

# A POSSE E SUA VINCULAÇÃO COM A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

Sérgio Said Staut Júnior<sup>1</sup>



## 1. A VINCULAÇÃO DA POSSE AO IDEÁRIO PROPRIETÁRIO MODERNO

A posse é um dos assuntos mais cativantes e polêmicos no âmbito do direito privado. Como dizia Teixeira de Freitas, “tantas vantagens ou commodos se tem atribuido a posse, tanto se tem escripto, e tão vivo tem sido o debate, que ha sobre esta materia uma prevenção desfavoravel, como se ella envolvesse uma difficuldade invencivel.”<sup>2</sup> A relevância, as controvérsias e a complexidade da posse no direito talvez possam ser atribuídas ao fato de o tema remeter a um questionamento fundamental da vida, que é a relação das pessoas com as

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná - UTP. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR e do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná.

<sup>2</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CLI. Para Clóvis Beviláqua, “Não ha, certamente, assumpto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, captivado a imaginação dos juristas do que o da posse; mas também, difficilmente, se encontrará outro, que mais tenazmente, haja resistido á penetração da analyse, ás elucidações da doutrina.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 107).

coisas.

A concepção de posse, no direito, pensada no final do século XVIII e principalmente durante todo o século XIX, em parte significativa da Europa ocidental, é fruto do contexto histórico marcado pela supervalorização da propriedade privada e pela tendência à abstração e simplificação da regulamentação jurídica das relações de pertencimento.

Muito do que foi elaborado em relação à teoria possessória, nesse ambiente, acabou vinculando direta ou indiretamente a regulamentação jurídica da posse ao direito de propriedade privada. Com isso, a posse perde a sua autonomia e parcela de sua relevância. A elaboração da teoria possessória está presa a um paradigma profundamente individualista. O mesmo ocorre com os chamados demais direitos reais limitados. Além disso, a materialização legislativa de todo esse processo pode ser verificada em muitos dos Códigos Civis do século XIX.

Embora não constitua objeto destas linhas esgotar as diversas teorias possessórias que são elaboradas a partir do final do século XVIII, é importante analisar algumas noções e elementos de uma pequena parte das elaborações teóricas mais importantes sobre a posse para demonstrar o que se está afirmando.

Duas teorias que foram elaboradas na Alemanha, no século XIX, muito importantes para a compreensão da posse no direito são as teorias que ficaram conhecidas como Teoria Subjetiva, atrelada ao nome de Savigny e Teoria Objetiva, vinculada a Ihering.

Antônio Menezes Cordeiro, referindo-se não apenas ao direito português, afirma que os dois “cientistas-chave”, no pensamento jurídico moderno sobre a posse, são Savigny (Teoria Subjetiva) e Ihering (Teoria Objetiva). Cordeiro alega, também, que a “contraposição entre as duas concepções marcaria toda a evolução ulterior. Podemos considerar que ela

traçou as balizas nas quais se inscreveriam as diversas opções subsequentes.”<sup>3</sup>

Em linhas muito gerais, para Savigny<sup>4</sup> não existe posse sem que existam dois elementos. O contato físico do sujeito com a coisa, chamado de *corpus*, e a intenção de tê-la como sua, elemento denominado de *animus*. Como explica San Tiago Dantas, “Depois de fazer uma demorada investigação dos textos, Savigny chegou à conclusão de que o conceito romano de posse reunia necessariamente dois elementos: um, a detenção material da coisa, o elemento físico do instituto e que é comum à posse e à detenção; Savigny chamou-o *corpus*. Outro, o elemento subjetivo, voluntário, para o qual o mesmo romanista reservou o nome de *animus*.”<sup>5</sup> Ainda, segundo Dantas, “Que é o *animus*? – É a intenção de ter a coisa para si; é a vontade de ter o comportamento de dono”<sup>6</sup>. A posição de

---

<sup>3</sup> CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 2004, p. 26. Nessa mesma linha, vide GIL, António Hernandez. La función social de la posesión. Madrid: Alianza Editorial, 1969, p. 14; FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

<sup>4</sup> SAVIGNY, Frédéric Charles. Traité de la possession en droit romain. 12ª ed. Paris: A. Durand e Pedone Lauriel, 1870.

