adquirente da coisa adquire-a por um ato público e judicialmente, e, passado um ano e um dia, sem que o seu direito seja contestado, a sua posse fortalece-se e torna-se uma posse privilegiada; não se transforma em propriedade, mas todas as justiças devem manter e defender o possuidor nessa situação. Cfe. o que sobre este mesmo documento diremos mais adiante a propósito das ações possessórias."

¹⁰¹⁸ *Leges*, I, pág. 301.

¹⁰¹⁹ O "Tempo" e o "Trastempo" nos Costumes Municipais Portugueses, in *Estudos de História do Direito*, vol. II, pág. 39, continuação da nota 1 da pág. 37.

487.º e 489.º. O ano e dia tornou-se assim condição para o exercício das ações possessórias.”

Com o triunfo do direito romano, desaparece, também, o princípio *mobilia non habent sequelam*, passando-se a admitir a reivindicação sem limites das coisas móveis, embora o sistema anterior — como adverte MERÊA —¹⁰²⁰ tenha deixado vestígios nas Ordenações Filipinas, livro III, título 31, com relação ao furto. A posse das coisas móveis, portanto, deixa de acarretar, por si mesma, a propriedade delas, o que, porém, pode resultar da *usucapio* (usucapião); concede-se-lhe, ademais, proteção possessória.

53. *A disciplina da posse no tempo das Ordenações — do século XV ao XIX.* Nas Ordenações Afonsinas — século XV —, é este o sistema que vigora em matéria de posse de coisa imóvel, na síntese de CABRAL DE MONCADA:¹⁰²¹

“As únicas posses que estas conhecem são, além da posse de ano e dia, as posses de dez ou vinte anos para a prescrição aquisitiva com justo título e boa fé, consoante for entre presentes ou entre ausentes, e ainda as posses de trinta e quarenta anos nos termos e com os efeitos com que as definiu o direito romano, apenas alterado pela correção canônica com a sua exigência de uma boa fé permanente, para poderem ser aquisitivas do domínio ou, ao menos, prescritivas da ação do proprietário. Cfr. Ordenações Afons. II, 9, I; III, 55, 2; e IV, 49, §§ 3 e 4.

Além disso, nas Ordenações a própria posse de ano e dia perdeu bastante da sua importância, quanto a certas vantagens que ela até aí assegurava ao possuidor. Compreende-se. Consagrado definitivamente o processo romano-canônico que, ao inverso do germânico, atribuía

¹⁰²⁰ Os Limites da Reivindicação Mobiliária no Direito Medieval, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo I, pág. 30, nota 55.

¹⁰²¹ Ob. cit., pág. 48, nota 1.

sempre ao autor o encargo da prova do direito invocado contra o réu, devia desaparecer por completo essa vantagem, que pela posse anual este tinha, de poder excepcionalmente colocar aquele em tal situação. De modo que a única importância que no nosso Código do século XV ainda foi conservada à posse de ano e dia foi, não só a relativa à determinação do foro competente para o julgamento das demandas acerca da posse em geral (Ord. III, 116), mas e sobretudo a relativa ao prazo para se poderem intentar as ações possessórias, como nos feitos de força nova ou esbulho violento (Ord. III, 52 e 53).”

Nos séculos XVI e XVII, os autores portugueses que se referem à posse são nitidamente influenciados pelos direitos romano e canônico, como interpretados pela doutrina do direito comum, até porque escassos os textos das Ordenações — inclusive das Filipinas —¹⁰²² relativos a essa matéria. Segue-se o

¹⁰²² LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA (*Direito das Coisas*, vol. I, páginas 29-30, nota 1), escrevendo em época em que ainda observávamos a disciplina sobre a posse como a estabelecia a legislação portuguesa anterior à independência do Brasil, advertia:

“A nossa legislação é totalmente omissa acerca da posse, sua natureza, modos de adquirir e perder. Existem apenas dispersas nas Ordenações Filipinas e em leis extravagantes algumas disposições relativas ao uso dos remédios possessórios. Neste importantíssimo assunto, como em tantos outros, continua a vigorar o Direito Romano com as modificações introduzidas pelo uso moderno e pela prática de julgar.”

MARNOCO E SOUZA (*História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, pág. 263), no tocante à influência do direito canônico sobre as Ordenações Filipinas, acentuava:

“A doutrina do direito canônico exerceu influência no nosso direito, porquanto ele admitiu a ação de espólio ou de força espoliativa contra o espoliador, seus herdeiros, ou terceiro, para quem passou a coisa, para que lha restituam com os seus direitos e interesses (Ord., liv. III, tit. LXXVIII, § 3.º e liv. IV, tit. XXXVIII).”

COELHO DA ROCHA (*Instituições de Direito Civil Português*, tomo II, §§ 433 e segs., págs. 349 e segs.) e CORREA TELLES (*Digesto Português*, I,

sistema romano pelo qual não se transmite automaticamente, com a morte do *de cuius*, a posse dos bens deste aos seus herdeiros, ao contrário do que então ocorria na França e na Itália; ¹⁰²³ a proteção possessória se faz, precipuamente, por meio de interditos *recuperandae possessionis causa* e *retinendae possessionis causa*; ¹⁰²⁴ admite-se a *quasi iuris possessio* (posse de direito), ¹⁰²⁵ abrangendo, também, direitos pessoais; ¹⁰²⁶ estabe-

¹⁰²³ ÁLVARO VALASCO, *Decisionum, Consultationum, ac Rerum Iudicatarum in Regno Lusitaniae Librum Secundum, Consultatio CXXVI* (*Opera Omnia Iuridica, Civilia, Canonica, et Feudalia, tomus secundus* págs. 67 e segs.); ÁLVARO VALASCO, *Praxis Partitionum et Collationum inter Haeredes secundum Ius Commune, ac Regium Lusitaniae, caput III* (*Opera Omnia Iuridica, Civilia, Canonica, et Feudalia, tomus tertius*, págs. 7 e 8); CALDAS PEREIRA, *Analyticus Commentarius, siue ad Typum Instrumenti Emptionis et Uenditionis Tractatus, caput XII, n.º 14* pág. 110; CALDAS PEREIRA, *De Uniuerso Iure Emphyteutico, Syntagma Tripartitum, Liber I, quaestio decima, n.º 10*, pág. 77; CALDAS PEREIRA *Consilia, consilium, II, n.º 10*, pág. 8; e PEGAS, *Tractatus de Competentiis inter Archiepiscopos, Episcoposue, et Nuntium Apostolicum cum potestate Legati a latere; et de eorum potestate, Pars II, caput XCVIII, § IV, n.º 200*, págs. 275-276.

¹⁰²⁴ MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana, II, caput X, De Interdictis*, págs. 239 e segs.

¹⁰²⁵ MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana, II, caput X, De Interdictis, n.ºs 4 e 22*, págs. 240 e 242; ÁLVARO VALASCO, *Tractatum de Iure Emphyteutico, quaestio XVIII* (*Opera Omnia Iuridica, Civilia, Canonica, et Feudalia, tomus quartus*, págs. 79 e segs.); ÁLVARO VALASCO, *Decisionum, Consultationum, ac Rerum Iudicatarum in Regno Lusitaniae Librum Secundum, Consultatio CXCI, n.º 7* (*Opera Omnia Iuridica, Civilia, Canonica, et Feudalia, tomus secundus*, pág. 218); e PEGAS, ob. cit., *Pars II, caput CLX, n.º 20*, pág. 351.

