

MÚTIPLAS OLHARES NO QUE CONCERNE OS DIREITOS REAIS E A ORIGEM DA POSSE

* Andréa Carregosa Fontes

RESUMO

O presente artigo tem por objeto abreviar, de forma didática, as teorias da posse e os direitos reais, o legado de sua origem, conforme a linha teórica adotada, e as teorias clássicas da posse de Savigny e Jhering. Fazendo uma análise sobre a necessidade de elaboração de um novo fundamento jurídico para a proteção possessória. Deve-se traçar um novo olhar sob a observância da função social da posse, assim como, a transição do código civil de 1916 para o atual 2002- decadência do princípio da exceção de domínio (*Exceptio proprietatis*) e ascensão da teoria possessória de Jhering. Por fim, tenta-se montar um paralelo entre as teorias clássicas e as contemporâneas da posse.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da Posse; Savigny ; Jhering; Direitos Reais.

ABSTRACT

This article focuses on short, in a didactic way, theories of ownership and property rights, the legacy of its origin, according to the adopted theoretical line, and the classical theories of possession of Savigny and Jhering. Making an analysis of the need to prepare a new legal basis to protect possession. One must draw a new look under the observance of the social function of ownership, as well as the transition of the Civil Code of 1916 to the current 2002 - decay of the principle of domain exception (*exceptio proprietatis*) and the rise of the theory of Jhering possession. Finally, attempts to build a parallels between classical and contemporary theory of possession

KEYWORDS: Theory of Tenure; Savigny ;Jhering; Property Rights

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, no direito, a Posse assume vários e distintos conceitos. Contudo, no direito atual, pode-se definir a Posse como sendo uma situação fática, de caráter potestativo, decorrente de uma relação sócio-econômica entre o sujeito e a coisa, e que gera efeitos no mundo jurídico¹. No entanto, jamais saberemos quando surgiu a noção de posse, que em sua concepção primitiva é um vínculo estabelecido entre um indivíduo ou um grupo e um determinado bem da vida.

Com o ser humano não foi diferente. Muitas são as descobertas arqueológicas de fósseis humanos de centenas e até milhares de anos, onde se evidencia claramente uma relação de

*Andréa Carregosa Fontes, dayaunt@hotmail.com, acadêmica do V período do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – AGES.

posse destes indivíduos em relação a objetos e áreas. Pelo fato de existir uma relação inevitável entre os seres vivos e os objetos, torna-se árdua a tarefa de delimitar na história da existência humana, onde surgiu a posse, que do ponto de vista atual mais simples, seria a relação do homem com uma determinada coisa, onde este se reconhece como senhor dela, sem que haja propriamente um direito vigente que legitime ou o reconhecimento de terceiro sobre essa relação.²

Nesse contexto o direito nasce com o pressuposto de regular as relações sociais dos sujeitos, os quais se uniram para organizar uma divisória do espaço comum, de modo que todos possuam benefícios, comprometimentos e interesses. A partir daí é que se observa e pondera-se o caráter peculiar de cada uma dessas características, bem como a existência de uma consciência coletiva.

O instituto da Posse só almejava seus nuances com surgimento das teorias clássicas que tentam explicá-la. As quais divergem no que tange as justificativas da proteção da posse, dos elementos que a compõe e para diferenciá-la da detenção, da propriedade e do domínio. Na evolução histórica do âmbito jurídico ocidental, diversos pensadores se dedicaram à apreciação deste objeto. No entanto, eles levavam em o consideração, sem desprezá-los, o período científica do direito romano, no antigo direito germânico na idade média e no próprio direito canônico. Dando ênfase às teorias elaboradas Rudolf von Jhering e a de Friedrich Carl von Savigny as quais mais influenciam a pensamento possessória atual.