<sup>5</sup> DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil III: direito das coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 30

<sup>6</sup> DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil III: direito das coisas ..., p. 30. Nas palavras de Beviláqua: “Para Savigny, posse é o poder de dispor physicamente da coisa com animo de a considerar sua e de defendel-a contra a intervenção de outrem.” (...) “São dois os elementos constitutivos da posse, como forma jurídica especial: o poder physico sobre a coisa (*corpus*) e a intenção de a ter como sua (*animus*). Nem, somente, o poder physico (detenção), nem, exclusivamente, a intenção de ter a coisa como sua, constitue a posse.” (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas ..., p. 19 e 20). Em relação ao *animus*, elemento subjetivo da Teoria de Savigny, muitos autores posteriores à Savigny afirmam que não é necessário que ele seja exatamente o *animus domini*, ou seja, a intenção de tê-la como sua (como dono ou proprietário). Como explica C. A. da Mota Pinto, em suas aulas, basta que “haja a intenção de se comportar em relação à coisa como titular do direito correspondente. Não necessariamente – note-se – um ‘animus domini’ visto que pode haver posse fora da propriedade. Fala-se de um ‘animus possidendi’.” (FRAGA, Carlos e MOREIRA, Álvaro. Direitos reais: segundo as preleções do Pro. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71, Coimbra: Almedina, 1971, p. 184).

Savigny em relação à posse ficou conhecida como Teoria Subjetiva justamente pelo elemento denominado *animus*, caracterizado por sua vinculação à intenção do sujeito, uma vontade diretamente ligada à apropriação da coisa.

Para Ihering, o elemento subjetivo ou voluntário não possui a mesma importância e não integra o conceito jurídico de posse. Segundo esse autor, a posse é a aparência da propriedade, uma mera exteriorização da propriedade. Basta que o sujeito utilize a propriedade em interesse próprio para que se verifique uma situação de possuidor. De acordo com o próprio Ihering: “Em sua relação com a propriedade, acha-se a chave de toda a teoria material da posse (...) Chamar à posse das coisas exterioridade ou visibilidade da propriedade, é resumir em uma frase toda a teoria possessória.”<sup>7</sup> De forma muito simplificada, a ideia básica de Ihering é vincular a posse à propriedade, definindo a posse como a parte aparente ou a exteriorização da propriedade.

Nas duas teorias que foram acima delineadas, a propriedade, na sua configuração moderna, é claramente o eixo escolhido para se definir a ideia de posse. Mas não é só isso, apesar das diferenças e das inúmeras contraposições que são realizadas em relação a essas teorias, a preocupação em ambos os casos é com a sistematização, abstração e simplificação da dimensão jurídica da posse.<sup>8</sup>

Na regulamentação e sistematização da teoria

---

Nesse mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão afirma: “O *animus* só poderia ser assim a intenção de agir como o titular do direito a que o exercício do poder de facto se refere.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil - reais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 85).

<sup>7</sup> IHERING, Rudolf von. Posse e interditos possessórios. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1959, p. 239.

<sup>8</sup> Tanto Savigny quanto Ihering têm a preocupação em elaborar uma espécie de sistematização para a teoria possessória. Especificamente no caso de Ihering, observa-se que um dos seus grandes objetivos é elaborar uma “teoria simplificada da posse”. Além disso, Ihering chega a definir a posse utilizando até mesmo fórmulas matemáticas, tamanho o grau de abstração. Sobre essa última observação, vide CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 26.

possessória, positivada nos principais Códigos Civis do século XIX, observam-se claramente as pretensões de simplificação e abstração do instituto.<sup>9</sup> Quanto mais “avançado” e “moderno” o código, mais simples deveria ser a normatização jurídica da posse.<sup>10</sup>

Além disso, nesses textos codificados muitos dos efeitos jurídicos da posse, senão praticamente todos, estão ligados à propriedade privada. Somente pode ser objeto de posse aquilo que é passível de apropriação;<sup>11</sup> a posse gera a presunção de propriedade em favor do seu possuidor;<sup>12</sup> um dos principais efeitos da posse é conduzir à propriedade por meio da prescrição aquisitiva, igualmente chamada de usucapião.<sup>13</sup> A

---

<sup>9</sup> Segundo António Menezes Cordeiro, “O Código Napoleão desvalorizou a matéria da posse e operou, nela, simplificações radicais. (CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 30).

