

POSSE: ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

Eduardo Kochenborger Scarparo ¹

*Advogado em Porto Alegre
Mestrando em Direito na UFRGS*

Eduardo Cunha da Costa ²

Mestrando em Direito na UFRGS

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos elementos da posse. 3. Da natureza jurídica da posse. 4. Conclusão.

Resumo: O estudo analisa os elementos da posse, centrando-se nos pensamentos de Jhering e Savigny. Após, discute-se a natureza da posse, tratando das linhas de pensamento que a qualificam como fato, como direito e como fato e direito simultaneamente.

Palavras-chave: posse, elementos da posse, natureza da posse, Savigny e Jhering.

Abstract: The research analyzes the elements of the possession, centering in the thoughts of Jhering e Savigny. After, it discusses the nature of the possession, treating of the lines of thought that characterizes it as a fact, as a right and as a fact and a right simultaneously.

Keywords: possession, elements of the possession, nature of the possession, Savigny e Jhering.

1. INTRODUÇÃO

¹ Contato com o autor: eduardo@scarparo.adv.br; <http://www.scarparo.adv.br>.

² Contato com o autor: eduardo@cunhadacosta.adv.br; <http://www.cunhadacosta.adv.br>.

O presente trabalho tem por objeto a análise dos elementos da posse, de seu conceito, bem como de sua natureza jurídica. Tal tema é, sem dúvida, um dos que mais gerou polêmicas em toda a história do Direito.

Para cumprir tal intento, observados os limites a que esta obra deve-se submeter, iniciaremos com uma abordagem dos dois elementos da posse (*corpus* e *animus*) segundo as teorias de Savigny e Jhering.

A restrição às teses desses autores decorre da importância que alcançou a polêmica instaurada entre as suas teorias, culminando por influenciar diretamente os sistemas jurídicos atuais.

Ainda na primeira parte do trabalho, analisar-se-ão os conceitos de posse por eles propostos com base em suas diferentes conclusões acerca dos elementos.

Em uma segunda parte do opúsculo, analisaremos a questão, não menos controvertida, da natureza jurídica da posse. A discussão é antiga e tem raízes no Direito Romano, tanto que os jurisconsultos ora tratavam-na como um fato, ora como um direito, ora como fato e direito simultaneamente.

Para buscar uma conclusão sobre a natureza da posse, explicitar-se-ão os principais pontos da controvérsia, abordando os argumentos de cada uma das possíveis classificações e traçando, também, juízo crítico à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente.

2. DOS ELEMENTOS DA POSSE

Ao se analisar a etimologia do vocábulo latino *possessio*, encontrar-se-ão o prefixo *pos*, cuja origem está no radical *poti*, que significa poder, e o substantivo *sessio*, cuja origem está no verbo *sedere*, cujo significado é assentar-

se. Assim se tem que o substantivo *possessio* exprime a ação de estabelecer-se, de assenhorear-se³.

Contudo, apreciando-se as fontes do Direito Romano, conclui-se, claramente, que a posse não é tão facilmente explicável quanto a etimologia do vocábulo.

Dessa forma, não escapa aos olhos de quem lê os textos romanos concernentes à posse que esta se constitui de, pelo menos, dois elementos. Isso é o que consta, v. g., no Digesto 41.2.8, em que Paulus afirma que nenhuma posse se adquire sem *animus* e sem *corpus*, da mesma forma que se não pode perdê-la se exatamente o contrário não se der⁴.

Mais claro ainda em elucidar que ambos os elementos devem-se fazer presente é o texto do Digesto 41.2.3.1, em que Paulus assevera que adquirimos a posse por meio do *corpus* e do *animus*, não apenas por um ou por outro⁵.

Os elementos *corpus* e *animus* são, portanto, inseparáveis, não podendo a posse ocorrer sem que eles se dêem simultaneamente. Assim que a vontade (o *animus*) deve-se incorporar ao fato físico (o *corpus*), e, enquanto essa incorporação não ocorrer, a vontade não se realiza, sendo, desse modo, inexistente para o mundo exterior⁶.

Do mesmo modo, o *corpus* não pode ocorrer sem a vontade, visto que ele é o fato dela realizando-se sobre o objeto, não podendo, pois, existir antes dela⁷.

³ LINS, Edmundo Pereira. *Estudos Jurídicos na Cathedra e na Judicatura*. 1. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1935, p. 114.

⁴ Digesto 41.2.8. *Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

⁵ "Digesto 41.2.3.1. *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*"

⁶ LINS, op. cit., p. 122.

⁷ Idem, ibidem.

Diante disso, não resta dúvida de que no Direito Romano a posse é constituída de, no mínimo, dois elementos, um intencional e o outro material, físico.

Todavia, foi justamente na tentativa de conceituar tais elementos, elucidando o seu alcance e sua exata significação, que os romanistas encontraram o objeto de uma das mais árduas polêmicas jurídicas.

Ainda mesmo no texto do Digesto 41.2.3.1, o jurista romano Paulus tenta explicar que a aquisição da posse por *corpus* e *animus* não significa que aquele que deseja possuir um *fundus* deve deambular por toda a gleba, mas, ao contrário, basta entrar na terra tendo em mente possuí-la toda até os seus limites⁸:

“D. 41.2.3.1. [...] quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere”.