¹⁰²⁶ A propósito, com larga citação de autores dessa época, vide RUI BARBOSA, *Posse de Direitos Pessoais, in Obras Seletas* (X — Tra-

págs. 68 e segs.), tratando da posse, invocam os seguintes textos das Ordenações Filipinas, relativos, na sua quase totalidade, a processo: Liv. I, tit. 3, § 6; Liv. II, tit. 1, § 2; Liv. II, tit. 27, § 3; Liv. II, tit. 35, § 5; Liv. III, tit. 32, § 2; Liv. III, tit. 38, § 5; Liv. III, tit. 40. pr. e §§ 1, 2 e 3; Liv. III, tit. 45, § 10; Liv. III, tit. 48, pr. e § 5; Liv. III, tit. 78, §§ 3 e 5; Liv. III, tit. 86, §§ 5 e 16; Liv. IV, tit. 48, § 7; Liv. IV, tit. 54, § 4; Liv. IV, tit. 57, pr.; Liv. IV, tit. 58, pr. e §§ 1, 2, 3, 4 e 5; e Liv. IV, tit. 95, § 2.

lecem-se presunções para facilitar a prova da posse. ¹⁰²⁷ PEGAS, no século XVII, no *Tractatus de Competentiis inter Archiepiscopos, Episcoposue, et Nuntium Apostolicum cum potestate a latere; et de eorum potestate, pars II, caput XCVIII, § IV*, examina, com clareza e síntese, vários aspectos — inclusive de caráter teórico — referentes à posse (o que é; como se distingue da detenção; sua natureza — se fato ou direito —; modos por que se adquire), apoiando-se largamente em textos romanos e em autores como ACÚRSIO, DONELO, DUARENO, HOTOMANO, MENÓCHIO. ¹⁰²⁸

Esse panorama não se altera até os meados do século XVIII. ¹⁰²⁹ Na segunda metade dele, porém, dois fatos significativos vão ocorrer: o Alvará de 9 de novembro de 1754 e o Assento da Casa da Suplicação de 16 de fevereiro de 1786. Pelo Alvará, em contraposição aos princípios romanos até então seguidos no direito português, introduziu-se a regra, que os franceses traduziam com a expressão *le mort saisit le vif*, segundo a qual a posse civil dos bens hereditários se transmitia, automaticamente, no momento mesmo da morte do *de cuius*, aos seus herdeiros testamentários ou legítimos. ¹⁰³⁰ Era o princípio da *saisine*

¹⁰²⁷ AGOSTINHO BARBOSA, *De Axiomatibus Iuris usu frequentioribus, Axioma CLXXXII, 1 e 3* (*Tractatus Uarii*, págs. 109 e 110); e CALDAS PEREIRA, *Analyticus Commentarius, siue ad Typum Instrumenti Emptionis et Uenditionis Tractatus, caput XXV, n.º 29*, pág. 283.

¹⁰²⁸ Págs. 252 e segs.

¹⁰²⁹ Como se vê, entre outros, em CORDEIRO, *Dubitationes in foro frequentes, more iuridico disputatas*, especialmente na *Pars II Tract. IV De Interdictis*, págs. 103 e segs.; SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, ad Ord. Lib. 3, Tit. 48* (*tomus secundus*, págs. 1 e segs.), *ad Ord. Lib. IV, Tit. I* (*tomus quartus*, págs. 6 e segs.); e VANGUERVE CABRAL, *Prática Judicial, Part. II, cap. XXXI*, págs. 139 e segs., e *Part. IV cap. XIX, n.ºs 150 a 160*, págs. 330-331.

¹⁰³⁰ Reza esse Alvará:

“Querendo evitar os inconvenientes que resultam de se tomar posse dos bens das pessoas, que falecem, por outras

balhos Jurídicos), págs. 13 e segs.; LINO DE MORAES LEME, *Posse dos Direitos Pessoais*, págs. 46 a 56; e LACERDA DE ALMEIDA, *Leituras sobre a posse, XVIII, in Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal de BENTO DE FARIA, vol. LXXXIII*, págs. 427 a 432.

francesa, com a aquisição da posse *ex lege*, e, portanto, independentemente da apreensão dos bens pelo herdeiro. Já o Assento da Casa da Suplicação — o de n.º 319 —, ¹⁰³¹ baixado para a interpretação do Alvará antes referido, estabeleceu, na decisão sobre o segundo quesito que lhe fora proposto, que as pessoas a que aludia o Alvará para a transmissão da posse nos bens de Morgado não eram designadas taxativamente, mas exemplificativamente, e, assim, “porque o direito da transmissão da posse se regula por muitos diferentes princípios, os quais se dirigem a impedir o enorme abuso, que se fazia, de se apossarem pessoas estranhas dos bens vinculados, e ainda aqueles em grau remoto e incerto, a quem verdadeiramente não pertencia o direito da sucessão, nem o domínio dos bens; e nesta precisa e justa consideração, havendo um parentesco próximo, em que se verifique, sem dependência de maior discussão, a certeza e preferência indubitável deste direito, se deve julgar transmissível a posse, até para se não seguir q visível absurdo de se julgar nos interditos restitutorios, e nos outros casos ocorrentes no Foro, a referida posse àquele mesmo, a que pelo processo e evidência notória dos Autos, se depreende não lhe dever ser julgada a propriedade”. Essa parte final deu margem à controvérsia sobre se teria, ou não, esse Assento admitido, no direito português, mesmo no *interdito unde ui* (ação de força, ou ação de espólio), a

¹⁰³¹ Coleção Cronológica dos Assentos das Casas da Suplicação e do Cível, págs. 345-348.

ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade deles, sou servido ordenar que a posse civil, que os defuntos em sua vida houverem tido, passe logo nos bens livres aos herdeiros escritos, ou legítimos; nos vinculados, ao filho mais velho, ou neto, filho do primogênito, e, faltando este, ao irmão ou sobrinho, e sendo morgado, ou prazo de nomeação, à pessoa, que for nomeada pelo defunto ou pela lei.

A dita posse civil terá todos os efeitos da posse natural sem que seja necessário que esta se tome; e, havendo quem pretenda ter ação aos sobreditos bens, a poderá reduzir sobre a propriedade somente, e pelos meios competentes; e para este efeito revogo qualquer lei, ordem, regimento, ou disposição em contrário” (*apud* MANUEL RODRIGUES JÚNIOR, *A Posse*, páginas 264-265).

exceção de domínio, ¹⁰³² que, geralmente, em face dos textos das Ordenações Filipinas, se entendia cabível, desde que provada a propriedade *in continenti*, na ação de manutenção de posse. ¹⁰³³

No último decênio do século XVIII, ¹⁰³⁴ MELO FREIRE, nos livros III (*De iure rerum*) ¹⁰³⁵ e IV (*De obligationibus et actionibus*) ¹⁰³⁶ das *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, expõe, sinteticamente, a disciplina da posse no direito português de sua época. Ele a conceitua, com base no D. 41, 3, 3, como “a faculdade natural de ter a coisa com *animus sibi habendi*”, ¹⁰³⁷ e a distingue da *simples detenção* (a do louco) e da *detenção em nome alheio* (a do inquilino, do procurador). Em muitos pontos — adverte — a posse se diferencia da propriedade. Adquire-se a posse “somente com a nossa intenção, e materialmente, isto é, por fato, ou nosso, ou alheio”, ¹⁰³⁸ sendo que, neste último caso (*facto alieno*), por meio de procurador, de tutor ou de curador. Para mantê-la, basta a persistência do *animo*, não sendo necessário que “materialmente sempre tenhamos a coisa”. ¹⁰³⁹ Perde-se a posse se “a faculdade natural de ter a coisa cessa”, ¹⁰⁴⁰ ou quando a coisa “não mais pode ser objeto de detenção”, ¹⁰⁴¹ ou se

¹⁰³² Vide, a propósito, MANUEL RODRIGUES JÚNIOR, *A Posse*, págs. 385 (e nota 3) e 386; e, no tocante aos autores brasileiros que examinaram essa questão, NESTOR DIÓGENES, *O Artigo 505 do Código Civil (Compatibilidade das ações petitórias com as ações possessórias)*, págs. 7 a 29.

¹⁰³³ Nesse sentido, MELO FREIRE, *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, Liber IV, Tit. VI, §§ XXX e XXXI; CORREA TELLES, *Doutrina das Ações*, § 188, pág. 102, nota 403, e § 191, pág. 104, nota 416; e PAIS DA SILVA, *apud* MANUEL RODRIGUES, *ob. cit.*, pág. 385, nota 3.

¹⁰³⁴ A primeira edição dos livros III e IV das *Institutiones Iuris Civilis Lusitani* é, respectivamente, de 1791 e de 1793 (cf. BEZERRA CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, tomo II (1769-1822), pág. 116, nota 54).