2. OS DIREITOS REAIS E A ORIGEM DA POSSE

O direito real pressupõe uma interligação de normas que tem uma relação intrínseca entre a pessoa e os bens. Ao quais atribuem ao titular poder de senhoria direta e imediata sobre a coisa. Os Direitos Reais, juntamente com os Direitos Pessoais estão inseridos na categoria dos Direitos Patrimoniais. Estabelece-se entre seu titular e todas as demais pessoas que, indistintamente, estão obrigadas (obrigação passiva universal) a não praticar ato que o turbe na utilização de seu direito.

¹ FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

² MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A posse. Uma digressão histórico-evolutiva da posse e de sua tutela jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 739, 14 set. 2011. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6985>>

O termo direito real pode ser considerado objetiva ou subjetivamente. Sob o primeiro aspecto, equivale à terminologia Direito das Coisas, correspondendo ao conjunto de normas que organiza os institutos da posse, propriedade e direitos sobre a coisa alheia (*jura in re aliena*). Subjetivamente considerado, direito real é o poder jurídico da pessoa sobre a coisa, independente de intermediário, tendo a coletividade como sujeito passivo da relação. Direito real por excelência é o de propriedade, pois consiste no amplo domínio do titular sobre a coisa, dele derivando os demais direitos reais. (NADER, 2009. p. 09)

Não obstante, o direito real pode gerar efeitos *erga omnes* (contra todos), fazendo-se absoluto, pois há um vínculo entre o sujeito a coisa; Para tanto, deve-se haver um sujeito passivo indeterminado e publicidade dos atos processuais.



Fonte: Autor

Assim, tendo, por conseguinte os efeitos da posse, e as conseqüências jurídicas por ela produzidas. A saber: a proteção possessória; a percepção dos frutos; a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa; a indenização por benfeitorias e o direito de retenção para garantir seu pagamento; a usucapião.

A origem da posse foi constituída sob o alicerce de debate distintos, motivado por interpretações variadas desde a era romana . Neste pensamento, surgem os fatos jurídicos que provocam implicações nesse âmbito.

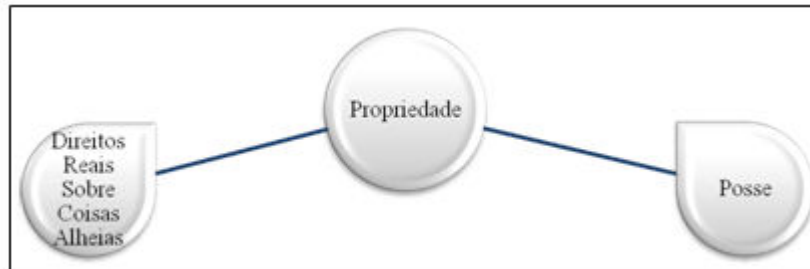
Um dos sinais característicos, pelo qual o jurista se distingue de qualquer outro homem, está na diferença radical que se estabelece entre as noções de posse e de propriedade. Na linguagem comum, empregam-se com freqüência essas expressões como equivalentes. Fala-se de retenção, de restituição de propriedade, onde, na

linguagem do jurista, se deveria falar de retenção ou de posse. (JHERING, , 2005, P.25)

As teorias clássicas Jhering: insistiu que a posse era um fato. Fato esse que se manifestava por aquele que o exercesse, por sua aparência em ser proprietário da coisa possuída.

A teoria aceita por Jhering explica o surgimento da posse na medida arbitrária tomada pelo pretor, que, devido a atritos eclodidos na fase inicial das ações reivindicatórias, outorgava, discricionariamente, a qualquer dos litigantes, a guarda e a detenção da coisa litigiosa. Todavia, essa situação provisória foi-se consolidando em virtude da inércia das partes. (DINIZ, 2007, p. 13.)

Para Silvio Rodrigues, “posse trata-se apenas de uma mera situação de fato, protegida pelo legislador, não só porque aparenta ser uma situação de direito, como para evitar que prevaleça a violência”.



Fonte: Autor

A condição econômica da propriedade, esta intrinsecamente ligada à posse. Se não houver o instituto da posse, não há como extrair os frutos econômicos da coisa. Assim, fica notório que, sem a posse, direta ou indireta, a propriedade é improdutiva e não atinge o seu fim.