3.1. Das teorias acerca do corpus

Quanto ao conceito de *corpus*, visto que nas fontes não há uma definição, divergem três escolas⁹, surgidas a partir da idade média: a dos glosadores, a de Savigny e a de Jhering.

Para os glosadores, o *corpus* consistia no contato material com a *res*, ou, nos casos em que este não havia, em atos simbólicos que o representassem¹⁰.

⁸ Esclarecemos que se não trata de tradução do texto romano, mas, sim, de interpretação que lhe demos.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 263.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

Como bem ressalta Russomanno¹¹, essa definição pode ter sido aplicada em época primitiva; inúmeros, porém, são os textos em que se encontram fortes argumentos de que esse rigor excessivo acabou mitigado. A exemplo, lê-se no Digesto 41.2.1.21, em texto do jurista romano Paulus, que “*non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res*” (não se faz necessário obter a posse corporalmente e com contato direto sobre a coisa, mas, sim, com a visão e com a intenção).

Para Savigny, o *corpus* possessório consiste em fatos que demonstrem que o possuidor pode dispor da coisa livremente e evitar qualquer intromissão de estranhos. De acordo com a sua teoria, para que se adquira a posse de bens imóveis é necessário que o adquirente esteja na presença da coisa, enquanto para os bens móveis faz-se mister a presença ou a custódia da *res*, ou seja, que ela esteja depositada em local sobre o qual o possuidor tenha o controle¹².

Em suma, Savigny critica a tese dos autores que até à sua época trataram da matéria, por considerarem ser o *corpus* um ato físico imediato sobre a coisa, não admitindo mais do que duas hipóteses: a de pegar com a mão um bem móvel ou pôr o pé sobre um imóvel:

*“Tous les auteurs ont pris cet acte physique dans le sens d’un attouchement immediate, et n’en ont donc admis que deux espèces: saisir de la main une chose mobilière, et poser le pied sur un immeuble.”*¹³

¹¹ RUSSOMANNO, Mario C. *La Posesion en el Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones Esnaola, p. 22.

¹² Idem, p. 25.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Karl. *Traité de la Possession en Droit Romain*. 4. ed. Tradução e Notas: Henri Staedtler. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 189, p. 189.

Para ele, contudo, é absolutamente certo que a posse pode ser ficta, sendo que o *corpus* designa o fato exterior em oposição ao fato interior (o *animus*):

*"[...] Il est donc certain que la possession peut être fictive [...]. Corpus designe le fait extérieur, par opposition au fait intérieur, à l'animus [...]"*¹⁴.

Assim, para Savigny, o *corpus* é a faculdade real e imediata de dispor fisicamente do objeto e de defendê-lo contra agressões de terceiros¹⁵.

Jhering, por sua vez, resume sua teoria acerca da posse fundamentando que o critério de sua existência é a maneira como o proprietário exerce de fato a sua propriedade. Em suas palavras:

*"La manera como el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio de la existencia de la posesión."*¹⁶

Para o Jhering, portanto, não se pode limitar a posse ao poder físico sobre a coisa e, visto ser ela a exteriorização da propriedade, o *corpus* há de ser algo dinâmico, refletindo comportamento similar ao do proprietário, o qual varia de acordo com a natureza da coisa, bem como de sua natural utilização econômica e dos costumes em uma determinada sociedade e em uma dada época.¹⁷

Em suma, de acordo com a sua teoria, o *corpus* é a relação de fato entre a pessoa e a coisa, consoante sua destinação econômica; é o procedimento do possuidor, com referência à coisa, igual ao que teria normalmente o titular do

¹⁴ Idem, p. 195.

¹⁵ ALVES, op. cit., p. 263.

¹⁶ JHERING, Rudolf von. *La posesión (El fundamento de la protección posesoria. La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante)*. 2. ed. Versão Espanhola: Adolfo Posada. Madrid: Reus, 1926, p. 189.

¹⁷ RUSSOMANNO, Mario C. *La posesión em el Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones Esnaola, 1970, p. 28.

direito de propriedade¹⁸, de sorte que a todos se exteriorize ou se faça visível como proprietário¹⁹.

2.2. Das teorias acerca do animus

Segundo Savigny, para caracterizar a posse deve haver o *animus domini*, ou seja, a intenção de ser proprietário da coisa. Esse *animus*, porém, não pressupõe a convicção de que o possuidor seja, realmente, o proprietário (*opinio seu cogitatio domini*). Assim refere ele:

“L’idée de la possession n’exige absolument rien de plus que cet animus domini; et surtout elle ne suppose pas la conviction que l’on soit réellement propriétaire (opinio seu cogitatio domini); voilà pourquoi le voleur et le brigand peuvent tout aussi bien avoir la possession de la chose volée que le propriétaire lui-même, et ils diffèrent de la même manière que celui-ci du fermier qui, lui, ne possède pas, puisqu’il ne considère pas la chose comme sienne.”²⁰

Dessa forma, para esse jurista, o *animus possidendi* é a intenção de exercer o direito de propriedade.