¹⁰³⁵ Tit. II, §§ V a IX.

¹⁰³⁶ Tit. VI, §§ XXX a XXXII.

¹⁰³⁷ “Naturalis facultas rei insistendi animo sibi habendi.”

¹⁰³⁸ “Animo tantum nostro, et corpore, id est, facto siue nostro, siue alieno.”

¹⁰³⁹ “Corpore semper rei insistamus.”

¹⁰⁴⁰ “Naturalis facultas rei insistendi desinit.”

¹⁰⁴¹ “Detineri amplius non potest.”

“o possuidor resolva não mais querer possuir”,¹⁰⁴² ou, finalmente, quando “é manifesto que há direito de outrem”.¹⁰⁴³ Em seguida, examina MELO FREIRE as várias divisões que a posse comporta: posse judicial ou extrajudicial; posse natural ou civil; posse nova, antiga, breve, longa, muito longa, ou imemorial (distinções importantes para o usucapião). Não deixa de observar que a *simples detenção* não é posse, e, portanto, não produz qualquer efeito jurídico. Alude — acentuando que se afasta dos princípios do direito romano — à aquisição da posse *ipso iure*, em virtude do Alvará de 9 de novembro de 1754, e observa que, já pelas Ordenações Filipinas, livro IV, título 95, a esposa, com o falecimento do marido, adquire, automaticamente, a posse dos bens da herança. E, quanto aos efeitos da posse, adverte que o possuidor pode dispor dela transferindo-a a outrem, bem como defendê-la judicialmente por meios dos interditos, agindo “ou para adquirir, ou para reter, ou para recuperar a posse”.¹⁰⁴⁴ Mais adiante, no livro IV, no título concernente às ações (tit. VI, §§ XXX, XXXI e XXXII), MELO FREIRE estuda os interditos *retinendae possessionis causa*, *recuperandae possessionis causa* e *adipiscendae possessionis causa*. Os *retinendae possessionis causa* visam à manutenção da posse de coisas móveis ou imóveis e da *quasi possessio*; deles não podem valer-se os detentores, e não se ilidem pela exceção de domínio, salvo se este for provado *incontinenti* (assim deve ser entendido o preceito das Ordenações Filipinas, livro III, título 40, § 2). Os *recuperandae possessionis causa* são concedidos aos possuidores¹⁰⁴⁵ e os detentores em nome alheio, no caso

¹⁰⁴² “Possessor constituat se nolle amplius possidere.”

¹⁰⁴³ “De iure alterius certo constat.”

¹⁰⁴⁴ “Uel ad adipiscendam, uel ad retinendam, uel ad recuperandam possessionem.”

¹⁰⁴⁵ Inclusive quando se trata de *quasi iuris possessio*, que abarca, também, direitos pessoais (“Datur etiam pro recuperanda possessione, uel quasi, rerum mobilium, et incorporalium, ueluti iurisdictionis, honoris, uel iuris alterius cuiusvis. Portug. de donat. lib. II, cap. XIII, n.º 139, Reinos. *Obseruat.* 62, n.º 4”) (“Concede-se, também, para recuperar a posse, ou a quase-posse, de coisas móveis, e incorpóreas, como do direito de jurisdição, do direito honorífico, ou de qualquer

de esbulho, não se admitindo neles a exceção de domínio (“a exceção de domínio não tem lugar aqui, a qual, certamente, é recusada por aversão ao esbulho, Ordenações, livro 3, título 40, § 2; título 78, § 3; e livro 4, título 58, parte inicial”).¹⁰⁴⁶ Finalmente, os *adipiscendae possessionis causa* são outorgados aos herdeiros testamentários ou legítimos para entrar na posse dos bens hereditários que se encontram em poder de terceiro.

No princípio do século XIX, MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA — LOBÃO —, em algumas de suas várias obras (especialmente, nas *Notas a Melo*, parte III, e no *Tratado Enciclopédico, Compendiário, Prático, Sistemático dos Interditos, e remédios possessórios gerais, e especiais; conforme o direito romano, pátrio e uso das Nações*) expõe, com mais largueza, os princípios possessórios no direito português. No essencial, não diverge de MELO FREIRE, mas o complementa. Merece destaque a observação de que, embora, dentre as várias definições de posse, “a mais adequada e universal pelos mais eruditos” seja a segundo a qual “posse é detenção com *animus dominantis*, ou *affectus domini*”,¹⁰⁴⁷ “nenhuma das definições que excogitaram os DD. 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 *animo e affecto de reter a causa como sua*”.¹⁰⁴⁸ Quanto à exceção de domínio, entendia LOBÃO que era errôneo “admitir-se matéria de propriedade contra a índole, e natureza

¹⁰⁴⁶ “Exceptio domini locum hic nullum habet, quippe quae in eodum spoli reicitur. Ord. lib. 3, tit. 40, § 2, tit. 78, § 3, et lib. 4, tit. 53, in princ. vers.”

¹⁰⁴⁷ “Possessio est detentio cum animo dominantis, seu affectu domini.”

¹⁰⁴⁸ *Notas do Uso Prático e Críticas (Notas a Melo)*, Parte III, págs. 69 e 70. Sobre essa posse, *vide*, ainda, o *Tratado Prático dos Morgados*, também de autoria de MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, capítulo XIII, Seção I, págs. 226 a 232.

outro direito. PORTUGAL, *De donationibus*, livro II, capítulo XIII, n.º 139: REINOSO, *Obseruat.* 62, n.º 4”).

deste remédio possessório de Manutenção”,¹⁰⁴⁹ mas que, com relação aos interditos restitutorios, e prescindindo do Assento de 16 de fevereiro de 1786, a interpretação dos textos das Ordenações permitia concluir pela admissibilidade dela quando não houvesse *força verdadeira* (esbulho com violência efetiva) e o domínio se provasse *incontinenti*.¹⁰⁵⁰

54. *A posse no Brasil, após a independência — a Consolidação das Leis Civis.* Era esse o panorama do direito lusitano no tocante à posse — e, portanto, eram esses os princípios pelos quais a posse era disciplinada no Brasil —, quando, em 1822, ocorreu nossa independência política. Em seguida, a lei de 20 de outubro de 1823 determinou que continuavam em vigor, no território brasileiro, as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados. E a Constituição de 1824, no n.º XVIII do art. 179, declarou: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Quase um século, porém, iria transcorrer, antes que entrasse em vigor o Código Civil brasileiro.

Nos meados do século passado, como trabalho preparatório desse Código, foi confiada a TEIXEIRA DE FREITAS a elaboração da consolidação do direito privado em vigor em nosso país. Concluída e aprovada, em 1858, a *Consolidação das Leis Civis*, dela se vê que continuavam a vigorar, no Brasil, os princípios sobre a posse que nos haviam sido transmitidos pelo direito português. Poucos, em verdade, eram eles, pois, também nesse terreno, se aplicavam estas palavras que TEIXEIRA DE FREITAS, a respeito da pobreza das Ordenações Filipinas em matéria civil, escreveu na *Introdução* da citada obra:

¹⁰⁴⁹ *Tratado Enciclopédico, Compendiário, Prático, Sistemático dos Interditos, e especiais; conforme o direito romano, pátrio, e uso das Nações*, § 101, nota, pág. 75.

¹⁰⁵⁰ Ob. cit. na nota anterior, §§ 237 a 239, págs. 197-198.

“Aquelas Ordenações, que são pobríssimas, reclamavam copioso suplemento. Seus colaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido acusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportaram-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente a autorizaram mandando até guardar as glosas de ACÚRSIO, e as opiniões de BÁRTOLO e mais Doutores.