3. AS TEORIA DA POSSE

3.1 SOB A ÓTICA DE SAVIGNY

Frederich Karl von Savigny, nasceu em 1779 na cidade de Frankfurt e faleceu em 1861, desenvolveu sua tese com base no Direito Romano, “causando forte repercussão nos meios jurídicos e influenciando no sistema de algumas codificações”³. Com apenas 24 anos, em 1803 lança seu Tratado de Posse que influenciou diversas legislações e juristas, onde buscava organizar as ideias sobre a posse nos escritos.

Na sua concepção a posse poderia ser explicada como: “o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem”⁴. Dois são os elementos que devem estar presentes para que se impute a alguém a qualidade de possuidor, um material, elemento objetivo (*o corpus*), isto é, a apreensão física direta da coisa, no âmbito de seu poder; e outro subjetivo, (*o animus domini*), ou seja, vontade de ter a coisa como sua.

A posse, considerada em si mesma, constitui um simples fato, mas que produz consequências legais. A posse implica a possibilidade de alguém dispor fisicamente de uma coisa com intenção de considerá-la sua, além de defendê-la contra toda ação estranha. (NADER, 2009. p. 23-24)

Afirma Oliveira: “Quanto ao elemento moral, o *animus*, considera-o Savigny a intenção de ter a coisa como sua. Não é a convicção de ser dono – *opinio seu cogitatio domini* – mas a vontade de tê-la como sua – *animus domini*.” (OLIVEIRA; MACIEL, 2009. p. 03)

A doutrina de Savigny foi inicialmente muito bem aceita, mas em pouco tempo, passou a ser fortemente combatida, tendo em Jhering seu grande opositor que, sobre a tese daquele, disse que nenhuma das ideias fundamentais de Savigny ficou ao abrigo dos ataques, algumas delas chegaram a ser reconhecidas como insustentáveis, daí a falar que “o futuro dirá se as demais gozarão de outra sorte; eu creio que nem uma só triunfará”⁵.

Para Jhering, a tutela da posse ocorre por esta ser uma aparência de outro direito, o de propriedade, ao contrário de Savigny que a justificava na paz social. Concernente a diferenciação entre possuidor e detentor, Jhering aduz que reside em imposição legal, e não pela constatação de algum animus, além de refutar a acepção de corpus colacionada por Savigny. (OLIVEIRA; MACIEL, 2009. p. 05)

Sobre a censura de Jhering às ideias de Savigny, traz-se à singela opinião de Darcy

³RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19.

⁴MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil. 2003. p. 16.

⁵JHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da Posse. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 70.

Bessone⁶, ao afirmar que “se deve lamentar que a sua impugnação somente houvesse tornado conhecida quando, já não estando entre os vivos, Savigny não pôde defender seu monumento e contribuir para o esclarecimento do intrincado tema com novos debates, aos quais, por certo, não se furtaria”.

3.2 TEORIA OBJETIVA DE JHERING

A teoria objetiva da posse de Jhering, nasceu subsequente a teoria de Savigny. Ele partiu do pressuposto da teoria subjetiva de modo a dispensar o *animus domini*. Mas havia distinções, a saber:

Diferencia-se por entender que o elemento objetivo da posse, citado por Savigny, é aceitável para corroborar a vivência de posse. O autor ainda esclarece que a presença deste fenômeno objetivo pode ser revelada a posse é a exteriorização da propriedade, sua parte visível. O possuidor atua em nome da coisa como se fosse o proprietário. Ao enxergar a posse, presume-se a propriedade.