Isso porque ele parte da idéia de que a detenção é o fato físico correspondente ao fato jurídico da propriedade. Desse modo, aquele que exerce poder de fato sobre a coisa pode fazê-lo com a intenção de ser o proprietário (*animus domini*) ou exercer o poder de propriedade de outrem. Conforme a teoria de Savigny, apenas na primeira hipótese acima há posse. Em suas palavras:

“[...] l’animus possidendi n’est pas autre chose que l’intention d’exercer le droit de propriété. Cette définition cependant ne suffit pas, car celui qui détient une chose peut avoir cette intention de deux manières différentes: il peut vouloir exercer le droit de propriété d’autrui ou le sien propre. S’il a l’intention d’exercer le droit de propriété d’autrui, droit qu’il reconnaît par là même, il n’y a pas là cet animus possidendi qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession. [...] Il ne reste donc que la seconde hypothèse, celle où le détenteur a l’intention d’exercer son propre droit de propriété, en sorte que l’animus possidendi n’est ici autre chose que l’animus domini ou l’animus sibi habendi.”²¹

¹⁸ ALVES, op. cit., p. 263.

¹⁹ LINS, op. cit., p. 123.

²⁰ SAVIGNY, op. cit., p. 90.

²¹ SAVIGNY, op. cit., p. 88-89.

Para Jhering, por sua vez, o *animus*, que é inerente ao *corpus*, é, tão-somente, a intenção de deter a coisa — *affectio tenendi* —, isto é, a vontade de proceder, externa e conscientemente, em relação à coisa como se fosse proprietário²².

Dessa forma, segundo Jhering, o único elemento anímico da posse é o *animus tenendi* (querer ter a coisa). Tal elemento serve para distinguir a posse da mera justaposição entre pessoa e coisa, mas não se presta a diferenciá-la da detenção. Isso porque em ambas (posse e detenção) deve estar presente o *animus tenendi*, não havendo entre elas nenhuma distinção subjetiva (ligada ao *animus* do possuidor ou do mero detentor)²³. Em suas próprias palavras:

*“Según mi teoría, la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión, estriba por entero en la distinción [...] entre la relación posesoria en su sentido lato, tal cual la hemos definido, y la simple relación de lugar. La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el corpus y el animus, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está, según la teoría objetiva, en el hecho de que movido por motivos prácticos, el derecho en ciertas relaciones há quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última.”*²⁴

Verifica-se, em face disso, que, em virtude da diferença de conceituação de cada um dos elementos da posse, divergem profundamente as concepções de Savigny e de Jhering.

2.3. Das teorias acerca do conceito de posse

Segundo a escola de Savigny, o *corpus*, unido à *affectio tenendi*, que lhe é essencial, apenas produz o que na técnica possessória se chama de detenção, enquanto a posse é uma resultante desta unida ao *animus domini*²⁵. Para Jhering, porém, haverá posse sempre que houver o *corpus* e a *affectio*

²² ALVES, op. cit., p. 263.

²³ RUSSOMANNO, op. cit., p. 34.

²⁴ JHERING, op. cit., p. 305.

tenendi. E só haverá detenção quando, apesar da coexistência desses elementos, houver um dispositivo legal negando a posse em alguma hipótese.

A teoria de Savigny é denominada *subjetiva*, porquanto a distinção entre a posse e a detenção se embasa em elemento subjetivo: a existência ou não do *animus domini*; enquanto a teoria de Jhering é denominada *objetiva*, porque está baseada em um elemento objetivo: a existência, ou não, de preceito legal que transforme a posse em detenção.

Jhering, buscando explicar as diferenças entre a sua teoria e a de Savigny, recorreu ao uso de fórmulas algébricas.

Assim representou Jhering, em sua obra “*La voluntad en la Posesión*”²⁶ (alteramos apenas as letras por ele utilizadas para representar a posse e a detenção): se **P** é a posse; **D**, a detenção; **C**, o *corpus*; **A**, a *affectio tenendi*; **a**, o *animus domini*; e **n**, o dispositivo legal que transforma a posse em detenção; então se pode assim apresentar as concepções de Savigny e de Jhering:

Teoria subjetiva (Escola de Savigny):

$$P = C + A + a$$

$$D = C + A$$

Teoria objetiva (Escola de Jhering):

$$P = C + A$$

$$D = C + A - n$$

Analisando-as conclui-se que, em ambas as teorias, estão presentes, tanto na posse quanto na detenção, os elementos *corpus* e *affectio tenendi*. No entanto, na de Savigny, a soma do *corpus* à *affectio tenendi* é apenas o elemento objetivo, sendo necessário, para caracterizar a posse, o acréscimo do *animus domini*, que é o elemento subjetivo²⁷.

²⁵ LINS, op. cit., p. 124.

²⁶ JHERING, op. cit., p. 306.

²⁷ ALVES, op. cit., p. 266.

Tal não ocorre na teoria de Jhering, que considera o *corpus* como objetivo e o *animus tenendi* como subjetivo.

Outrossim, na teoria de Savigny, a diferença entre posse e detenção decorre de um fator positivo: o acréscimo do *animus domini*; enquanto, para Jhering, essa diferença decorre de um fator negativo: a subtração feita por um preceito legal, que nega o *status* de posse à detenção.

Desse modo, a posse não pode ser mais, nem menos, que o poder exercido de fato, externa e visivelmente, e juridicamente protegido, sobre uma coisa, como se proprietário dela fosse, para Jhering.

Segundo Savigny, porém, a posse é o poder de fato exercido sobre a coisa que permita ao possuidor dela dispor livremente, com exclusão de estranhos, demonstrando a sua vontade de ser proprietário²⁸.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE.