Essa franqueza, que a Ord. L. 3.º T. 64 igualmente estendera ao Direito Canônico; a famosa Lei de 18 de agosto de 1769, que deu largas ao arbítrio com o título de — boa razão; e outro subsídio dos — estilos, e costumes —; tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiais estranhos, ultrapassando mesmo as raías dos casos omissos. As coisas têm chegado a tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que os invadiram.”¹⁰⁵¹

Entre outros princípios — os mais deles se encontram nos arts. 811 a 821 e 1.319 a 1.333, que tratam, respectivamente, dos interditos possessórios e da prescrição aquisitiva —, mantinham-se na *Consolidação das Leis Civis* (e isso por estarem em vigor no Brasil dessa época), invocando-se o Alvará de 9 de novembro de 1754 e o Assento de 16 de fevereiro de 1786, a transmissão *ex lege* da posse do *de cuius* a seus herdeiros legítimos e testamentários (arts. 978 e 1.025),¹⁰⁵² bem como a invocação da *exceção de domínio* nos interditos possessórios

¹⁰⁵¹ Págs. XXXII e XXXIII.

¹⁰⁵² “Art. 978. Na sucessão a intestado a posse civil dos falecidos transmite-se logo a seus herdeiros com todos os efeitos da posse natural, não sendo necessário que esta se tome”; e

“Art. 1025. Os herdeiros escritos, do mesmo modo que os legítimos, têm nos bens da herança a posse civil, de que trata o Art. 978, com todos os efeitos da posse natural.”

Em nota ao primeiro desses dispositivos, TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação das Leis Civis*, pág. 581, nota 33) observa:

“Alv. de 9 de novembro de 1754. — *Le mort saisit le vif* — diz-se no Direito Francês.”

(art. 818: “Todavia, não se deve julgar a posse em favor daquele, a quem se mostra evidentemente não pertencer a propriedade”). Quanto a este, anotava TEIXEIRA DE FREITAS:

“Ass. de 16 de fevereiro de 1786, 2.º quesito. Eis uma interpretação luminosa, para não seguir-se (como diz o Ass.) um absurdo visível.”¹⁰⁵³

55. O Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS. A 10 de janeiro de 1859, era contratado TEIXEIRA DE FREITAS para redigir um projeto de Código Civil. O resultado desse trabalho foi o *Esboço*, que ficou incompleto, por não haver o governo concordado com a alteração, proposta por FREITAS, de, ao invés de um, se elaborarem dois códigos: um geral e outro especial.

No *Esboço*, cuja publicação se iniciou em 1860, TEIXEIRA DE FREITAS disciplina a detenção e a posse separadamente. A detenção vem regulada no capítulo III (“Da simples detenção”) do Título IV (“Das obrigações derivadas de fatos que não são atos”) da Seção III (“Dos direitos pessoais nas relações civis”) do Livro segundo (“Dos direitos pessoais”), arts. 3.615 a 3.623. Já a posse vem disciplinada em diversos lugares da Seção I (“Dos direitos reais em geral”) do Livro terceiro (“Dos direitos reais”), a saber: no capítulo único (“Da posse”) do Título I (“Da natureza dos direitos reais”), arts. 3.709 a 3.729; no capítulo II (“Da aquisição da posse”) do Título II (“Da aquisição dos direitos reais”), arts. 3.811 a 3.840; no capítulo I (“Das obrigações e dos direitos inerentes à posse”), arts. 3.847 a 3.857, no § 6.º (“Dos efeitos da reivindicação — da posse de boa fé; da posse de má fé”) do capítulo II (“Das ações reais”), arts. 3.959 a 3.991, e no capítulo III (“Dos remédios possessórios”) e seu parágrafo único (“Das ações possessórias”), arts. 4.012 a 4.054, todos do Título III (“Dos efeitos da aquisição dos direitos reais”); e no capítulo único (“Da perda da posse”) do Título IV (“Da extinção dos direitos reais”), arts. 4.061 a 4.070.

¹⁰⁵³ *Consolidação das Leis Civis*, pág. 492.

É manifesta a influência exercida, no *Esboço*, por SAVIGNY¹⁰⁵⁴ e pelo Código da Prússia.¹⁰⁵⁵ Vários de seus artigos, no tocante à posse, se inspiram no *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* (ALR).¹⁰⁵⁶ Por vezes, porém, a nomenclatura é análoga, mas o sentido diferente. É o que ocorre com a *simples detenção*, com a *posse perfeita* e com a *posse imperfeita*, denominações utilizadas por TEIXEIRA DE FREITAS e que correspondem a expressões empregadas pelo Código prussiano (*blosser Inhaber*, simples detentor; *vollständiger und unvollständiger Besitz*, geralmente traduzidas para o francês por *possession parfaite et imparfaite*, posse perfeita e imperfeita),¹⁰⁵⁷ mas que têm sentido diverso do destas. A *simples detenção*, como disciplinada no *Esboço*, abarca não apenas os casos de detenção do Código da Prússia, mas também alguns de posse imperfeita (*unvollständiger Besitz*);¹⁰⁵⁸ e a distinção entre *posse perfeita* e *posse imperfeita*, como estabelecida no *Esboço*, se assenta, principalmente, nos conceitos de *domínio perfeito* e de *domínio imperfeito* adotados por TEIXEIRA DE FREITAS,¹⁰⁵⁹ o que não sucede com o *vollständiger und unvollständiger Besitz*, sendo que, ainda, a *posse imperfeita* abarca, tam-

¹⁰⁵⁴ Na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, pág. CLIX, nota 282, logo depois de citar SAVIGNY, acrescenta TEIXEIRA DE FREITAS: “Todas as nossas idéias sobre a posse são as mesmas deste Escritor.”

¹⁰⁵⁵ Nas notas que após aos artigos do *Esboço*, TEIXEIRA DE FREITAS invoca várias vezes o Código da Prússia (assim, vol. I, págs. 10, 29, 91, 121, 138, 158, 183; e vol. II, pág. 410).

¹⁰⁵⁶ Eis alguns exemplos, com a correspondência entre parênteses: art. 3.724 (§§ 21 e 22), art. 3.725 (§§ 24 e 25), art. 3.726 (§§ 26, 28, 30, 32, 33 e 34), art. 3.812 (§§ 109 e 110), art. 3.834 (§§ 46 e 47).

¹⁰⁵⁷ Vide, a propósito, CORNIL, *Traité de la Possession dans le Droit Romain*, pág. 502.

¹⁰⁵⁸ Com efeito, pelo art. 3.617, 1.º, do *Esboço*, o locatário e o comodatário são detentores, ao passo que, segundo o direito prussiano, são possuidores imperfeitos (cfe. DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, erster Band* § 149, 1, pág. 332).

¹⁰⁵⁹ Examinaremos esses dois conceitos, mais adiante, no texto.

bém, as hipóteses de exercício de direito real sobre coisa alheia *exercível* pela posse.¹⁰⁶⁰

A disciplina da detenção e da posse, no *Esboço* — à semelhança, ainda, do que ocorre no Código da Prússia —, é muito minuciosa, razão por que só destacaremos seus preceitos mais significativos.

Quanto à *simples detenção*, ela ocorre nos dois casos aludidos no art. 3.615: 1.º) quando alguém se achar na possibilidade material de exercer atos dominicais sobre alguma coisa, mas sem intenção de possuí-la, nem em seu nome, nem em nome de outrem; 2.º) quando alguém, por si ou por outrem, se achar na possibilidade de exercer atos dominicais sobre alguma coisa, mas só com a intenção de possuí-lo em nome de outrem. Este último abarca várias hipóteses, assim arroladas no art. 3.617:

a) quem possuir em nome de outrem, ainda que com direito pessoal de deter a coisa, como o locatário, e o comodatário;

b) quem possuir em nome de outrem sem direito de obter a coisa, como o depositário, empreiteiro, mandatário, e qualquer representante;

c) quem transmitiu a posse da coisa, e se constituiu possuidor em nome do adquirente;

d) quem continuar a possuir a coisa depois de cessado o direito de possuí-la, como o usufrutuário findo o tempo do usufruto, e o credor anticrético ou pignoratício paga a dívida;

e) quem continuar a possuir a coisa depois de sentença que anular seu título, ou que lhe negar o direito de possuí-la; e

f) quem continuar a possuir a coisa depois de conhecer que a outrem pertence o direito de possuí-la ou a posse.