<sup>10</sup> Sobre o nível de abstração e simplificação da teoria possessória no Código Civil alemão (BGB), afirma António Menezes Cordeiro “O sistema alemão da posse traduz uma grande simplificação dogmática do instituto que, dessa forma, adquiriu um máximo de operacionalidade.” (...) “O Código Alemão, de 1896, embora enfatizando, sistematicamente, a posse, operou, nela, uma série de simplificações, perante o esquema pandectístico antes em vigor;” (CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais ..., p. 30).

<sup>11</sup> A ideia de que só é possível possuir o que pode ser objeto de apropriação vincula evidentemente a posse à propriedade e foi, por exemplo, positivada no Código Civil francês de 1804, no art. 2226 (*On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce*); no Código Civil italiano de 1865, no art. 2113; no Código Civil português de 1867, no art. 479 (Só podem ser objecto de posse cousas e direitos certos e determinados, e que sejam susceptíveis de apropriação); no Código Civil espanhol de 1889, no art. 437 (*Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación*).

<sup>12</sup> O efeito da posse que produz a presunção de propriedade ao possuidor foi, por exemplo, estabelecido no Código Civil francês de 1804, no art. 2230 (*On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre*); no Código Civil português de 1867, no art. 477 (A posse produz em favor do possuidor a presunção de propriedade, que póde ser mais ou menos attendível, conforme as circunstancias).

<sup>13</sup> A usucapião é, ao lado da proteção possessória, o principal efeito da posse nos diversos códigos modernos. Não é possível esquecer que na usucapião a posse conduz à aquisição da titularidade do direito de propriedade. Exemplificativamente, o efeito é observado no Código Civil francês de 1804, no art. 2229 (*Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique,*

posse, nessa paisagem, importa para o direito porque decorre e é a aparência da propriedade (Ihering), ou porque pode, desde que com o devido ânimo (*domini*), levar à aquisição da propriedade (Savigny), ou ainda porque produz a presunção de propriedade e é o caminho mais simples para a tutela desse direito. Em síntese, a posse deve ser regulamentada e protegida pelo direito em razão e em função da existência do direito de propriedade.<sup>14</sup>

## 2. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSAGRAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE

O Código Civil brasileiro de 1916 não ficou imune à discussão doutrinária ocorrida nesse percurso histórico que se deu, especialmente, a partir da segunda metade do século XIX no Brasil, e que acabou estabelecendo um eixo de análise para a posse, embora não exclusivo, em torno das ideias de Savigny e Ihering, além de certa influência de autores portugueses do final do século XVIII e do século XIX.

Nesse texto legislativo, elaborado no Brasil no início do século XX, observa-se um processo de apropriação e utilização, ainda que parcial e de forma um pouco confusa, das teorias mencionadas (Subjetiva e Objetiva). A regulamentação jurídica da posse no Código Civil brasileiro de 1916 toma como ponto de partida exatamente a Teoria Objetiva, mas não

---

*non équivoque, et à titre de propriétaire*) e outros; no Código Civil italiano de 1865, no art. 2113 e outros; no Código Civil português de 1867, no art. 505 (Pelo facto da posse adquirem-se cousas e direitos ...) e outros; no Código Civil espanhol de 1889, no art. 1930 (*Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales...*).

<sup>14</sup> Não é sem razão que muitos juristas, até hoje, continuam repetindo idéias e conceitos que acoplam profundamente a posse ao ideário da propriedade privada. Somente como exemplo, são as palavras de Manuel Rodrigues: “Esta correlação tão íntima entre a posse e a propriedade, e até o decalque tão perfeito da estrutura jurídica de uma instituição sobre a outra, denunciam com maior clareza que foi por uma razão de propriedade que se criou a posse.” (RODRIGUES, Manuel. A posse estudo de direito civil português, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 30).

a adota em toda a sua singularidade.

No Curso de “Direito das Coisas”, Clóvis Beviláqua, em várias passagens do texto, deixa claro que a teoria adotada no Código Civil brasileiro de 1916 em relação ao conceito de posse é a defendida por Ihering. Segundo Clóvis Beviláqua, “O Código Civil brasileiro adoptou o pensamento de Jhering quanto ao conceito da posse como visibilidade da propriedade, ainda que a sua protecção possa favorecer a quem não é proprietário, nem exerce algum direito real; ou, segundo se lê na *Besitzwille*, a posse ‘é a relação de facto estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização economica.’”<sup>15</sup> Em outra passagem, na mesma obra citada, Beviláqua assevera “A theoria objectiva de Jhering, adoptada pelo nosso Código Civil, arts. 485 e 487, asserta Matos Peixoto, é, certamente, uma doutrina mais aperfeiçoada e mais simples, pois prescinde de qualquer presumpção em favor do possuidor (...)”<sup>16</sup>