Questão de controvérsia multissecular²⁹ é a que trata da natureza jurídica da posse. A discussão é antiga e tem raízes no Direito Romano, tanto que os jurisconsultos ora tratavam-na como um fato, ora como um direito, ora como fato e direito simultaneamente³⁰.

Para buscar uma conclusão sobre a natureza da posse, explicitar-se-ão os principais pontos da controvérsia, traçando-se também juízo crítico à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente. Desse modo, passa-se aos argumentos de

²⁸ RUSSOMANNO, op. cit., p. 39.

²⁹ Termo cunhado por MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 70.

³⁰ LINS, Edmundo Pereira. *Estudos Jurídicos na Cathedra e na Judicatura*. 1. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1935, p. 143.

cada uma das possíveis classificações, iniciando-se com os que classificam a posse como fato³¹.

3.1. Posse como Fato.

Tratar-se-á aqui de seis dos mais tradicionais argumentos usados para concluir que a posse não pertence ao universo jurídico, sendo exclusivamente um fato.

Arrolam-se:

1. Direitos não podem ser adquiridos por violência;
2. Direitos não podem derivar de atos nulos;
3. A posse é intransmissível;
4. A extensão das garantias da posse e a extensão das garantias de direitos;
5. A posse faz presumir direitos petitórios;
6. A posse independe de regras jurídicas para existir.

3.1.1. Primeiramente, diz-se ser a posse exclusivamente um fato porque pode ser adquirida por violência, ao contrário dos direitos. Assim, a posse esbulhada consolida-se como posse passível inclusive de preenchimento do suporte fático de *ius possidendi*, sendo irrelevante a origem violenta. A posse firma-se independentemente de seu nascimento, o que indica ser o ordenamento jurídico inapto a conferir a existência ou não da posse. Ela ocorre ainda que derivada de uma ilicitude.

Refutou-se a afirmativa com base na violência ínsita à caça ou à pesca que gera o direito de propriedade sobre a *res nullius*³². Parece, contudo, leviana a

³¹ Entre outros: Thibaut, Boecking, Bruns, Arndts, Windscheid, Unger, Baron, Kuntze, Vangerow, Kierulff, Randa, Troplon, Van Weter, Namur, Maynz, Belime, Ruggieri, Baratono, Milone (BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 72), bem como, entre nós, Pontes de Miranda.

resposta, visto que a violência juridicamente relevante é aquela apta a atingir direitos e não a violência vazia, que não compromete bens jurídicos de outrem. Ademais, a violência juridicamente considerada irá impedir a constituição do direito de propriedade sobre a coisa. É o que ocorre nos casos de pesca e caça predatória, com o confisco, resultado da violência empregada aos direitos de meio ambiente saudável da coletividade.

Disse-se também ser falha a argumentação valendo-se do instituto da especificação, que poderia resultar de violência. O argumento foi trazido pelo então ministro Edmundo Lins, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916. Todavia, tal fundamento não encontra mais razão no direito positivo, pois o §1º do artigo 1.270 do Novo Código Civil, reproduzindo a idéia do antigo art. 612, §1º, do Código Civil de 1916, ressalva caber ao dono da matéria prima a propriedade da coisa se a obtenção da matéria prima se deu de má-fé.

3.1.2. Outro fundamento para a classificação da posse como um fato está no dado de que a ela pode derivar de atos juridicamente nulos, ao contrário do direito. Afinal, o contrato de compra e venda de cocaína será necessariamente nulo pela ilicitude do objeto. Ainda assim, haverá a tradição da droga com a respectiva posse do comprador.

Essa justificação para a classificação da *posse como fato* foi também objetada, dizendo-se que o direito pode sim ter origem em ato nulo. Para fundamentar essa constatação, exemplificou-se com o caso de quando alguém entrega algo como doação a outra pessoa que a recebe como mútuo (propriedade transfere embora falte

³² LINS, op. cit., p. 148.

acordo de vontade). O exemplo é infeliz, já que o problema em questão mais remete à interpretação das vontades, a ensejar a anulabilidade, que propriamente de uma nulidade do contrato.

Efetivamente o poder de fato sobre a coisa ainda existe apesar da nulidade do contrato ou do ato de transferência. O argumento é similar ao primeiro tratado, de que a posse não pode ser obtida mediante violência: em ambos os casos, ela deriva de atos ilícitos.

3.1.3. Disse-se ainda, que a posse não poderia ser classificada como direito por ser intransmissível, já que se extinguirá no momento em que cessar o estado de fato. Esse argumento teria lugar no direito romano, mas, atualmente, face à incorporação do princípio da *saisine*, é manifestamente falho, em razão de expressa previsão de transmissibilidade da posse nos artigos 1.206 e 1.207 do Código Civil.

Ainda assim, relevando-se a legislação pátria, não se teria aqui uma justificação plausível para a consideração da posse como fato, já que existem direitos intransmissíveis que, nem por isso, deixam de ser direitos como o caso do uso e do usufruto³³, ou dos direitos de personalidade.