As obrigações do detentor vêm largamente reguladas nos arts. 3.620 a 3.623. E — note-se —, no art. 3.711, ao aludir-se à detenção de alguma coisa, se esclarece que isso ocorre quando há a possibilidade material de dispor dela.

¹⁰⁶⁰ Art. 3.713, 2.ª parte, *in fine* (“Imperfeita, quando só tiver a intenção de ser dono ou condômino imperfeito dela, ou de exercer sobre coisa alheia direito real exercível pela posse”).

No tocante à posse, segue TEIXEIRA DE FREITAS a concepção subjetiva, ao consignar, no art. 3.709, que “haverá posse, quando alguém, por si ou por outrem, se achar na possibilidade de exercer atos dominicais sobre alguma coisa com a intenção de ter direito de possuí-la”. Mais adiante, no art. 3.713, distingue a *posse perfeita* da *posse imperfeita*, acentuando que aquela se dá “quando o possuidor tiver a intenção de ser dono ou condômino perfeito da coisa”, ao passo que esta existe quando o possuidor “só tiver a intenção de ser dono ou condômino imperfeito dela, ou de exercer sobre coisa alheia direito real exercível pela posse”. Essa distinção se prende à que FREITAS faz entre *domínio perfeito* e *domínio imperfeito*: aquele “é o direito real perpétuo de uma só pessoa sobre sua substância e utilidade” (art. 4.072); este “é o direito real resolúvel, ou fiduciário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria, móvel ou imóvel; ou o reservado pelo dono perfeito de uma coisa, que aliena somente seu domínio útil” (art. 4.300), hipótese esta que ocorre quando o dono perfeito da coisa a alienar, reservando, porém, para si o domínio direto, a nua-propriedade ou a quase-nua-propriedade (art. 4.301). Há domínio direto, quando o dono perfeito constitui enfiteuse; nua-propriedade, em caso de constituição de usufruto; e quase-nua-propriedade, quando se constituem direito real de uso ou direito real de habitação (arts. 4.316, 4.322 e 4.330). Portanto, para o *Esboço*, quem exerce de fato direito real sobre coisa alheia *exercível* pela posse não é possuidor desse direito real, mas possuidor imperfeito da coisa, e isso porque o *Esboço*, ao contrário do Código da Prússia (que, no § 9.º do título sobre a detenção e a posse, estabelece que o possuidor imperfeito da coisa é possuidor perfeito do direito que ele se arroga sobre essa coisa), não conhece a posse de direito,¹⁰⁶¹ como, aliás, resulta, expressamente, do art. 3.833, 2.ª par-

¹⁰⁶¹ Já o acentuara CLOVIS BEVILAQUA (“Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro”, *in Projeto do Código Civil Brasileiro — Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. I, pág. 33, nota 89, *in fine*):

“O *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 3.833, também não aceita a posse dos direitos.”

te, *in fine*: “Bens que não forem coisas (arts. 319, 320 e 3.733) não são susceptíveis de posse, ainda que sejam direitos susceptíveis de exercício reiterável ou contínuo.”¹⁰⁶² Ademais, estabelece FREITAS várias presunções, como, por exemplo, nos arts. 3.712, 3.715, 1.^a parte, e 3.722.¹⁰⁶³ Inspirando-se diretamente no Código prussiano, disciplina as posses de boa ou de má fé adquiri-

¹⁰⁶² Em nota ao art. 317, que é o primeiro que diz respeito às coisas em geral, salientava TELXEIRA DE FREITAS (vol. I, pág. 185):

“Para este Projeto não há coisas, que, no dizer de Bentham, não sejam coisas. Entende-se por coisas somente os objetos corpóreos, e fique portanto em esquecimento a divisão que fez o Direito Romano, e que fazem todos os Códigos, de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, atribuindo à palavra um sentido amplíssimo, e fazendo-a compreender tudo quanto pode ser objeto (Rom., § 113), ou pelo menos tudo quanto faz parte integrante do patrimônio na opinião de outros (Pellat, *Propriété*, n.º 6. Not.).

Nada mais incoerente do que nas chamadas coisas corpóreas considerar isoladamente o objeto material sobre que recai o domínio fazendo-se abstração deste primeiro direito real; ao passo que, nas chamadas coisas incorpóreas, prescinde-se ao contrário do objeto dos outros direitos, atendendo-se unicamente a estes, ou sejam reais — *iure in re aliena* — ou sejam pessoais.”

¹⁰⁶³ “Art. 3.712. Quem começou a possuir em seu próprio nome tem por si a presunção de que continua possuindo em seu próprio nome, até que se prove que começou a possuir em nome de outrem.

Em caso de dúvida julgar-se-á que continuou a possuir em seu próprio nome”;

“Art. 3.715. A posse tem por si a presunção de legítima, até que se prove que é ilegítima, tanto quanto no Título 3.º, Capítulo 2.º, desta Seção admite-se tal prova contra a posse de coisas móveis.

.....”; e
 “Art. 3.722. Presume-se a intenção de ocultar aquisição da posse, quando se a tomou em ausência do possuidor, ou em hora imprópria, ou com precauções para subtraí-la ao conhecimento de quem tinha direito de opor-se.”

das por corporações e sociedades (art. 3.726).¹⁰⁶⁴ Admite a transmissão automática da posse dos bens hereditários aos herdeiros, como se infere dos arts. 3.811 e 4.024,¹⁰⁶⁵ não obstante não haja chegado a escrever o Livro IV, onde regularia as “aquisições por herdeiros e legatários da posse de bens de heranças”. No art. 3.821, caracteriza os atos possessórios, no concernente a imóveis: “são atos possessórios, tratandose de imóveis, sua cultura, princípio dela, percepção de seus frutos, ou corte de madeiras; sua demarcação, ou tapagem; qualquer edificação, construção, ou reparação, que neles se faça; e, em geral, sua ocupação de qualquer modo, bastando até o ato de neles entrar ou em alguma de suas partes”. Ocupa-se, no art. 4.022, com a prova da posse, que se faz: “1.º) pela prova da aquisição dela, isto é, da tomada de posse por qualquer dos modos designados nos arts. 3.813 a 3.826” e “2.º) pela do exercício de atos possessórios (art. 3.821), ou sejam do próprio possuidor, ou de outrem por ele, como seu mandatário, dependente, pessoa de sua família, e simples detentor ou possuidor imperfeito”. Proíbe, no art. 4.027, a cumulação do petitório com o

¹⁰⁶⁴ “Art. 3.726. A boa ou má fé da posse adquirida por corporações e sociedades julgar-se-á do seguinte modo:

1.º Será de má fé, quando a maioria dos membros sabia da ilegitimidade dela.

2.º A má fé da minoria não prejudicará a boa fé da maioria.

3.º Se o número de membros de boa fé for igual ao dos membros de má fé, a posse julgar-se-á de má fé.

4.º Reputar-se-á boa ou má fé da corporação ou sociedade a da posse adquirida por seus representantes.

5.º Se alguns dos representantes forem de boa fé, e outros de má fé, procede o disposto sobre a boa ou má fé dos membros.

6.º Se a posse foi adquirida por agentes ou empregados da corporação ou sociedade, a boa ou má fé, julgar-se-á como está disposto no art. 3.724.”

¹⁰⁶⁵ “Art. 3.811. Adquire-se posse (art. 3.743) só por tomada de posse, isto é, pelo ato voluntário (arts. 445 a 451) que para adquiri-la exige-se neste Capítulo; salvo o disposto no Livro 4.º sobre aquisições por herdeiros e legatários da posse de bens de heranças”; e

“Art. 4.024. Se o autor alegar simplesmente a posse de herdeiro (art. 3.811), deve provar que seu falecido antecessor efetivamente possuía.”

possessório, salientando que quem tiver direito de possuir e for esbulhado ou turbado em sua posse, “se intentar ação real, perderá desde logo o direito que tinha ao uso de remédios possessórios”, e, “se usar de remédios possessórios, poderá demandar ainda pela ação real que lhe competir”. E não admite que, nas ações possessórias (que são duas: a de esbulho e a de manutenção),¹⁰⁶⁶ se alegue, em defesa, o domínio ou outro direito real sobre o imóvel questionado (arts. 4.040, 1.º, e 4.052, 1.º).¹⁰⁶⁷

56. *Os Projetos de Nabuco de Araújo e de Felício dos Santos.* Do Projeto de Código Civil seguinte — o de NABUCO DE ARAÚJO — só se conhece um fragmento que se encontrou nos papéis por ele deixados por ocasião de sua morte, fragmento esse que não apresenta dispositivos concernentes à posse.¹⁰⁶⁸

Na tentativa posterior de codificação de nosso direito civil — o *Projeto de Código Civil Brasileiro* de JOAQUIM FELÍCIO DOS SANTOS, publicado em 1882, e republicado em 1886, acrescido de comentários —, a posse vem regulada em dois capítulos do título 2.º do livro 2.º (“Das coisas em particular”), arts. 1.297 a 1.319.