A doutrina jurídica brasileira, desenvolvida após a promulgação do Código Civil de 1916, consagra a Teoria Objetiva de Ihering no que diz respeito ao conceito de posse no direito brasileiro. Em um dos primeiros “comentários” ao Código Civil intitulado “Manual do Código Civil brasileiro”, organizado por Paulo de Lacerda, o autor responsável pela parte destinada à posse, Astolpho Rezende, confirma que o Código Civil brasileiro de 1916 “afastou-se inteiramente da theoria romana [que, segundo Astolpho Resende, é a Teoria Subjetiva de Savigny], dispondo no art. 485 o seguinte: ‘Considera-se possuidor todo aquelle, que tem de facto o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inherentes ao domínio, ou propriedade.’”<sup>17</sup> Citando longamente Clóvis Beviláqua e após explicação detalhada do pensamento de

---

<sup>15</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 30.

<sup>16</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 26-27.

<sup>17</sup> REZENDE, Astolpho. Do direito das cousas (da posse) - Arts. 485-523, In: LACERDA, Paulo de. Manual do Código Civil brasileiro. Volume VII (segunda tiragem), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

Ihering acerca da posse, Astolpho Rezende destaca: “O Código Civil seguiu francamente esta orientação [Teoria Objetiva].”<sup>18</sup>

Apesar de conceituar a posse como exteriorização ou aparência da propriedade no art. 485, seguindo os passos de Ihering, o Código Civil brasileiro de 1916 não admitiu a posse de direitos pessoais e conseqüentemente a extensão da proteção possessória a esses direitos. Como esclarece Beviláqua, “O Código reconhece a posse de direitos reais; não porem, a dos pessoas, que não são desmembramento do dominio.”<sup>19</sup> Apesar de ter sido um forte argumento utilizado por grande parte dos autores da “segunda geração” para o abandono da Teoria Subjetiva e adoção da Objetiva, a posse de direitos pessoais não vingou no Código Civil de 1916.

De acordo com a explicação de Clóvis Beviláqua, “discutiu-se por algum tempo se o nosso direito civil, admitindo a posse de direitos, incluía nessa classe os direitos pessoais.”<sup>20</sup> Entretanto, apesar da opinião de Ihering e da autoridade do direito canônico nessa matéria, ficou, segundo Beviláqua, “assentado na jurisprudência, como na doutrina, que somente os direitos reais, poderiam corresponder ao conceito de posse dado pelo art. 485 (...). Os direitos pessoais não são poderes componentes do dominio ou propriedade; portanto o seu exercicio não pode ser defendido por ações possessórias. Outros são os remedios, que o direito oferece à sua garantia e proteção.”<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> REZENDE, Astolpho. Do direito das cousas (da posse) ..., p. 16.

<sup>19</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 30.

<sup>20</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 24.

<sup>21</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 48. Sobre outros remedios para a defesa de direitos pessoais (que não as ações possessórias), Beviláqua menciona que “Já no período republicano, criou-se entre nós o *mandado de segurança* que, dentro de certos limites, atende á necessidade apontada.” (p. 48) Além disso, não é possível esquecer que, segundo os autores brasileiros que defendiam a posse de direitos pessoais no Brasil, a fonte por excelência da teoria possessória (que admitia inclusive a posse desses direitos) era encontrada justamente no direito canônico. No processo de codificação civil brasileiro essa tradição em matéria de posse (ao menos nesse ponto específico) parece ter sido formalmente



Aspecto igualmente interessante é que em matéria de usucapião a doutrina que foi adotada pelo Código brasileiro se aproxima muito do subjetivismo atribuído à Teoria Subjetiva, isso porque o requisito necessário para a posse na usucapião, denominada de posse *ad usucapione*, é exatamente o *animus domini*. Nas duas hipóteses de usucapião previstas originalmente no Código Civil de 1916, a extraordinária e a ordinária, esse requisito é absolutamente indispensável.