3.1.4. Outra distinção entre a posse e os direitos está na completa proteção legal destes, o que não se faz presente naquela. Veja-se que o ordenamento jurídico possibilita a defesa da posse contra os agressores, mas não contra terceiros, que adquiriram a posse destes. Assim, o argumento de Van Wetter, conclui que “*il possesso non costituisce un diritto, ma un semplice fatto, perchè è dell'essenza del*

³³ LINS, op. cit., p. 149.

*diritto vero di essere pienamente garantito ed il possesso non si trova in tale condizione*³⁴.

Ainda, para que uma relação de fato se torne um direito é necessário que esse seja sempre garantido e não apenas tolerado. Sintomaticamente, a garantia das tutelas possessórias não poderia ser ocasional. A lei não protege essa relação de fato contra todos, mas apenas contra determinados ataques³⁵.

3.1.5. Finalmente, Windscheid sustentou que a posse é fato porque apenas representa a presunção da propriedade, direito este no qual se fundam as tutelas possessórias³⁶, não detendo autonomamente, qualquer relevância jurídica. Estar-se-ia, então, diante da posse como uma prova presumida de direitos petitórios nas ações possessórias. O objetivo final da tutela possessória seria o resguardo da tutela petitória.

A defesa de Windscheid indica que a posse não detém qualquer relevância própria³⁷, sendo sempre submissa aos direitos petitórios. A justificativa merece ser analisada conjuntamente aos artigos 923 do Código de Processo Civil; 1210, §2º, do Código Civil e da Súmula 487 do STF.

Senão vejamos tais dicções legais, começando pela lei processual:

“Código de Processo Civil. Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio.”

³⁴ GENTILE, Francesco Silvio. *Il Possesso nel diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 15.

³⁵ Idem, ibidem.

³⁶ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926. v, §150.

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Manuel. *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1924.

A primeira questão que advém da leitura do dispositivo remete à constitucionalidade do dispositivo, já que, conforme o art. 5º, XXXV³⁸, as partes não podem ser privadas pela lei de ingressarem com ações; não podem ter fechadas as vias do Poder Judiciário para suas demandas. Afinal, não pode prevalecer a interpretação de que o ingresso com qualquer ação possessória tem o efeito de impossibilitar o ingresso em juízo de demandas petitorias. Por isso, essa disposição somente não será eivada de inconstitucionalidade se no processo possessório em curso estiverem abertas oportunidades para discussões sobre direitos petitorios.

Não é em outro sentido que a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal admite a defesa petitoria no curso da ação possessória. O enunciado deste tribunal aponta inclusive para a prevalência do domínio sobre a situação de fato da posse.

“STF. Súmula 487. Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

Essa interpretação consolidada do Supremo Tribunal Federal dá nortes sobre o fundamento das tutelas possessórias. Elas têm por fulcro, pois, a proteção de direitos petitorios sobre a coisa. Ou seja, a posse opera como uma presunção *iuris tantum* de direitos petitorios.

O vigente Código Civil em seu art. 1210, §2º, ao contrário do que se pode concluir com uma leitura apressada, não protegeu a posse independentemente do direito de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

Atente-se à lei:

“Código Civil. Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

³⁸ **Constituição Federal. Art. 5º, XXXV** – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

§2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.”

A gramática da língua portuguesa ensina que o complemento nominal tem função de completar o substantivo. Assim, corolário lógico é que o resultado da interpretação de uma expressão nominal depende fundamentalmente do substantivo. Isso conduz a que a expressão “*de propriedade ou de outro direito sobre a coisa*” nada signifique senão vinculada ao substantivo “*alegação*”; e *alegação* não significa *comprovação*.

A simples alegação não irá impedir o deferimento da tutela possessória. Por outro lado, se houver prova do domínio ou de outro direito real sobre a coisa, bem incide a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a posse representa uma presunção da existência de algum direito sobre a coisa, seja real, seja contratual. Assim, quando não houver definições no processo possessório sobre a titularidade do direito, vale-se da posse como um elemento de sua presunção para a preservação da situação de fato.

3.1.6. Apresenta-se o último argumento para defender a natureza de fato da posse: ela prescinde de regras jurídicas para existir. Ocorre com o simples poder de fato sobre a coisa e é absolutamente alheia ao direito. Há posse do traficante sobre a cocaína; há posse do ladrão sobre a carteira e da mesma forma do proprietário sobre o bem. Haver posse é uma circunstância absolutamente independente das regras jurídicas.

Porém, se sustentou que independe de regras jurídicas apenas o fato gerador da posse, o ato inicial. Contudo, uma vez estabelecido sobre ele incidem regras

jurídicas, tais como no nascimento e na morte que não dependem de disposições legais, mas as suas conseqüências são reguladas pelo direito³⁹.

Vê-se que é manifestamente incongruente tal crítica, já que, salvo melhor juízo, não se diz ser a morte um direito, apesar de gerar conseqüências jurídicas. Existem fatos que produzem essas conseqüências e que não são direitos. Assim é a ausência de entrega de contestação no processo civil, que poderá ensejar os efeitos jurídicos da revelia.

Em síntese, verifica-se que a posse não depende do direito para tomar lugar. Enquadra-se como relação da vida. Com ou sem a possibilidade de se defendê-la, de gerar a usucapião ou direitos referentes às benfeitorias, ela existe. O exercício do poder de fato sobre a coisa permanece ainda que o direito declare ser ele completamente ilegítimo. Essas considerações não deixam dúvidas de que a existência da posse é independente da existência de normas jurídicas, estando sempre no plano fático.