Também nele se observa a concepção subjetiva da posse, como resulta do conceito estampado no art. 1.297: “Se diz possuidor, aquele que, com o *ânimo* de proprietário, detém

¹⁰⁶⁶ “Art. 4.028. Ações possessórias (art. 4.019, n.º 2), como direitos são os de intentar:

1.º A ação de esbulho (arts. 2.338, 2.527, n.º 2, 2.594, e 2.673, n.º 2)

2.º A ação de manutenção (art. 3.875).”

¹⁰⁶⁷ “Art. 4.040. Não será atendível a defesa do réu, quando se fundar:

1.º Em domínio, ou em outro direito real sobre o imóvel questionado.

.....”;

“Art. 4.052. O réu pode opor:

1.º As mesmas defesas da ação de esbulho (arts. 4.038, 4.039 e 4.040).

.....”

¹⁰⁶⁸ Esse fragmento é constituído de 118 artigos do Título Preliminar e de 182 artigos do Livro I (“Dos elementos dos direitos”) da Parte Geral do Código Civil, e foi publicado, em 1882, pela Tipografia Nacional, como aditamento ao *Projeto do Código Civil Brasileiro* do Dr. JOAQUIM FELÍCIO DOS SANTOS, edição da Câmara dos Deputados.

uma coisa ou exerce um direito, ou detenha a coisa, ou exerça o direito por si ou por outrem em seu nome. Tal detenção da coisa ou exercício do direito se diz posse”. Comentando esse dispositivo, FELÍCIO DOS SANTOS dele extrai os seguintes princípios:¹⁰⁶⁹

“A detenção é um dos elementos da posse; mas não é posse no sentido jurídico.

Em sentido jurídico, além da detenção da coisa, é indispensável que haja o ânimo do proprietário”;

“Para se possuir a coisa, basta que outrem a detenha em nosso nome, por exemplo no arrendamento. Aqui temos duas posses por que há um desmembramento da propriedade. O senhorio possui o prédio, porque o arrendatário o detém em seu nome; o arrendatário possui o direito de perceber os seus frutos, tem a posse de um direito real, que sem necessidade se chama quasi-posse. O arrendatário não é possuidor do prédio, a posse deste pertence ao senhorio, mas é possuidor do arrendamento, ou do direito de perceber os frutos”;

“A definição do art. 1.297 abrange a posse de todo e qualquer direito, seja pessoal ou real. É erro supor que só pode haver posse de direitos reais. Assim o art. 758 fala da posse do estado de filiação materna. Dessa posse resultam direitos importantíssimos, como sejam os das relações de família.

É certo que a ação para haver o seu estado não prescreve em tempo algum (art. 768); mas o art. 1.297 trata da posse em geral, e não da posse para a prescrição, desta tratam os arts. 1.334 e seguintes.

O art. 463 dá-nos ainda um exemplo da posse de direito pessoal. O devedor exonera-se, pagando ao que está na posse do direito do credor.

Dizemos ainda que alguém está na posse de sua liberdade, e haverá direito mais pessoal?

¹⁰⁶⁹ *Projeto de Código Civil Brasileiro e Comentário*, tomo III, págs. 20 a 22.

A definição do art. 1.297 abrange ainda a posse dos ofícios e empregos públicos, e por que não será posse, quando as leis até regulam o momento em que ela começa?"

Há evidentes equívocos em algumas dessas afirmações. Assim, o arrendatário, se é — como acentua FELÍCIO DOS SANTOS — “possuidor do arrendamento”, não tem posse de direito real, mas, sim, posse de direito pessoal, que é a natureza do direito decorrente do arrendamento. E não há, evidentemente, *posse do direito de perceber frutos do imóvel arrendado*, pois o que existe, nesse caso, é o direito de perceber esses frutos, direito esse que resulta do contrato.¹⁰⁷⁰ Por outro lado, em virtude dessa extensão dada ao conceito de posse — que abarca a posse da coisa e a posse de direito, esta abrangendo também os direitos pessoais —, FELÍCIO DOS SANTOS, que, as mais das vezes, alude ao elemento subjetivo da posse como sendo o *animus domini* (que, em verdade, só caracteriza a posse da coisa em face da detenção), se refere, em algumas passagens de seu comentário,¹⁰⁷¹ ao *animus rem sibi habendi* como elemento característico da posse.

¹⁰⁷⁰ Equivocadas, também, estas afirmações, que se grifam (ao contrário do que ocorre no original, de FELÍCIO DOS SANTOS, ob. cit., tomo III, pág. 21):

“O prédio pode não ser propriedade do senhorio, ou terá ele obtido por usurpação; nada importa, porque tem ele o ânimo de proprietário. *Da mesma forma, o arrendatário percebe os frutos com o ânimo de proprietário desse direito; é portanto possuidor, embora o prédio não pertença ao senhorio; é possuidor do arrendamento.*”

¹⁰⁷¹ Ob. cit., tomo III, págs. 23 e 24. Note-se, no entanto, que, ao comentar o art. 1.299 (“Os incapazes só podem adquirir a posse das coisas apropriadas por via de seus representantes legais, e por si podem ocupar as coisas de livre ocupação”), e depois de esclarecer que a parte inicial desse dispositivo decorre da circunstância de que um dos elementos essenciais da posse é o *animus domini*, não tendo os incapazes

Nos arts. 1.298, 1.300, 1.301, 1.307 e 1.309, estabelecem-se, no Projeto, estas presunções: “a posse produz em favor do possuidor a presunção de propriedade”; “a posse, uma vez adquirida presume-se continuada em nome de quem a começou, e com o mesmo título, com que começou”; “em caso de dúvida presume-se que alguém possui em seu próprio nome, e não em nome de outrem”;¹⁰⁷² “o possuidor atual, que prova ter possuído anteriormente, se presume ter possuído no tempo intermediário”;¹⁰⁷³ e “a posse atual não faz presumir a anterior, senão quando o possuidor tem um título, e neste caso se presume ter possuído da data do título”.¹⁰⁷⁴

O princípio segundo o qual “os atos facultativos e de mera tolerância não constituem posse” se encontra no art. 1.302.

Já no item 3.º, parte final, do art. 1.304, introduz-se inovação em face do direito brasileiro então em vigor: nele se dispõe que a posse se perde “por fato de outrem, que se apossa do objeto da posse, ainda contra a vontade do possuidor, *se a nova posse tem durado mais de um ano*”. Comentando esse dispositivo, FELÍCIO DOS SANTOS, depois de observar que, pelo direito então vigente,

¹⁰⁷² Princípio que — como observa FELÍCIO DOS SANTOS (ob. cit., tomo III, pág. 25) — assim foi enunciado por MENÓCHIO:

“Possidens praesumitur suo iure et nomine, non autem alieno possidere.”

¹⁰⁷³ Comenta FELÍCIO DOS SANTOS (ob. cit., tomo III, pág. 29):

“É a tradução da regra de Donot: probatis extremis praesumuntur media. É ainda a regra que a posse pode ser conservada *solo animo*.”