Após definir a usucapião extraordinária, Clóvis Beviláqua trabalha com os requisitos necessários para esta hipótese de prescrição aquisitiva; como primeira condição, a posse “Deve ser continua, sem interrupção nem oposição, e exercida a título de dono, *animo domini*. Estas qualidades da posse são indispensáveis para que ella se converta em dominio.”<sup>22</sup> Nesse mesmo sentido, para a usucapião ordinária isso fica ainda mais evidente; ao tratar dos requisitos desse tipo de usucapião, Beviláqua leciona que o primeiro elemento é o “*Psychologico*: A convicção, por parte do possuidor, de que o imóvel lhe pertence. Por outros termos: a convicção de que possui a coisa como própria, *animo domini*, e de que a sua posse tem fundamento jurídico.”<sup>23</sup>

Reforçando a necessidade do sujeito (possuidor) apresentar a convicção de dono para a aquisição da propriedade por usucapião, entende Beviláqua que “Os bens dos pupillos e curatelados entregues á administração dos tutores e curadores não podem ser por estes usocapidos, por isso mesmo que os administram, devendo prestar contas. Não possuem como donos; apenas são guardadores de coisa alheia, para dar-lhe a applicação economica, a que ella se destina.”<sup>24</sup> Assim, sem o elemento subjetivo, que caracteriza o conceito de posse em Savigny, não é possível transformar juridicamente a posse em

---

abandonada.

<sup>22</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 171.

<sup>23</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 176.

<sup>24</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 176.

propriedade.

Nesse sentido, é possível afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 adotou como regra geral (especialmente em relação ao conceito de posse) a Teoria Objetiva (art. 485). Entretanto, não a adotou exclusivamente, pois em matéria de usucapião (arts. 550 a 553 para bens imóveis e arts. 618 e 619 para bens móveis) verifica-se que o requisito imprescindível para a posse *ad usucapionem* é o *animus domini*, elemento que caracteriza a Teoria Subjetiva.<sup>25</sup>

Tudo isso revela certo ecletismo adotado no Código Civil brasileiro de 1916, em matéria de teoria possessória, mas manifesta principalmente a adoção de opções que vinculam profundamente a teoria possessória à propriedade privada.

Nas duas concepções que foram antes esboçadas (Teorias Subjetiva e Objetiva), a propriedade é o eixo da definição de posse. Isso fica muito claro em Ihering que apresenta um conceito absolutamente vinculado de posse ao direito de propriedade. Nas palavras do próprio Ihering, repetidas no Brasil, principalmente após a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, com algumas variações até a exaustão nos manuais de Direitos das Coisas ou Direitos Reais,

“1ª) A posse constitui a condição de fato da utilização econômica da propriedade. 2ª) Deste modo, o direito de possuir é um elemento indispensável da propriedade. 3ª) A posse é a porta que dá acesso à propriedade. 4ª) A proteção possessória apresenta-se como posição defensiva do proprietário, escudado na qual ele pode repelir mais facilmente os ataques dirigidos contra a sua esfera jurídica. 5ª) Por consequência, ela é negada onde a propriedade é juridicamente excluída. Em

---

<sup>25</sup> Embora não constitua objeto de análise do presente trabalho, é possível afirmar que o CC de 2002 também adotou a Teoria Objetiva (art. 1196) e, como exceção, em matéria de usucapião (arts. 1238 a 1244 para bens imóveis e arts. 1260 a 1262 para bens móveis) a teoria adotada foi a Subjetiva.

toda à parte, pois, reproduz-se à relação entre posse e propriedade.”<sup>26</sup>

Não é apenas na Teoria Objetiva que se encontra a ligação umbilical entre posse e propriedade. Também em Savigny a vinculação da posse ao ideário da propriedade privada fica muito clara. Para o autor da Teoria Subjetiva só é possuidor aquele que possui o elemento *animus*, e este está ligado intimamente com a idéia de apropriação de um determinado bem.

A vinculação entre posse e propriedade privada no Código Civil brasileiro é bastante evidente. Ao verificar a redação do primeiro artigo do Direito das Coisas (“Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”<sup>27</sup>), verifica-se que só há posse na exterioridade da propriedade. Nas palavras de Clóvis Beviláqua:

“A theoria do genial professor de Goetingen [Ihering], que tão profundas e empolgantes paginas insculpiu no Espirito do direito romano, nesse estupendo livro, A finalidade no direito, na Prehistoria dos indo-europeus e em muitos outros monumentos de intelligencia e saber, foi por elle mesmo resumida nas seguintes palavras: *a protecção da posse, como exterioridade da propriedade, é complemento necessario da protecção da propriedade, é facilidade da prova em favor do proprietario, que, necessariamente, beneficia também o não proprietario.*”

---

<sup>26</sup> IHERING, Rudolf von. Teoria simplificada da posse. São Paulo: JG Editor, 2003, p. 55.