3.2. Posse como Direito.

Importante a perquirição e a crítica da teoria oposta. Afinal, não são poucos os que defenderam⁴⁰ ser a posse um direito. Jhering, partindo do conceito de *direito subjetivo* como “*interesse juridicamente protegido*”, assim classificou a posse.

³⁹ LINS, Edmundo. *Op. Cit.*

⁴⁰ Entre outros: Jhering, Gans, Müllebruch, Sintenis, Sthal, Puchta, Bekker, Burchardi, Hugo, Lenz, Liebe, Ortolan, Blondeau, Accarias, Demolombe, Molitor, Belavite, Pescatore (MOREIRA ALVES, 1997, p. 72), bem como, entre nós, Teixeira de Freitas e Edmundo Lins.

Em regra, os cultores dessa teoria jurídica da posse partem da proteção que o direito objetivo oferece ao possuidor⁴¹.

Como uma variação dessa linha, também se argumentou que como toda a relação jurídica deve-se dar conforme a norma legal e já que a posse é uma relação jurídica, ela seria um direito⁴². Em síntese, enquadra-se a posse no conceito de direito substantivo e se minimiza, em face das conseqüências jurídicas que a posse produz, o estado de fato, fator elementar dessas conseqüências⁴³.

Para que se considere a usucapião um efeito da posse, é indispensável que também integre o conceito de posse o transcurso do tempo. Da mesma forma, o *ius tolendi* somente existe se estão presentes benfeitorias. Esses efeitos não derivam, portanto, exclusivamente da posse. Mas em relação às tutelas possessórias basta a existência da posse. Neste ponto reside toda a construção acerca da posse como um direito subjetivo.

Ao se considerar a posse por essa perspectiva, parece ser irrefutável o reconhecimento de que se está diante de um direito ou ao menos de uma relação jurídica. Nesse caso, a posse representa um interesse tutelado pelo direito, tanto que se outorgam ao possuidor as ações de defesa da posse.

Na verdade, não se pode confundir o fato gerador da posse com a conseqüência jurídica que dele somado a outros elementos pode resultar. É certo que o fato não é um direito; a aquisição da posse está ao mesmo nível da

⁴¹ GENTILE, Francesco Silvio. *Il Possesso nel diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 17.

⁴² RODRIGUES, Paulo de Tarso. *Ensaio sobre a posse*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 28.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 87.

conclusão de um contrato ou da feitura de um testamento⁴⁴, ou seja, no campo exclusivamente fático.

Sustenta-se, entretanto, que, se a lei concede a um fato conseqüências jurídicas a favor de uma determinada pessoa, à qual confere uma ação para assegurá-las, gera, assim, o aparecimento de um conjunto de condições legais, qual seja, o direito subjetivo⁴⁵.

Todavia, refuta-se a teoria por não ser o fato da posse que produz as ações de direito material, mas propriamente o direito petitório. Não há ação possessória sem direito petitório que a sustente. Afinal, a posse é a presunção de um direito sobre a coisa e com base nessa presunção se defere a tutela possessória. Se não o fosse, estar-se-ia diante de dois direitos sobre a mesma relação, tendo um, o petitório, prevalência sobre o outro, o possessório. Ainda assim, havendo predominância dos direitos petitórios sobre os possessórios, impedir-se-ia o uso das ações que correspondem àqueles, como a reivindicatória, em uma manifesta inconstitucionalidade. Não é esse o caminho apontado pela jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, com acerto.

A confusão sobre a natureza da posse é também um problema de nomenclatura. Normalmente há clara distinção dos direitos com os seus fatos geradores pelas próprias denominações, como, por exemplo, testamento e direito sucessório⁴⁶. Aqui, porém, alguns denominam as conseqüências jurídicas de

⁴⁴ PUGLIESE, Giovanni. *Instituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991, p. 436.

⁴⁵ JHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. Tradução e notas: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. 4, p. 317-335.

⁴⁶ PUGLIESE, op. cit., p. 443.

produção de ação material como “*posse*”. Da mesma forma, tem a mesma nomenclatura o seu *fato gerador*, que para outros é especificamente a “*posse*”.

Para Jhering, que credita à posse também as conseqüências jurídicas, já que direito subjetivo é todo interesse juridicamente protegido, a posse passa a ser, sem dúvida, um direito. Isso porque é tanto um interesse, de resguardo da posse atual, com proveitos possivelmente econômicos, bem como esse interesse é juridicamente protegido pelas ações possessórias. Ocorre que a posse em si não produz interesses juridicamente protegidos. A posse presume um direito sobre a coisa e é esse direito que dá origem às ações possessórias.

Admitindo-se, apenas para fins de argumentação, a hipótese de ser a posse um direito, verifica-se a existência de graves incongruências conceituais, o que serve de indicativo para o declínio da suposição. Veja-se que a possível classificação do direito como real ou pessoal pode auxiliar a desvendar o problema.

Dizer ser a posse um direito pessoal é igual a admitir um notório descompasso, já que para que direito pessoal fosse, necessário seria a exigibilidade contra determinado sujeito passivo e a posse é exercida em face da comunidade, ou seja, *erga omnes*. Lembre-se que ser as tutelas possessórias direitos de natureza notadamente pessoal não traz como conseqüência natural a pessoalização desse suposto “*direito*”. Afinal, a usucapião não pode dizer-se tampouco como ação pessoal.