¹⁰⁷⁴ Esse dispositivo é tradução quase literal do art. 692 do Código Civil italiano de 1865 (cfe. FELÍCIO DOS SANTOS, ob. cit., tomo III, pág. 30).

vontade, observa, quanto ao princípio contido no final desse mesmo preceito:

“Um incapaz pode por si, independentemente de seu representante, adquirir as coisas de livre ocupação. Assim um menor, que achar um tesouro, ou um diamante ou qualquer coisa *nullius*, a faz sua; porque para isso não é necessário o *animus habendi*” (ob. cit., tomo III, pág. 24).

“o espoliado pode dentre de ano e dia usar do meio sumário de manutenção, ou deixar passar esse tempo, e usar da ação ordinária de espólio. Em nenhum caso, porém, se entende ter o espoliado perdido a posse”,

assim justifica a mudança que propõe:

“O art. 1.304 segue outro sistema. Aquele, que foi espoliado, se durante um ano não reclama a sua posse, por sua negligência é dela privado. Mas durante todo esse tempo é considerado como possuidor, de forma que se quiser recuperar a posse, bastará alegar que era possuidor e que foi espoliado pelo réu.

Se deixou passar mais de um ano, entende-se ter perdido a posse, a qual passa para o espoliador, e se quiser recuperá-la deverá propor a competente ação de reivindicação alegando o seu domínio. A posse não mais pode ser pedida, passado o ano, que a ação seja intentada contra o ladrão; deverá ser pedido o domínio, e em consequência a posse. Passado o ano, por mais violento que tenha sido o esbulho, o esbulhador adquire a posse, e não pode ser dela privado, senão por ação de reivindicação.”¹⁰⁷⁵

No art. 1.305, mantém-se o princípio de que a posse dos bens hereditários se transmite automaticamente aos herdeiros. E, no comentário a esse dispositivo, salienta FELÍCIO DOS SANTOS:¹⁰⁷⁶

“É o direito vigente do Alvará de 9 de novembro de 1754 e Assento de 16 de fevereiro de 1786, que dispensam a formalidade da tradição para adquirir a sucessão. O herdeiro representa o autor da herança, e continua sua pessoa com todos os seus direitos e obrigações

¹⁰⁷⁵ Ob. cit., tomo III, pág. 28.

¹⁰⁷⁶ Ob. cit., tomo III, págs. 28 e 29.

independente de formalidade alguma, ou trate-se da sucessão legítima, ou em virtude de testamento.

É ainda a velha máxima francesa: Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche à lui succeder, que passou para o art. 724 do Código Civil, e é adotada por todas as legislações modernas.”

Por fim, nos arts. 1.310 a 1.319, trata o Projeto da posse de boa e de má fé, bem como dos efeitos que ambas produzem. Note-se que, no tocante à má fé superveniente, dispõe o art. 1.313: “A má fé superveniente não prejudica os efeitos da posse começada de boa fé, enquanto o possuidor, pelos meios legais, não é constituído em mora.”

57. A posse no Projeto de Coelho Rodrigues. Também o trabalho de FELÍCIO DOS SANTOS não teve êxito, razão por que, em 1890, foi incumbido COELHO RODRIGUES de elaborar novo projeto de Código Civil, cuja conclusão se deu três anos mais tarde. Em matéria de posse, bem diversa foi a orientação de COELHO RODRIGUES, como ele próprio adverte na exposição de motivos:

“61. Livro 2.º. Dos Direitos Reais — Este livro inscreve-se Da Posse, da Propriedade e dos outros Direitos Reais, e desta inscrição vê-se logo que entre estes considero também a posse, isto é, a titulada, aquela que pode ser oposta ao próprio dono da coisa, como a do credor pignoratício, ou anticrético, do usuário ou locatário com prazo fixo, do usufrutuário e algumas vezes, até a do depositário.

Esta concepção contrária à de SAVIGNY, tão em voga entre nós, e abandonada em sua pátria, onde aliás já teve um eco imenso, não é nova nem me parece que possa ser combatida com vantagem.

Está bem visto que não se trata aí da simples detenção, mas da posse cum animo sibi habendi, a qual pode ser e é muitas vezes um simples fato (que por seu turno pode ser lícito ou ilícito) e outras vezes um direito

e, neste caso, sempre real, porque não há outro que ponha em relação mais direta o sujeito com o objeto.

*No mesmo título regula-se também a posse dos direitos, a que a escola chama quasi-posse.”*¹⁰⁷⁷

A comissão encarregada pelo Governo de emitir parecer sobre o Projeto não concordou com a inovação de se considerarem possuidores “todos que detêm em nome de outro, mesmo o detentor precário, desde que tem sobre a coisa um interesse legítimo”,¹⁰⁷⁸ nem com a concepção da posse como direito real, que, em seu entender, “é ainda um ensaio de construção teórica, que, conquanto adotada em algumas legislações positivas (como no código do cantão de Zurich) não foi sancionada pela doutrina geral, de modo a estar constituída como verdadeira construção científica”.¹⁰⁷⁹ Defendeu-se COELHO RODRIGUES, ressaltando o valor do código de Zurich, elaborado por BLUNTSCHLI e revisto por SCHNEIDER, dois notáveis juristas, e a influência que ele exerceu sobre outras codificações.¹⁰⁸⁰ Replicou a comissão, recordando que:

“Sobre a posse, afirmou a comissão que o projeto, apresentando-a com substância inteiramente nova, diversa daquela que lhe assinalam os fatos jurídicos e a doutrina geral sobre eles baseada, começa confundindo-a com a detenção (art. 1.328), prossegue distanciando-a na noção apresentada para subordiná-la à doutrina geralmente aceita (art. 1.384), e acaba igualando-a ao denominado ius possidendi (art. 1.355).

É uma verdadeira mistura, que poderá ser tudo quanto queira o autor do projeto, mas que nunca poderá ser uma construção regular, não já para figurar em

¹⁰⁷⁷ Projeto de Código Civil precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores, págs. 28 e 29.

¹⁰⁷⁸ Ob. cit., pág. 72.

¹⁰⁷⁹ Ob. cit., pág. 72.

¹⁰⁸⁰ Ob. cit., pág. 84.

*um corpo de leis, mas mesmo para ocupar espaço em um livro de teoria.”*¹⁰⁸¹

Em sua tréplica, o autor do Projeto, depois de salientar que a posse no direito romano era um verdadeiro PROTEU — e se espraia em exemplos para demonstrá-lo —, conclui com esta síntese:

*“Pelo projeto a posse fica sendo a detenção com a intenção de ter a coisa no interesse do possuidor (seja como própria seja como alheia) e a reunião destes dois elementos ora constitui um simples fato (que, conforme as circunstâncias, pode ser lícito ou ilícito) ora um direito, neste caso sempre real, e portanto hábil para colocar o objeto em imediata relação com o sujeito e para ser invocado erga omnes.”*¹⁰⁸²

O Projeto de COELHO RODRIGUES se afasta da teoria de SAVIGNY, e se encaminha para soluções que serão, mais tarde, aceitas pelo Código Civil brasileiro.

Nele, a posse é disciplinada nos arts. 1.324 a 1.369. Distingue-se a posse da coisa da posse dos direitos. Esta é disciplinada em capítulo específico, nos arts. 1.367 a 1.369, sendo assim caracterizada no primeiro desses dispositivos: “A posse de uma servidão ou de outro direito real, que não se manifesta por um poder material sobre o objeto, mas pelo exercício efetivo e consciente da respectiva faculdade, é protegida, como a posse das coisas corpóreas, tanto pelos interditos, como pelas ações possessórias.” Limita-se, portanto, a direitos reais, mas não a todos, e sim, apenas, àqueles que, além da servidão, se enquadram na caracterização feita pelo citado art. 1.367, como a renda constituída sobre imóvel, cuja posse se constitui nos termos do art. 1.369: “Quando o direito correspondente à posse é daqueles que só se manifestam por atos acidentais ou periódicos, como a passagem por um caminho, ou o pagamento de uma renda predial, é preciso, para estabelecer a posse, uma sé-

¹⁰⁸¹ Ob. cit., pág. 100.

¹⁰⁸² Ob. cit., pág. 117.

rie de atos semelhantes mais ou menos numerosos, conforme as outras circunstâncias permitem supor, com menos ou mais facilidade, as disposições dos interessados acerca do mesmo direito.”