Opondo-se veementemente contra a teoria proposta por Savigny, até então predominante, Jhering não só pretende derrubar a concepção trazida por seu predecessor como também consolidar sua doutrina como a mais adequada para o fenômeno possessório. Ao comentar a produção de Savigny, Jhering faz críticas severas, pois “de minha parte, não posso conceder-lhe mais que a importância passageira de um brilhante meteoro”. Do ponto de vista da história do assunto, terá sempre o mérito de haver excitado e favorecido poderosamente a investigação científica no terreno da teoria possessória. “Quanto aos seus resultados reais para a ciência, considero-os muito medíocres; a meu ver, Savigny não fez justiça nem ao Direito Romano” (OLIVEIRA; MACIEL, 2009. p. 05)

Em que pese às diferenças, ambos buscaram seus fundamentos no Direito Romano, o pensamento Jhering, porém, que teve influência de estudos mais recentes e do direito germânico medieval acabando por imiscuir em sua teoria os elementos básicos de origem bárbara⁷ (ALVES, 1997, p. 224)

Para Jhering, a tutela da posse ocorre por esta ser uma aparência de outro direito, o de propriedade, ao contrário de Savigny que a justificava na paz social. Concernente a diferenciação entre possuidor e detentor, Jhering aduz que reside em imposição legal, e não

pela constatação de algum *animus*, além de refutar a aceção de *corpus* colacionada por Savigny.

⁶BESSONE, Darcy. Da posse. 1996. p. 43.

⁷ALVES, José Carlos Moreira. Posse, vol. 1: evolução histórica. p. 224.

Ressalta Varela, Em Jhering, “a posse não encontra amparo em função de seu caráter autônomo, mas sim com o intuito de proteger-se a propriedade”⁸. (VARELA, 2002. p. 815). Na visão de Jhering, “a posse é a guarda avançada da propriedade”⁹ ainda nas palavras do mestre alemão, “a proteção possessória aparece como um complemento indispensável da propriedade”¹⁰. (JHERING, 2005, PP.32,36)

posse e detenção não se distinguem pela existência, naquela, de um *animus domini* específico, seja o *animus rem sibi habendi*, seja o *animus domini*. “Ambas, pelo contrário, se constituem dos mesmos elementos: o *corpus* (que é o elemento exterior) e o *animus* (a *affectio tenendi*, que é o elemento interior)” (citado por OLIVEIRA; Maciel, 2009. p. 06)

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE, E A TRANSIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL PARA O DE 2002: UMA ANÁLISE SOBRE OS NOVOS FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Houve um momento, no ordenamento Brasileiro, em que o direito de propriedade reinou soberano, de modo a não admitir qualquer interferência de terceiros, ou até mesmo do próprio Estado. Nesse lapso temporal, o proprietário o detentor absoluto de seus bens, assim, poderia dar-lhes a destinação que lhe conviesse. Esse período foi exaurindo até a década de 1930. Nesse momento o Brasil conhecia e gozar do fenômeno da socialização.

O primeiro passo nesse sentido foi a Consolidação das Leis Trabalhistas. De lá para cá, a produção de leis que tinham como objetivo a proteção da coletividade foi cada vez mais intensa. Nascia ali o embrião de um Estado Social, que atingiu a sua puberdade com as Leis 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a sua maturidade com a Constituição da República de 1988. Seguindo, principalmente os fundamentos estampados no artigo 1º daquela carta. Destacamos, aí, a proteção à dignidade da pessoa humana. (ALBUQUERQUE, 2002, p.20)

Elevar a proteção à dignidade da pessoa humana significa que o Estado deve colocar como ápice da proteção o indivíduo. De forma não isolada, mas como parte de um corpo

social: a coletividade. O Estado deve proteger o corpo social por meio de sua menor parte: o indivíduo. De modo que possa proporcionar condições digna de vida mesmo que, haja a

⁸VARELA, Laura Beck. A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica 2002. p. 815.

⁹JHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da Posse. 2005. p. 36.

¹⁰-----, Teoria Simplificada da Posse. 2005. p. 32.

necessidade de intervir em direitos de outrem. Protege-se o indivíduo para, por meio dele, proteger a coletividade.