Classificar a posse como direito real, todavia, é tentativa que esbarra na legislação civil pátria, com adoção do princípio da taxatividade dos direitos

reais, consagrado no rol do art. 1225⁴⁷. Nesse artigo, o legislador do Novo Código Civil não incluiu a posse. Na legislação anterior, também não estava prescrita no rol do art. 674. A posse não pode, portanto, jamais ser considerada um direito real⁴⁸.

Tentou-se classificá-la, também, como um *direito especial*, já que o exercício de fato de um poder não é o exercício que se funda em um direito, mas, a ordem jurídica reconhece o *ius possessionis* dos interditos⁴⁹. Nessa proposta fica manifesta a perturbação do raciocínio pela desatenção de que existem outros elementos ao suporte fático do *ius possessionis*, que, por isso, se distingue do fato da posse.

Um direito exige, conforme a norma, determinados fatos para seu nascimento e perdura ainda que esses fatos que lhe deram origem não mais existam, o que não ocorre com a posse⁵⁰. Os *ius possessionis* exigem o fato da posse também para a sua persistência. Cessado o exercício de fato sobre a coisa, cessa também a proteção possessória. Nessa linha, também não se pode atribuir ao fato da posse a condição de direito. A posse apenas dá azo ao ingresso de ações possessórias porque efetivamente faz presumir direitos petitórios.

Lembre-se que não se exige para as tutelas possessórias a simples posse, mas, sim, a *posse atual*, a relação de fato sobre a coisa, além da presença

⁴⁷ **Código Civil. Art. 1225.** São direitos reais: *I* – a propriedade; *II* – a superfície; *III* – as servidões; *IV* – o usufruto; *V* – o uso; *VI* – a habitação; *VII* – o direito do promitente comprador do imóvel; *VIII* – o penhor; *IX* – a hipoteca; *X* – a anticrese.

⁴⁸ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Posse, Possessória e Usucapião*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 14. O autor faz, porém, uma ressalva – “salvo no caso do usucapião” – o que indica a impossibilidade de reunir todas as conseqüências do fato da posse a um único direito, o “direito de posse”.

⁴⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 1941, v. I, p. 42-43.

⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Da Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 75.

da ameaça, da turbação ou do esbulho dessa situação fática; o ato ofensivo a criar o interesse ao acionamento material.

A posse por si só não representa nenhum interesse jurídico, mas pode ingressar no direito como elemento do suporte fático de algum instituto de direito como ocorre nos denominados efeitos da posse. As ações possessórias exigem, portanto, um direito petitório.

3.3. Posse como Fato e como Direito.

Esclarecida a questão sobre a impropriedade de classificar-se a posse como um direito, persiste ainda intocada a corrente eclética, inaugurada por Savigny⁵¹ que remete a uma natureza dupla da posse, sendo fato e direito simultaneamente. Fato porque independe do direito para existir, pode ser adquirida por violência, pode derivar de atos nulos e não pode ser transmitida. Como direito porque dela derivam efeitos jurídicos. Ter-se-ia fato na caracterização e direito nos efeitos.

Também nessa linha, afirmou-se que por ser fato gerador de direito, o direito de posse, e estar regulamentado pelo ordenamento civil e processual, a posse seria fato e seria direito⁵². Savigny afirmou a natureza fática primitiva da posse, razão pela qual seria a posse intransmissível e teria sua existência independente do regramento legal. Em contrapartida, há direitos derivados simplesmente da existência da relação de fato. Por essas razões, sustentou, se estar diante de um fato e um direito.

⁵¹ Entre outros: Savigny, Brinz, Appleton, Rudorff, Winiwarter, Domat, Huscke, Marezoll, Pellat. (MOREIRA ALVES, 1997, p. 72).

⁵² CORREA, Orlando de Assis. *Posse e Ações Possessórias*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 31.

A teoria é justíssima, salvo pelo falto de confundir a própria natureza com suas conseqüências, que coisas diversas são. E por isso é errônea a afirmação de que emanam direitos simplesmente da relação de fato, já que outros elementos são necessários para a completude do suporte fático desses direitos – transcurso do tempo e a feitura de benfeitorias, para a usucapião e para o *ius tolendi*; e o direito petitorio para as ações possessórias.

O erro de Savigny, que considerou a posse como um fato em sua essência e como direito em suas conseqüências está na afirmação de sua dupla natureza. Como na curiosa crítica que Vacônio fez a Bártolo: fazer tal distinção seria como se dissesse que a estátua, enquanto se esculpe, é de cobre, e, pronta, é de ouro

53 .

*“Come mai un fatto assurge a diritto (subbiettivo) solo perchè produce conseguenze giuridiche? Forse che i fatto giuridici sono diritti subbiettivi? Il decorso del tempo, la morte, la grandinata, il pagamento, che pure sono dei fatti (ed ai quali potrebbe adattersi alla lettere il ragionamento del Savigny) diventano forse dei diritti subbiettivi a causa delle conseguenze giuridiche ad esse reannodate, quali la prescrizione, la sucessionione, l’indenizzo assicurativo o l’estinzione dell’obligazione?”*⁵⁴

Clarividente, a impropriedade de se classificar a posse como fato e como direito simultaneamente. Traçadas as linhas centrais do debate, passa-se a formular as considerações finais, que a este ponto, já parecem bem definidas, apenas restando fazê-las explícitas.