<sup>27</sup> Art. 485 do Código Civil brasileiro de 1916. Redação praticamente mantida pelo Código Civil brasileiro de 2002, no art. 1196, que possui a seguinte redação: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

“Entre a propriedade e a posse, há correlação extensiva. Os limites da possibilidade para a propriedade são os da posse: posse e propriedade são relações perfeitamente paralelas. Portanto, onde não se concebe a propriedade, seja porque a coisa é inapropriável, seja porque a pessoa não tem capacidade para ser sujeito desse direito, não é admissível a posse. Mas onde a propriedade é possível, a posse também o é.”<sup>28</sup>

Em outra parte de sua obra, Clóvis Beviláqua, fazendo expressa menção do assento de 16 de fevereiro de 1786 e da “Consolidação das Leis Civis” de Teixeira de Freitas, demonstra que o Código Civil de 1916 também consagrou a “exceção de domínio” em matéria de ações possessórias, entendendo que “Se ambos os contendores reclamam a posse como emanção de sua propriedade, nada mais racional e justo do que não *julgar a posse em favor daquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio.*”<sup>29</sup> O dispositivo, baseado em um juízo de racionalidade e justiça segundo o seu autor, acabou sendo positivado na segunda parte do art. 505 do Código, aproximando um pouco mais a proteção possessória da tutela da propriedade.<sup>30</sup>

Ainda sobre a exceção de domínio, constante no art. 505 do Código Civil de 1916, defende o autor que “quando a posse disputada é duvidosa, se attende á melhor (Código Civil, art.

---

<sup>28</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 24.

<sup>29</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 82. Ainda, sobre a aplicação da exceção de domínio, na mesma obra citada, afirma Beviláqua que “somente quando, nessa emergencia, é evidente que uma das partes não é proprietária, é que o juiz julgará a posse em favor da outra. Não sendo evidente o direito dominial allegado por um dos contendores, ou restringido-se o pleito ao facto da posse, como simples *jus possessionis* e não *jus possidendi*, não tem applicação o princípio.” (p. 82).

<sup>30</sup> Segundo o art. 505 do Código Civil brasileiro de 1916: “Não obsta à manutenção, ou reintegração na 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.”

505), considerando-se melhor posse, em primeiro lugar, a que se fundar em justo título, não há que extranhar que, no litígio possessório, allegando ambos os litigantes o seu jus possidendi, succumba aquelle a quem, evidentemente, não pertencer o domínio.”<sup>31</sup> Segundo Clóvis Beviláqua, aquele que tem o domínio também tem a melhor posse.

As ideias de Savigny e de Ihering foram fundamentais para a construção moderna da posse e suas manifestações jurídicas no Brasil. Ocorre que, provavelmente pela força das ideias dos juristas aqui mencionados e pelo momento histórico em que foram pensadas essas teorias, a doutrina posterior, em geral, não foi capaz de se libertar dos seus antecessores e permanece, de certo modo, no mesmo eixo teórico do século XIX nessa matéria. Isso revela a importância de uma releitura da posse e de sua teoria no direito passando necessariamente pelo filtro da história.



## BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil - reais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas Vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Em defesa do projecto de Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.
- CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas actuais. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 2004.

---

<sup>31</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. v. I ..., p. 83.

- DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil III: direito das coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- FRAGA, Carlos e MOREIRA, Álvaro. Direitos reais: segundo as preleções do Pro. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71, Coimbra: Almedina, 1971.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Cíveis. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.
- GIL, António Hernandez. La función social de la posesión. Madrid: Alianza Editorial, 1969.
- IHERING, Rudolf von. Posse e interditos possessórios. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1959.
- IHERING, Rudolf von. Teoria simplificada da posse. São Paulo: JG Editor, 2003.
- REZENDE, Astolpho. Do direito das cousas (da posse) - Arts. 485-523, In: LACERDA, Paulo de. Manual do Código Civil brasileiro. Volume VII (segunda tiragem), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.
- RODRIGUES, Manuel. A posse estudo de direito civil português, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- SAVIGNY, Frédéric Charles. Traité de la possession en droit romain. 12ª ed. Paris: A. Durand e Pedone Lauriel, 1870.