A defesa que o Código Civil de 1916 conferia era muito mais uma defesa do patrimônio do que da pessoa. Protegia-se a propriedade, ainda que ela estivesse abandonada há anos pelo seu titular, e sendo utilizada como moradia por terceiros. Ainda assim, pela proteção possessória conferida pelo Código Civil de 1916, estes terceiros deveriam ser dali retirado.

A Constituição de 1919 (Constituição de Weimar) trazia uma concepção própria sobre a 'função social' da propriedade, submetendo o individualismo⁹⁰ a interesses coletivos, ao mesmo tempo em que garantia a proteção dos direitos fundamentais. Direitos de propriedade, saúde, educação, trabalho se exercem com atendimento do bem comum, de interesses que, por sua essência, são partilhados pelos membros da sociedade. (POLIDO, 2000, p. 9).

O Código Civil de 2002, entretanto, sob égide do texto constitucional, mudou o foco de proteção. A propriedade é protegida sim, mas não de maneira absoluta e cega, como era no codex anterior. A função social que a propriedade exerce em sua comunidade é levada em consideração. Resgatou-se, assim, o sentido da função social da propriedade como exposto na Constituição de Weimar (1919).

5. UM PARALELO ENTRE AS TEORIAS CLASSICAS E CONTEMPORÂNEAS

Após as teorias de Savigny e Jhering, com a nítida prevalência deste último, surgiram algumas construções acerca da posse que visavam desvencilhar a mesma da propriedade, contrapondo-se claramente a noção acastelada pela teoria objetiva, atribuindo ao fenômeno possessório uma relevância social de maior importância.

Essas novas teorias, que dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, aliado à nova concepção do direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como prescreve a Constituição da República, "constituem instrumento

jurídico de fortalecimento da posse”.¹¹(GONÇALVES, Carlos Roberto. Direitos Civil Brasileiro. 2006. p. 37.)

Na mesma esteira destacou-se as teorias de Raymond Saleilles, Silvio Perozzi e Hernandez Gil. Saleilles, jurista francês, na sua tese trouxe novos ares à teoria de Jhering impregnado-a com um caráter econômico, batizando sua reformulação como teoria da apropriação econômica. Para ele o *corpus* se manifesta como “uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo”¹². Silvio Perozzi, italiano, no início do século XX, também buscou contribuir para a autonomia da posse, confiando na evolução da civilização e no seu respectivo costume para construir uma teoria social da posse. Na segunda metade do século XX o espanhol Antonio Hernandez Gil apresenta seu estudo sobre a posse, em seus escritos o instituto é visto como um inegável fenômeno Social. Afirma que os fatos estão mais evidentes na posse que em outros direitos existentes, e que isso somente vem salientar o estreito liame entre o aludido instituto e os interesses da coletividade.

6. CONCLUSÃO

Chego ao final dessa pesquisa com um novo olhar, sob uma nova perspectiva, no que tange as teorias clássicas e contemporâneas da posse. Concluo que a posse nada mais é do que um fato protegido pelo legislador com o intuito de, a partir dela gerar um direito real. Por fim, observa-se que o Código Civil atual, assim o de 1916, adotou predominantemente, a teoria objetiva de Jhering, apesar de ter se influenciado na teoria de Savigny, conforme nos mostra a redação do supracitado art. 1.196 do Código Civil de 2002.

¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. Direitos Civil Brasileiro. 2006. p. 37.

¹²ALVES, José Carlos Moreira. Posse, vol. 1: evolução histórica. 1997. p. 236.

7.REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse sua consequência frente à questão proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, vol. 1: evolução histórica. 1997.

BRASIL. **Código civil**: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Manuais de Legislação Atlas).

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direitos Civil Brasileiro**. 2006..

JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: Russell, 2009. (Série Ouro)

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **A posse. Uma digressão histórico-evolutiva da posse e de sua tutela jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 739, 14 set. 2011. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6985>>

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito das Coisas**. 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 5.

SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica**. 1980.