4. CONCLUSÃO

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 217.

⁵⁴ GENTILE, Francesco Silvio. *Il Possesso nel diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 27.

O nosso direito protege não só o direito à posse, derivado do direito de propriedade ou de algum outro direito real (*ius possidendi*) como também derivados da posse como figura autônoma e independente da existência de título (*ius possessionis*).

O direito de possuir (*ius possidendi*) pode ser definido como o poder de uma pessoa por ser titular de uma relação jurídica de exercer a posse sobre determinada coisa. Sobre o *ius possidendi* estão albergadas as ações reivindicatórias, por exemplo.

O fato da posse tem origem na própria situação da vida, independentemente da preexistência de uma relação jurídica. O *ius possessionis* se apresenta quando ocorre o ingresso da situação de fato no direito. Em linhas gerais, são as conseqüências previstas pelo ordenamento jurídico advindas de determinada relação de fato. Nessa perspectiva, o fato da posse não coincide conceitualmente com o exercício do *ius possessionis*.

Veja-se que a lei pode fixar a posse como elemento do suporte fático de um direito, um direito cujo titular será o possuidor. A partir de então a posse como fato ingressa no mundo jurídico, ou seja, passa a ser-lhe relevante, dando lugar ao *ius possessionis*.

A situação da vida é o ponto de partida para a aplicação do direito, não o próprio direito. Quando aliado a outros elementos o fato da posse cria circunstâncias juridicamente tuteladas, *ius possessionis*, fazendo com que possa, inclusive ser convertido por força da lei em propriedade (caso da usucapião), que irá gerar o *ius possidendi* sobre a coisa.

Não poderia ser mais completa a lição de Pontes de Miranda sobre o tema:

“A posse não é um efeito jurídico, nem soma de efeitos jurídicos; é o suporte fático possessório (Besitztatbestand), que permanece pronto para a entrada no mundo jurídico quando se lhe dê o ato ou fato que o suscite, e só então há efeitos, portanto direitos, pretensões, ações e exceções”⁵⁵.

O erro corriqueiro é constatar estar a base das defesas provisórias do possuidor no *ius possessionis*. Isso porque o alicerce das tutelas possessórias está no direito petitório, no *ius possidendi*.

Na verdade, a posse está regulada em lei em todas as oportunidades como uma situação de fato. Apenas aparece no ordenamento jurídico como elemento do suporte fático de um direito, jamais como propriamente um direito. O problema da natureza jurídica da posse remete ao estudo das tutelas possessórias, especificamente se os seus fundamentos estão no *ius possidendi* ou no *ius possessionis*. Conforme a resposta a essa pergunta fundamental conceitua-se posse como fato (primeira hipótese) ou como direito (segunda hipótese).

“O problema, em verdade, surge da circunstância de a posse poder ser encarada por dois aspectos: o estado de fato – que é a relação entre a posse e a coisa, qualquer que seja a conceituação que se lhe dê – e as conseqüências jurídicas que resultam desse estado de fato, e que, por se projetarem em face de outras pessoas, integram relações jurídicas”⁵⁶.

Embora o fato da posse esteja sempre presente para a constituição do *ius possessionis*, não é suficiente, sozinho, para constituí-lo. Em uma resposta conclusiva, mas jamais definitiva sobre essa temática, sustenta-se ser a natureza da posse exclusivamente fática. Isso porque a posse é o fato gerador principal e comum de todos os direitos possessórios, mas não produz, por si só, quaisquer conseqüências jurídicas. Na usucapião, exige o transcurso do tempo; no *ius*

⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 15.

⁵⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 80.

tolendi, exige a existência de benfeitorias; e, nas tutelas possessórias, exige o direito petitório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

_____. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BESSONE, Darcy. *Da Posse*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 1941, v. I.

CORREA, Orlando de Assis. *Posse e Ações Possessórias*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

GENTILE, Francesco Silvio. *Il Possesso nel diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.

JHERING, Rudolf von. *3 Estudios Jurídicos*. Versão Espanhola: Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

_____. *La posesión (El fundamento de la protección posesoria. La voluntad em la posesión com la critica del método jurídico reinante)*. 2. ed. Versão Espanhola: Adolfo Posada. Madrid: Reus, 1926.

_____. *O Espírito do Direito Romano*. Tradução e notas: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. 4.

JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. 2. ed. Tradução e notas: Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Posse, Possessória e Usucapião*. São Paulo: Atlas, 1996,

LINS, Edmundo Pereira. *Estudos Jurídicos na Cathedra e na Judicatura*. 1. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1935. 406 p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 10. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Curso de Direito Romano. 1 ed. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1957.

PUGLIESE, Giovanni. *Instituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.

RODRIGUES JUNIOR, Manuel. *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1924.

RODRIGUES, Paulo de Tarso. *Ensaio sobre a Posse*. São Paulo: Saraiva, 1959.

RUSSOMANNO, Mario C. La posesión em el Derecho Romano. Buenos Aires: Ediciones Esnaola, 1970.

SAVIGNY, Friedrich Karl. *Traité de la Possession en Droit Romain*. 4. ed. Tradução e Notas: Henri Staedtler. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1893.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926.