À *posse da coisa* (*posse das coisas corpóreas*, expressão empregada no art. 1.367, em contraposição à *posse dos direitos*) são dedicados três capítulos, pelos quais se distribuem os artigos 1.324 a 1.366. Dois são os elementos que constituem a posse da coisa: 1.º a manifestação de um poder material sobre a coisa; e 2.º a vontade do detentor de exercer esse poder no seu próprio interesse (art. 1.325, §§ 1.º e 2.º). O elemento objetivo — a manifestação de um poder material sobre a coisa — se verifica “desde que há possibilidade de agir imediatamente sobre ela, mesmo antes do seu contato corporal” (art. 1.326), possibilidade esta que se considera ocorrida “desde que a coisa chega à residência ou ao estabelecimento do adquirente, ainda que este não seja aí presente, nem representado por outrem” (art. 1.327). No art. 1.328 — onde se encontra o germe, no Brasil, da distinção entre posse direta e indireta, uma vez que esse dispositivo pressupõe o desdobramento da posse —, declara-se que “o usufrutuário, o credor pignoratício e as demais pessoas que, embora detenham a coisa em nome de outrem, têm sobre ela um interesse legítimo, como o rendeiro de um prédio rústico ou o locatário de outra coisa, possuem, como tais, e têm direito a serem mantidos na sua posse, enquanto durar a legitimidade do seu interesse”, princípio que abarca vários dos que, pela teoria do direito comum, seriam detentores (embora *detentores interessados*), e que, implicitamente, só deixa para o terreno da simples detenção os casos de *detenção não-interessada*, ou seja, a que se tem a serviço do possuidor. Por outro lado, admite-se a transferência automática da posse dos bens hereditários, nestes termos: “O herdeiro legítimo continua a possuir imediatamente depois da morte do de cujo e nas mesmas condições em que este possuía. Quando o herdeiro testamentário adquire posse, pela adição da herança, é considerado como se continuasse também a posse do defunto” (art. 1.331). Os efeitos da posse se encontram disciplinados nos arts. 1.339 a 1.358, destacando-se, aí, o art. 1.347 que assim restringe a proteção possessória: “As ações possessórias, tendentes a conservar ou

recuperar a posse, devem ser intentadas dentro do ano seguinte ao dia da turbação ou esbulho, e julgadas na forma do processo dos interditos. Passado este prazo elas só serão admissíveis quando o réu se houver locupletado com o dano feito ao autor e ainda neste caso, ficarão sujeitas ao processo ordinário.” E a perda da *posse da coisa*, como decorre do art. 1.359, *caput*, resulta da cessação de um dos dois elementos constitutivos da posse (“A posse se perde quando cessa a possibilidade do possuidor exercer um poder material sobre a coisa ou a sua vontade de exercê-la no seu próprio interesse”).

Como os projetos anteriores, também não chegou a bom termo o de COELHO RODRIGUES.

58. O “*Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*”. Em 1899, CARLOS DE CARVALHO publicou o *Direito Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*, onde procurou reunir as leis vigentes, no Brasil, em 11 de agosto desse mesmo ano. Na *Introdução*, esclareceu o objetivo da obra: “Nas vésperas de iniciar-se no Congresso Nacional o estudo do projeto de código civil, ora em ativa elaboração, o presente trabalho é apenas uma fonte de informações.”¹⁰⁸³ Da posse tratou o capítulo I do Livro I (*Dos direitos dos bens*) da Parte Especial, o qual se desdobra em 39 artigos (os de números 336 a 374). Nessa consolidação — em que uma dezena de artigos se apóia em legislação as mais das vezes editada no século XIX (assim, a regra de que a ninguém por mero ato de vontade pode mudar o título de sua posse; o reconhecimento da eficácia do constituto possessório; a proteção da posse por embargos de terceiro) —, merecem destaque alguns dispositivos. Caracteriza-se a posse, no art. 336, por meio de uma presunção que se diz legal condicional:¹⁰⁸⁴ “Presume-se posse na detenção ou

¹⁰⁸³ Pág. I.

¹⁰⁸⁴ Na técnica do Decreto n.º 737, de 25 de novembro de 1850 (a ele se reporta o parágrafo único do art. 336 da Consolidação de CARLOS DE CARVALHO), a presunção legal condicional nada mais é do que a presunção *iuris tantum*, como se vê da definição que se encontra no art. 186 daquele Decreto: “Presunção legal condicional é o fato ou ato que a lei expressamente estabelece como verdade enquanto não

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 acentua, 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 possessó-

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 esbulho 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 BEVILAQUA ao Código Civil brasileiro*. Em novembro desse mesmo ano de 1899,¹⁰⁸⁶ concluía CLÓVIS BEVILAQUA 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 CLOVIS BEVILAQUA 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 EPITÁCIO 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 kosmos, 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 animum 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, PLEEGER, 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 veredas que ele traçara. É certo que, na Alemanha sobretudo, se travou um largo 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, ateve-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 nisto se conforma com o Landrecht prussiano e com o código saxônico”. Mas conviria também, prosseguindo 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 MEULENAERE 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. Observo que PFLÜGER, a que alude CLOVIS BEVILAQUA no texto transcrito (e que repete no “Em Defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro, pág. 108), deve ser PFLÜGER (OU PFLÜGER, que no entanto, não é citado por DUQUESNE (*Distinction de la Possessio et de la Détention en Droit Romain*, páginas 194-196), de onde, inequivocamente, BEVILAQUA recolheu essas informações.

¹⁰⁸⁹ Ob. cit., pág. 32.

teses”),¹⁰⁹⁰ 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 reconhecamos 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

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.

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); e 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 turbação 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 turbação 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 costuma 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.

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, EPITÁCIO PESSOA, e composta pelos Drs. OLEGÁRIO HERCULANO D'AQUINO E CASTRO, JOAQUIM DA COSTA BARRADAS, AMPHILOPHIO BOTELHO FREIRE DE CARVALHO, FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA e JOÃO EVANGELISTA SAYAO DE BULHÕES 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 Revisto*, 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 substitutivos 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 *iuris tantum* da continuação da posse com o mesmo caráter com que foi adquirida, a sucessão e a acessão 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-

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.

tício 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 ficarem 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. EPITÁCIO PESSOA e os membros da comissão Drs. OLEGÁRIO HERCULANO D'AQUINO 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 estenderia a posse jurídica ao depositário, ao locatário ou rendeiro, com o elemento *animus sibi habendi*, sem se entrar na apreciação 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

e enumerava, 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 abstém 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 *apropriação* 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 susceptíveis 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).

lidade, 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, feira ou mercado, 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 CLOVIS BEVILÁQUA, quando caíram as emendas substitutivas aos arts. 565 e 567 do *Projeto Primitivo*, 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 EPITÁCIO PESSÔA, 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 Revisto* 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,¹⁰⁹⁹ 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 revisto, 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 revisto, 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 turbação ou esbulho”) no art. 531 (ou 613 do projeto revisto). Note-se que, nessa redação final, foi acolhida a emenda proposta por LUIZ DO-

¹⁰⁹⁹ Código Civil Brasileiro — Trabalhos relativos à sua elaboração, vol. II, págs. 864 a 867.

Capítulo V — Proteção possessória.

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

MINGUÊS ao art. 576 do *Projeto Revisto*, 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 furtados, 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 reavê-los 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-

¹¹⁰¹ 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.).

É de notar-se a observação de AZEVEDO MARQUES (*A Ação Possesória 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 CLÓVIS, 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 restituiu 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. VII (*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,

às 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; HERSÍLIO 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 petitórias com as ações possessórias)*, págs. 11 e 12.

NESTOR DIÓGENES (ob. cit., pág. 12), em contraposição a ASTOLPHO REZENDE, VIEIRA FERREIRA e HERSÍLIO 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, EPITÁCIO PESSOA (*Pareceres 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 desarmonia natural dos inconciliáveis, princípios da posse romana, da posse canônica e da *Gewere*. 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 converteu-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 aberrava 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 *animo e afeto 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 *Gewere*, 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 — tatsächliche 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.